

00761

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO



LA NECESARIA TRANSPARENCIA DEL SISTEMA NORMATIVO JURIDICO COMO PRESUPUESTO FUNDAMENTAL DE LA CERTEZA DEL DERECHO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:

MAESTRO EN DERECHO

P R E S E N T A:

GUILLERMO CATAÑO HERRERA

DIRECTOR DE TESIS:

DR. IGNACIO BURGOA ORIHUELA

MEXICO, D.F.

2005

m345049



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

DEDICATORIA

- A mi familia:** Mi madre, la Sra. Senorina Herrera Morales; mi padre, el Sr. Guillermo Cataño Silva; a mis hermanas, María Sandra, María Evangelina, y Ma. del Socorro; todas de la misma estirpe. Por la profunda realización de la vida que me han dado, y por la consumación del amor al darme todo; por cuidarme y llevarme adelante en mi desarrollo con todas sus potencialidades.
- A mis hijos:** María Andrea, y José Guillermo. Una prolongación de mi personalidad, con la esperanza de poder dejarles un mundo mejor que el que yo me encontré.
- A mi cónyuge:** Livier Por su amor incondicional.
- A mi maestro y director de esta tesis:** Dr. Ignacio Burgoa Orihuela. Junto a él, aprendí y perfeccioné mi quehacer investigativo, en los trabajos, en la redacción; y, a disfrutar con las cosas simples de la vida.
- A mis maestros:** Dra. Aurora Arnaiz Amigo.
Dra. Ana María de Guadalupe Alvarado Larios.
Dr. Alberto Pacheco Escobedo.
Dr. Knut Metzger.
Lic. Carlos Francisco Cisneros Ramos.
Mtro. Sergio Elías Gutiérrez Salazar.
Dr. Carlos Pérez González.
Dr. Manuel Ruiz Daza.
Dr. Marco Antonio Besares Escobar. Con ellos compartí, los resultados de mi aprendizaje, de mi voluntad, de mis necesidades, y de mi esperanza, todo leal y desinteresadamente.

AGRADECIMIENTO

Quiero que conste aquí mi agradecimiento a cuantas personas y entidades me han ayudado en esta larga y áspera empresa.

Debo mencionar, en particular, a la Fundación Telmex, que la subvencionó con una beca de sostenimiento durante los cursos curriculares; al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT); a la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) que la subvencionaron subsidiariamente con becas de estudios correspondientes a otros cursos de Maestría y nivel académico, respectivamente.

Los catedráticos e investigadores de la Universidad Nacional Autónoma de México, que me ayudaron con sus consejos y con palabras de aliento, o me prestaron libros que de otro modo quizá no habrían estado a mi alcance. El profesor Doctor Ignacio Burgoa Orihuela, por su guía y ayuda en esta tesis. Estoy en deuda también con los catedráticos del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey (ITESM, *campus* Monterrey), debo mencionar al inolvidable Colegio "Fresnillo" de mi ciudad natal. A mis amigos por ser lo más valioso que tengo. Todos al honrarme unánimemente con su amistad, me animaron a seguir adelante.

Debo gratitud especial y profundísima a mi familia, a quien dedico este trabajo, sin su amor y sacrificada ayuda, difícilmente hubiera yo podido llevarlo a cabo.

Al auditorio que al fin he encontrado que había esperado tener:

Una lista

Tengo un amigo, muy fuerte y muy bueno. Es el mejor amigo del mundo.

Tengo otro amigo, sensible y delicado. Es el mejor amigo de la tierra, ciertamente.

Tengo otro amigo, que es reacio y muy callado; no hay un amigo tan bueno como él.

Tengo otro amigo, que es reacio y enigmático; es el mejor de todos.

Y aún tengo otro, elegante y ambicioso; es mucho mejor que el resto.

Tengo otro, que es joven y muy rápido; es al que yo más quiero de todos los amigos.

Tengo muchos más y todos son así.

Amén.

Gilbert Keith Chesterton



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

**COORDINACIÓN
POSGRADO EN DERECHO**

Cd. Universitaria, D. F. a 25 de noviembre de 2002

**BIÓLOGO FRANCISCO JAVIER INCERA UGALDE
JEFE DE LA UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN DEL POSGRADO
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
P R E S E N T E.**

Nos referimos al examen de grado de Maestro en Derecho, que con la tesis denominada "LA NECESARIA TRANSPARENCIA DEL SISTEMA NORMATIVO JURÍDICO, COMO PRESUPUESTO FUNDAMENTAL DE LA CERTEZA DEL DERECHO" sustentará el LIC. GUILLERMO CATAÑO HERRERA.

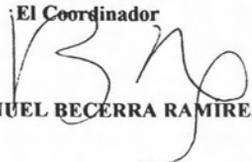
Al efecto, la Coordinación a mi cargo ha designado el jurado correspondiente, que integrarán como Sinodales Proprietarios los señores profesores:

Presidente:	DR. IGNACIO BURGOA ORIHUELA
Primer Vocal:	DRA. AURORA ARNAIZ AMIGO
Secretario:	DR. MANUEL RUIZ DAZA

Y como Sinodales Suplentes, los señores profesores:

DR. MARCO ANTONIO BESARES ESCOBAR
DR. GUILLERMO GABINO VÁZQUEZ ROBLES

Atentamente
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
El Coordinador


DR. MANUEL BECERRA RAMÍREZ

MBR/negs



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
EL SALVADOR

FACULTAD DE DERECHO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

Of. No. JDEP/eg/552/02

DR. IGNACIO BURGOA ORIHUELA
Presente.

Muy distinguido profesor:

Tengo el agrado de comunicar a usted su designación como Sinodal Propietario para integrar el jurado que realizará el examen que para obtener el grado de Maestro en Derecho, solicita el LIC. GUILLERMO CATANO HERRERA, quien someterá a su consideración la tesis titulada: "LA NECESARIA TRANSPARENCIA DEL SISTEMA NORMATIVO JURÍDICO COMO PRESUPUESTO FUNDAMENTAL DE LA CERTEZA DEL DERECHO" a efecto de que tenga la amabilidad de emitir su voto razonado correspondiente.

Así mismo me permito informarle que, en cumplimiento del acuerdo del H. Consejo Técnico de la Facultad de Derecho, ratificado por el H. Comité Académico del Posgrado en Derecho, deberá emitirse el voto respectivo en un plazo no mayor a 45 días naturales.

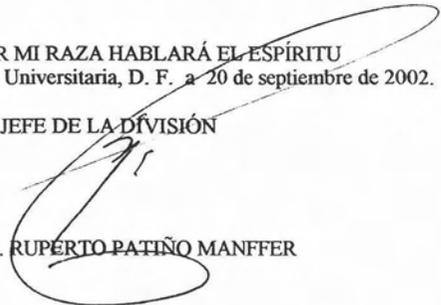
Este periodo se interrumpe en vacaciones, o en caso de que se formule alguna observación por escrito al sustentante, lo que deberá hacerse del conocimiento de esta Jefatura, para los efectos mencionados.

Aprovecho la oportunidad para recordar que de acuerdo con la legislación universitaria aplicable, las investigaciones de grado, tanto de nivel maestría como doctorado, deben ser investigaciones originales, sobre temas novedosos y trascendentes de la ciencia jurídica y deben realizarse con apego a los principios de la metodología científica, parámetros todos ellos que los asesores y directores de tesis deben constatar que estén considerados en todo proyecto de investigación que los alumnos le hagan llegar con este motivo.

Agradezco a usted su invaluable apoyo a las labores de esta División de Estudios de Posgrado y le reitero las seguridades de mi atenta y distinguida consideración.

POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU
Cd. Universitaria, D. F. a 20 de septiembre de 2002.

EL JEFE DE LA DIVISIÓN


DR. RUPERTO PATIÑO MANFFER

RPM* negs.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

Of. No. JDEP/eg/553/02

DRA. AURORA ARNAIZ AMIGO
Presente.

Muy distinguida profesora:

Tengo el agrado de comunicar a usted su designación como Sinodal Propietario para integrar el jurado que realizará el examen que para obtener el grado de Maestro en Derecho, solicita el LIC. GUILLERMO CATAÑO HERRERA, quien someterá a su consideración la tesis titulada: "LA NECESARIA TRANSPARENCIA DEL SISTEMA NORMATIVO JURÍDICO COMO PRESUPUESTO FUNDAMENTAL DE LA CERTEZA DEL DERECHO" a efecto de que tenga la amabilidad de emitir su voto razonado correspondiente.

Así mismo me permito informarle que, en cumplimiento del acuerdo del H. Consejo Técnico de la Facultad de Derecho, ratificado por el H. Comité Académico del Posgrado en Derecho, deberá emitirse el voto respectivo en un plazo no mayor a 45 días naturales.

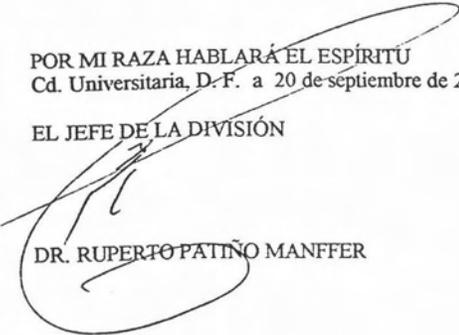
Este periodo se interrumpe en vacaciones, o en caso de que se formule alguna observación por escrito al sustantante, lo que deberá hacerse del conocimiento de esta Jefatura, para los efectos mencionados.

Aprovecho la oportunidad para recordar que de acuerdo con la legislación universitaria aplicable, las investigaciones de grado, tanto de nivel maestría como doctorado, deben ser investigaciones originales, sobre temas novedosos y trascendentes de la ciencia jurídica y deben realizarse con apego a los principios de la metodología científica, parámetros todos ellos que los asesores y directores de tesis deben constatar que estén considerados en todo proyecto de investigación que los alumnos le hagan llegar con este motivo.

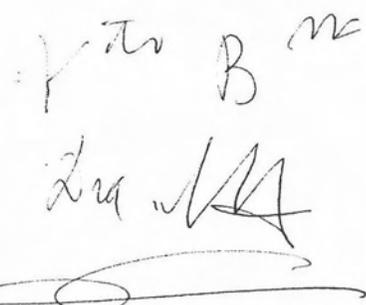
Agradezco a usted su invaluable apoyo a las labores de esta División de Estudios de Posgrado y le reitero las seguridades de mi atenta y distinguida consideración.

POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU
Cd. Universitaria, D.F. a 20 de septiembre de 2002.

EL JEFE DE LA DIVISIÓN


DR. RUPERTO PATIÑO MANFFER

RPM* negs.





UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

Of. No. JDEP/eg/554/02

DR. MANUEL RUIZ DAZA
Presente.

Muy distinguido profesor:

Tengo el agrado de comunicar a usted su designación como Sinodal Propietario para integrar el jurado que realizará el examen que para obtener el grado de Maestro en Derecho, solicita el LIC. GUILLERMO CATAÑO HERRERA, quien someterá a su consideración la tesis titulada: "LA NECESARIA TRANSPARENCIA DEL SISTEMA NORMATIVO JURÍDICO COMO PRESUPUESTO FUNDAMENTAL DE LA CERTEZA DEL DERECHO" a efecto de que tenga la amabilidad de emitir su voto razonado correspondiente.

Así mismo me permito informarle que, en cumplimiento del acuerdo del H. Consejo Técnico de la Facultad de Derecho, ratificado por el H. Comité Académico del Posgrado en Derecho, deberá emitirse el voto respectivo en un plazo no mayor a 45 días naturales.

Este periodo se interrumpe en vacaciones, o en caso de que se formule alguna observación por escrito al sustentante, lo que deberá hacerse del conocimiento de esta Jefatura, para los efectos mencionados.

Aprovecho la oportunidad para recordar que de acuerdo con la legislación universitaria aplicable, las investigaciones de grado, tanto de nivel maestría como doctorado, deben ser investigaciones originales, sobre temas novedosos y trascendentes de la ciencia jurídica y deben realizarse con apego a los principios de la metodología científica, parámetros todos ellos que los asesores y directores de tesis deben constatar que estén considerados en todo proyecto de investigación que los alumnos le hagan llegar con este motivo.

Agradezco a usted su invaluable apoyo a las labores de esta División de Estudios de Posgrado y le reitero las seguridades de mi atenta y distinguida consideración.

POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU
Cd. Universitaria, D. F. a 20 de septiembre de 2002.

EL JEFE DE LA DIVISIÓN

DR. RUPERTO PATIÑO MANFFER

RPM* negs

*Recibido
el 27 sept.
del 2002
Manuel Ruiz Daza*



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

Of. No. JDEP/cg/555/02

DR. MARCO ANTONIO BESARES ESCOBAR
Presente.

Muy distinguido profesor:

Tengo el agrado de comunicar a usted su designación como Sinodal Suplente para integrar el jurado que realizará el examen que para obtener el grado de Maestro en Derecho, solicita el LIC. GUILLERMO CATAÑO HERRERA, quien someterá a su consideración la tesis titulada: "LA NECESARIA TRANSPARENCIA DEL SISTEMA NORMATIVO JURÍDICO COMO PRESUPUESTO FUNDAMENTAL DE LA CERTEZA DEL DERECHO" a efecto de que tenga la amabilidad de emitir su voto razonado correspondiente.

Así mismo me permito informarle que, en cumplimiento del acuerdo del H. Consejo Técnico de la Facultad de Derecho, ratificado por el H. Comité Académico del Posgrado en Derecho, deberá emitirse el voto respectivo en un plazo no mayor a 45 días naturales.

Este periodo se interrumpe en vacaciones, o en caso de que se formule alguna observación por escrito al sustentante, lo que deberá hacerse del conocimiento de esta Jefatura, para los efectos mencionados.

Aprovecho la oportunidad para recordar que de acuerdo con la legislación universitaria aplicable, las investigaciones de grado, tanto de nivel maestría como doctorado, deben ser investigaciones originales, sobre temas novedosos y trascendentes de la ciencia jurídica y deben realizarse con apego a los principios de la metodología científica, parámetros todos ellos que los asesores y directores de tesis deben constatar que estén considerados en todo proyecto de investigación que los alumnos le hagan llegar con este motivo.

Agradezco a usted su invaluable apoyo a las labores de esta División de Estudios de Posgrado y le reitero las seguridades de mi atenta y distinguida consideración.

POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU
Cd. Universitaria, D.F. a 20 de septiembre de 2002.

EL JEFE DE LA DIVISIÓN

DR. RUPERTO PATIÑO-MANFFER

RPM* negs.

*Recibi original
12/09/2002
[Firma]*



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

Of. No. JDEP/eg/556/02

DR. GUILLERMO GABINO VAZQUEZ ROBLES
Presente.

Muy distinguido profesor:

Tengo el agrado de comunicar a usted su designación como Sinodal Suplente para integrar el jurado que realizará el examen que para obtener el grado de Maestro en Derecho, solicita el LIC. GUILLERMO CATAÑO HERRERA, quien someterá a su consideración la tesis titulada: "LA NECESARIA TRANSPARENCIA DEL SISTEMA NORMATIVO JURÍDICO COMO PRESUPUESTO FUNDAMENTAL DE LA CERTEZA DEL DERECHO" a efecto de que tenga la amabilidad de emitir su voto razonado correspondiente.

Así mismo me permito informarle que, en cumplimiento del acuerdo del H. Consejo Técnico de la Facultad de Derecho, ratificado por el H. Comité Académico del Posgrado en Derecho, deberá emitirse el voto respectivo en un plazo no mayor a 45 días naturales.

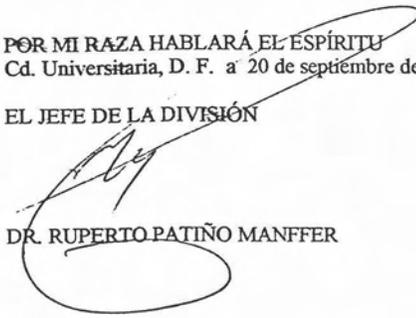
Este periodo se interrumpe en vacaciones, o en caso de que se formule alguna observación por escrito al sustentante, lo que deberá hacerse del conocimiento de esta Jefatura, para los efectos mencionados.

Aprovecho la oportunidad para recordar que de acuerdo con la legislación universitaria aplicable, las investigaciones de grado, tanto de nivel maestría como doctorado, deben ser investigaciones originales, sobre temas novedosos y trascendentes de la ciencia jurídica y deben realizarse con apego a los principios de la metodología científica, parámetros todos ellos que los asesores y directores de tesis deben constatar que estén considerados en todo proyecto de investigación que los alumnos le hagan llegar con este motivo.

Agradezco a usted su invaluable apoyo a las labores de esta División de Estudios de Posgrado y le reitero las seguridades de mi atenta y distinguida consideración.

POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU
Cd. Universitaria, D. F. a 20 de septiembre de 2002.

EL JEFE DE LA DIVISIÓN


DR. RUPERTO PATIÑO MANFFER

RPM* negs.

Recibí:
27/9/02


DR. IGNACIO BURGOA ORIHUELA
Maestro Emérito de la UNAM

Ciudad de México, Distrito Federal, a 30 de agosto de 2002.

DR. RUPERTO PATIÑO MANFFER
Jefe de la División de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho
Universidad Nacional Autónoma de México
P r e s e n t e .

Estimado y distinguido Doctor:

Mediante oficio número JDEP/eg/724/01 de 16 de noviembre de 2001, fui designado por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho, para fungir como director de tesis que para optar al grado de Maestro en Derecho, elaboró el licenciado GUILLERMO CATANO HERRERA, bajo mi asesoría y supervisión. El suscrito hace constar que el referido alumno ha terminado una tesis intitulada "**La necesaria transparencia del sistema normativo jurídico, como presupuesto fundamental de la certeza del Derecho**", misma que he aprobado para los efectos académicos y administrativos a que haya lugar. Lo anterior, fundamentado racionalmente en las siguientes

CONSIDERACIONES SINOPTICAS

I.- DE CARÁCTER FORMAL:

PRIMERA.- La tesis que se propone en puntual congruencia con el título y contenido de la misma, está estructurada en tres partes, desarrolladas explicativamente en nueve capítulos, aspectos que son confirmados por las ideas fundamentales que la temática comprende y su exhaustivo tratamiento.

SEGUNDA. El esquema de investigación contiene fuentes de información congruentes y adecuadas, acuciosamente seleccionadas e integradas en la substancia expositiva de la tesis. El alumno siguiendo una planificación sistemática mixta busca la autenticidad del problema, y lo aborda mediante el método fenomenológico fundado en la intuición eidética. El trabajo consta de un estudio sistemático desarrollado en doscientas noventa y nueve páginas.

TERCERA.- Adicionalmente, contiene una introducción sinóptica, tres apéndices, tres anexos, un aparato crítico sucesivo de quinientas setenta y dos citas y/o referencias; una propuesta alternativa de solución al problema dividida en tres

DR. IGNACIO BURGOA ORIHUELA

Maestro Emérito de la UNAM

líneas de discusión; incorpora veintinueve conclusiones. El acceso al contenido del trabajo académico puede realizarse didácticamente por los consultantes, estudiosos o simples lectores al través de la guía de los índices de contenido, alfabético de autores, alfabético de materias, y del general; incluye tabla de abreviaturas, siglas y latinismos, su correspondiente portada. En total, se obtiene un desarrollo formal de trescientas sesenta y cinco páginas.

II.- DE CARÁCTER MATERIAL O SUBSTANCIAL:

PRIMERA.- La investigación, constituye un esfuerzo académico riguroso; muestra una adecuada metodología y las técnicas de investigación permiten probar la hipótesis general, y las hipótesis específicas, planteadas en la primera parte. Por otro lado, debemos advertir que los vocablos y expresiones conceptuales a las que el alumno hace referencia, de donde extrae información y juicios, comienzan a ser practicadas en su reflexión que siempre van implícitas por su valor intrínseco, y no sólo por la eventual autoridad de la fuente.

SEGUNDA.- La tesis propuesta conlleva a la reflexión sobre la certeza como función intelectual, sobre el dato subjetivo del principio aristotélico, que se hace consistir en el punto desde donde una cosa comienza a ser cognoscible por sus demostraciones, premisas y causas. Una actividad intelectual que utiliza imprescindiblemente conceptos abstractos, que son los conceptos filosóficos y científicos. El alumno advierte que el presupuesto fundamental de la certeza del Derecho radica, actualmente, en la necesaria transparencia del sistema normativo jurídico; la apreciación presente en el pronóstico sobre la certeza, consistente en la ausencia de la sana conciencia jurídica, que está íntimamente conturbada y desorientada, que se concreta en el descrédito creciente de la ley misma; cuando el Derecho introduce con su norma la certeza de la vida social, garantizando la calificación de los comportamientos posibles. Este pronóstico deriva en gran medida de la adopción acrítica de esquemas teóricos y conceptuales producidos en otros aspectos y para dar cuenta de otras realidades. En consecuencia, pretende llamar la atención en que los hombres tienen necesidad para su acción presente de poder contar con su acción futura, con el alcance de la propia acción futura y, por tanto, también con la acción de otros hombres, no *AD LIBITUM*, la obediencia por conducto de lo irracional y las motivaciones más profundas, que forman parte del arsenal técnico de los gobiernos, que ponen en evidencia la paciencia demostrada por el hombre medio ante el hecho sorprendente y más importante de la historia: La tolerancia de lo intolerable.

TERCERA.- Diversos y variados son los requisitos que contribuyen a la producción de certeza jurídica, la cual es necesaria para la existencia de un sistema jurídico, y por consiguiente, determinar las condiciones de corrección estructural. Es

DR. IGNACIO BURGOA ORIHUELA

Maestro Emérito de la UNAM

decir, para que las normas jurídicas lleguen al conocimiento de los destinatarios (condición necesaria para su cumplimiento); sean comprensibles (evitando expresiones oscuras, equívocas o ambiguas, que puedan confundir a sus destinatarios); no contengan lagunas (un ordenamiento con vacíos normativos incapaz de colmarlos incumple el objetivo que determina su razón de ser, consistente en ofrecer una solución con arreglo a Derecho a los casos que plantea la convivencia humana); otorguen seguridad en la vida social al posibilitar la previa calculabilidad de los efectos jurídicos de los comportamientos; y proporcionen estabilidad de todo el sistema jurídico. La tesis sugiere algunos elementos epistemológicos alternativos para pensar en la previsibilidad de la construcción del Derecho, propone una forma distinta de concebir al Derecho, esboza muchas razones para adscribirse a una postura metodológica ante el objetivo perseguido y consistente en la capacidad reflexiva, explicativa y normativa, con orientación fenomenológica. Desde esta perspectiva, ineluctablemente explicable por la natural falibilidad humana, provocará objeciones, controversias, observaciones críticas. lo que, conducirá al alumno a perfeccionar en el futuro esta tesis ante las faltas o defectos en que se haya incurrido, según su propio designio de perseverar ante el movimiento y el cambio.

De todo lo expuesto, creemos haber demostrado sinópticamente la decisión de aprobar con efectos conclusivos la tesis de referencia, una vez satisfechos los requisitos formales y substanciales mencionados. Por lo anterior, atentamente, solicito a Usted ordenar la realización de los trámites académicos y administrativos conducentes, que permitan al licenciado Guillermo Cataño Herrera, optar por el grado correspondiente.

Saludo a Usted respetuosa y cordialmente.

ATENTAMENTE,
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPIRÍTU"

DR. IGNACIO BURGOA ORIHUELA



SISTEMA NACIONAL
DE INVESTIGADORES
NIVEL C

México, D.F. a 18 de noviembre de 2002

DR. RUPERTO PATIÑO MANFFER
JEFE DE LA DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO
FACULTAD DE DERECHO, UNAM
P R E S E N T E .

Me es grato por las presentes líneas, adjuntarle a usted mi Voto Razonado a la Tesis que presenta el **LIC. GUILLERMO CATAÑO HERRERA**, para obtener el grado de **MAESTRO** en los Estudios Superiores, con el tema:

**"LA NECESARIA TRANSPARENCIA DEL SISTEMA
NORMATIVO JURÍDICO COMO PRESUPUESTO
FUNDAMENTAL DE LA CERTEZA DEL DERECHO."**

Después de un profundo análisis y considerando que se trata de una Tesis de elevada concepción filosófica del orden normativo, tengo a bien emitir **VOTO APROBATORIO**

A T E N T A M E N T E

DRA. AURORA ARNAIZ AMIGO
MAESTRA EMÉRITA
FACULTAD DE DERECHO, UNAM
MIEMBRO DEL SISTEMA NACIONAL DE INVESTIGADORES
NIVEL C

**DIVISION DE ESTUDIOS SUPERIORES
FACULTAD DE DERECHO UNAM
VOTO RAZONADO**

**DRA. AURORA ARNAIZ AMIGO
NOVIEMBRE 18, 2002**

Para obtener el grado de **MAESTRO** en los Estudios Superiores de la Facultad de Derecho, el **LIC. GUILLERMO CATAÑO HERRERA**, presenta a mi consideración la Tesis de Grado, que bajo la dirección del Dr. Ignacio Burgoa Orihucla, ha sido elaborada con el título de:

**"LA NECESARIA TRANSPARENCIA DEL SISTEMA NORMATIVO
JURÍDICO COMO PRESUPUESTO FUNDAMENTAL DE LA
CERTEZA DEL DERECHO"**

El trabajo consta de 357 hojas. Se presenta con una Introducción, se divide en tres partes que al mismo tiempo se subdividen en 9 capítulos, finalizando con las conclusiones, 3 apéndices, 3 anexos, fuentes de información bibliográfica, hemerográfica y de legislación, un índice alfabético de autores, un índice alfabético de materias y el índice general.

En la Introducción el Lic. Cataño nos presenta consideraciones fundamentales para mejor comprender su investigación: "Mucho de lo que expondré en la presente investigación constituye una serie de reflexiones, algunas producidas por varios iusfilósofos, otras elaboradas por filósofos dedicados centralmente a la médula de la filosofía, otras como resultado de la experiencia jurídica, las cuáles me parece que contienen valiosos estímulos, presentimientos e importantes luces auxiliares, para aclarar la hipótesis fundamental y consecuentemente, la tesis propuesta" (pág. iv)

Considera que la transparencia del sistema normativo jurídico nos conduce a la certeza del Derecho, y asimismo hay que considerar que la elaboración de la norma jurídica, nos dice, es un fenómeno complejo, pero sigue diciéndonos que el Derecho es algo más que el mero formulismo, y añade que la técnica no deberá desplazar al fin axiológico del Derecho que es el valor justicia, en lo que estamos totalmente de acuerdo.

El autor de la investigación presente, acepta los interrogantes del tratadista Julius Hermann Von Kirchmann, consistentes en: "¿Qué jurista práctico no experimentó alguna vez un sentimiento profundo de vacuidad y de satisfacción en su actividad? ¿qué otra rama literaria ofrece junto a lo bueno, tanto libro insulso y de mal gusto como la jurídica? (esta afirmación nos parece muy exagerada) La sacrosanta justicia sigue siendo objeto de escarnio en el pueblo, y las mismas personas educadas, aun cuando tienen el derecho a su favor, temen caer en sus garras, tratando en vano de orientarse en medio de sus formalidades y procedimientos. ¿Qué cúmulo de leyes y, no obstante, cuántas lagunas!

* en el texto dice satisfacción, quizá sea un error y deba decir insatisfacción

¡Qué ejército de funcionarios y, no obstante, cuánta lentitud en la administración de justicia! ¡Qué lujo de estudios y de erudición y, no obstante, cuántas oscilaciones, cuánta inseguridad en la teoría y en la práctica! ¡Un Estado que hace de la realización del derecho su fin supremo y, no obstante, se hace pagar con crecidas sumas su intervención en cada caso!

También este segundo interrogante nos parece en la respuesta un tanto exagerado. Sabemos que de todos los tiempos y en cualquier lugar los jueces no siempre se atienen estrictamente a buscar la justicia en sus resoluciones; con frecuencia se pierde por caminos retóricos en los que lo que importa no es tener razón, sino demostrar que se tiene, y la existencia de los que podríamos denominar depredadores de uno de los valores más encomiásticos concedido a los hombres para que puedan coexistir dentro de la comunidad, es maltratado hasta su desfiguración angustiosa. Sin embargo de lo cual, determinadas soluciones depravadas, el hecho de existir, la contrapartida de elegir a la justicia en el contenido de la resolución sirve para la encomienda de que el zoon politikon sea respetado; si así no fuera, si la mayoría de las resoluciones estuvieran dictadas por defensa de intereses malsanos, entonces como explicamos que junto al valor justicia subsistan sus equivalentes: el bien común, el respeto a la dignidad del hombre, los modelos de derechos humanos, y tantos y tantos otros jurídicos, por los cuales el ser humano presenta condiciones, posibilidades y facultades de su digna superioridad.

Concluye el Lic. Cataño: "¡Qué cúmulo de leyes y, no obstante, cuántas lagunas! ¡Qué ejército de funcionarios y, no obstante, cuánta lentitud en la administración de justicia! ¡Qué lujo de estudios y de erudición y, no obstante, cuántas oscilaciones, cuánta inseguridad en la teoría y en la práctica! ¡Un Estado que hace de la realización del Derecho su fin supremo y, no obstante, se hace pagar con crecidas sumas su intervención en cada caso!" (pág. v)

Esperamos que al adentrarnos en la presente Tesis, la exposición negativa que en la práctica nos puede ofrecer, y en efecto nos ofrece algunas resoluciones jurídicas sea algo más, mucho más que el cuadro, un tanto deprimente, que nos ofrece la transcripción que acabamos de hacer y que se encuentra en la parte introductiva.

En el Capítulo I de la Tesis, presenta el Lic. Guillermo Cataño Herrera el estudio de temas jurídicos fundamentales como: "1.1 Aspectos elementales de la investigación. 1.2 Adopción de los métodos y del plan de investigación. 1.3. Retrospectiva sobre el problema de la certeza del Derecho. 1.4. Hacia una solución." (pág. 2)

La justificación de la elección del Tema, lo encontramos fundamentado, entre otros razonamientos en el análisis de las normas en los caracteres generales que presentan las normas jurídicas a saber: Normatividad, validez, seguridad, vinculariedad, coercibilidad y legalidad.

En la Fase aporética, el autor incluye el planteamiento del problema, y así declara que dicho tema queda recogido en el siguiente interrogante: ¿La posibilidad del conocimiento del Derecho por los destinatarios del mismo, es efectivamente garantizada

por el Estado según pautas de razonable previsibilidad en el sistema normativo jurídico? (pág. 7)

Seguidamente manifiesta que en el ámbito de la certeza del Derecho se vinculan elementos de la moral interna del Derecho, lo cual es cierto, ya que al condicionar el hecho jurídico en el supuesto jurídico, con frecuencia el Juez se encuentra con que ha sido vulnerado un valor axiológico, ya que la filosofía del Derecho proclama, como esencial, para la convivencia del hombre dentro de su comunidad política la defensa jurídica de los grandes valores axiológicos de la humanidad.

Dice el autor que: "El Estado Moderno no garantiza el conocimiento del Derecho por parte de los destinatarios del mismo, toda vez que el sistema normativo jurídico se ha reducido a un instrumento para la consecución de objetivos políticos." (pág. 8) Consideramos que la afirmación de la primera oración es correcta, ya que el Estado se rige por el lema de que la ignorancia de la ley no impide su cumplimiento, y esto es un problema antiquísimo, presentado ya por Sócrates frente a los sofistas y defendido en el canon cristiano de la civilización latina, llevada a cabo por el convencionalismo básico del canon religioso cristiano, por consiguiente, la conclusión que presenta el autor, está fuera de lugar, el Estado, ente abstracto, tiene su derecho positivo y son otros los canales para que la comunidad política los conozca.

En el inciso "Adopción de los métodos y del plan de investigación", el Lic. Guillermo Cataño Herrera, en el sub-inciso que titula "El criterio histórico y el dogmático" declara que: "se trata de una planificación mixta, porque sincrónicamente en el proceso histórico-jurídico hemos captado por vía metodológica de la observación indirecta empírico-inductiva, analítico-sintética el objeto de la investigación y la categorización conceptual": (pág. 14 y 15)

Es decir, que se trata de una combinación de métodos generales en los que partiendo de la observación y por medio de inducciones, el autor llega a conclusiones determinadas. Con acierto pone en primer término el estudio de la historia, y seguidamente menciona la inducción, o sea, el aristotélico método de partir de cada una de las partes que constituyen un todo para llegar a la captación de ese todo. Por el contrario si hubiera comenzado por una deducción (Platón) hubiera comenzado por el todo y partiendo a éste en las partes que lo integran, hubiera obtenido el análisis crítico correspondiente.

Con acierto menciona también el método fenomenológico, o sea, el estudio de los fenómenos que en un momento determinado en un país dado forman la metodología de averiguación, el método fenomenológico, sabido es, proviene de Husserl y es aplicable fundamentalmente al ámbito sociológico (praxis) del Derecho y el de la Política en la naturaleza, lo que llamamos fenómenos son las constantes idénticas que ante determinadas circunstancias se producen con sabidas consecuencias. La fenomenología de Husserl, su creador, tiene grandes aplicaciones en la sociología jurídica y en la sociología política, y tiene como cimiento del método la observación y el análisis crítico de un problema real por pertenecer a la praxis jurídica o política.

En el inciso que el autor denomina "Hacia una solución", del capítulo primero, el autor insiste en la búsqueda de la certeza del Derecho como evidencia de la existencia del mismo, y afirma que: "Algunas normas jurídicas, tienen carácter excepcional, o por el contrario considerarlas como estándar de una evolución, en línea de la denominada funcionalización de las estructuras e instituciones de derecho positivo, y proponer interpretaciones extensivas y restrictivas, siguen siendo operaciones abstractas, que pueden conducir a resultados contradictorios si no se basan en un examen de las relaciones concretas (económicas, políticas, financieras) de la experiencia jurídica y de la estructura de su potencial marco de aplicación." (pág. 24)

Al llegar a este punto descubrimos que la Tesis que el Lic. Cataño Herrera presenta para obtener el grado de Maestría, y en su búsqueda del *facto*, o sea, de la realidad existente, de lo que se trata es de una sociología y como tal del hecho concreto sobre el que se discurre con elementos también concretos. Si se tratara del mundo abstracto de los *ontos* que caracterizan a la filosofía jurídica, entonces el autor de este tratado tenía que trabajar en abstracciones, ya que la teoría o la filosofía jurídica y política manejan el mundo del ser inmutable en el tiempo, en la abstracción de las constantes idénticas, puesto que siguiendo a Jellinek, el Estado como el Derecho son abstracciones pero no ficciones.

En el inciso segundo del Capítulo II, que el autor lo titula "Algunos esquemas para el análisis conceptual del fenómeno de la opacidad del Derecho" declara que: "El problema en análisis advierte que el concepto radica fundamentalmente en el "acceso al Derecho", el significado del término se fundamenta en la reflexión filosófica-jurídica, la teoría de los sistemas sociales y la teoría de la acción comunicativa. Esto es, bajo el aspecto teórico y la vertiente pragmática del problema de la regla de la experiencia científica." (pág. 29)

Sabido es, tanto como las ideas y conceptos, tanto como el *facto* jurídico o político, su problemática puede ser investigada con el análisis; así, el filósofo neocantiano Ernesto Cassirer, declaró en su célebre tratado "Los enciclopedistas" que el análisis es el bastón de cualquier investigación que la divinidad compasiva entregó al hombre. Asimismo como pasó con la fenomenología que puede pertenecer al pensamiento *eidotico* o *videtico*, como a un fenómeno de la realidad de la praxis, pero al llegar a estas páginas, descubrimos que el autor de este tratado se va inclinando cada vez más al análisis de lo existente, de la realidad fáctica, tanto sea para el Derecho como para la Política, en la realidad práctica, en el cómo es algo; es decir, en la sociología jurídica o política, y al efecto cuando en el ámbito del cómo es, se hace crítica del por qué y para qué del hecho, sistema o estructura no convincente, porque está alejado del arquetipo ideal, entonces sí, sin la menor duda, estamos en la presencia de la fenomenología social, ya sea jurídica o política.

En el Capítulo IV que titula "Paradigmas en el Estado de Derecho", el autor de este trabajo declara que: "...En el plano pragmático el Derecho se ha supeditado a la forma de estructuración del poder estatal, conceptualizado y determinado su función (intencionalidad). La expresión Estado de Derecho es un tanto ambigua y vaga, misma que ha sido analizada por la teoría política contemporánea. (pág. 64)

En efecto, así es, desde el punto de vista de la sociología jurídica, no así de su teoría y con mayor profundidad de la filosofía jurídica. El analizar cómo es el Derecho en

la práctica, ya sea a través de la historia o de nuestro presente, nos lleva a enfrentarnos a lo que es, pero no a lo que debiera ser. En este sentido, posiblemente lo que resta de Tesis presentará las mismas características que nos hemos encontrado en esta página número 64, a saber, la relativización de la praxis jurídica respecto del modelo teórico a seguir.

Respecto del Estado de Derecho, el concepto posiblemente más certero sea el que no sólo trata de la existencia de leyes, sino de su buena interpretación y ejecución.

En el inciso siguiente, titulado "El término, el concepto y los límites de una definición del Derecho", el Lic. Guillermo Cataño Herrera, señala que: "El Derecho es un fenómeno complejo; lo jurídico no se agota en una realidad simple e individual, sino que, al contrario, abarca una serie de realidades distintas y diferenciadas... El término Derecho designa realidades distintas y desiguales: a las leyes, a los derechos y obligaciones, a las resoluciones judiciales, a las actuaciones del poder público..." (pág. 66)

Cuando estudiamos estas aseveraciones, pensábamos en que los criterios del abogado litigante sobre la interpretación de la ley y su aplicación, es completamente distinta a la del teórico o filósofo del Derecho que manejamos los arquetipos o modelos a seguir en el ámbito social; pero, seguidamente, el autor estableció los siguientes razonamientos sobre el problema, recordando al que fuera gran maestro de la filosofía jurídica en nuestra Facultad, Don Rafael Preciado Hernández.

Estamos pues de acuerdo que el análisis de la sociología jurídica de lo que es el Derecho, en ocasiones como en la que se encuentra el autor de esta Tesis, va por caminos alejados del arquetipo eudémico, así una sociología jurídica analizada en el fondo de la praxis, puede ser que nos conduzca a jueces injustos, a abogados que defienden causas por interés económico, pero no todos los jueces, ni todos los abogados son exactamente estos personajes. Por cuanto el juzgador del valor axiológico infringido posiblemente en ciertos casos se atenga a medir la pena del ilícito, pero no exactamente por la concordia del hecho con el supuesto jurídico.

En el inciso titulado "La complejidad del ordenamiento jurídico", nos dice: "Por lo que concierne al ordenamiento jurídico, diversas filosofías y escuelas del pensamiento, lo han analizado; empero, el positivismo filosófico propone su formulación más coherente. En opinión de Norberto Bobbio "faltaba en el pensamiento jurídico el estudio del Derecho considerado no como norma aislada o como suma de normas aisladas, sino como ente unitario constituido por el conjunto sistemático de todas las normas." (pág. 91) Con lo que estamos de acuerdo.

En el Capítulo V, sobre "La creación del Derecho", con acierto, el Lic. Guillermo Cataño Herrera considera que la estructura jurídica es consecuencia de la estructura política.

La ley, o sea, la norma jurídica es siempre consecuencia de dicha estructura, no olvidemos que el poder político supremo del Estado es poder jurídicamente organizado.

En el Capítulo VI, que el autor titula “El Éthos Lege”, nos presenta interesantes razonamientos sobre la unión del Jus (justicia) con el precepto ético; así nos dice, transcribiendo a Radbruck: “el hombre en el Derecho no es ya en lo sucesivo sino el hombre en sociedad, el hombre colectivo “con esta aproximación del tipo de hombre jurídico a la realidad social se fragmenta al mismo tiempo el sujeto de Derecho en una diversidad de tipos relevantes, de tipos sociales, y ahora también jurídicos...” (pág. 118)

El manejo de Radbruck es muy acertado puesto que es uno de los grandes filósofos del Derecho, y para él, como queda demostrado en los párrafos anteriores. Pues en efecto, el zoon politikon no podría coexistir con sus semejantes sin la norma jurídica de contenido axiológico aplicador y reparador de la justicia; o sea, del bien común.

En el inciso 2 del capítulo VI, titulado “El Derecho como sistema abstracto: El enfoque de la jurisprudencia analítica”, se dice que: “Conforme a la forma de expresión del Derecho, que es la norma jurídica, y la vinculación al sistema normativo jurídico positivo, también resultan clarificadoras, a este propósito, las palabras de Miguel Reale citadas por el propio Elías Díaz: “En el concepto de Derecho convergen tres perspectivas ya clásicas en la definición de lo jurídico: la perspectiva normativa, la perspectiva social y la perspectiva valorativa...” (pág. 121)

En efecto, como el autor de esta Tesis se está encaminando a la posición tripartita de Don Luis Recaséns Siches el gran maestro de Teoría Jurídica, para quien primero es el hecho, después el supuesto jurídico y la consecuencia es la vulneración del valor axiológico, esta posición del Maestro Recaséns cuenta cada día con mayor número de seguidores, ya que en el Derecho, si bien la coacción es imprescindible como resolución jurídica; sin embargo, las consecuencias del acto deberán ir encaminadas a la vulneración axiológica. Así podemos decir que si bien lo específico de la norma jurídica es la coacción lo importante en la resolución es que el juez se atenga a la vulneración del precepto ético o jurídico.

En la “Tipología de las normas jurídicas...”(pág. 127), el autor considera que: “Previamente, a la determinación de los tipos de normas, es preciso mencionar algunos puntos sobre el concepto de norma. Diversos autores emiten significados, clasificaciones, distinciones, interpretaciones sobre las normas in genere, y sobre la especie de normas jurídicas. En el pensamiento Georges Kalinowki el estudio de las leyes puede reducirse a cuatro perspectivas. 1) semántica; 2) lógica; 3) ontológica; y 4) filosofía práctica.” (pág. 127)

Nos da mucho gusto comprobar cómo después de los enfoques sociológicos, o sea, de la realidad de la praxis jurídica, el autor se va enfilandó hacia conceptos filosóficos del deber ser. Sin embargo, consideramos que los aspectos negativos que el Lic. Cataño ha expuesto como existentes en la realidad jurídica, no pueden ser lo mayoritario dentro de los que tienen la capacidad de resolución ante el caso concreto; debemos de considerar que es la minoría, la excepción, quienes no siguen la línea recta de la defensa del Derecho, que es la resolución de lo justo.

En el inciso titulado "Hacia la crisis del principio de legalidad" (pág. 171), el Lic. Guillermo Cataño Herrera, considera que lo acertado dentro del Estado de Derecho y en la existencia de los tres poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, deberá considerarse el primado del Legislativo sobre los otros dos poderes; esto fue en declaración formal, lo que la constitución de 1857 consideró. Sin embargo de lo cual en la realidad fáctica, cada vez fueron mayores las atribuciones y consideraciones del Poder Ejecutivo sobre el Legislativo y el Judicial. Al efecto los artículos 71 y 72 fracciones a), b), c) y d) siguen existiendo en la Constitución mexicana vigente aún, cuando cada vez se puede apreciar la actuación del Legislativo hacia su primado sobre el Ejecutivo y el Judicial.

En el capítulo siguiente, número VIII, (página 181) se encuentra el inciso "La vinculación racional o razonable de la legislación", aún cuando seguimos considerando la elevación de la investigación del Lic. Guillermo Cataño Herrera, hacia los enfoques filosóficos y, por consiguiente, hacia la fundamentación axiológica del Derecho, o sea, de la norma jurídica, tanto en la interpretación del juez como en la resolución tomada.

"En capítulos precedentes hemos dejado expuestos diversos supuestos y conceptos, relacionados con el sistema de fuentes y la técnica normativa, del modo siguiente: Internamente los procedimientos para la redacción y promulgación de la ley no pueden analizarse simplemente como institucionalizaciones de los discursos prácticos, debe prestarse más atención a las dimensiones teleológica y axiológica de los procedimientos de creación de normas jurídicas." (pág. 181)

Con lo que estamos completamente de acuerdo con el autor de los párrafos transcritos, el Lic. Guillermo Cataño Herrera.

En el Capítulo IX titulado "Elementos para una propuesta alternativa", se expone el análisis del autor, de acuerdo con las siguientes perspectivas: Perspectiva filosófica, perspectiva científica, Perspectiva pragmática. En la filosófica, el autor declara en el apartado de generalidades, que: "...Por consiguiente, la problemática epistemológica ha de considerarse envolviendo a la teoría de la ciencia... se deduce del hecho de que las ciencias mismas (sobre todo, la ciencia moderna, contribuye masivamente a los procesos de constitución de los objetos del mundo y de su estructura); dicho de otro modo: El mundo no puede considerarse como una realidad perfecta dada previamente a la constitución de las ciencias, una realidad siempre presente..." (pág. 240)

El mundo de la realidad práctica es en definitiva la relativización del modelo ideal. Nunca jamás la realidad supera al pensamiento axiológico del hombre; los arquetipos platónicos son eso, modelos que dan la pauta para el seguimiento práctico, pero como es sabido, del dicho al hecho hay un buen trecho, y así, si el hombre fuera capaz de llevar a la práctica absolutamente el modelo axiológico, el hombre no tendría historia. Precisamente algunos de los aspectos del mundo ascendente del hombre es como va alcanzando la perfección. Decimos como va alcanzando la perfección, lo que todavía sigue teniendo algo de quimera impulsada por la esperanza; ya lo dijo Platón, la razón de la existencia del hombre es alcanzar la perfección, lo dijo hace 25 siglos, y nuestra historia axiológica consiste en como se va progresando y en como el zoon politikon construye su sociedad

política en base a todos y cada uno de los valores axiológicos que son múltiples y derivados de un solo valor, la realización del bien común.

La Tesis del Lic. Guillermo Cataño Herrera, al exponer, como hemos ya señalado, en los cuatro primeros capítulos, lo que no debe ser en la realización en el mundo del Derecho, acaba presentándonos lo que sí debe ser, el progreso de las cualidades humanas cuando el hombre se atiene a lo que en él es exclusivo, la posibilidad de la realización del mundo axiológico.

Terminando así su Tesis en sus 29 conclusiones; en las primeras conclusiones insiste en que los sujetos del ámbito social ignoran el Derecho, lo que hemos ya analizado en las primeras páginas de la Tesis. Lo importante es que ignorando la ley, es responsable de su vulneración, ya que lo que el hombre no ignora son los principios éticos, innatos en la conciencia humana; de manera que desde tiempo inmemorial en que el hombre construyó su sociedad política, la ignorancia de la ley no lo exime de su incumplimiento (Sócrates frente a los sofistas)

En las siguientes conclusiones, el Lic. Cataño menciona la definición del Derecho, lo considera como un conjunto de mandatos coactivos de quien tiene el poder político; es, añade, el Derecho, factor para la integración social; o como el “conjunto de reglas que garantizan la convivencia ordenada y pacífica de los hombres.” (pág. 300) (O sea, del hombre social, o del hombre que vive dentro de una comunidad política-jurídica.)

Así, el Derecho es el elemento ordenador de la convivencia del hombre dentro de la comunidad política, como “a) la participación popular en la creación del Derecho (o sea, el reconocimiento de la democracia como base de la convivencia política) y seguidamente el autor menciona como deber la obediencia al Derecho...” (pág. 301)

Seguidamente el autor de la Tesis reconoce que “la integración de convicciones morales en la sociedad en el orden jurídico.” Y añade que: “...[el legislador] intenta proponer normas objetivas, otras finge demencia valorando subjetivamente, que su tarea creadora del Derecho es susceptible de equívocos,”(pág. 301)

En la conclusión número 6, menciona que: “La ratio legis, en el aspecto lógico racional, reflejado en el contenido, aspira a proponer un modelo de análisis del Derecho (funciones descriptivas), y al mismo tiempo un modelo ideal (función orientadora y normativa)” (pág. 301)

En la conclusión décima, nos señala que: “El planteamiento del problema ontológico del Derecho reclama una congruente rectificación que extienda la perspectiva del conocimiento jurídico, haciéndola corresponder con una esfera más amplia, más comprensiva, como es la que integra en una misma y única realidad la regulación normativa de la conducta y a la vez, la conducta normativamente regulada.” (pag, 302)

Seguidamente, el autor menciona cómo la Constitución, Norma Suprema de un país garantiza la estabilidad social, descansa en la interpretación correcta de la ley y de su ejecución, también correcta.

En la conclusión número 12, el autor menciona que: “Existe el problema de las normas jurídicas injustas, las que permiten u obligan a llevar a cabo acciones discursivamente imposibles, o prohíben acciones discursivamente obligatorias.” (pág. 203) Pero sucede que todo Derecho o Norma Jurídica injusta, no es Derecho, porque la Norma Jurídica en sus disposiciones ha de recoger la Justicia particular de dicha Norma, o sea, la equidad; y así, es inconcebible el Derecho injusto, simplemente no es Derecho, aunque formalmente lo sea, tal es el caso antiquísimo de Atenas que funcionaba como Democracia directa, pero negaba lo que hoy denominamos Derechos Humanos a los esclavos; luego hay que distinguir el Derecho desde el punto de vista formal y el Derecho en su integridad del reconocimiento de la justicia, de lo justo, de la equidad. Este sí es Derecho, y estas Normas sí son Normas Jurídicas.

Si se admite que toda norma jurídica ha de coincidir con todas y cada una de las disposiciones de la Norma Suprema, no es posible la existencia de una norma sustantiva que no sea conforme al Derecho.

Sin duda alguna, el jurista no es solamente mago en la elección del lenguaje, ya que deberá considerarse que la interpretación de la Norma Jurídica, en sus justos términos frente a casos concretos que difieren entre sí, pero que están unidos por un fundamento común, nos lleva a considerar que el intérprete de la ley realiza la alquimia en la interpretación para llegar a la resolución justa.

Y así en la conclusión 15, el autor dice algo indubitable: “La supremacía de la voluntad popular, elevada a principio supremo al interior de la jerarquía de normas constitucionales conlleva enormes implicaciones ético-políticas, cuyo estatus está definido por una actitud preferencial hacia el principio de mayoría.” (pág. 303, 304) Así es, y también es sabido que la mayoría no siempre acierta, como magníficamente estudió Juan Jacobo Rousseau en su “Contrato social”

En efecto, en Austin y en el mismo Bentham, soberano es aquel cuyo mandato es acatado, lo que también sabido es, si bien rige en el mundo latino no es así ni en la normatividad, ni en la interpretación, ni en la resolución de la ley, ya que soberano es aquel que tiene capacidad resolutoria en un caso concreto, aún cuando no haya norma para resolver el caso concreto.

En la conclusión 21: “El concepto del Derecho no se puede reducir sólo a principios extraídos de una situación humana concreta y elevados al plano de lo general, como hacen las doctrinas del derecho natural; ni tampoco a principios puramente formales de carácter ideal, como el concepto de deber ser o el de coerción, sin ningún contenido factual social, como hace el positivismo.” (pág. 304, 305) Con lo que estamos también de acuerdo.

En la conclusión número 22 se afirma, de acuerdo con Hegel, que: “Hegel no separa los aspectos formales y materiales del Derecho, o la estructura del sistema jurídico y el contenido real, o la existencia de normas por un lado y de conductas por el otro, sino contempla el Derecho como un concepto que es primero abstracto y que a partir de ahí se

va haciendo concreto, se va realizando progresivamente”(pág. 305), Así es pues la aplicación de una norma que tiene un contenido abstracto, se concretiza al ser interpretado el hecho por el supuesto jurídico.

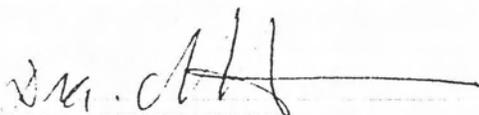
En la conclusión 24, el autor considera que es necesario que: “...conviene reiterar la necesidad de que se articule una teoría normativa de la certeza del Derecho; es decir, que el legislador como sujeto activo de la producción del Derecho, dé respuesta a la compleja labor de racionalización razonable.” (pág. 305)

En la conclusión 26 leemos que: “La exigencia de certeza del Derecho es la más incluíble exigencia ética, de su específica eticidad, que el Derecho experimenta actualmente. Es el esfuerzo de la experiencia jurídica que mediante la certeza y la constancia de la ley, impide la arbitrariedad y la discordia, es el encuentro del valor fundamental que el Derecho garantiza, y no el trámite de la legalidad.” (pág. 306)

Como se ve, el autor da gran importancia a la certeza de la Ley, pues en efecto es garantía de interpretación justa.

En la conclusión final, el autor insiste en la necesidad de que el conocimiento de la ley no sea solamente problema de los especialistas, sino que debe extenderse lo más posible, en la ciudadanía.

Por lo expuesto, y considerando que se trata de una muy elevada concepción filosófica del orden normativo en que, como venimos diciendo, el autor en la medida que avanzaba en la tesis, nos mostraba aspectos de la ética jurídica, verdaderamente interpretados con sumo acierto, por estas y las demás consideraciones que hemos realizado en el transcurso de la Tesis del LIC. GUILLERMO CATAÑO HERRERA, titulada “LA NECESARIA TRANSPARENCIA DEL SISTEMA NORMATIVO JURÍDICO COMO PRESUPUESTO FUNDAMENTAL DE LA CERTEZA DEL DERECHO”, y con una felicitación a su autor, tengo a bien emitir VOTO APROBATORIO.



DRA. AURORA ARNAIZ AMIGO
MAESTRA EMÉRITA
FACULTAD DE DERECHO, UNAM
MIEMBRO DEL SISTEMA NACIONAL DE INVESTIGADORES
NIVEL C

Dr. Marco Antonio Besares Escobar.

CIRCUITO ESTADIO AZTECA NUMERO 7.

COL MEDIA LUNA COYOACAN.

TELEFONOS 55283510 Y 54241062

019616139810 Y 019616001293



México, D. F a 18 de enero de 2003.

ASUNTO: VOTO.

DR. RUBEN PATIÑO MANFER.

JEFE DE LA DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO

DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM.

P R E S E N T E.

Con relación al oficio No. JDEP/eg/555/02, de fecha 20 de septiembre de 2002, me permito emitir mi voto sobre la tesis denominada: **“LA NECESARIA TRANSPARENCIA DEL SISTEMA NORMATIVO JURÍDICO COMO PRESUPUESTO FUNDAMENTAL DE LA CERTEZA DEL DERECHO”**, presentada por la **LIC. GUILLERMO CATAÑO HERRERA** para optar al grado de Maestro en Derecho por esa Institución a su digno cargo.

1. Análisis de la estructura del trabajo.

Se observa en el trabajo de tesis un diseño formal, apegado a las técnicas de investigación de las ciencias jurídicas. La tesis está dividida en tres partes, conformada por nueve capítulos correctamente ordenados y vinculados. La exposición del tema parte del planteamiento general del problema central para posteriormente desarrollar las hipótesis de trabajo las cuales son acordes con el mismo. En la parte final encontramos las conclusiones, apéndices y anexos. La clasificación del índice de autores, materias y abreviaturas demuestra el rigor metodológico observado por su autor en la elaboración de la tesis.

2. Análisis del contenido.

El tema de la tesis es interesante y complejo dentro del campo de investigación de la filosofía del derecho, en lo particular para el desarrollo de líneas de investigación correspondientes a la epistemología jurídica.

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke extending to the right.

Dr. Marco Antonio Besares Escobar.

CIRCUITO ESTADIO AZTECA NUMERO 7.

COL MEDIA LUNA COYOACAN.

TELEFONOS 55283510 Y 54241062

019616139810 Y 019616001293

Es indudable que el estudiante del derecho en la actualidad está obligado a reflexionar sobre la crisis que presenta el sistema jurídico y los diversos problemas provocados por su falta de eficacia. El sustentante analiza el tema desde una perspectiva histórica, jurídica, filosófica y sociológica. En particular se ocupa de discernir respecto a la falta de claridad o transparencia del discurso del sistema jurídico y las consecuencias que esto provoca en el ámbito de los destinatarios de la norma. Con ello describe el problema de la inseguridad jurídica por la ausencia de una técnica adecuado en la construcción del sistema y del discurso jurídico.

El trabajo de investigación es original y autentico, esto puede apreciarse por el estilo de redacción de los conceptos del autor y por las conclusiones a los que este arriba. La formación dialéctica del sustentante queda de manifiesto en el desarrollo de la exposición del tema y desde luego, en el momento de la elaboración de sus conclusiones.

En la parte inicial, como ya mencionamos, el autor construye el marco teórico de su investigación jurídica y posibilita los elementos fundamentales para una adecuada comprensión del tema, con ello logra contextualizar el problema central de su trabajo y define correctamente las hipótesis de trabajo que luego logra ilustrar en los distintos capítulos de este trabajo de investigación documental.

La principal propuesta del sustentante se refiere a la necesidad de articular una teoría normativa de la certeza del derecho, la cual sirva de referencia para una mejor actividad legislativa. Señala que la certeza del derecho requiere de cuatro condiciones: que sea positivo, preexistente a la conducta que regula, que la norma y las consecuencias de su incumplimiento sean conocidas con facilidad y sencillez.

La idea fundamental de la tesis gira en torno a la complejidad de la producción jurídica y a la dificultad de apropiación de las proposiciones jurídicas de parte de sus destinatarios. Esta idea es desglosada en problemas concretos y específicos explicados en los distintos capítulos de la tesis. En la parte final del trabajo, en el capítulo de conclusiones se enfatiza la necesidad de transformar el discurso jurídico, partir de criterios operativos y pragmáticos, de conocer la evolución jurídica que expresa una inflación legislativa y la necesidad de construir una teoría comunicativa en el ámbito jurídico.

Se aprecia también que para la elaboración de la tesis se consulto bibliografía actual y especializada, adecuada para cada uno de los capítulos que estructuran el trabajo de investigación.

Culmina la tesis con las conclusiones las cuales son congruentes con el desarrollo expositivo y se incorporan algunas documentos relacionados con temas de técnicas legislativas, datos estadísticos de la actividad legislativas que son analizados de manera comparativa y algunos documentos relacionados con mejora regulatoria como anexos de la tesis.



Dr. Marco Antonio Besares Escobar.

CIRCUITO ESTADIO AZTECA NUMERO 7.

COL MEDIA LUNA COYOACAN.

TELEFONOS 55283510 Y 54241062

019616139810 Y 019616001293

Después de revisar la forma y el fondo de la tesis y llegando a las consideraciones anteriormente vertidas, emito el siguiente:

Dictamen:

1. La tesis refleja un importante y serio esfuerzo de investigación y análisis del tema abordado.
2. La exposición del tema es densa por el carácter filosófico del mismo, sin embargo, en este estudio su autor agota, en gran medida, en cada uno de los capítulos los distintos tópicos que son necesarios e indispensables para el análisis del tema central de la tesis.
3. El contenido es válido, articulado y sustentado en las diversas citas elaboradas en el desarrollo expositivo.
4. Las conclusiones son congruentes con el desarrollo de la temática y acordes a los criterios de su autor. Por lo anterior, y con las observaciones y razonamientos señalados, emito mi

VOTO APROBATORIO

A la tesis denominada , “LA NECESARIA TRANSPARENCIA DEL SISTEMA NORMATIVO JURÍDICO COMO PRESUPUESTO FUNDAMENTAL DE LA CERTEZA DEL DERECHO ”, presentada por la LIC. GUILLERMO CATAÑO HERRERA para optar al grado de Maestro en Derecho por esa Institución.

ATENTAMENTE

DR. MARCO ANTONIO BESARES ESCOBAR



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

VOTO RAZONADO

Para optar por el grado de **MAESTRO EN DERECHO** en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho, UNAM, el **LIC. GUILLERMO CATAÑO HERRERA**, presenta a mi consideración la Tesis de Grado, elaborada según la supervisión y dirección del Dr. Ignacio Burgoa Orihuela, misma que intitula:

**“LA NECESARIA TRANSPARENCIA DEL SISTEMA NORMATIVO
JURÍDICO COMO PRESUPUESTO FUNDAMENTAL DE LA
CERTEZA DEL DERECHO”.**

Formalmente, la investigación presenta las siguientes características:

- A. Congruencia entre el título, línea y área de investigación. Una adecuada justificación del tema y su oportuno planteamiento del problema, comenzando por la oración tópica en que cuestiona: ¿La posibilidad del conocimiento del Derecho por los destinatarios del mismo, es efectivamente garantizada por el Estado según pautas de razonable previsibilidad en el sistema normativo jurídico?.
- B. Las hipótesis (general y específicas) son adecuadas y desarrolladas a lo largo del capitulado, que divide sistemáticamente en tres partes, según la forma silogística aristotélica; mismas que distribuye en nueve capítulos formal y materialmente ordenados y vinculados.
- C. En la metodología combina los métodos generales (histórico-deductivo) y el fenomenológico, afirmando “la exigencia metódica al abordar el problema fundamental, a donde hay que reconducir el pensamiento constantemente. Por ello hace falta el esfuerzo de la reflexión filosófica”.
- D. El desarrollo del capitulado consta de 299 páginas. Adicionando, una introducción, tres apéndices, tres anexos, un aparato crítico de 572 citas, varios índices (de contenido,

alfabético de autores, alfabético de materias, general analítico), incluye tabla de abreviaturas, siglas y latinismos) usados, la portada, contraportada; siendo un total de 365 páginas.

- E. La tesis se fundamenta en fuentes de información bibliográficas, hermerográficas y de legislación, especializada, actual, rica en su contenido.
- F. Las 29 conclusiones son congruentes con el desarrollo expositivo del autor.

Respecto del contenido, substancialmente, la investigación desarrollada es original y auténtica, representa un serio y consciente esfuerzo. El autor de la Tesis analiza profundamente mediante razonamientos inductivos la importancia que tiene la norma dentro del sistema jurídico, con lo cual precisa a su vez el valor del derecho positivo y la relación con la norma jurídica fundamental positiva.

Es impostergable para toda comunidad que desee convivir pacíficamente, establecer un esquema que permita conocer a todos sus miembros de manera cierta, cómo deben comportarse. Es decir, un esquema que permita estandarizar la valoración de las diferentes acciones humanas, que no es otro como bien lo afirma el autor, que la norma jurídica; sin embargo, sirve de poco una norma jurídica para resolver el problema de la convivencia si no se cuenta, bien sea explícita o tácitamente, con la obligación de observarla.

El autor refiere que la elaboración de la norma jurídica es un fenómeno complejo, no es solo mero formulismo, sino el contenido del fin axiológico del Derecho. Por eso, la obediencia al Derecho no puede dejarse a merced de la voluntad de cada uno, pues si esto ocurre, al mínimo de orden que es presupuesto de la convivencia comunitaria, se sustituiría la anarquía que la imposibilita. El enfoque de análisis del problema es fenomenológico, como lo afirma el autor:

“el destinatario de la norma jurídica, se apropia completamente de ella, se incorpora y se integra. En este sentido, la formación de lo jurídico, no desaparece, sino que se guarda, se conserva; hacia un ascenso a la generalidad, sacrificándose la particularidad; así, en vía fenomenológica, se desarrolla la génesis de una autoconciencia verdaderamente libre en y para sí misma, y muestra que lo esencial no es consumir lo dado sino formarlo, es una consistencia autónoma, por encima de la inmediatez de su estar ahí hacia la generalidad, de otra manera, en la auto ignorancia de la conciencia estaría sometido a

un sentido completamente ajeno, pero esto podría lograrse mediante el trabajo; el trabajo forma, es un sentimiento de sí ganado por la conciencia que tienen todos los momentos de lo que constituye la formación pragmática; consistente en el distanciamiento respecto a la inmediatez del deseo, de la necesidad personal y del interés privado, y atribución a una generalidad. No se trata únicamente de la estructura formal, sino también del contenido material de justicia de las normas, de los institutos jurídicos, y de las máximas de decisión, que se presentan en el sistema de justicia". (pág. 5).

El Lic. Guillermo Cataño Herrera, se cuestiona: ¿puede el Derecho, prometer certeza a los hombres, para regir su acción?. Responde siguiendo a Eduardo J. Couture, que "el Derecho se presenta como la promesa de certeza, aunque la certeza efectiva solo la puede dar la vida. Por eso es preciso educar a la sociedad civil para que elija buenos gobernantes y vigilar a los gobernantes para que no claudiquen en su virtud, son los únicos medios hasta ahora hallados para reducir la incertidumbre en el Derecho". En este sentido, distingue dos esquemas sobre la certeza: Primera, una *concepción especulativa del Derecho como certeza*, determinación múltiple y articulada del concepto de certeza, desglosando sus elementos, afirma que: 1) La certeza se presenta como garantía cierta e inequívoca de la acción, la garantía de que será la futura calificación de los posibles comportamientos, de modo que puedan los hombres contar con lo que vendrá; 2) La certeza así entendida nace de la ley "la ley hace saber a cada uno lo que puede querer", la ley como voluntad constante y coherente, razón sin pasión, que, en cuanto tal, trasciende la sociedad. La ley organiza y se convierte en sistema de legalidad y de instituciones que a ella corresponden, en el mundo del Derecho; 3) En éste la relación entre los sujetos se realiza como objetividad, en el sentido preciso que tiene la palabra en el pensamiento moderno. La relación por la que el individuo se coloca como continua decisión frente a los demás y, por tanto, como continua individualidad, puede realizarse en cuanto se funda y se apoya "sobre la estructura permanente y objetiva que haga posible el vario desenvolvimiento de las individualidades, mantenidas precisamente como individualidades"; 4) La certeza se convierte así en objetividad, en la que se exterioriza y se realiza la conciencia ética. Supuesto todo lo cual, resulta clara la definición del Derecho como técnica interna de la acción, por la que la acción se hace consciente de sí misma, ya que revela la acción en lo que es para el mundo social y para sí misma; es clara, la definición de certeza como específica eticidad del Derecho. Segundo, un *análisis de la actual vida histórica del Derecho en su crisis*,

considerada en su punto central como crisis de certeza. El autor considera la certeza como objetividad, como principio a que obedece y en torno al cual se organiza todo el mundo del Derecho. Por eso se refiere a la acción, en sustancia y estructura, como centro de la experiencia jurídica. Acentúa la importancia de garantizar el conocimiento de la norma jurídica y de explicar su contenido inteligiblemente.

La justicia adopta la forma de certeza, no en el sentido de una absorción de la justicia en la certeza; es decir, en exterior e indiferente legalidad, que sería verdaderamente supresión de la justicia, sino en el sentido de la certeza de la acción, que se organiza y realiza en todo el mundo del Derecho, es la objetivación de la justicia, hecha la justicia mundo de la experiencia jurídica, el mundo propio del Derecho. Toda la historia de la ciencia del Derecho no es más que ese reintegrar las leyes singulares en la viviente plenitud de la razón objetiva del mundo del Derecho. Ahí está propiamente la fuente del carácter de perennemente creadora de la ciencia del Derecho, no tanto como crítica de la ley, sino como aplicación de la ley.

El autor señala que el problema de la filosofía ha venido a ser, preponderante e intransigentemente, el de la certeza. Como en la época anterior fue el de la verdad, y en la época clásica lo fuera el de la realidad. Menciona que la doctrina ha elaborado una tipología de la certeza: 1) Certeza científica; 2) certeza metafísica; 3) certeza jurídica. Ésta última, según el autor, está en crisis, según dos esquemas: primero, la contraposición del Derecho a la ley, aún en el ámbito de un sistema positivo, que tiene antiquísimos precedentes genéricos; segundo, la contraposición entre legalidad y adhesión al Derecho.

Siguiendo, la teoría de sistemas, expuesta por Joseph Raz, que propone el análisis estructural del sistema jurídico, y las relaciones fundamentales de las disposiciones jurídicas en sus momentos de creación (estructura genética) y sus efectos mientras éstas existen (estructura operativa), afirma que: el comprender una norma no implica sólo conocerla. El conocimiento es un grado anterior a la comprensión. Esto implica estar en condiciones de internalizar la

norma, de hacerla parte del propio dispositivo psíquico, al menos de estar en condiciones de asumir su antijuridicidad, y ante un sistema jurídico determinado comprender el contenido de los enunciados normativos. El fenómeno de la no comprensión del Derecho, de su carácter opaco, implica el estudio de las fuentes del mismo: La marginalidad, la anomia, la aculturación, la función ideológica y el desconocimiento. Aspectos todos, que mediante un enfoque tetradimensional (histórico, filosófico, jurídico y sociológico) responden el problema fundamental.

Finalmente, el autor se preocupa por buscar soluciones adecuadas para las cuestiones fundamentales del Derecho, menciona que: “En el ámbito de la reflexión jurídica, la opacidad o falta de transparencia del Derecho moderno, con todo su riesgo y sus improbabilidades, se realiza como una función institucionalizada, predispuesta a objetivos y consecuencias en el sistema normativo jurídico, y, en el interior del sistema de justicia” (p. 237). Desde una triple perspectiva; filosófica, científica, y pragmática, que le permiten inferir los factores del aprendizaje de la comunidad jurídica sobre el conocimiento del Derecho.

Por lo expuesto y fundado, emito mi **VOTO APROBATORIO** para que la tesis sea presentada y defendida ante el jurado recepcional designado al efecto.

A T E N T A M E N T E

“POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU”
México, Distrito Federal, a 21 de febrero de 2003.



Handwritten signature of Dr. Manuel Ruiz Daza, consisting of stylized initials and a surname, enclosed in a hand-drawn oval.

DR. MANUEL RUIZ DAZA
PROFESOR TITULAR POR OPOSICIÓN
DE LA FACULTAD DE DERECHO, UNAM.

DR. GUILLERMO GABINO VAZQUEZ ROBLES
Profesor de tiempo completo
gabino@caramail.com

OBJETO: voto aprobatorio.

Grado académico: Maestría en derecho.

Línea de investigación: teoría y filosofía del derecho.

Candidato: Guillermo CATAÑO HERRERA.

Tutor: Doctor Ignacio BURGOA ORIHUELA.

Referencias: Oficio JDEP/eg/556/02
(20 de septiembre de 2002);

Doctor Ruperto PATIÑO MANFFER.
Jefe de la División de Estudios
de Posgrado. Facultad de Derecho.
P r e s e n t e.-

Con fundamento en los artículos 22, 24, 25, 26, 28 del Reglamento General de Exámenes en vigor (en lo sucesivo, "R.G.E."); 2, 3 párrafo segundo, 9 incisos r) y s), 59, 69, 70 y 71 de las Normas Operativas para los Programas de Maestría y Doctorado (en lo sucesivo, "N.O."), y en relación a la tesis de grado presentada por el señor Guillermo CATAÑO HERRERA en la que he sido designado sinodal *suplente*, a continuación emito mi VOTO RAZONADO en los términos siguientes.

La tesis que se presenta se construye sobre un tema fundamental en términos de epistemología del derecho: ¿es posible alcanzar un conocimiento *estable, cierto y objetivo* del fenómeno jurídico? ¿Cómo se manifiesta en el momento de la decisión jurídica? El señor Cataño se ocupa de responder a estas delicadas cuestiones considerando dos problemas capitales: la *ignorantia iuris* (contrapuesto al deber de cumplir la ley) y la

opacidad del derecho (que contrasta con la idea de transparencia sostenida por el autor).

A lo largo de nueve capítulos, el autor muestra las tensiones existentes al interior del Estado constitucional de derecho sustentado en la abstracción de la *ignorantia legis*. En el fondo, señala el candidato a Maestro en Derecho, la crítica a la doctrina de la *ignorantia legis* dibuja los contornos de la crisis del principio de legalidad, tantas veces advertida y pocas ocasiones entendida. La obra emplea una bibliografía rica y actual, de enorme utilidad para el estudio de la jurisprudencia científica. Asimismo, sintetiza los principales conceptos empleados y ordena los nombres de los autores expuestos en un amplio índice temático.

Empleando un cuádruple ángulo de exposición (histórico, filosófico, jurídico y sociológico, el señor Cataño acentúa la importancia de garantizar el conocimiento de la norma jurídica y de explicar su contenido inteligiblemente. El autor entrevera, entre otros elementos, propuestas de sociología del conocimiento jurídico, comunicación política y política del derecho, a efecto de posibilitar que los destinatarios de la norma jurídica puedan entender su sentido. Encontramos, en el fondo, inquietudes propias de la actual teoría de sistemas referidos especialmente a la regularidad y a la conservación de la homeostasis del sistema social en donde el derecho constituye una herramienta fundamental. Queda por examinar, en su oportunidad, tesis como "la norma es preordenada a la sociedad" así como "la seguridad no deriva de la estabilidad de las normas...sino de la debida aplicación del carácter rígido de la Constitución y del esfuerzo sistemático de los intérpretes...", recogidas ambas en el apartado de conclusiones.

En suma, la tesis constituye una esperanzadora apología de la razón jurídica que el autor llama "ilustrada" y nosotros, en un intento de paráfrasis evocadora de Jürgen Habermas, denominaríamos "neoilustrada" en términos

propositivos. En todo caso, hacemos nuestra, decididamente, la afirmación radical del autor: "...se ha de procurar que la técnica no desplace a la justicia y que el producto final sea una obra de arte."

Por lo expuesto, emito mi VOTO FAVORABLE para que la tesis sea presentada y defendida ante el jurado recepcional designado al efecto.

ATENTAMENTE.

"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"

México, D.F., a 5 de noviembre de 2002.

A handwritten signature in black ink, reading "Julio Vázquez". The signature is written in a cursive style with a long horizontal stroke extending to the right, ending in a small triangle.

GUILLERMO CATAÑO HERRERA

**LA NECESARIA TRANSPARENCIA
DEL SISTEMA NORMATIVO JURIDICO
COMO PRESUPUESTO FUNDAMENTAL
DE LA CERTEZA DEL DERECHO**

CONTENIDO

	Pág.
ABREVIATURAS, SIGLAS Y LATINISMOS.....	iv
INTRODUCCIÓN.....	v-x

PRIMERA PARTE ELEMENTOS DE ANÁLISIS Y EVALUACIÓN CRÍTICA DEL DERECHO

I. FUNDAMENTOS PARA UNA COMPRESIÓN SISTEMÁTICA INTEGRAL.....	3
II. EL FENÓMENO JURÍDICO DIFERENCIADO DE LA OPACIDAD E IGNORANCIA DEL DERECHO.....	27
III. LA DOCTRINA DE LA IGNORANCIA LEGIS.....	43
IV. PARADIGMAS EN EL ESTADO DE DERECHO.....	67

SEGUNDA PARTE ESTRUCTURA GENÉTICA Y OPERATIVIDAD DEL SISTEMA NORMATIVO JURÍDICO

V. LA CREACIÓN DEL DERECHO.....	105
VI. ÉTHOS LEX.....	123
VII. LA FUNCIÓN SUBSTANCIAL DE LA LEGISLACIÓN.....	157

TERCERA PARTE PRAGMATICIDAD, VINCULACIÓN Y RECONSTRUCCIÓN SUBSTANTIVA DEL DERECHO

VIII. EL ITER LEGISLATIVO DE LA PRODUCCIÓN NORMATIVA.....	189
IX. ELEMENTOS PARA UNA PROPUESTA ALTERNATIVA.....	245
CONCLUSIONES.....	309
APÉNDICES.....	317
ANEXOS.....	327
FUENTES DE INFORMACIÓN.....	339
ÍNDICE ALFABÉTICO DE AUTORES.....	359
ÍNDICE ALFABÉTICO DE MATERIAS.....	363
ÍNDICE GENERAL.....	367



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

ABREVIATURAS Y SIGLAS

Vol.	Volumen.
Art.	Artículo.
Ed.	Editorial.
ed.	Edición.
p.	Página.
pp.	Páginas.
Núm.	Número.
reimp.	Reimpresión.
s.a.	Sin año de edición.
trad.	Traductor, traducción.
FCE	Fondo de Cultura Económica.
I.I.J.	Instituto de Investigaciones Jurídicas.
ITESM	Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey.
UK	Reino Unido, Inglaterra.
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México.

LATINISMOS

Cfr.	Consúltese.
Ibídem.	En el mismo lugar.
<i>infra.</i>	Posterior.
<i>supra.</i>	Anterior, arriba.
<i>Loc. cit.</i>	Lugar citado.
<i>op. cit.,</i>	Obra citada.
sic.	Así, textualmente, error.
<i>Verbigracia</i>	Por ejemplo.

INTRODUCCIÓN

Mucho de lo que expondré en la presente investigación constituye una serie de reflexiones, algunas producidas por varios iusfilósofos, otras elaboradas por filósofos dedicados centralmente a la médula de la Filosofía, otras como resultado de la experiencia jurídica, las cuáles me parecen que contienen valiosos estímulos, presentimientos e importantes luces auxiliares, para aclarar la hipótesis fundamental, y consecuentemente, la tesis propuesta. En cada uno de los pensamientos ajenos aquí expuestos, con mayor o menor extensión o simplemente aludidos, creo ver incitaciones aprovechables o fecundas, por eso me he ocupado de esos variados pensamientos. Ciertamente que en los pensamientos aquí relatados resplandecen claridad y precisión, hay aportaciones y contribuciones, que a través de un intento de riguroso análisis, pudieron conducirme a resultados importantes. Adviértase que el propósito es averiguar una experiencia especial, la cual opera en el análisis y evaluación crítica del Derecho, en la estructura genética y operatividad del sistema normativo jurídico, y finalmente, en la pragmaticidad, vinculación y reconstrucción substantiva del Derecho.

La tesis que sustento aglutina diversos datos de carácter complejo, hechos de relaciones interhumanas que, además, de necesidades y deseos, están cargados con referencias a valoraciones; todo lo cual plantea, un problema práctico que esta demandando un tratamiento y una solución objetivamente válida, al menos relativa.

Es un problema complejo y de variadas dimensiones, que requiere solución, como necesidades efectivamente sentidas por los sujetos jurídicos implicados en esas realidades, que demandan satisfacción, lo cual, además, se siente y se piensa como imprescindible para la subsistencia y la mejor marcha de la sociedad en la que emergen esas cuestiones. El tema, en la formulación que he adoptado, pudiera



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.

resultar ambiguo, decir "La necesaria transparencia del sistema normativo jurídico, como presupuesto fundamental de la certeza del Derecho", puede significar por una parte, que el Derecho, aun operando en la estructura social, carece de legitimidad por formar parte del desconocimiento de la sociedad, de los destinatarios del Derecho. Pero aquella afirmación puede también significar que el Derecho en su forma de expresión, en la norma jurídica, en su elaboración, es un fenómeno complejo; y paradójicamente, el Derecho no puede quedar reducido a puro formalismo, se ha de procurar que la técnica no desplace a la justicia y que el producto final sea una obra de arte.

Esta ambigüedad que se ha insinuado subrepticamente, no quiero rechazarla, uno y otro sentido expresan lo que pretendo decir. Julius Hermann Von Kirchmann se cuestionaba:

¿Qué jurista práctico no experimentó alguna vez un sentimiento profundo de vacuidad y de satisfacción en su actividad? ¿Qué otra rama literaria ofrece, junto a lo bueno, tanto libro insulso y de mal gusto como la jurídica? La sacrosanta justicia sigue siendo objeto de escarnio en el pueblo, y las mismas personas educadas, aun cuando tienen el derecho a su favor, temen caer en sus garras, tratando en vano de orientarse en medio de sus formalidades y procedimientos. ¡Qué cúmulo de leyes y, no obstante, cuántas lagunas! ¡Qué ejército de funcionarios y, no obstante, cuánta lentitud en la administración de justicia! ¡Qué lujo de estudios y de erudición y, no obstante, cuántas oscilaciones, cuánta inseguridad en la teoría y en la práctica! ¡Un Estado que hace de la realización del derecho su fin supremo y, no obstante, se hace pagar con crecidas sumas su intervención en cada caso!¹.

Desde la perspectiva de la semántica del lenguaje general, y el lenguaje jurídico, concretamente la lógica hermenéutica, es posible coincidir en el problema de los contenidos de las proposiciones jurídicas, en cuanto configuran el orden jurídico determinado, plausible para quienes se apoyan en el concepto de polisemia, es decir, en el valor semántico de las instituciones jurídicas, que tienen más de un significado, y que por contexto pretenden simplificar y normalizar. Es preciso comprender y captar el significado de los términos sistema normativo jurídico y certeza del Derecho con exactitud a efecto de evitar errores.

¹ Kirchmann, Julius Hermann Von, *La Jurisprudencia no es ciencia*, trad. de Antonio Truyol Serra, 3ª ed., Madrid (España), Ed., Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 6-7.

Por consiguiente, emprender una investigación implica la función de seleccionar y delimitar el objeto de estudio y los objetivos específicos. Llegar a reunir estos requisitos no es tan sencillo como parece; empero, los lineamientos del presente estudio se sustentan en los siguientes:

1. Objeto general: Articular sistemáticamente el conocimiento científico del derecho positivo sobre una estructura permanente y objetiva, mediante la certeza intrínseca que se organiza y realiza en todo el mundo del Derecho, en el cual nace y persiste la pragmaticidad jurídica, como experiencia específica; es decir, en la necesidad de establecer el presupuesto fundamental para su manifestación en el sistema normativo jurídico.
2. Objetivos específicos: 1) Determinar si el sistema jurídico al calificar normativamente ciertas conductas y regular los comportamientos de los sujetos jurídicos, prevé la efectividad del Derecho, o, se sitúa en un problema de conocimiento, que genera un estatus jurídico distinto por provenir de un defecto del sistema, o, de su complejidad; 2) Determinar y conocer el sistema de producción y aplicación del Derecho, en el ámbito de la decisión jurídica; es decir, en la expresión del valor de la certeza manifestada en elementos concretos del orden jurídico; 3) Vincular el mundo del Derecho, en el que es central la norma jurídica con su taxativa expresión de voluntad en que tiende a realizarse toda la experiencia jurídica, con la estructura que califica y organiza el esquema de su producción normativa, y la perspectiva de reconstrucción substantiva del Derecho.

Cabe advertir que la presente investigación jurídica está dividida en tres partes fundamentales cuyas denominaciones corresponden al propósito tridimensional, y en el contenido dan respuesta los tres objetivos específicos. Conviene agregar que el objeto general es referente de las hipótesis de trabajo y general, respectivamente.

En lo que se refiere al contenido capitular esta dividida en nueve capítulos cuyas variantes se corresponden y dialectizan: El capítulo primero posibilita los elementos fundamentales para la comprensión sistemática del tema, se trata de contextualizar el problema fundamental y el objetivo general con las hipótesis de trabajo y general. Los capítulos segundo a noveno, desarrollan las ocho hipótesis

específicas de trabajo formuladas en el capítulo primero, que para el efecto de la utilidad del formato introductorio remito al lector al apartado correspondiente.

La necesaria transparencia del sistema normativo jurídico constituye el presupuesto fundamental de certeza del Derecho; una experiencia jurídica que implica realidades muy diversas, se trata prever efectos y consecuencias en los sujetos del Derecho, provocados por los operadores jurídicos. Cuando en circunstancias disímiles se observa, al mismo tiempo, la conciencia dolorosa de penurias, desvalimientos, de dolores, de desajustes, de inquietudes, de inobservancia de la legalidad; y conjuntamente, el binomio de un afán de certeza y seguridad, que se traduzca en el alivio de la ansiedad de la incertidumbre, y el dolor de la inseguridad; pero todo esto no de cualquier manera, muchas veces desordenada, sino precisamente de acuerdo con lo que se considera exigencias de justicia.

El problema se presenta en realidades sociales, las cuales consisten en sentimientos de escasez, a veces de carencia, en apuros, en dolores, en protestas, en anhelos, en afanes, en programas, en propósitos de buena voluntad; de ideas de justicia en los sujetos principales del sistema social y del sistema jurídico; *verbigracia*, en el legislador y el juez; del choque de intereses contrapuestos entre individuos, entre individuos y grupos, entre grupos diferentes, en ocasiones de unos intereses que parecen legítimos y de otros ilegítimos, aunque no puedan ser satisfechos por completo todos ellos; de los hechos económicos, de influencia de las tradiciones, de la inercia de ciertas rutinas; de hechos de la naturaleza humana real (empírico, biológico y psicológico).

Adicionalmente, en los elementos del problema aparecen otros: Los ingentes desatinos del legislador que (la irreflexión en la redacción de la legislación), incurre en graves omisiones cuando deja de establecer supuestos o hipótesis normativas; la falta de eficacia jurídica al no respetarse la norma jurídica, el contenido de las disposiciones legales de un orden jurídico determinado²; la ignorancia de la Constitución por los autores de las reformas, su protagonismo y esnobismo; en el aspecto del diseño legal, es probable obtener otras categorías legales que permitan

² Burgoa Orihuela, Ignacio, *El Juicio de Amparo*, 34ª ed., México, Ed., Porrúa, 1998, p. 34.

el acceso al Derecho, mediante el modelo de educación, que evidencie el papel del jurista en la transformación social; la necesaria crítica al sistema normativo jurídico, y una propuesta a la búsqueda del valor de la certeza del Derecho; la introducción de algunos lineamientos para el establecimiento de una renovación de la cultura jurídica en México.

En consecuencia, esos problemas pragmáticos requieren solución eficaz, de modo ejecutivo; es decir, no tan sólo resueltos en el plano de la teoría, sino al nivel de la realidad efectiva, de modo terminante y perentorio, de manera firme y decisoria, impositiva y ejecutiva. Tal experiencia es la que en términos generales engendra la producción de todo Derecho; y la que en cada caso opera como estímulo para la producción, operatividad y pragmatidad de las normas jurídicas, posibilitadas por diversas fuentes orientadas a programas o ideales axiológicos o estimativos concretos.

El plan de exposición está orientado por el criterio histórico y dogmático, por el método fenomenológico, y el método comparativo. Sobre este punto añadiré que el método comparado permitió utilizar otros métodos para extraer los materiales sobre los que realizó el juicio comparativo: El cuantitativo y estadístico (*verbigracia*, el número de leyes promulgadas en la duración de cada legislatura, las modificaciones constitucionales); el estudio de los casos significativos, para comprender el funcionamiento del sistema normativo jurídico; el histórico, mediante el examen de los precedentes para comprender la actual disciplina del sistema jurídico. El resultado de ésta comparación consistió en poner de manifiesto coincidencias, afinidades, diferencias, esto, a través del estudio analítico de los ordenamientos e instituciones examinadas.

Por lo anterior, la presente investigación resulta útil y posibilita el estudio del sistema jurídico, complejo y cambiante. En el aspecto metodológico pretende aportar algo nuevo: El enfoque tetradimensional del Derecho aplicado a la certeza del Derecho en la búsqueda del presupuesto fundamental, adoptando la forma lógica del silogismo: La premisa mayor es la primera parte; la premisa menor es la segunda parte; y la síntesis, la tercera parte.

Preciso referir que el jurista es el cultor del Derecho que fija en la racionalidad la preservación del orden social; que al decir del maestro Ignacio Burgoa Orihuela

“Cultiva el Derecho”, en el que censura, aplica, evoca, evalúa la ley, para plantear su reforma, o, su derogación; siendo un defensor de la Constitución y las leyes que lucha por la respetabilidad y observancia del Derecho, por la juricidad y la impugnación de la inconstitucionalidad. El jurista es un investigador histórico que conoce la raíz ideológica del precepto.

Finalmente, la persistencia de algunas constantes que permiten inferir ciertas conclusiones han persuadido a efectuar un estudio preliminar que no pretende ser exhaustivo sino elemental, ante el problema del conocimiento del Derecho, y las motivaciones de derecho positivo y de ciencia de la legislación. El lector descubrirá, el fascinante mundo del problema jurídico del tópico, desde esta perspectiva alertará la necesidad ética, social, política y jurídica de definir el presupuesto fundamental de transparencia del sistema normativo jurídico, ante el encaro de nuevos problemas en la certeza del Derecho.

Ciudad de México, Distrito Federal, febrero de 2003.

Guillermo Cataño Herrera

PRIMERA PARTE
ELEMENTOS DE ANÁLISIS Y EVALUACIÓN CRÍTICA DEL DERECHO

"La ciencia del Derecho no estriba meramente en conocer casos concretos, sino en saber los principios jurídicos conforme a los cuales se deben analizar y resolver. Tampoco el solo conocimiento de la ley positiva comprende ni agota dicha ciencia. La sabiduría del Derecho no se constriñe al conocimiento de los ordenamientos legales positivos, que son, han sido y serán únicamente su expresión normativa. El "homo juridicus" sería un simple legista si sus conocimientos sólo se contrajeran a la ley escrita, aunque fuese un gran exegeta de la misma. Saber lo que prescribe un texto legal con desconocimiento de su antecedencia histórica y de los principios filosóficos, sociológicos, políticos, culturales, morales o económicos que hayan influido en su contenido normativo, no integra la ciencia del Derecho sino una simple praxis jurídica sin ningún sostén eidético".

Ignacio Burgoa Orihuela

(El jurista y el simulador del Derecho, p. 28)



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

CAPÍTULO PRIMERO

FUNDAMENTOS PARA UNA COMPRESION SISTEMATICA INTEGRAL

SUMARIO: 1.1. Aspectos elementales de la investigación. 1.2. Adopción de los métodos y del plan de investigación. 1.3. Retrospectiva sobre el problema de la certeza del Derecho. 1.4. Hacia una solución.

1.1. Aspectos elementales de la investigación

1.1.1. Introducción

En este trabajo de investigación me he propuesto investigar un problema específico de Derecho, dentro de una zona aporética mucho mayor, pero siempre enmarcada en lo jurídico positivo. Tiene el objeto general de articular sistemáticamente el conocimiento científico del derecho positivo sobre una estructura permanente y objetiva, mediante la certeza intrínseca que se organiza y realiza en todo el mundo del Derecho, en el cual nace y persiste la pragmatidad jurídica, como experiencia específica; es decir, en la necesidad de establecer el presupuesto fundamental para su manifestación en el sistema normativo jurídico.

Entre los objetivos específicos de esta investigación mencionaremos los siguientes: En primer término, determinar si el sistema jurídico al calificar normativamente ciertas conductas y regular los comportamientos de los sujetos jurídicos, prevé la efectividad del Derecho, o, se sitúa en un problema de conocimiento, que genera un estatus jurídico distinto por provenir de un defecto del sistema, o, de su complejidad. En segundo lugar, la tarea de determinar y conocer el sistema de producción y aplicación del Derecho, en el ámbito de la decisión jurídica; es decir, en la expresión del valor de la certeza manifestada en elementos concretos del orden

jurídico. En tercer término, vincular el mundo del Derecho, en el que es central la norma jurídica con su taxativa expresión de voluntad en que tiende a realizarse toda la experiencia jurídica, con la estructura que califica y organiza el esquema de su producción normativa, y la perspectiva de reconstrucción substantiva del Derecho.

1.1.2. La elección del tema, pregunta inicial y justificación

1.1.2.1. Tema: Sistema normativo jurídico y certeza del Derecho.

- a) **Título:** La necesaria transparencia del sistema normativo jurídico, como presupuesto fundamental de la certeza del Derecho.
- b) **Línea de investigación:** Tetradimensional (histórica, filosófica, jurídica, y sociológica).
- c) **Área de investigación:** Gnoseología jurídica, teoría del Derecho, teoría de la dogmática jurídica, teoría de la decisión, y derecho político (derecho constitucional y teoría del Estado, ciencia política).

1.1.2.2. Pregunta inicial

¿La posibilidad del conocimiento del Derecho por los destinatarios del mismo, es efectivamente garantizada por el Estado según pautas de razonable previsibilidad en el sistema normativo jurídico?.

1.1.2.3. Justificación del tema

Los caracteres de esenciales del Derecho suelen aludir a unos rasgos y notas que, por acompañarlo en todas y cada una de las múltiples y variadas circunstancias en que le ha correspondido realizar su existencia a lo largo de la historia, pueden denotar ambigüedad, pero no obstante, ser considerados elementos que forman parte del núcleo de su propia naturaleza o modo de ser, hasta el punto de que, si ellos faltan, no llega a existir en sentido propio esas realidad que llamamos Derecho. Ahora bien, ¿cuáles son esos caracteres?. No es fácil contestar esta pregunta,

puesto que, como puede suponerse, la respuesta estará inevitablemente condicionada por la respectiva concepción del Derecho que tenga cada uno. Los habitualmente admitidos pueden ser: Normatividad, la validez, la seguridad, la vinculariedad, la coercibilidad, la legalidad.

Cuando en la aplicación del Derecho se reconocen analogías, regularidades y legalidades que hacen predecibles los fenómenos y decursos individuales, concretados en hechos y actos jurídicos, en cuya fundamentación los datos residen fragmentarios, y en consecuencia, las predicciones del Derecho menos seguras. La aplicación de un método estaría también en ellos, libre de todo supuesto extralógico y permanecería completamente independiente de cómo se piense la génesis de los fenómenos observables. Muchas veces, no se aducen, *verbigracia*, causas para determinados efectos, sino que simplemente se constatarán irregularidades, pero éstas no presuponen presuposiciones sobre el tipo de disposición normativa, directiva de decisión libre, si es que las hay, esto no interrumpe el decurso regular, sino que forma parte de la generalidad y regularidad. El genuino problema se plantea en que la esencia del Derecho no queda correctamente aprehendida, si se le mide según el patrón del conocimiento progresivo de la legislación.

Adviértase que lo individual no se limita a servir de confirmación a una legalidad a partir de la cual pudieran en sentido práctico hacerse predicciones. Lo notable es comprender el fenómeno jurídico en su concreción histórica y única. Por mucho que opere en esto la experiencia general, el objetivo no es confirmar y ampliar las experiencias generales para alcanzar el conocimiento de una ley del tipo de cómo se desarrollan los hombres, los pueblos, los Estados, sino comprender cómo es tal generalmente, cómo ha podido ocurrir que sea así.

Pero ¿qué clase de conocimiento es éste que comprende que algo sea como es porque comprende que así ha llegado a ser?. Aunque se reconozca que el ideal de este conocimiento del Derecho difiere fundamentalmente del modo e intenciones del objeto de otras ciencias, queda la tentación de caracterizarlo en forma no sólo privativa, por el significado superior de lo humano. Requiere entonces, memoria y reconocimiento. Pero, no una mecánica newtoniana¹, sino en el ámbito de la

¹ Véase, Westfall, Richard S., *Never at rest. A biography of Isaac Newton*, Cambridge (UK), Cambridge University Press, 1988.

comprensión de los presupuestos filosóficos, en la derivación histórica y restricción epistemológica. Esto conlleva, al concepto de formación, relacionados con los términos de vivencia, arte, historia, creador, expresión, estilo, símbolos; que refleja el cambio espiritual que integra aquel conjunto de realizaciones objetivas de una civilización, del patrimonio personal del hombre; es decir, un estadio cultural. Una configuración producida por el perfeccionamiento de la persona, del sujeto, del hombre, que da forma a las capacidades, a un no dejar oxidar los propios talentos. Lo que se ha llamado obligación consigo mismo (Kant: La metafísica de las costumbres), algo más elevado e interior, al modo de percibir que la comprensión del Derecho procede del conocimiento y del sentimiento de toda la vida espiritual y ética, que se derrama armónicamente sobre la sensibilidad y el carácter (alma dada y reconstruida en sí). En el aspecto técnico, se refleja en el desarrollo y progresión, de la temática reflexiva del educador.

En síntesis, la formación va más allá del simple cultivo de capacidades previas, de la que deriva, se orienta a una disposición de desarrollo de algo dado, de tal forma que su ejercicio y remedio es un simple medio para el fin. Así, el destinatario de la norma jurídica, se apropia completamente de ella, se incorpora y se integra. En este sentido, la formación de lo jurídico, no desaparece, sino que se guarda, se conserva; hacia un ascenso a la generalidad, sacrificándose la particularidad; así, en vía fenomenológica, se desarrolla la génesis de una autoconciencia verdaderamente libre en y para sí misma, y muestra que lo esencial no es consumir lo dado sino formarlo, es una consistencia autónoma, por encima de la inmediatez de su estar ahí hacia la generalidad, de otra manera, en la auto ignorancia de la conciencia estaría sometido a un sentido completamente ajeno, pero esto podría lograrse mediante el trabajo; el trabajo forma, es un sentimiento de sí ganado por la conciencia que tienen todos los momentos de lo que constituye la formación pragmática; consistente en el distanciamiento respecto a la inmediatez del deseo, de la necesidad personal y del interés privado, y atribución a una generalidad.

No se trata únicamente de la estructura formal, sino también del contenido material de justicia de las normas, de los institutos jurídicos, y de las máximas de decisión, que se presentan en el sistema de justicia.

La unidad del Derecho convierte a todas las divisiones en simples criterios sobre las diversas funciones que las reglas jurídicas, de cuya jerarquía y ordenación, estableceremos una tipología, cumplen con relación a la estructura jurídica de la sociedad. Facilitan la especialización científica, la división de las competencias jurisdiccionales y la legislación, como campos de diferencia indispensables frente a la creciente multiplicación y complejidad de las relaciones humanas.

La obediencia puede ser racional o voluntaria, e irracional o refleja. Se obedece voluntariamente y conscientemente, se obedece por indolencia, por temor o por hábito.

El hombre se encuentra sometido a un sistema de reglas que condicionan su comportamiento social, que lo colocan en situación de subordinación, en correspondencia con el tipo de estructura del grupo a que pertenece, la división del trabajo, los hábitos de vida y los medios económicos de que dispone. Se encuentra inserto en una sociedad política que ha modelado su conducta y define su situación de vida. Desde que nace hasta que muere usos, hábitos, costumbre e instituciones le marcan cómo debe comportarse, qué debe hacer y cómo debe vivir. En las sociedades primarias, en los grupos comunitarios, éstas formas constituyen el mundo de su existencia; en cambio en las sociedades secundarias, donde predominan las formas impersonales y diferenciadas de la vida societaria, esas formas son una especie de red que lo toman en una trama de reglas dictadas por la organización, que se desentiende de él en la medida que su actividad no sea motivo de centro de referencia para la regulación determinada.

El inmenso poder de que dispone el Estado moderno, el número de instrumentos efectivos de control social, y las técnicas de persuasión, hacen que la dominación legal se resuelva en una serie de actitudes mecánicas, propias de las formas de dominación tradicional. La inercia, el hábito a obedecer, el hecho de ser más fácil obedecer que mandar, la creencia irracional en la santidad del orden existente sustentan con el peso de la habitualidad psicológica del Poder. Existe un dominio cada vez más racional de la irracionalidad humana, que se sirve de ella para captar o conservar el Poder. A los hombres los gobiernan los sentimientos, y las creencias, no la razón ni la inteligencia, y sobre esta base se opera para crear la adhesión irracional, aun en términos de sacrificio voluntario. La obediencia por

conducto de lo irracional y las motivaciones más profundas, forman parte del arsenal técnico de los gobiernos, que ponen en evidencia la paciencia demostrada por el hombre medio ante el hecho sorprendente y más importante de la historia: La tolerancia de lo intolerable.

En esta perspectiva diversas y variantes doctrinas (religiosas, jurídicas, morales, psicológicas), manifiestan posiciones en torno de la necesidad del reconocimiento de la certeza como problema fundamental de la sociedad, encarnada en el sistema del Derecho y de la política. En consecuencia, en las diversas formas de Estado (teocracia, despotismo, Estado patrimonial, Estado patriarcal, y Estado de Derecho), especialmente, en el Estado de Derecho, se presenta el paradigma de la subordinación a un modelo específico, en los ámbitos: Operativo, estructural y determinativo.

1.1.3. Fase aporética: Planteamiento del problema

El problema que plantea el tema elegido como objeto de investigación², queda comprendido en la siguiente interrogante: ¿La posibilidad del conocimiento del Derecho por los destinatarios del mismo, es efectivamente garantizada por el Estado según pautas de razonable previsibilidad en el sistema normativo jurídico?.

1.1.3.1. Formulación de hipótesis

1.1.3.1.1. Hipótesis de trabajo

La positivización del Derecho, sus efectos y su relación con el conocimiento del Derecho, se presentan a través de un complejo conceptual, altamente abstracto y,

² La fase aporética o planteamiento implica el desglose y deslinde (limitación) del problema, originalidad (contribución real para la búsqueda científica), se trata de incorporar un saber complementario sobre el ya existente, búsqueda de novedad, en la solución, respecto de un problema ya conocido pero con una innovación metodológica, utilización de materiales intocados en la perspectiva abordada. Véase, Bascuñán Valdés, Aníbal, Manual de técnica de la investigación jurídica, 4ª ed., Santiago (Chile), Ed., Jurídica de Chile, 1971, pp. 83-85, 93-97.

frecuentemente, mediado por consideraciones indiferentes a cualquier clase de compromiso ético, que en el ámbito de la certeza del Derecho vincula elementos de la moral interna del Derecho, transformados en requisitos que contribuyen a la producción de certeza, la cual es necesaria para la existencia de un sistema jurídico, y por consiguiente, determinar las condiciones de corrección estructural; es decir, para que las normas jurídicas lleguen al conocimiento de los destinatarios (condición necesaria para su cumplimiento); sean comprensibles (evitando expresiones oscuras, equívocas o ambiguas, que puedan confundir a sus destinatarios); no contengan lagunas (un ordenamiento con vacíos normativos incapaz de colmarlos incumple el objetivo que determina su razón de ser, consistente en ofrecer una solución con arreglo a Derecho a los casos que plantea la convivencia humana); otorguen seguridad en la vida social al posibilitar la previa calculabilidad de los efectos jurídicos de los comportamientos; y proporcionen estabilidad de todo el sistema jurídico.

1.1.3.1.2. Hipótesis general

El Estado moderno no garantiza el conocimiento del Derecho por parte de los destinatarios del mismo, toda vez que el sistema normativo jurídico se ha reducido a un instrumento para la consecución de objetivos políticos, que se justifican con los procedimientos para la redacción y promulgación de las normas jurídicas en el sentido discursivo parlamentario de toma de decisiones públicas, desestimando otros procedimientos en la creación de normas jurídicas.

Por lo que, el Derecho positivo resulta inaccesible incluso para los propios especialistas, poniendo en riesgo el valor seguridad jurídica al permanecer normas inoperantes por falta de información. Situando el problema de la certeza en la comunidad jurídica, ante el crecimiento incontrolado y desordenado del material normativo que conlleva como consecuencia, a la inmediata dificultad para conocer cuál es el Derecho aplicable, y más aún, cuál es el Derecho vigente. Bajo el esquema del positivismo práctico, se pretende agotar formalmente el conocimiento del Derecho, basados en la cuantificación del número de leyes promulgadas.

1.1.3.1.3. Hipótesis específicas

1. El pronóstico sobre la certeza, refleja la ausencia de conciencia jurídica, íntimamente conturbada y desorientada, que se concreta en el descrédito creciente del Derecho, porque el sistema normativo jurídico ante su propia complejidad y falta de transparencia niega el acceso al Derecho, provoca el efecto de la no comprensión, el desconocimiento y la ignorancia del contenido de la legislación, y consecuentemente, la indeterminación de comportamientos posibles.
2. Por regla general, el sistema jurídico fundamenta la inexcusabilidad del cumplimiento de la ley basado en un criterio subjetivo, la presunción de que una vez promulgada, ha sido dada a conocer suficientemente, y no considera el criterio axiológico-jurídico basado en el fundamento objetivo, que posibilite efectivamente la comprensión de su contenido.
3. La dimensionalidad del Derecho manifestada en realidades analógicas implica la necesidad del conocimiento jurídico, de sus conceptos esenciales en el ámbito teórico sistemático, que permitan la comprensión del fenómeno jurídico, lo que, implica consecuentemente, no alejarse del carácter pluridimensional inmerso en su complejidad sistémica, que se manifiesta en una serie de complicaciones según el tipo de definición que se opte, en el aspecto técnico (funcionamiento), jurídico (configuración), y político (surgimiento).
4. La configuración del sistema normativo jurídico es el resultado de un esfuerzo planificador que lleva implícito el proceso de adopción de decisiones en la producción del Derecho, al no cumplirse el presupuesto de transparencia en el sistema, mediado por un razonable conocimiento del Derecho, provoca el proceso de degradación de la legislación con diversas manifestaciones; es decir, arbitrariedad en los órganos de creación del Derecho.
5. En el conocimiento del Derecho esta implicada la naturaliza intrínseca de la norma jurídica, la relación entre los hechos y las normas, entre el ser social y el deber ser normativo, esto conlleva a la construcción de un sistema racional de conceptos jurídicos en el que se refleje la coherencia y coordinación formal de

las propias normas jurídicas, de los que no están exentos los operadores jurídicos.

6. La previsibilidad de las conductas probables implica certidumbre en el contenido común o general del Derecho, es necesaria una operatividad del Derecho que permita la juridización de la sociedad según los criterios fundamentales de la norma jurídica: Justicia y justificación, validez y eficacia.
7. La certeza del Derecho se manifiesta en el sistema de fuentes, vinculado a los procedimientos de producción del Derecho, es importante conocer los mecanismos y los procedimientos de adopción de decisiones en la actividad legislativa del Estado.
8. Es necesario buscar soluciones adecuadas para las cuestiones fundamentales del Derecho, principalmente, acerca del sistema normativo jurídico y la certeza del Derecho, desde la perspectiva filosófica, científica y pragmática.

1.1.3.2. Elementos del problema

En la actualidad, en el ámbito de la teoría jurídica general debaten ideas un gran número de pensadores, por citar algunos figuran Joseph Raz, Norberto Bobbio, Niklas Luhmann, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, John Rawls. Se viene arraigando la convicción de que el rasgo característico primordial del Derecho es la normatividad. Entendido el Derecho como aquél instrumento que se utiliza en forma habitual en las sociedades humanas políticamente organizadas para regular la conducta social de los ciudadanos, es ante todo un sistema de normas. Además, en cómo una de las formas fundamentales de ordenar la conducta humana y social, tiene carácter esencialmente directivo (normativo), por cuanto no pretende describir comportamientos que tienen lugar en el núcleo social, sino, antes bien, determinar o prescribir las conductas que deben ser realizadas por los miembros de la sociedad.

Se presenta entonces una especie de correspondencia de evolución entre Derecho y norma jurídica, de tal modo, que resulta obvio afirmar que el Derecho, no sólo tiene por sí mismo carácter normativo, sino que se manifiesta también en única instancia como sistema de normas o reglas de conducta. Al afirmar la normatividad

del Derecho no puede pensarse sólo en la capacidad directiva que le proporciona el respaldo del poder estatal, sino que ha de incluirse también la referencia a la fuerza orientadora de los principios o criterios ideales. Este fenómeno jurídico que forma parte de nuestro acervo jurídico, se basa, en una especie de torbellino normativo, que más que servir, provoca en la comunidad jurídica (el profesional del Derecho o cualquier otro ciudadano), un grado de incertidumbre, aún realizando esfuerzos máximos para encontrar lo que es Derecho. Con este propósito mostraremos los siguientes elementos del problema:

1. El carácter asistemático (terminología, contenido, estructura) de difícil comprensión y heterogeneidad, que sigue un criterio hermenéutico, como procedimiento principal de interpretación.
2. Los efectos vinculantes de la argumentación utilizada en tres planos:
 - a) Desigualdad en los supuestos de hecho, implica trato diferente sin producir circunstancias de discriminación, no hay violación de la igualdad;
 - b) Finalidad de la igualdad: Se establece un objetivo constitucional, el tratamiento diferente a ciertas condiciones se cumple;
 - c) Racionalidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas para lograr el objetivo constitucional.
3. Se soslaya la norma jurídica por sus propios autores.
4. El aspecto del sistema de fuentes:
 - a) La norma de principio al ser peculiar debe analizarse (Constitución).
 - b) En los textos legislativos positivos observar lo sistemático.
 - c) Textos legales que contienen mínimos derechos que sólo enuncian y no permiten materializar los derechos. Si no hay una ley que desarrolle el precepto constitucional, ese derecho es ineficaz.
5. El principio de igualdad material es demagogia que hacen los textos constitucionales, genera el problema de aplicación por un órgano operativo del Derecho.
6. La posibilidad efectiva de exigir el cumplimiento de las normas:
Sistematización.
 - a) La construcción de las normas (establecer mandatos fines y tareas).
 - b) El fundamento queda fijo, lo que cambia es la operatividad (legislador).

- c) Discrecionalidad positiva: Cómo y cuándo.
- d) Remedio a las fisuras legislativas:
 - 1) Remiendos en el tejido normativo (síntesis parciales normativas).
 - 2) Ante el silencio legislativo el Poder judicial *in abstracto* no presenta remedios jurisdiccionales.
 - 3) Norma incompleta, lagunas jurídicas.
 - 4) Límites jurisdiccionales a la discrecionalidad legislativa ante un desarrollo enorme, acelerado, ¿cómo?, ¿dónde?.
- 7. Cuando al elaborar la norma jurídica, el legislador manipula la técnica jurídica para que algunas cosas queden difusas, con la firme intención de que se sienta jurisprudencia.
- 8. Problemas metodológicos:
 - a) Si el derecho constitucional ejercido no recupera su capacidad crítica y no es rebosado con las teorías de la justicia y críticas de la sociedad, se llega al conformismo jurídico.
 - b) Vivimos demasiado posesionados con la actualidad donde el jurista ha perdido sensibilidad con la perspectiva histórica.
 - c) El legislador nunca podrá restringir el ámbito competencial fijado en la Constitución.
 - d) Discurso lógico con fundamentación jurídica: Los fundamentos jurídicos (razonamiento, directriz para creación, aplicación e interpretación).
 - e) Criterio jurídico, pensar jurídico, razonamiento, método en las categorías de las instituciones jurídicas; *verbigacia*, Derechos Fundamentales.
 - f) El método y técnica de la formación y de la evaluación de la legislación.

1.1.4. Marco teórico

1.1.4.1. Teorías

Tradicionalmente, se distinguen tres planos del lenguaje: El plano de la sintaxis, cuyo objeto lo constituye el estudio de la estructura formal del lenguaje por

medio del análisis lógico- lingüístico; el plano de la semántica, que tiene por objeto averiguar el sentido de las proposiciones; y el plano de la pragmática, cuya finalidad estriba en investigar el uso de las preferencias (pronunciaciones) lingüísticas. Asimismo, podemos señalar tres niveles en la investigación filosófica del lenguaje de los juristas³: El análisis lógico-formal de las proposiciones jurídicas, la investigación de los contenidos de sentido de éstas, en cuanto configuran un orden jurídico determinado, y la indagación del lenguaje utilizado en los procesos de decisión. Respectivamente corresponden a lo que puede llamarse:

1. Teoría del Derecho:

- Teoría del sistema jurídico.
- Teoría de las reglas jurídicas.
- Teoría de la reconstrucción hermenéutica de las reglas: proposiciones deónticas.

2. Teoría de la dogmática jurídica:

- Teoría de la interpretación dogmática.
- Teoría de la sistematización jurídica.
- Teoría de la justicia intrasistemática.
- Lógica hermenéutica: lógica argumentativa de la decisión.

3. Teoría de la decisión Jurídica:

- Teoría de la técnica jurídica.
- Teoría de los valores.
- Teoría de la justicia.
- Lógica de la argumentación jurídica.
- Lógica retórica.

1.1.4.2. Conceptos, indicadores y variables

1.1.4.2.1. Conceptos

- Arte.
- Derecho.
- Certeza.

³ Cfr. Robles, Gregorio, "Problemas abiertos en la filosofía del Derecho", *Revista DOXA, Instituto Juan Gil-Albert, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Madrid* (España), 1984, pp. 203-208.

- Ciencia.
- Conocimiento.
- Disposición jurídica.
- Ignorancia.
- Ley.
- Norma jurídica.
- Poder.
- Opacidad.
- Método.
- Publicidad.
- Publicación.
- Producción normativa.
- Sistema.
- Técnica.

1.1.4.2.2. Indicadores

- Comunidad jurídica.
- Operador jurídico.
- Destinatario.

1.1.4.2.3. Variables

- Niveles de cumplimiento.
- Obediencia y observancia de la legalidad.
- Porcentaje de legislación federal promulgada.
- Cultura jurídica.

1.2. Adopción de los métodos y del plan de investigación

Los criterios fundamentales que orientan la investigación para su desarrollo y planificación son:

1. **El criterio histórico y el dogmático.** Se trata de una planificación mixta, porque sincrónicamente en el proceso histórico-jurídico hemos captado por vía metodológica⁴ de la observación indirecta, empírico-inductiva, analítico-sintética,

⁴ Véase, Arellano García, Carlos, *Métodos y técnicas de la investigación jurídica*, México, Ed., Porrúa, 1999, pp. 47-73, 75-82.

el objeto de la investigación y la categorización conceptual; además, considerando la planificación sistemática, dogmáticamente observamos marcos conceptuales preestablecidos, en el esquema lógico de la estructura del sistema normativo. En el aspecto particular, en ocasiones predomina lo sistemático sobre lo histórico. El plan permitirá la realización del objetivo de definir la autenticidad del problema (claro y congruente).

2. **El método fenomenológico.** En lo que se refiere a este método, sucintamente describiremos que el pensamiento de Franz Brentano (1838-1907), como precursor de la fenomenología, originó dos corrientes de pensamiento: Una es la que inició Alexius Meinong (1853-1921), seguido por Alois Hofler (1853-1922) y Christian Ehrenfels (1850-1932); la otra es la dirección fenomenológica encabezada por Edmundo Husserl (1859-1938), seguido por Edith Stein (1891-1942) y Adolf Reinach, ambos de la escuela o círculo de Gottinga; Martín Heidegger (1889-1976), y Emmanuel Levinas (1906-1995), representantes de las Escuelas siguientes:

1. Fenomenología pura: la conciencia cognoscitiva y esencia de la cosa;
2. Fenomenología ontológica: el Ser en cuanto Ser;
3. Fenomenología de la existencia: el aquí y ahora (dasein);
4. Fenomenología heterónoma: el Otro en cuanto que Otro (alteridad).

El método fenomenológico fundado en la intuición eidética, pretende darnos un conocimiento directo y evidente de las esencias, en sustancia, intenta renovar el viejo intento de Sócrates, Platón, Descartes y Kant, de fundamentar la filosofía como ciencia definitiva y estricta. En relación con esta cuestión, sólo nos proponemos resaltar que el método fenomenológico es, en el fondo, un desarrollo sistemático, que consiste en tomar, de entre toda una serie de fenómenos semejantes, un caso concreto y buscar en él lo que es absolutamente característico al fenómeno que está ante la conciencia; es decir, se trata de poner ante la conciencia cognoscitiva la esencia de la cosa que se intenta conocer. Husserl sienta una primera y fundamental regla metódica: El sujeto cognoscente debe avanzar hacia las cosas mismas. Ahora bien, por "cosas" hay que entender aquí lo "dado" a la conciencia, aquello que está o aparece ante la conciencia y que ésta "ve" de manera inmediata. Es decir, el fenómeno: Lo que aparece ante la conciencia, lo que para ella es patente y evidente.

La fenomenología no es un método discursivo en que el pensamiento va de una proposición a otra. Esta fundado en la intuición, pero no en la intuición sensible, sino en la intuición eidética, en una particular forma de intuición que capta inmediatamente la esencia o eidos de los objetos; no proporciona como los métodos discursivos, un conocimiento mediato, sino un conocimiento inmediato y evidente.

El método fenomenológico no es ni inductivo ni deductivo. No tiene por finalidad desarrollar objetos materiales, sino esencias ideales. No es posible describir un objeto material cualquiera porque posee infinitas notas individualizantes: En cambio es posible describir el conjunto de notas unidas entre sí que constituyen la esencia de tal o cual objeto individual. Para describir la esencia de algo no es necesario observar infinidad de casos, basta (como lo hacía Brentano) la intuición de un caso concreto, para que en esta intuición se nos dé la esencia del fenómeno de que se trata. Con esto, sirve para describir los objetos intencionales de nuestras vivencias (vivencias es todo acto psíquico): aquello que es pensado, recordado, imaginado, dudado, amado, odiado, querido, repelido. Hay, según esto, dos clases de ciencias; ciencias de hechos o prácticas, que descansan en la experiencia sensible; y ciencias de esencias o eidéticas, que se basan en las intuiciones esenciales. El método de Husserl, situado en la fenomenología pura, propone la cuestión de ¿cómo se debe proceder para obtener la visión inmediata de una esencia, la intuición eidética de algo?. Husserl recomienda la abstención fenomenológica (*epoché*) de todo juicio sobre la cosa que se trata conocer. La *epoché* consiste en poner "entre paréntesis", a fin de desatenderse de ellos, todos los elementos sensibles, individuales y accesorios de lo dado, para dejar únicamente ante la conciencia cognoscente la pura esencia del objeto que se trata conocer. Distingue varias etapas: 1) la *epoché* histórica, que consiste en desatenderse de todas las opiniones que antes hayan vertido los filósofos sobre el objeto que se trata conocer; al fenomenólogo no le interesa hacer historia sino enfrentarse directamente con el objeto; 2) reducción eidética, que consiste en desatenderse de todas las notas individuales y aun de la propia existencia del objeto que se trata de estudiar. La reducción eidética elimina, por tanto, todas las observaciones y generalizaciones que las ciencias particulares hayan hecho antes sobre el objeto de que se trate; y 3) reducción trascendental. En este contexto, Hans-Georg Gadamer, refiere que:

Fenomenología eidética (Husserl), esto es, la desconexión de toda forma de <<poner el ser>> y la investigación de los modos subjetivos de estar dadas las cosas, y se hacía de esto el programa universal de trabajo, encaminado a hacer comprensible toda objetividad, todo sentido óptico. Sin embargo, también la subjetividad humana posee validez óptica. En consecuencia debe ser considerada también como <<fenómeno>>, es decir, también ella debe ser investigada en toda la variedad de sus modos de estar dada⁵.

Asimismo, el pensamiento de Martín Heidegger, y su propuesta fenomenológica, puede sintetizarse así; la fenomenología no es dirección alguna, sino que es la posibilidad del pensar que, llegados los tiempos, reaparece de nuevo, variada, y que sólo por ello es la permanente posibilidad del pensar, para corresponder al requerimiento de aquello que hay que pensar. Propone la hermenéutica de la vida fáctica, consistente en desentrañar por medio de la evidencia la experiencia en el mundo; es decir, la intencionalidad operante⁶. Es una búsqueda de autenticidad de los fenómenos de la vida fáctica, en la medida en que ésta tiende a ocultarse a sí misma.

La fenomenología no es algo manifiesto ni obvia, reivindica el originario sentido del *a priori* en las cosas mismas. Así, el proyecto fenomenológico se presenta con tres elementos fundamentales: 1) reducción; 2) construcción; y 3) destrucción. La reducción, consiste en reducir el ente a su Ser, es decir, a su aparecer, proporciona no solo a las cosas mismas sino que por la comprensión a un mundo como conciencia de sentido; la construcción, consiste en acceder positivamente al Ser mismo una vez que se parte del ente descubierto, que alumbra desde dentro de la reducción; la destrucción, permite apartar todas las preconcepciones heredada. Afirma Martín Heidegger que:

La filosofía se mueve ahora en la tradición. Fenómeno, en cuanto categoría temática que orienta el acceso y predispone el trato con las cosas, viene a significar la constante preparación de la vía. Dicha categoría temática tiene la función de alertar críticamente la mirada reconduciéndola al desmontaje de los encubrimientos hallados mediante la crítica. Pretende ser orientadora, es decir, debe tomarse sólo en su función de alerta y no malinterpretarse en cuanto delimitación (las ciencias se demarcan desde dentro de sí mismas. Cuanto la filosofía se entromete no es más que charlatanería). Esta vía es la

⁵ Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y Método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, 6ª ed., Salamanca (España), Ed., Sígueme, 1996, p. 308.

⁶ "La fenomenología intencional en el campo de la experiencia sistemática y de la ciencia, ha dado con ello un giro total a la tarea del conocimiento". *Ibidem*, p. 306.

que pretende seguir la hermenéutica de la facticidad. Se denomina a sí misma <<interpretación>>, es decir, no se trata de un título puesto a primera vista. Toda interpretación es una interpretación conforme a algo. Ese haber previo que hay que interpretar debe buscarse en la trama de objetos. Hay que apartarse de los que se encuentra más próximo en el asunto para ir hacia lo que reside en el fondo⁷.

Por las anteriores consideraciones, la exigencia metódica al abordar el problema fundamental, a donde hay que reconducir el pensamiento constantemente. Por ello hace falta el esfuerzo de la reflexión filosófica. Con ello, no se trata únicamente de la estructura formal, sino también del contenido material de las disposiciones jurídicas, de las instituciones y de las máximas de decisión que afloran en el sistema de normativo jurídico.

1.3. Retrospectiva sobre el problema de la certeza del Derecho

La necesidad de certeza de la norma se ha manifestado como elemento indispensable para la convivencia social ordenada. Por experiencia histórica se conoce que la ley incierta traiciona su carácter intrínseco de ley, rehusa al sujeto su necesaria ayuda, para la acción social, negándole lo que él afanosamente busca, para ser socorrido en la realización de ser él mismo. Se determina como una crisis contemporánea que se cuestiona ¿puede el Derecho, prometer certeza a los hombres, para regir su acción?.

Esto supone varias posiciones al respecto, asumiendo la de carácter jurídico, Eduardo J. Couture afirma que "el Derecho se presenta como la promesa de certeza, aunque la certeza efectiva solo la puede dar la vida. Por eso es preciso educar a la sociedad civil para que elija buenos gobernantes y vigilar a los gobernantes para que no claudiquen en su virtud, son los únicos medios hasta ahora hallados para reducir la incertidumbre en el Derecho"⁸. Siguiendo el contenido de la obra de Flavio López de Oñate, se distinguen dos esquemas sobre la certeza:

⁷ Heidegger, Martín, *Ontología. Hermenéutica de la facticidad*, versión de Jaime Aspiunza, Madrid (España), Ed., Alianza, 1999, pp. 100-101.

⁸ En el prólogo de la obra, Véase, López de Oñate, Flavio, *La certeza del Derecho*, trad. de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin, Buenos Aires (Argentina), Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953, p. XIII.

1. Una *concepción especulativa del Derecho como certeza*, determinación múltiple y articulada del concepto de certeza: 1) La certeza se presenta como garantía cierta e inequívoca de la acción, la garantía de que será la futura calificación de los posibles comportamientos, de modo que puedan los hombres contar con lo que vendrá; 2) La certeza así entendida nace de la ley "la ley hace saber a cada uno lo que puede querer", la ley como voluntad constante y coherente, razón sin pasión, que, en cuanto tal, trasciende la sociedad. La ley organiza y se convierte en sistema de legalidad y de instituciones que a ella corresponden, en el mundo del Derecho; 3) En éste relación entre los sujetos se realiza como objetividad, en el sentido preciso que tiene la palabra en el pensamiento moderno. La relación por la que el individuo se coloca como continua decisión frente a los demás y, por tanto, como continua individualidad, puede realizarse en cuanto se funda y se apoya "sobre la estructura permanente y objetiva que haga posible el vario desenvolvimiento de las individualidades, mantenidas precisamente como individualidades"; 4) La certeza se convierte así en objetividad, en la que se exterioriza y se realiza la conciencia ética. Supuesto todo lo cual, resulta clara la definición del Derecho como técnica interna de la acción, por la que la acción se hace consciente de sí misma, ya que revela la acción en lo que es para el mundo social y para sí misma; es clara, la definición de certeza como específica eticidad del Derecho.
2. Una análisis de la actual vida histórica del Derecho en su crisis, considerada en su punto central como crisis de certeza.

Considerada la certeza como objetividad, como principio a que obedece y en torno al cual se organiza todo el mundo del Derecho. Por eso se refiere a la acción, en sustancia y estructura, como centro de la experiencia jurídica. Así, la justicia adopta la forma de certeza, no en el sentido de una absorción de la justicia en la certeza; es decir, en exterior e indiferente legalidad, que sería verdaderamente supresión de la justicia, sino en el sentido de la certeza de la acción, que se organiza y realiza en todo el mundo del Derecho, es la objetivación de la justicia, hecha la justicia mundo de la experiencia jurídica, el mundo propio del Derecho. "Toda la historia de la ciencia del Derecho no es más que ese reintegrar las leyes singulares

en la viviente plenitud de la razón objetiva del mundo del Derecho. Ahí está propiamente la fuente del carácter de perennemente creadora de la ciencia del Derecho, no tanto como crítica de la ley, sino como aplicación de la ley"⁹.

Actualmente el problema de la filosofía ha venido a ser, preponderante e intransigentemente, el de la certeza. Como en la época anterior fue el de la verdad, y en la época clásica lo fuera el de la realidad. La doctrina¹⁰ llega a elaborar una tipología de la certeza: 1) Certeza científica; 2) certeza metafísica; 3) certeza jurídica.

Empero, se argumenta que la falta de certeza del Derecho es el motivo central y dominante de la crisis actual del Derecho en su laborioso esfuerzo por adaptarse a las nuevas realidades sociales y en la deformación que la mal entendida exigencia del sujeto ha hecho involuntariamente sufrir al Derecho. De esta situación, determinada en parte por el falso conocimiento de sí mismo y de la naturaleza intrínseca de la experiencia jurídica, sufre el destinatario, de la no leve condena de salir de la crisis. La crisis de refleja en dos esquemas:

1. La contraposición del Derecho a la ley, aún en el ámbito de un sistema positivo, que tiene antiquísimos precedentes genéricos.
2. La contraposición entre legalidad y adhesión al Derecho.

1.3.1. Acerca del concepto y fundamento de la certeza del Derecho

La exigencia de certeza de la norma jurídica, y consiguientemente, a través de ella de la certeza del Derecho, se ha tenido como indispensable en todos los tiempos en el marco de una vida social ordenada.

La *salus*, o sea la salvación (seguridad) que el derecho procura, la pone de relieve Cicerón, que expresa al respecto el pensamiento jurídico clásico. En la Edad Media la validez del *jus naturale*, que "dignitate praevallet consuetudini et constitutioni (prevalece en dignidad sobre la costumbre y la constitución)" (*Decretum Gratiani*), en cuanto es *lex aeterna*, hace que la *securitas* no sea individualizada como exigencia autónoma y tutelada como tal, por más que Santo Tomás indique la *temporalis tranquillitas civitatis* como el fin de la ley humana; sólo con Marsilio Da Padova, en esto al menos precursor del pensamiento laico, el concepto mismo del derecho natural es criticado en cuanto faltan en él normas ciertas.

⁹ *Ibidem*, p. 14.

¹⁰ *Ibidem*, p. 59.

En el pensamiento moderno, desde el primer gran teórico del Estado como incluyente de la soberanía absoluta del mundo humano, o sea desde Hobbes, en adelante, la exigencia de la *securitas* viene a ser motivo central que no se dispersará ya. El iluminismo, o por lo menos una parte de él, deja este tema de la seguridad en herencia hasta el pensamiento de la Restauración, y el concepto de Estado de derecho surge alimentándose en sus raíces precisamente de este jugo vital. En los juristas contemporáneos, aun después de las críticas y vivas discusiones acerca del Estado de derecho, la certeza de la norma y la consiguiente seguridad jurídica quedan como bienes adquiridos para la experiencia jurídica moderna¹¹.

¿En qué consiste y cómo se consigue el Derecho a través de la ley esa seguridad y esa certeza que son objeto de una tan constante inspiración?. Es necesario tratar de comprender concretamente y a fondo esa exigencia, a la que se hace referencia continuamente y que continuamente se invoca. La ley hace saber a cada cual lo que puede querer. Justamente en eso se realiza el beneficio que viene a ser posible por su certeza. La previsibilidad de los comportamientos; es decir, de su valoración, es el motivo de que la ley no razone de cosas particulares y presentes, sino de cosas futuras y generales, según la genial intuición de Aristóteles. En algunas definiciones del Derecho se hace referencia casi exclusivamente al Derecho concebido en su expresión legislativa, ello podía llevar a un defecto lógico en la formulación de la doctrina respectiva, no a un error, ya que no hay duda de que las ventajas técnicas del Derecho se presentan más evidentes en la expresión del Derecho codificado, aun existiendo también en sistemas de derecho no codificado, aunque sea en el Estado de exigencia no aún totalmente satisfecha. El Derecho escrito exige ciertos requisitos técnicos como la precisión, la fijeza, y la certeza:

La certeza del Derecho se traduce en certeza de la acción y en posibilidad de la acción. La acción se hace libre porque está constreñida a reconocer la ley que lleva en sí y que encuentra fuera de sí, y que le precluye la posibilidad de moverse sin una meta, como voluntad errática y arbitraria, en una cadena sucesiva de opciones que pueden a cada instante dispersarse en las más variables direcciones¹².

¹¹ *Ibidem*, pp. 73-74.

¹² *Ibidem*, pp. 78-79.

1.3.2. Sobre las amenazas de hecho y las corrientes teóricas contra la certeza del Derecho

La época contemporánea ha expresado su oscura y poderosa hostilidad contra la certeza del Derecho, se ha concretado exteriormente en:

1. *La falta de la norma o la ambigüedad o oscuridad de ella.* La técnica legislativa moderna ha progresado paulatinamente, para que la visión de la ley sea clara y unívoca; es decir, manifiesta. Se trata del principio de claridad que casi siempre no se observa por el legislador. En cuanto a la falta de norma, no se puede decir siquiera que la experiencia jurídica actual presente ordenamientos de excesivas lagunas. Ni las lagunas pueden imputarse al legislador. Por otro lado, es imposible que en la ley no haya lagunas. La ley por sí misma y por naturaleza tiene que tener lagunas, las cuales se colman por medios internos¹³.
2. *La mutación de las normas.* Es evidente que las leyes deben poder ser cambiadas, y hasta que son por su naturaleza mutables, toda vez que el Derecho está profundamente vinculado a la historia, y, a su incesante proceso. El frenesí moderno que se exterioriza en el constante legislar, no toma en consideración el fundamento y la naturaleza de la legislación, que está precisamente en la voluntad del Estado, como voluntad permanente. El Estado como máquina permanente de hacer leyes no se contenta con mudar las leyes; es decir, con sustituir las leyes antiguas por otras nuevas; agrega incesantemente leyes nuevas a las leyes antiguas, y todas coexisten a la vez¹⁴. El legislador quiere preverlo todo y legislar sobre todo, creyendo erróneamente que la multiplicidad interminable de las leyes sea un adecuado remedio.

La oscuridad de las normas, sus lagunas, su falta de sencillez, su inestabilidad, la multiplicidad de las disposiciones en que ella puede articularse, la pluralidad de las leyes, la dificultad y la prolongación de los juicios, llamado de hecho de la incertidumbre del Derecho; tachas y vicios que se han presentado en el pasado

¹³ *Ibíd.*, p. 94.

¹⁴ *Ibíd.*, p. 97.

en diversas medidas y a menudo independientes uno del otro. En ellos hay una conciencia oscura, no una declaración pragmática: Ésta se encuentra, en las corrientes que aportan una amenaza incluso teórica a la certeza del Derecho y que se proponen socavar esa certeza, que consideran no como un valor sino como un desvalor, en la experiencia jurídica y en el mundo social. Las corrientes teóricas contra la certeza del Derecho son:

1. *La escuela del Derecho libre.* Pretende aniquilar la certeza y eliminar de hecho el sentimiento de la legalidad. Su evangelio ha sido sustancialmente: La abstracción de los juristas vasallos de la letra de la ley conduce al hecho de que la aplicación de la ley taxativamente entendida se resuelve en decisiones contrastantes con una exigencia natural de justicia. La marcha de la realidad es incesante y veloz, mientras que la ley es estática. Una adecuación precisa de la ley a la hipótesis, en forma que satisfaga a esa exigencia, es imposible; por tanto, para satisfacer esa aspiración es necesario que el juez sea él mismo, en el acto de juzgar, el creador de la ley, y no sólo en el caso de que haya en ella una laguna, sino también contra las disposiciones sancionadas por ella cuando se encuentren en contradicción con el principio de justicia. Es la eterna lucha entre el espíritu subjetivo individual, sinónimo de libertad, y el objetivismo, la exterioridad, la autoridad¹⁵.
2. *La doctrina soviética del Derecho, o, la concepción instrumental del Derecho.* Ésta doctrina desarrolla el concepto del carácter instrumental del Derecho, que afirma con coherencia brutal y sin presupuesto alguno de índole ética. El fundamento deriva de la concepción del Derecho, como expresión formal. Destaca el carácter de mandamiento que le confiere la organización del poder, y privada la norma de los valores que por su misma estructura está llamada a realizar, falta toda satisfacción al principio de la certeza del Derecho¹⁶.

¹⁵ "El error profundo de la corriente es el no haber entendido que el derecho no puede ser inmediatamente referido a la libertad, aun brotando la experiencia que él realiza de una exigencia de libertad y tendiendo la ley a la tutela de la libertad (...). La ley es vínculo que salva la libertad en su más plena expresión, a través de la adhesión a la ley como principio en que se actúa la racionalidad misma del sujeto, su misma vocación de verdad; pero es vínculo cuya naturaleza de tal no puede ser preterida o malentendida". *Ibidem*, pp. 108-109.

¹⁶ "Al derecho no se le atribuye el carácter de valor que está en base de todo ordenamiento de tipo clásico acerca del derecho (...), sino en cambio, el de función mediante el cual es posible la consecución de un fin, particularmente un fin de naturaleza exquisitamente política en el más técnico y

1.4. Hacia una solución

Las consideraciones anteriores permiten proponer algunas conclusiones, no sólo de carácter metodológico, sobre el problema de la certeza del Derecho y, al mismo tiempo, esbozar las líneas directrices de una hipotética profundización sobre el tema.

Afirmar que algunas normas jurídicas, tienen carácter excepcional, o, por el contrario, considerarlas como estándar de una evolución, en línea de la denominada funcionalización de las estructuras e instituciones de derecho positivo, y proponer interpretaciones extensivas y restrictivas, siguen siendo operaciones abstractas, que pueden conducir a resultados contradictorios, si no se basan en un examen de las relaciones concretas (económicas, políticas, financieras) de la experiencia jurídica, y de la estructura de su potencial marco de aplicación. No se trata de adecuar la realidad a las innovaciones legislativas, a un modelo o esquema ahistórico, ni de perfeccionar un concepto idóneo para superar las contradicciones normativas. Más bien, resulta necesario partir del análisis de la organización del sistema normativo jurídico actual, a efecto de determinar la función que las instituciones y las categorías desarrollan efectivamente. Y, al mismo tiempo, si ello resulta necesario proceder a una nueva determinación de las condiciones de aplicación de las normas y de los principios ínsitos en el sistema jurídico. En esto consiste, además el verdadero problema de los límites ¿qué criterios presiden la aplicación de principios jurídicos?, ¿en qué hipótesis puede entenderse que la conducta exigida a la comunidad jurídica, es expresión de claridad analítica?.

específico sentido del término. La ley no es ya una voluntad que debe ser considerada en su efectiva y objetiva significación; para hacerse cargo plenamente de ella, es necesario consultar el espíritu en ella latente, sólo al cual se debe obediencia, y no a la palabra de la norma. No sólo debe considerarse y examinarse toda norma jurídica en relación al fin que ella se propone en su dirección específica, según la conocida concepción teleológica del derecho, sino que se debe examinar toda norma en su conexión con el ordenamiento jurídico, no para interpretar, según lo prescribe un conocido canon hermenéutico, su exacto significado propiamente jurídico, sino para entenderla en su función política, en relación con la función política del ordenamiento mismo". Ibidem, pp. 111-112.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL FENÓMENO JURÍDICO DIFERENCIADO DE LA OPACIDAD E IGNORANCIA DEL DERECHO

SUMARIO: 2.1. Introducción. 2.2. Algunos esquemas para el análisis conceptual del fenómeno de la opacidad. 2.3. Elementos, terminología y acepciones. 2.4. Notas distintivas. 2.5. Posición en la teoría de sistemas. 2.6. Interpretación del discurso jurídico.

2.1. Introducción

Las figuras institucionales del Derecho como son el abogado, el juez, la parte, el tribunal, la ley, la norma y la regla, muestran la parte central que ocupa la subjetividad en el Derecho. Al parecer el discurso jurídico otorga formas específicas de subjetividad. En particular, podemos indicar cuatro:

1. La *subjetividad jurídica se caracteriza por su carácter binario*: La estructura dualista de derechos y obligaciones es su manifestación más aguda; pone de relieve que el Derecho piensa binariamente y que el hombre del Derecho es concebido como ser binario, lo que ofrece una libertad en sentido jurídico y político, una capacidad jurídica y un interés propio protegido por el Derecho¹⁷;
2. Quien habla *sobre sí mismo en términos de derechos tiene que poder concebirse en términos de su individualidad*;
3. Quien habla *sobre sí mismo en términos jurídicos debe ser capaz no sólo de interpretarse de manera individualista, sino también de utilizar la categoría jurídica de propiedad*. El hombre moderno tiene derechos. Sin esta categoría

¹⁷ La concepción dualista cartesiana encuentra su figura acabada en el Derecho moderno europeo y norteamericano. Sólo es posible la concepción y elaboración jurídica de aquello que en últimas puede ser reconducido a una estructura binaria.

ningún sujeto del Derecho podría expresarse en términos de derechos y obligaciones, ni hacerlos valer en cuanto tales;

4. La libertad correlativa a la subjetividad jurídica es conceptuada, como autonomía, aparejada como capacidad de actuación.

Por lo tanto, el discurso jurídico se caracteriza por la atención que presta a la persona y al sujeto. No sorprende que los juristas relacionen la historia del Derecho y del pensamiento jurídico con la persona y el sujeto. En particular, los filósofos del Derecho presuponen que la conexión entre sujeto y Derecho siempre ha existido. No logran comprender que dicho presupuesto esclarece hasta qué punto su propia filosofía jurídica está ligada a las estructuras del pensamiento jurídico, a la práctica del Derecho y, sobre todo, a su aplicación. En ese intenso intercambio de ideas y prácticas, los fenómenos vinculados con los procesos de creación (producción) y de aplicación (ejecución) de las normas jurídicas; dos niveles en que hoy se concentra la sociología jurídica, tanto como campo para las propuestas teóricas cuanto como ámbito de análisis empírico sobre la esencia social de los fenómenos jurídicos.

En la estructura del pensamiento y en las estrategias de los juristas hay por lo menos dos factores que se supone que se mantienen constantes en la historia: Primero, la constancia de las estructuras básicas de la imagen jurídica del hombre en el Derecho; segundo, la constancia de las estructuras básicas de la sociedad, a través de las cuales la sociedad se mantiene compatible con las estructuras de pensamiento doctrinales establecidas.

No hay que olvidar que parte de la constitución de la naturaleza del jurista es la localización de los problemas sociales del futuro, que requerirán una intervención y solución jurídica en el marco del orden jurídico imperante. Una vida fuera de dicho orden es literalmente inimaginable, pues con ello toda imagen se caería de su pedestal y toda imaginación habría perdido su fuerza sugestiva. El jurista vive una pesadilla cuando imagina el futuro como un estado de anarquía. Su práctica entra en discordia y su concepto del Derecho desaparece cuando el orden social, la previsibilidad del comportamiento, o, la capacidad de respuesta de una sociedad, son suprimidos del

diccionario; cuando la violencia, la criminalidad, la enfermedad y el primitivismo ocupan el puesto que correspondía a la autoridad oculta en las relaciones regladas¹⁸.

No obstante, probablemente no sea posible seguir manteniendo bajo control a la realidad mediante transformaciones jurídicas apropiadas, toda vez que el Derecho contemporáneo y futuro gravan demasiado la realidad. El orden jurídico, incluso el internacional, no puede asumir, sin más, que seguirá existiendo una realidad cotidiana que pueda ser juridizada correcta y eficazmente.

El pensamiento social norteamericano y europeo eluden la confrontación con la realidad para poder mantener en pie el presupuesto de la posibilidad de juridizar y dominar la realidad social. De actualizarse en el futuro se manifestará a mayor escala un desorden demográfico, ecológico y social, probablemente, aumentará la enfermedad, la sobrepoblación, la criminalidad estructural, la escasez de medios básicos de sustento, migraciones a gran escala, desempleo y el debilitamiento progresivo del Estado nacional. Así, el gran problema del Derecho, de la teoría y de la filosofía jurídica no es el Derecho en su aspecto de derecho positivo vigente, sino hasta dónde todavía se vislumbra una realidad jurídicamente articulable. En esta situación compleja, la actitud jurídica tiene una base firme en procesos de juridización profunda. Desde la perspectiva sociológica, uno de los defectos es el aspecto institucional del proceso que domina fuertemente, de tal modo que la internalización básica de los sujetos no se menciona ni se estudia. Empero, la juridización es un proceso de ambas cosas: de institución y de sujetos. La implicación semántica de esta observación es que los sujetos involucrados en el entendimiento y sus instituciones sociales tienden a establecer, en una situación de juridización, unas autointerpretaciones que contienen una gama de significados jurídicos.

La interiorización de valores y conceptos fundamentales permite constatar que el hombre piensa el Derecho como éste se piensa a sí mismo. Leonardo Polo, afirma que "paralelamente, el saber moderno es especulación, copia y reflejo de lo real;

¹⁸ Se perciben los verdaderos problemas que interfieren en las relaciones entre sociedad y Derecho. Cabe indicar que Resta, analiza la especificidad del derecho positivo nacido con el Estado moderno como sujeto soberano. La especificidad de este derecho se ha dirigido a regular, *verbigracia*, la violencia ilegítima ejercida fuera de los límites del Estado de Derecho. Para ello aplica el mismo objeto que quiere regular aunque empleándolo de forma legítima. Véase Resta, Eligio, *La certeza y la esperanza. Ensayo sobre el derecho y la violencia*, trad. de Marco Aurelio Galmarini, Barcelona (España), Ed., Paidós, 1995.

inteligencia congelada, incapaz de acceso o apertura a lo más real del ser, que desde ahora permanecerá opaco para el hombre (...). La transparencia característica del conocer, transparencia nítida, que permite afirmar sin reservas que el conocimiento es luz, siendo entonces incompatibles la opacidad y el conocimiento"¹⁹. También se puede decir lo contrario, tal como el Derecho piensa su hombre, éste piensa a sí mismo. Dos presupuestos importantes están en la base de uno u otro caso. El primero es que, al parecer, no es posible pensar una subjetividad que no esté ya juridizada. El Derecho no puede ser objeto de pensamiento, experiencia o de reflexión teórica sin que, de antemano, ya esté dado y sea eficaz como una forma específica. En segundo lugar, esa eficacia no se extrae simplemente de un pensar, un hablar o un actuar, sino que los fundamentos de la cultura y los determinantes del ser humano²⁰ al interior de una cultura deben ser nombrados en el entrelazamiento de esos procesos básicos.

El estudio del fenómeno de la opacidad del Derecho²¹ no implica una novedad metódica sino un programa epistémico, propio de las teorías críticas del Derecho, en el marco de cuyas características se sitúa una vertiente más de las teorías jurídicas contemporáneas. Numerosos iusfilósofos se han dedicado a mostrar y analizar sus presupuestos. Resulta prolijo mencionarlos en su totalidad; empero, algunos de ellos son: Flavio López de Oñate, Francesco Carnelutti, John Austin, Ronald Dworkin, Richard Posner, John Rawls, Jürgen Habermas, Alfred Ross, H.L.A. Hart, Carlos María Carcova, Daniel Oliver-Lalana, Eligio Resta, entre otros.

Se intenta entender una paradoja consistente en que: *El Derecho de la modernidad se asiente sobre la premisa de que es conocido por todos y, al mismo tiempo, materialmente considerado, resulte un discurso relativamente indisponible para*

¹⁹ Polo, Leonardo, citado por Soto, Ma. Jesús, "Luz y opacidad. Una consideración de lo real desde el conocimiento humano", *Anuario Filosófico*, Ed., Universidad de Navarra, Pamplona (España), 1996, Vol. XXIX/2, p. 1043.

²⁰ "El conocer tiene lo conocido en forma de luz. Una luz más o menos intensa; por ello precisamente la luz como metáfora es más atribuible a la luz del mundo físico que a la luz del intelecto. O sea, en sentido propio, luz, es la del conocimiento; en la luz física siempre media distancia, entraña distensión temporal, lo cual no acontece en el conocer. Se afirma así que: la luz cognoscitiva no es ninguna metáfora, porque el conocimiento no es una luz viajera, ya que no sólo triunfa sobre el espacio, sino sobre el tiempo, y está señalando el carácter activo, frente a la pasividad moderna, del ver qué es el conocer humano". *Ibidem*, p. 1048.

²¹ Véase Cárcova, Carlos María, *La opacidad del derecho*, Madrid (España), Ed., Trotta, 1998.

los súbditos, por su intransparencia²², su cripticidad²³ y su complejidad²⁴. Para comprender algunas de sus características es preciso analizar diversas dimensiones; desde factores filosófico-políticos, socioeconómicos, antropológicos, sociológicos, culturales, étnicos, ideológicos, y la evolución social del Derecho en la perspectiva sistémica. En esta virtud se proponen algunos esquemas para su análisis.

2.2. Algunos esquemas para el análisis conceptual del fenómeno de la opacidad del Derecho

El problema en análisis advierte que el concepto radica fundamentalmente en el "acceso al Derecho", el significado del término se fundamenta en la reflexión filosófica-jurídica, la teoría de los sistemas sociales y la teoría de la acción comunicativa. Esto es, bajo el aspecto teórico y la vertiente pragmática del problema de la regla de la experiencia científica²⁵. Aquí se puede anotar el modelo²⁶ siguiente:

PLANO EPISTEMICO	DESGLOSE
1. Ignorantia iuris y opacidad	1. Una historia controvertida. 2. Las elaboraciones de la dogmática contemporánea. 3. El fenómeno de la positivización: El orden desencantado. La crítica habermasiana. 4. Teoría de sistemas: Positivización e imposibilidad cognitiva. 5. El derecho, discurso opaco.
2. La no comprensión como subproducto de la marginalidad, la anomia y la aculturación	6. Marginalidad, pobreza y ajuste. 7. Aculturación y anomia. Ordenamientos en conflicto y crisis del monismo.

²² En sentido contrario de transparente, el término alude a: "lo que no es claro, evidente, que se comprende sin duda ni ambigüedad". Cfr. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª ed., Madrid (España), Ed., Espasa Calpe, 1994, p. 2011.

²³ Gramaticalmente, el término se asocia con *críptico* y *criptografía*, que significan "oscuro, enigmático, es decir, el arte de escribir con clave secreta o de un modo enigmático". *Ibidem*, p. 596.

²⁴ El término alude a: "complejo, que deriva del latín *complexus*, *complexi*, que significa enlazar, se refiere a complicado, a enmarañado, difícil". *Ibidem*, p. 523.

²⁵ Carnelutti, Francesco, *Metodología del Derecho*, trad. de Angel Ossorio, Buenos Aires (Argentina), Ed. Valletta, 1990, p. 17.

²⁶ Cfr. Cárcova, Carlos María, *La opacidad del derecho, op. cit.*, nota 21.

PLANO EPISTEMICO	DESGLOSE
3. Función ideológica y conocimiento	8. ¿La ideología encubre? 9. Las concepciones clásicas acerca de la ideología. 10. Ideología y derecho. 11. Nuevas dimensiones de la ideología.
4. El desconocimiento mediado por la complejidad	12. Noción de complejidad. 13. Complejidad sistémica. 14. Derecho y complejidad.

Asimismo, se pretende no descuidar el fenómeno de la positivización y los criterios de legitimidad, la eficacia de la ley, el debate jurídico moderno (monismo), el ideológico (pluralismo); la producción heterónoma o autónoma del Derecho, sus fines sociales, su autología y autorreferencialidad. En estos supuestos, el pensamiento jurídico alternativo, traduce los objetivos, dimensiones, y el programa del análisis de la opacidad del Derecho, en los supuestos siguientes:

OBJETIVOS	CLASIFICACION DEL PROYECTO	EL FENOMENO DE LA OPACIDAD DEL DERECHO
1. Filosofar político y jurídico. 2. Reflexión contemporánea. 3. Posición en el terreno programático. 4. Pluridimensionalidad de lo jurídico: económico, político, ideológico, cultural.	Pensamiento jurídico alternativo: Pensamiento crítico que en vez de hacer abstracción de la realidad trata de determinarse sobre los rasgos específicos que ésta adquiere en las sociedades latinoamericanas concretas: México, Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Uruguay, Bolivia, entre otros.	<ul style="list-style-type: none"> Se aborda en extrañamiento popular de los procesos de toma de decisiones y se arroja sobre la heteronomía oculta tras la apariencia de libertades. Fortalecimiento del proceso de democratización: Acrecentamiento de la distribución del poder entre la población.
DIMENSIONES DEL DERECHO:	PROGRAMA EPISTEMICO:	PARADOJA:
1. Filosofía del Derecho 2. Teoría general del Derecho 3. Ética jurídica 4. Teoría política	1. Derecho y literatura: Marta Nussbaum, Ronald Dworkin, Richard Posner. 2. Derecho y teoría narrativa: Van Roerdmund. 3. Teorías aceptadas. 4. Visiones atomísticas. 5. Visiones: holísticas, interdisciplinarias, sistémicas, complejas.	<ul style="list-style-type: none"> El Derecho de la modernidad es conocido por todos y, al mismo tiempo, materialmente considerado. Esta disponible por su intransparencia, cripticidad, complejidad.

El modelo se refiere a las teorías sistémicas y al tratamiento que en particular llevan a cabo sobre la complejidad. Se tiene que el subsistema del Derecho aumenta en forma constante su propia complejidad interna, haciéndose menos transparente;

es decir, más opaco. Lo que, provoca que en esa coyuntura los principios, valores y categorías fundamentales de la cultura jurídica moderna se hagan añicos frente al desenfado de sus tergiversados empleos, incluso por los máximos organismos encargados de dictar y aplicar el Derecho. Por ello, se propone abordarlo desde la perspectiva de su terminología.

2.3. Elementos, terminología y acepciones

El tema de la opacidad del Derecho es una cuestión particularmente atractiva para un enfoque técnico y sistemático; empero, exige el análisis de los elementos internos, para delimitar con claridad, los elementos advertidos en diferentes planos; exigencia que de manera generalizada, responde mediante deducción de terminología a la configuración de sus acepciones. Se trata, entonces, de una función de unificación conceptual. En su correspondiente análisis nos concretamos a puntualizar estos aspectos:

ELEMENTOS	TERMINOLOGÍA	ACEPCIONES	
	SUJETOS DEL DERECHO:	1. Desconocen la ley:	1. No comprenden la ley: A. Efectos generales (No los asumen) B. Confusión: a) Exactitud. b) Efectos.
	SIGNIFICADO:	1. No comprensión. 2. Efecto de desconocimiento. 3. Opacidad.	
	ABSORBIDA:	Ignorantia iuris:	1. Implica la no comprensión. 2. La no comprensión no implica ignorantia iuris.
	PRINCIPIOS:	1. El Derecho de las sociedades modernas se presume conocido por todos: son inexcusables el error o la ignorancia. 2. Los hombres son libres e iguales ante la ley, y subsiguientemente, están igualmente capacitados para la celebración de cualquier acto jurídico.	
VARIABLES:	1. Ficciones jurídicas. 2. Razones-funcionamiento del orden jurídico. 3. Obstáculos epistemológicos. 4. Circunstancias que permiten desempeñar roles sociales, sin percibir enteramente el sentido de los mismos. 5. Problemas: Dogmático y de naturaleza teórica.		

2.4. Notas distintivas

En la vida social los hombres realizan cotidianamente numerosos actos jurídicos con sentido y con efectos jurídicos, buena parte de los cuales, sin duda la mayoría, no son percibidos como tales. Esto es, dichos actos no son comprendidos en sus alcances y significaciones legales. Actos a través de los cuales se modifican los patrimonios, se alteran relaciones familiares, se adquieren o pierden derechos, facultades, se contraen obligaciones. Se trata de acciones como de omisiones.

En este sentido, el Derecho como referente principal organiza, estructura, sistematiza, define, otorga; aspectos relacionados con la conducta. Al respecto, se deducen algunas notas distintivas:

- El Derecho actúa como una lógica de la vida social, como un libreto, como una partitura, paradójicamente, no es conocido o no es comprendido por los actores en escena. Ellos cumplen ciertos rituales, imitan algunas conductas, reproducen ciertos gestos, con su escasa o nula percepción de sus significados y alcances;
- Los contingentes sociales padecen una situación de postergación, de pobreza o de atraso que produce marginalidad y anomia. El mensaje del orden jurídico estatal no llega materialmente a la periferia de la estructura social. Este tipo de fenómenos se constituye como una fuente de desconocimiento;
- En sociedades altamente desarrolladas e integradas, se acude a mecanismos de comunicación en extremo diversificados y de alto grado de abstracción, asentados en prácticas materiales especialmente tecnificadas, estas prácticas son ejecutadas cotidianamente, porque los hombres están mecánicamente entrenados para hacerlo. Pero, así como con frecuencia ellos ignoran el contenido y la modalidad de los fenómenos científicos y tecnológicos que son el sustento de los instrumentos que manipulan, muchos ignoran o no perciben las razones que otorgan sentido a las prácticas sociales que los involucran y en cuyo interior desempeñan una multiplicidad de roles;
- La índole propia del Derecho implica plantear cuestiones vinculadas tanto con el funcionamiento empírico de la legalidad como con los criterios de legitimidad, lógica interna y reflexión científica;

- El Derecho no es un sistema inmóvil, a diario surgen obligaciones, derechos y facultades (*ex lege, ex contrato*) que, también cotidianamente, desaparecen; es dinámico, sufre variaciones constantes (actos de creación y aplicación de normas), no se producen, necesariamente, en un momento fijo, o, a intermitencias regulares²⁷;
- Las circunstancias históricas del Estado liberal de Derecho que incluye un ordenamiento jurídico relativamente simple y que compone una estructura normativa homogénea, coherente y unitaria (características que se deducían y predicaban); la fase actual del Estado social, con un Derecho constitucional de principios y valores (en el que se contiene también un pluralismo conflictivo), en buena medida contradictorio con expresión más compleja y difusa. Es decir, la notoria influencia de la teoría de la eficacia de la norma jurídica, constituida sobre el predominio absoluto de la ley en el ordenamiento jurídico, en la búsqueda de un concepto unitario de ley²⁸.

2.5. Posición en la teoría de sistemas

Sin duda la especificidad de la *ignorantia iuris* ha atravesado severas vicisitudes durante siglos, pero a pesar de sus denuncias y lamentos, los juristas no parecen dispuestos a aceptarla. Los fundamentos de tal inaceptabilidad han tenido un radical cambio, en el proceso que va desde la secularización del mundo jurídico, con la modernidad, a la complejidad sistémica, con la posmodernidad²⁹.

El fenómeno de la opacidad del Derecho implica un obligado análisis en la teoría de sistemas, en un intento de integrar el texto de la norma jurídica con el

²⁷ Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, "El sujeto del Derecho", *El derecho y la justicia*, Madrid (España), Ed., Totta, 1996, p. 309.

²⁸ Cfr. Cabo Martín, Carlos de, *Sobre el concepto de ley*, Madrid (España), Ed., Trotta, 2000, pp. 79-101.

²⁹ "Las sociedades democráticas actuales, por no hablar de otras, ni de las anteriores, poco o nada han hecho para socializar a los súbditos en el conocimiento del derecho. Y no se trata de que los costos sean altos. También son altos los costos necesarios para entrenar a aquéllos en el manejo de las matemáticas o en el conocimiento de ciertos idiomas y esos costos se pagan. Se pagan porque suelen ser considerados, más que un gasto, una inversión, en la lógica economicista y pragmática que fundamenta, en estos tiempos, la interacción social, el rol de los estados y la responsabilidad de los gobiernos". Cárcova, Carlos María, *La opacidad del derecho, op. cit.*, nota 21, p. 39.

pretexto del discurso³⁰ de un pensamiento creativo, imaginativo y reflexivo. Empero, existe el lenguaje de apropiación, por un lado; y el factor de relativización; que las escuelas de la teoría jurídica contemporánea proponen en un plano epistemológico³¹.

En este sentido, Carlos María Cárcova, siguiendo a Nicklas Luhmann, menciona que éste ha concedido importancia singular al tema de la positivización del Derecho, a la manera de Max Weber, como una consecuencia de su propio proceso evolutivo. Así, sus efectos y su relación con el conocimiento del Derecho, se presentan a través de un complejo conceptual, altamente abstracto y, frecuentemente, mediado por consideraciones indiferentes a cualquier clase de compromiso ético³². Conviene aclarar un dato al respecto, puesto que el silencio sobre el mismo puede, originar alguna dificultad a la hora de analizar y dar respuesta al problema principal que se sustenta a cerca de la certeza del Derecho. Se trata de la "moral interna del Derecho" cuyos elementos y requisitos contribuyen a la producción de certeza; necesaria, como sea analizará, para la existencia de un sistema jurídico³³.

³⁰ "La tesis de Habermas consiste en que las constituciones de las democracias occidentales, con sus disposiciones sobre la soberanía popular, sobre el parlamento y su procedimiento legislativo, así como sobre los derechos políticos fundamentales, han institucionalizado jurídicamente el discurso práctico como procedimiento para producir nuevas normas jurídicas o, más exactamente, para evaluar las propuestas de normas". Tuori, Kaarlo, *Positivismo crítico y derecho moderno*, trad. de David Mena, México, Ed., Fontamara, 1998, p. 97.

³¹ "Un sistema jurídico puede ser considerado desde diferentes ángulos. A ellos corresponden diferentes conceptos del sistema. Dos tienen aquí importancia. Se puede concebir a un sistema jurídico como sistema de normas pero, también como un sistema de posiciones y relaciones jurídicas (...). Son dos costados de una misma cosa en la medida en que a las posiciones y relaciones jurídicas corresponden siempre normas que las fundamentan". Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid (España), Ed., Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 506.

³² "El derecho tiene como función la generalización congruente de expectativas de conducta, a través de las cuales reduce su complejidad. Se trata de un efecto producido por la representación del sistema de normas, se trata de un carácter funcional". Cárcova, Carlos María, *La opacidad del derecho*, op. cit., nota 21, pp. 33-34.

³³ En este aspecto en "todos los elementos de la moral interna del derecho se aprecia una preocupación porque las normas se formulen de tal modo que puedan ser cumplidas por los sujetos, es decir, por la consecución del objetivo de certeza. El que, una vez formuladas de este modo, las normas sean o no obedecidas por sus destinatarios es una cuestión que se escapa a los márgenes de la moral interna del Derecho, la cual se limita a establecer el marco estructural imprescindible para la adopción de una u otra decisión". Cfr. Escudero Alday, Rafael, *Positivismo y Moral Interna del Derecho*, Madrid (España), Ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 210. Se advierte la fundamentación ética de la obediencia al Derecho, al respecto, la tesis de Felipe González Vicén: "Mientras que no hay un fundamento ético para la obediencia al derecho, sí hay un fundamento ético absoluto para su desobediencia, así, en la moral hay simplemente un criterio de comportamiento racional que orienta nuestra conducta, presentando como estímulo para ésta la realización de un valor ético". Véase, sobre este argumento, Alvarez, Norberto, "La obediencia al derecho como deber ético".

Es decir, asocia el fenómeno de la positivización con la idea de un Derecho complejo, el cual debe atender, al mismo tiempo, el problema de su invariancia y de su variabilidad. Como la variabilidad se produce en el tiempo, la positividad es considerada, como dimensión temporal del Derecho. Los cambios parciales en el ordenamiento jurídico sólo son posibles conforme a la fijación de un sistema jerárquico de fuentes que funcionen como fundamento de validez de los mismos, haciéndolos compatibles con las normas superiores. Al mismo tiempo, en el proceso evolutivo del Derecho juega su papel la evolución del sistema político cuando alcanza a distinguir entre la persona que ejerce un rol de autoridad y el rol mismo, atribuyendo al rol, y no a la persona, los cambios operados en el Derecho.

Cuando se personifica al Estado es posible atribuir a éste la responsabilidad de establecer, cambiar y mantener el derecho positivo. Autores como Max Weber, Hart, Ross, Kelsen, Radbruch, han planteado el problema de la legitimidad del Derecho desde diversas perspectivas; empero, puede afirmarse que ésta no deriva de la aceptación de un orden determinado, porque el Derecho siempre es tan vasto y complejo que su conocimiento es imposible. En tal sentido, deriva de un consenso supuesto, a partir de la institucionalización de procedimientos de decisión vinculantes; es decir, tales procedimientos legitimarían no sólo el sistema político sino también el Derecho que en él se elabora, lo que requiere especificación funcional y aumento de la complejidad³⁴.

La especificación mencionada³⁵ se refiere a la nítida distinción entre procedimiento judicial (programado) y procedimiento legislativo (programante). En el primer caso, el juez, frente a la frustración de una expectativa generalizada de conducta (inobservancia de la norma), corresponde una respuesta normativa, consistente en la aplicación de la sanción o de la consecuencia prevista, según los

(Conclusiones de una polémica)", *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense*, Madrid (España), 1991, Núm. 78, curso 1990-1991, pp. 41-44.

³⁴ "La segunda distinción es entre el sistema jurídico como un sistema normativo y como sistema de procedimientos. Como sistema de procedimientos, el sistema jurídico es un sistema de acciones basados en reglas y guiadas por ellas, mediante las cuales se crean, se justifican, se interpretan, se aplican y se coaccionan normas (...). El sistema jurídico como sistema de normas, se refiere a los resultados o productos de algún proceso de creación". Véase Alexy, Robert, "Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral", *Derecho y moral*, comp. de Rodolfo Vázquez, Barcelona (España), Ed., Gedisa, 1998, p. 119.

³⁵ Cfr. Cárcova, Carlos María, *La opacidad del derecho*, op. cit., nota 21, p. 37.

principios deónticos de la norma jurídica: ordenar, permitir y prohibir. Pero, en el ámbito de las funciones del Estado, implica la vinculación del juez a la ley, su posición respecto de ésta es de obediencia pensante, obediencia, en cuanto exige lealtad al ordenamiento jurídico; pensante en cuanto resulta imprescindible una reflexión que construya la solución más adecuada para hacer efectivo el modelo de convivencia que traza el ordenamiento jurídico³⁶. En el segundo, el legislador, frente a idéntica frustración, puede corresponder una respuesta cognitiva y con ello un cambio de programa (una modificación normativa) o una acentuación de los mecanismos vinculantes, en este aspecto, destaca la omisión legislativa inconstitucional; es decir, aquel silencio legislativo o regulación legislativa incompleta o parcial, que produce consecuencias no queridas por la Constitución, y por tanto, puede considerarse que es objeto de una prohibición constitucional, porque el aplicador del Derecho debe actuar como si el ordenamiento fuera completo³⁷.

La teoría de sistemas propone el análisis estructural del sistema jurídico³⁸, y las relaciones fundamentales de las disposiciones jurídicas en sus momentos de creación (estructura genética) y sus efectos mientras éstas existen (estructura operativa). En este sentido, el comprender una norma no implica sólo conocerla. El conocimiento es un grado anterior a la comprensión. Esto implica estar en condiciones de internalizar la norma, de hacerla parte del propio dispositivo psíquico, al menos de estar en condiciones de asumir su antijuridicidad, y ante un sistema jurídico determinado comprender el contenido de los enunciados normativos. El fenómeno de la no comprensión del Derecho, de su carácter opaco, implica el estudio de las fuentes del mismo: La marginalidad, la anomia, la aculturación, la función ideológica y el desconocimiento. En opinión de Giovanni Sartori:

Las definiciones caracterizadoras (que más técnicamente debiéramos denotar connotativas) son obviamente definiciones complejas; y ello porque no se trata sólo de enumerar, sino de reunir las características que se han predicado de un concepto. Y no sólo esto: también y propiamente en razón de

³⁶ Véase, especialmente, el capítulo XIV "La sumisión del juez a la ley y la independencia judicial", Cazorla Prieto, Luis María, Arnaldo Alcubilla, Enrique, y Román García Fernando, *Temas de Derecho Constitucional*, Navarra (España), Ed., Aranzadi, 2000, p. 486.

³⁷ Véase Díaz Revorio, Francisco Javier, "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas en el derecho comparado europeo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid (España), 2001, Año 21, Núm. 61, enero-abril, pp. 82-83.

³⁸ Cfr. Raz, Joseph, *El concepto de sistema jurídico*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Ed., UNAM, 1986, p. 221.

que la enumeración puede volverse larga, en el ámbito de la connotación de un concepto la operación más importante es la de separar las características definitorias de las características contingentes³⁹.

De los anteriores supuestos se advierte, la influencia de la estructura y dinámica del ordenamiento jurídico en el sistema de fuentes; internamente los procedimientos para la redacción y promulgación de las normas jurídicas no pueden analizarse simplemente como institucionalizaciones de los discursos prácticos⁴⁰, debe prestarse necesariamente más atención a las dimensiones teleológica y axiológica de los procedimientos de creación de normas jurídicas, inmersos en la opacidad del Derecho.

2.6. Interpretación del discurso jurídico

El problema de la interpretación jurídica⁴¹, si no agota la ciencia jurídica dogmática, sí constituye su parte más importante y fundamental. Aun más, la interpretación jurídica no es sólo un tema central de la ciencia del Derecho; su especial relevancia reside en que con la expresión interpretación jurídica se designa habitualmente el cómo pensar y actuar en Derecho. El maestro Rolando Tamayo y Salmorán, dice que el problema lo podemos plantear en los siguientes términos: ¿qué interpretan, cómo y para qué, aquellos que llevan a cabo una interpretación jurídica?. De este planteamiento surgen las preguntas siguientes: ¿una interpretación jurídica es tal en razón de su objeto?, ¿en razón de la posición quién la lleva a cabo?, o más bien, ¿en razón de la específica manera cómo se hace?. Continúa explicando:

Si la interpretación consiste en dotar de significado a ciertas cosas, signos o acontecimientos, entonces la interpretación jurídica en este orden de ideas puede perfectamente consistir en cualquiera de las dos siguientes posibilidades: Primera, la adscripción de un significado jurídico a ciertos

³⁹ Sartori, Giovanni, *La Política. Lógica y método en las ciencias sociales*, 4ª reimp., trad. de Marcos Lara, México, Ed., FCE, 1996, p. 68.

⁴⁰ Véase Legendre, Pierre, Entelman, Ricardo, Kozick, Enrique, et. al, *El Discurso jurídico, perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Buenos Aires (Argentina), Ed., Hachette, 1982.

⁴¹ Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una Teoría General del Derecho (introducción al Estudio de la Ciencia Jurídica)*, 1ª reimpresión a la 2ª ed., México, Ed., Themis, 2001, p. 337.

hechos, signos, acontecimientos o comportamientos (objetos significados), los cuales se constituyen en objetos jurídicos en atención de que son jurídicamente considerados, o mejor, jurídicamente interpretados; segunda, la adscripción de un cierto significado al discurso jurídico (constituciones, tratados, leyes, reglamentos). Al respecto conviene señalar que el problema de la interpretación jurídica, tradicionalmente planteado se ha referido casi exclusivamente a la segunda de estas nociones⁴².

En este sentido, Hans-Georg Gadamer, al analizar el significado paradigmático de la hermenéutica jurídica, establece la diferencia unívoca entre el interés dogmático y el interés histórico; es decir, parte del supuesto de que:

Sólo la conciencia histórica convierte a la comprensión en método de una ciencia objetiva, y que la hermenéutica alcanza su verdadera determinación sólo cuando llega a desarrollarse como teoría general de la comprensión y la interpretación de los textos. La hermenéutica jurídica no tendría que ver con este nexo, pues no intenta comprender textos dados sino que es un simple medio auxiliar de la praxis jurídica encaminado a subsanar ciertas deficiencias y casos excepcionales en el sistema de la dogmática jurídica⁴³.

El jurista toma el sentido de la ley a partir de y en virtud de un determinado caso, la tarea del historiador del Derecho es mediar comprensivamente la aplicación originaria de la ley actual.

Una de las particularidades que ofrecen los objetos conocidos, formando la experiencia jurídica, es de que, en cierta medida, constituyen un lenguaje⁴⁴ o se presentan como lenguaje, se afirma que "todo derecho tiene como condición de existencia la de ser formulable en un lenguaje"⁴⁵. A este lenguaje bien podemos denominarlo "lenguaje jurídico"⁴⁶, que se manifiesta desde una triple vertiente: semántica, normativa y doctrinal.

Los materiales jurídicos formulados por escrito (constituciones, leyes, testamentos, contratos), son como cualquier otro lenguaje, objeto de interpretación, que tiene como resultado un acto lingüístico del operador jurídico (jueces y

⁴² *Loc. cit.*

⁴³ Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y Método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, op. cit., nota 5, p. 396.

⁴⁴ Expresado en un tipo particular de discurso.

⁴⁵ Cfr. Capella, Juan Ramón, *El Derecho como lenguaje*, Barcelona (España), Ed., Ariel, 1968, p.28.

⁴⁶ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una Teoría General del Derecho (introducción al Estudio de la Ciencia Jurídica)*, op. cit., nota 41, p. 338.

tribunales) diferente del realizado por el legislador. Pero, cabe preguntar, ¿para qué se interpreta?, o bien, ¿quién o quiénes interpretan?. Hemos visto que cualquiera que dote de sentido a estos "materiales jurídicos"; es decir, quien otorgue cierto significado al lenguaje jurídico escrito, se encuentra interpretándolo. No obstante, es posible determinar dos grandes tipos de interpretación: la interpretación orgánica y la interpretación dogmática⁴⁷. Siguiendo el pensamiento de Kaarlo Tuori, en los procedimientos para la creación de normas jurídicas se distinguen tres tipos⁴⁸ ideales: El procedimiento discursivo, en el que se trata de llegar a decisiones a través de una argumentación racional pública de acuerdo con el modelo del discurso práctico; el procedimiento estratégico, en el que las decisiones se basan en compromisos entre intereses particulares; y el procedimiento instrumental, en el que la toma de decisiones se basa en un modelo finalístico de medios y fines en el que los fines se derivan de las necesidades funcionales (objetivas) en el terreno social de la actividad en cuestión. Por consiguiente, el procedimiento discursivo⁴⁹ se corresponde con la imagen del procedimiento parlamentario legislativo que nos viene dado por las reglas constitucionales. El procedimiento basado en grupos de intereses sigue arquetípicamente el modelo estratégico. El procedimiento instrumental, puede considerarse el tipo ideal de toma de decisión dentro del aparato administrativo cuando no implica representación de intereses. Por su parte, Robert Alexy propone vincular la teoría moral con la teoría del Derecho, mediante un "modo procedimental de cuatro gradas", que son: 1) el discurso práctico general, 2) el procedimiento legislativo, 3) el discurso jurídico y 4) el procedimiento judicial⁵⁰.

Desde esta perspectiva, la teoría del discurso ofrece la ventaja consistente en que es mucho más fácil fundamentar sus reglas; empero, es conciliable con resultados muy diversos. Existen resultados discursivamente imposibles y

⁴⁷ Ibidem, p. 339.

⁴⁸ Tuori, Kaarlo, *Positivismos crítico y derecho moderno*, op. cit., nota 30, 1998, p. 99.

⁴⁹ "Por ello, el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general. En tanto tal, está caracterizado por el hecho de que la argumentación jurídica se lleva a cabo bajo una serie de condiciones restrictivas que brevemente puede ser llamada la sujeción a la ley, al precedente y a la dogmática". Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., nota 31, p. 530.

⁵⁰ Ibidem, pp. 531 y 533.

discursivamente necesarios, pero queda un amplio campo de lo discursivamente sólo posible⁵¹.

Se suscita, entonces la cuestión de la racionalidad de la fundamentación jurídica, influenciada metodológicamente sobre todo por la lógica moderna, la filosofía del lenguaje, la teoría de la argumentación, de la decisión y del conocimiento.

⁵¹ Cfr. Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid (España), Ed., Trotta, 1998, pp. 187-197. Para referirnos a una situación fáctica, la clasificación de Enrique Cáceres: 1) Discurso jurídico positivo (programado); 2) discurso dogmático (programante); 3) discurso jurilingüístico. Destaca de éste las partes integrantes: 1) bloques estipulativos, 2) bloques interpretativos, 3) bloque propositivo, 4) bloque de modelos de problemas y soluciones. Cfr. Cáceres Nieto, Enrique, "Pasos hacia una teoría jurídica comunicativa", *Crítica Jurídica*, México, 1995, Núm. 16, pp. 48-50.

CAPÍTULO TERCERO

LA DOCTRINA DE LA IGNORANCIA LEGIS

SUMARIO: 3.1. Consideraciones generales sobre la historicidad de la ley. 3.2. La importancia del significado del término ignorancia legis. 3.3. Presentación y formulación en el sistema normativo jurídico. 3.4. Etiología de la ignorancia legis. 3.5. Conceptos dialectizados en la síntesis del fenómeno.

3.1. Consideraciones generales sobre la historicidad de la ley

La doctrina de la ignorancia legis no puede excluir bajo supuesto alguno, la posición conceptual de la ley, en el contexto histórico. Es de vital importancia conocer su conceptualización y origen, para consolidar su significado, la inclusión en el sistema jurídico y el fundamento etiológico.

Entre los griegos y los romanos, como entre los pueblos indos, señala Fustel de Coulanges, la ley fue al principio una parte de la religión⁵². Los antiguos códigos de las ciudades eran un conjunto de ritos, de prescripciones litúrgicas, de oraciones, al mismo tiempo que de disposiciones legislativas. Las más antiguas leyes de Roma, llamadas leyes reales, se aplicaron al culto como a las relaciones de la vida civil. El código de las Doce Tablas, contenía minuciosas prescripciones sobre los ritos religiosos de la sepultura. La obra de Solón era a la vez un código, una constitución y un ritual. Cicerón, en su tratado de las leyes, describe el plan de una legislación, pero en el fondo como por la forma de su código, imita a los antiguos legisladores, al establecer en él las reglas del culto. En Roma era una verdad reconocida que no se podía ser buen pontífice si se desconocía el Derecho, y recíprocamente, que no se

⁵² Fustel de Coulanges, Numa Denis, *La Ciudad Antigua. Estudio sobre el culto, el Derecho y las Instituciones de Grecia y Roma*, 6ª ed., estudio preliminar de Daniel Moreno, México, Ed., Porrúa, 1986, p. 139.

podía conocer el Derecho, si se ignoraba la religión. Los pontífices durante mucho tiempo fueron los jurisconsultos.

El modo de generación de las leyes antiguas aparece claramente. No es un hombre quien las ha inventado. Solón, Licurgo, Minos, Numa, pusieron por escrito las leyes de sus ciudades, pero no las han hecho. Si por legislador se entiende un hombre que crea un código con la fuerza de su genio y que lo impone a los demás hombres, este legislador jamás existió entre los antiguos. La ley antigua tampoco se originó de los votos del pueblo, las leyes se ofrecieron como algo antiguo, inmutable y venerable. El autor de la ley no se cuestionaba, correspondía a la creencia de las antiguas generaciones⁵³. La ley se presentó por sí misma, era consecuencia directa y necesaria de la creencia; era la religión misma aplicada a las relaciones de los hombres entre sí, el verdadero legislador.

Las leyes fueron durante mucho tiempo una cosa sagrada, aún en la época en que se admitió que la voluntad de un hombre, o, los sufragios de un pueblo podían decretar una ley, era necesario que se consultara la religión y que ésta por lo menos diera su consentimiento. En Roma, *verbigracia*, no se creía que la unanimidad de los sufragios bastase para dictar una ley; se necesitaba que los pontífices aprobasen la decisión del pueblo, y que los augures atestiguaran que los dioses eran favorables a la ley propuesta. Se mostraba, el respeto y adhesión a las leyes, en ellas, no veían una obra humana, sino un origen santo. El pasaje de Platón, en el Critón, Sócrates da la vida porque la ley se la pide. Refiere Fustel de Coulanges, que antes de Sócrates, se había escrito en las Termópilas: "Viajero, di a Esparta que hemos muerto aquí por obedecer a sus leyes".

⁵³ *Ibidem*, p. 141. Una lectura detallada y crítica de los textos antiguos Mesopotámicos (Acadios y Sumerios); Egipcios y Cananeos, es la ofrecida por Jacques Briend, Marie-Joseph Seux, Michel Gittón, y José Luis Cunchillos. Véase Seux, Briend, Gittón, Cunchillos, *La creación del mundo y del hombre en los textos del Próximo Oriente Antiguo*, Navarra (España); Ed., Verbo Divino, 1982. Asimismo, el texto de la epopeya de Gilgamés, presentada por Alain Marchadour, quien reseña que "el texto más completo que nos ha llegado es el que se encontró en Nínive: pertenecía a la biblioteca del rey Asurbanipal (siglo VII a. C.). Esta obra debía contar unos 3,500 versos, de los que se conservan algo más de la mitad. Sus 12 cantos de unos 300 versos cada uno (excepto el último, más corto) representan una culminación en la elaboración de la gran gesta que tuvo por héroe al antiquísimo rey de Uruk, quinto de la dinastía posdiluviana. Es muy probable que Gilgamés reinase efectivamente en Uruk por el siglo XXVIII a. C.". Véase Florence, Malbran-Labat, *Gilgamés*, Estella, Navarra (España), Ed., Verbo Divino, 1983, p. 6.

La ley entre los antiguos fue siempre santa; en tiempos de la realeza fue reina de los reyes; en tiempos de las repúblicas fue reina de los pueblos⁵⁴. Desobedecerla era un sacrilegio. En principio, la ley era inmutable, puesto que era divina, nunca se derogaban las leyes, podían dictarse otras nuevas, pero las antiguas subsistían siempre, aunque hubiera contradicción entre ambas (todas tenían derecho al respeto). La ley antigua⁵⁵ nunca tiene considerandos, no tiene porque dar sus razones, está allí porque los dioses la han hecho. No se discute, se impone; es una obra de autoridad: los hombres la obedecen, porque tienen fe en ella.

⁵⁴ Fustel de Coulanges, Numa Denis, *La Ciudad Antigua. Estudio sobre el culto, el Derecho y las Instituciones de Grecia y Roma*, op. cit., nota 52, p. 142.

⁵⁵ Jacques Briand considera, que: "la primera observación que se impone es que hay que ponerse de acuerdo sobre el uso de la palabra ley: Efectivamente, la primera parte de la biblia compuesta de cinco libros (Génesis, Exodo, Levítico, Números y Deuteronomio), conocida también por el nombre de origen griego Pentateuco, se designa en el mundo judío como Torá, término que suele traducirse por <<ley>>: Esta apelación se remonta por lo menos a la época en que el judío Esdras recibió de un soberano persa, Artajerjes (464-424) o Artajerjes II (404-359), el encargo de dar una ley de Estado a todos los que se decían adoradores del Dios de Israel. Esta misión de Esdras, ciertamente anterior a la ruptura entre judíos y samaritanos que tuvo lugar hacia el 330 a. C., suele ser fechado por los autores entre 458 y el 398 a. C., en función de la identidad del soberano persa. En el libro que lleva su nombre, se le da a Esdras el calificativo de <<secretario de la ley de Dios del cielo>>. Esta designación de la Torá no era extraña a los judíos que habían vuelto del destierro y que hablaban de buena gana la ley de Moisés; en su origen, no se designaba todavía a los cinco libros, pero podía referirse aun libro como el Deuteronomio. Leyendo el conjunto de los cinco libros, se descubre rápidamente que la Torá contiene más relatos que leyes, aun cuando éstas no faltan. Este es seguramente el signo más manifiesto de que la palabra Torá no cubre exactamente el sentido que la palabra ley tiene en nuestras lenguas modernas. De hecho, el término Torá designa todo el conjunto de la revelación divina, es decir, todo lo que constituye la relación que une a Dios con Israel. Por consiguiente, es muy raro que la palabra <<torá>>, empleada en plural, designe en el Génesis y en el Exodo ciertas normas jurídicas o instrucciones divinas. Si prescindimos de esos textos, el sentido más denso que tiene generalmente la palabra Torá permite por sí solo comprender el respeto con que los judíos leen la ley de Moisés y descubren en ella una norma de vida dada por Dios. (...) es indiscutible que dentro de la Torá o del Pentateuco se pueden distinguir algunos conjuntos legislativos que será útil recordar: - el código de la alianza (Ex. 20, 22-23, 19), el decálogo ritual (Ex. 34, 14-26); el código deuteronomico (Dt. 12, 2-26, 15); la ley de santidad (Lv. 19-25); las prescripciones sobre los sacrificios (Lv. 1-7); la ley de pureza (Lv. 11-16). (...). La lectura de las leyes del Próximo Oriente antiguo pone enseguida de manifiesto que éstas han sido reagrupadas por la autoridad real, de manera que la mayor parte de los códigos llevan el nombre del monarca que las mando recopilar. La lengua de los textos está en sumerio y en acadio; en sumerio: Las leyes llamadas de Ur-Nammu (2111-2094); las leyes de Lipit-Ishtar; en acadio: Las leyes de Es nunna; las leyes de Hammurabi (siglo XVIII a. C., 1792-1750 a.C.); las leyes Asirias, las leyes Hititas". Cfr. Seux Marie-Joseph, *Leyes del Antiguo Oriente*, Navarra (España), Ed., Verbo Divino, 1987, pp. 5-10, 15, 19, 25, 30, 75, 86.

3.2. La importancia del significado del término ignorancia legis

El término y concepto "ignorancia legis" como unidad y propiedad, causa o suceso jurídico determinante de un proceso que tiene como resultado, la estructura y fundamento de la máxima "Ignorantia iuris neminem excusat", como acto lingüístico, el análisis semántico del concepto resulta útil para referir y establecer una definición. El análisis doctrinal pretende exponer aquello que reconocidos juristas y filósofos del Derecho, en ámbitos geográficos y jurídicos diferentes, comparten respecto al tratamiento del principio citado. El análisis normativo de la máxima general pretende examinar situaciones varias en función de diferentes tipos de normas.

Ahora bien, se atribuye a los escritores institucionales la justificación del principio, y en consecuencia, los argumentos y la interpretación, a las excepciones que atribuyen a la máxima general; *verbigracia*, cuando en materia penal se hace uso en muchos casos sobre la ignorancia de la ley o error de derecho, como una defensa, la cual pretende que el transgresor sea eximido de su responsabilidad penal.

En el análisis del principio "la ignorancia de la ley no excusa su cumplimiento", cabe estudiar, desde la perspectiva de la filosofía del Derecho, dos aspectos: El primero se refiere a la estructura del principio, y el segundo es el referente al problema del fundamento.

Respecto al primer aspecto, la cuestión se centra en determinar el concepto del principio. Se trata de responder a la pregunta ¿qué significa el principio Ignorantia iuris neminem excusat?⁵⁶. El elemento estructural hace referencia los diferentes problemas que se plantean en la relación entre el principio y algunos elementos estructurales de la ley, como es la promulgación. Empero, con relación al segundo problema, el del fundamento, se tienen diversas respuestas, a lo largo de la historia de la filosofía del Derecho, las cuales es preciso sintetizar en tres grupos:

⁵⁶ Sobre la interpretación y desarrollo del principio, es interesante el trabajo de Matthews, Paul, "Ignorance of the Law is no excuse?", *Legal Studies. The Journal of the Society of Public Teachers of Law*, Aberystwyth, Dyfed, Uk (Inglaterra), 1983, Vol. 3, Núm. 2, July, pp. 174-192. Véanse, los casos descritos por Kahán, Dan M., "Ignorance of Law is an excuse –but only for the virtuous", *Michigan Law Review*, Ann Arbor, Michigan (EUA), 1997, Vol. 96, Núm. 1, October, pp. 127-154. Asimismo, Armacost, Barbara E., "Qualified Immunity: Ignorance Excused", *Vanderbilt Law Review*, Nashville, Tennessee (EUA), 1998, Núm. 3, April, pp. 583-680.

1. Las doctrinas que se basan en el fundamento de la inexcusabilidad del cumplimiento de la ley en la presunción *iuris et de iure* de que nadie ignora la existencia y contenido de la ley, toda vez, que promulgada, ha sido dada a conocer suficientemente. Este argumento es el que ha dominado en la doctrina hasta el siglo XIX. Es la tesis defendida por la doctrina jurisprudencial de diferentes Estados.
2. Las doctrinas que basan el fundamento de la inexcusabilidad, uniendo el criterio anterior a la idea de legitimidad democrática, en la afirmación de que el pueblo está presente por sus representantes (Parlamento, Congreso, Asamblea) en la aprobación de las leyes, y por tanto, queda obligado a conocerlas (data del siglo XIV, 1365, aproximadamente).
3. La doctrina actual, que fundamenta la inexcusabilidad, no en una presunción, como indicaba la doctrina tradicional, sino en un criterio axiológico-jurídico: el principio de seguridad jurídica. El cumplimiento de la ley no puede hacerse depender de su conocimiento concreto por todos y cada uno de sus destinatarios.

Frente al fundamento subjetivo tradicional (presunción de conocimiento por parte del sujeto obligado por la norma), en la doctrina actual se afirma un fundamento objetivo del principio general: La necesidad social de que las normas jurídicas tengan incondicionada y general aplicación. De lo anterior, se infiere que si la norma jurídica contiene un deber jurídico de observancia de una determinada conducta, es claro que la conducta debida no puede ser dejada al arbitrio del destinatario de las normas.

Ahora bien, sentado el criterio básico⁵⁷ que para que pueda obligar la ley tiene que haber posibilidad de conocimiento por parte del destinatario (la ley ha sido suficientemente divulgada en todo el territorio del Estado), de manera que ese conocimiento se torne imposible (fundamento rígidamente entendido), se plantea un

⁵⁷ Sobre este punto, véase Lima Torrado, Jesús, "El fundamento del principio "La ignorancia de la ley no excusa su cumplimiento" en la obra de Francisco Suárez *Tractatus De Legibus ac Deo Legislatore*", *Boletim da Faculdade de Dereito, Coimbra (Portugal)*, 1989, Vol. LXV, pp. 207-220. Véase, también, Suárez, Francisco, *Tratado de las leyes y de Dios legislador*, trad. de José Ramón Equillor Muniozuren, Madrid (España), Ed., Instituto de Estudios Políticos, 1967.

segundo nivel de argumentación: la posibilidad efectiva de su conocimiento mediante la comprensión de su contenido. Esto evidencia las razones subjetivas y objetivas, para conocer todas las normas jurídicas.

La doctrina de la ignorancia legis, también llamada en su locución latina como *ignorantia iuris*⁵⁸ a subsumido el fenómeno de la opacidad del Derecho. El Derecho organiza, sistematiza y otorga sentido a ciertas relaciones entre los hombres, en los ciclos de: producción, subordinación, y apropiación de bienes. La función de sistematizar un complejo de relaciones regladas derivadas de las múltiples relaciones señaladas, tiene efecto en la vida social y en la vida individual, en virtud de que no es comprendida, hay un efecto de desconocimiento, este varía entre los Estados, de individuo en individuo, según sea el grado de desarrollo social, cultural, político o económico. En tal sentido, la doctrina de la ignorancia⁵⁹ legis integra las fuentes del desconocimiento⁶⁰, el concepto de legalidad en su aspecto fáctico, se presenta como problema "consiste en que los hombres, sujetos de derecho, súbditos que deben adecuar sus conductas a la ley, desconocen la ley o no la comprenden. Esto es, desconocen el estatuto jurídico de los actos que realizan o no perciben con exactitud o no asumen los efectos generados por tales actos o tienen confusión respecto de unos o de otras"⁶¹.

Con relación al problema de delimitar las fuentes de desconocimiento, Joaquín Escriche, expone que existen varios tipos de ignorancia, con sus respectivas vertientes, indica que "la ignorancia, y lo mismo el error, es de muchas maneras: en cuanto a su objeto, es de hecho o de derecho; en cuanto a su origen, voluntaria o involuntaria; en cuanto a su influencia sobre las acciones o negocios de los hombres, esencial o accidental"⁶². Reviste especial importancia, con el anterior criterio, la

⁵⁸ Véase Cárcova, Carlos María, *La opacidad del derecho*, op. cit., nota 21, p. 21.

⁵⁹ Gramaticalmente, el término proviene del latín *ignorantia*, que significa "falta de ciencia, de letras y noticias, o general o particular. Aplicado al Derecho, significa, desconocimiento de la ley, él a nadie excusa, porque rige la necesaria presunción o ficción de que, promulgada aquella, han de saberla todos. Asimismo, significa, la que procede en negligencia en aprender o inquirir lo que puede y debe saberse, hacer una cosa con conocimiento de que no es razón el hacerla, o después de advertido de que no la debía hacer". Cfr. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, op. cit., nota 22, p. 1140.

⁶⁰ Cfr. Cárcova, Carlos María, *La opacidad del derecho*, op. cit., nota 21, p. 19.

⁶¹ *Ibidem*, p. 20.

⁶² Escriche, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*, México, Ed., UNAM, 1996, p. 302.

ignorancia del Derecho de carácter voluntaria o involuntaria; es decir, en la vinculación objeto y origen. De esta manera la ignorancia del Derecho⁶³, suele ponerse en la clase de las faltas o culpas latas y por eso no sirve de excusa a nadie; la ignorancia voluntaria, cuando procede de negligencia en aprender o inquirir lo que puede saberse; ignorancia involuntaria, cuando es efecto de la falta de medios físicos o morales para evitarla, es excusable.

En resumen, ya hemos dicho que la ignorancia iuris, cuyo concepto empleado genéricamente, puede darse en diferentes planos, tales como; el fenómeno de la opacidad del Derecho y la doctrina de la ignorancia legis; ambos constituyen especies del problema; ahora bien, aclarado esto, habremos de vincular el género con la certeza, refiriéndonos al maestro Miguel Villoro Toranzo, quien asevera que: "la certeza es un estado psicológico, no es una propiedad del objeto conocido sino de la mente humana. El ser humano reacciona psicológicamente con todo su ser a medida que va captando la verdad de los objetos"⁶⁴. Asimismo, propone que existen cinco grados de reacción psicológica ante la captación de la verdad:

- a) *Estado de ignorancia*: se reacciona confesando la ausencia de conocimiento;
- b) *Estado de duda*: la mente suspende su juicio, sin inclinarse a alguno de los términos de dos proposiciones contrarias; no se atreve a decir que algo sea así, ni tampoco que algo no sea así;
- c) *Estado de sospecha*: la mente se inclina a un término entre dos proposiciones contradictorias sin otorgarle el pleno asentimiento; por ejemplo, empieza a conjeturar o presentir que algo sea así, más bien que no sea así;
- d) *Estado de opinión*: la mente otorga su asentimiento a uno de los términos de dos proposiciones contradictorias pero sin que desaparezca el temor que el otro término pueda ser verdadero; por ejemplo, creo que algo es así pero podrían no ser así;
- e) *Estado de certeza*: la mente otorga su firme y definitivo asentimiento a uno de los términos de dos proposiciones contradictorias sin ningún temor que el otro término pueda ser verdadero; por ejemplo, estoy seguro que algo es así y también a ver ese algo no puede ser de otra manera contraria al sí⁶⁵.

⁶³ *Ibidem*, p. 303.

⁶⁴ Villoro Toranzo, Miguel, *Metodología del trabajo jurídico. Técnicas del Seminario de Derecho*, 4ª ed., México, Ed., Limusa, 1982, p. 8.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 9.

La configuración básica de la doctrina⁶⁶ se sustenta en uno de los principios básicos de las sociedades civilizadas, que viene siendo, desde hace más de dos mil años, una presunción *juris et de jure* que constituye un verdadero escarnio y la más grande tiranía que se haya ejercido jamás en la historia. La base, el cimiento de las sociedades humanas es la que se encierra en dos aforismos, heredados de los antiguos romanistas: Primero, "nemini licet ignorare jus" (a nadie le es permitido ignorar las leyes); segundo, "nemo jus ignorare censetur; ignorantia legis neminen excusat" (en consecuencia, se presume que todo el mundo las conoce; por lo cual, aunque resulte que uno las ignoraba, le obligan lo mismo que si las hubiese conocido).

La presunción citada se mantiene aún cuando se sabe que es contraria a la realidad de las cosas, que es una ficción, que es una falsedad, porque:

1. Nadie conoce todo el Derecho, de que sólo una insignificante minoría de hombres sabe una parte, y no grande, de las leyes vigentes en un momento dado;
2. Es imposible que la mayoría, y aún esa minoría, las conozca todas;
3. La presunción conforme a la verdad de los hechos, acorde, por tanto, a la razón, a la justicia y, a la lógica, sería cabalmente la inversa, que nadie conoce las leyes como no se pruebe lo contrario.

Existen argumentos contrarios, se piensa que:

1. Una ficción es absolutamente necesaria para la conservación del orden social;
2. El orden social, en las naciones modernas, no puede asentarse sobre la verdad; necesita de una abstracción, necesita de un artificio gigante, monstruoso, que condena a los hombres a caminar a ciegas por el mundo; que le condena a regir su vida por criterio que le son y que fatalmente han de serle ignorados.

El ejecutivo promulga las leyes en una forma convencional ignorada de la multitud, y con la cual es imposible que lleguen a conocimiento de los obligados por ellas. Joaquín Costa, propone un criterio sobre la fusión de los conceptos de legislador y legislado, diciendo:

Acaso el problema no fue bien planteado en sus orígenes, y en vez de decir que <<el pueblo está obligado a conocer y cumplir todas las leyes>>, deben

⁶⁶ "La ignorancia representa un defecto, una imperfección, y en ese sentido no puede calificarse de privilegio". Preciado Hernández, Rafael, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, México, Ed., UNAM, 1986, p. 109.

invertirse los términos diciendo que <<no son verdaderamente leyes sino aquellas que el pueblo conoce (...), y refrenda cumpliéndolas, traduciéndolas en sus hechos>>.

Esa famosa presunción, base de todo nuestro sistema legal, parte del supuesto de una separación entre la voluntad que estatuye el derecho y la voluntad que ha de ejecutarlo: implica dos personas absoluta y formalmente ajenas la una a la otra: la autoridad que legisla o decreta y el súbdito que ha de obedecer y cumplir⁶⁷.

Verbigracia, en los siglos XVI, XVII, y XVIII, los jurisconsultos y teólogos españoles se clasificaban, en orden a la soberanía ejercida o manifestada por vía de costumbre, en dos grupos:

Uno, admitía la costumbre contra la ley, y era en el fondo más liberal que los liberales de nuestro tiempo; el otro condenaba la costumbre contra ley en nombre de sus principios absolutistas (...). El primer grupo, decía que el soberano tiene su autoridad dependiente del pueblo, y que por esto no puede promulgar una ley sino a condición de que el pueblo la acepte, y que el pueblo puede legítimamente abstenerse de aceptar, o sea de cumplir una ley y desusar la que una vez aceptó (...). En el segundo grupo, en una tesis que se hizo famosa, impugnando la legitimidad de la costumbre, razonaba así contra el grupo anterior de pensadores: <<Introducir costumbre y constituir ley es una misma cosa, dado que aquélla tiene la misma fuerza que ésta: por consiguiente, los que pretenden que el pueblo puede en un Estado monárquico abrogar una ley por una costumbre contraria, no sólo suponen al pueblo potestad legislativa; suponen que esa potestad del pueblo es superior a la del soberano, y esto es absurdo, porque vale tanto como suponer que el inferior tiene potestad sobre el superior, tanto como suponer que una misma cosa es juntamente superior o inferior⁶⁸.

Resulta pertinente citar la reflexión de Carlos de Cabo Martín, al afirmar que:

Teóricamente se pone de manifiesto de forma distinta e incluso inversa, la importancia básica de la ley, en las concepciones de Bodino <<el soberano es absoluto porque es legislador>> y Hobbes <<la ley es la declaración de la voluntad del soberano>> (...). Prácticamente, la ley aparece como la garantía de ese funcionamiento mecánico, es decir, organizativo, ya que la ley realiza la necesaria reducción al orden, a la unidad, de una parte, mediante la eliminación de los poderes intermedios que actuaban como centros de producción del derecho y, de otra, mediante la eliminación de la desigualdad jurídica al abolir privilegios⁶⁹.

⁶⁷ Costa, Joaquín, *El problema de la ignorancia del Derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre*, Barcelona (España), Ed., Sucesores de Manuel Soler, s.a, p. 35.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 87.

⁶⁹ Cabo Martín, Carlos de, *Sobre el concepto de ley*, *op. cit.*, nota 28, pp. 16-17.

Al meditar John Rawls, sobre el "velo de la ignorancia", se refiere a contingencias específicas de la justicia, realiza el planteamiento de que se supone que las partes no conocen ciertos tipos de hechos determinados. Dice que, ante todo, nadie conoce su lugar en la sociedad, su posición o clase social; tampoco sabe cuál será su suerte en la distribución de talentos y capacidades naturales, su inteligencia y su fuerza. Igualmente nadie conoce su propia concepción del bien, no los detalles de su plan racional de vida, ni siquiera los rasgos particulares de su propia psicología, tales como su aversión al riesgo, su tendencia al pesimismo, o, al optimismo, afirma que:

Entonces, en la medida en que sea posible, los únicos hechos particulares que conocen las partes son que su sociedad está sujeta a las circunstancias de la justicia, con todo lo que esto implica. Se da por sentado, sin embargo, que conocen los hechos generales acerca de la sociedad humana. Entienden las cuestiones políticas y los principios de la teoría económica y conocen las bases de la organización social y las leyes de la psicología humana. En verdad, se supone que conocen todos los hechos generales que afectan la elección de los principios de justicia. No existen limitaciones a la información general, esto es, acerca de las teorías y leyes generales, ya que las concepciones de la justicia tienen que ajustarse a las características de los sistemas de cooperación social que han de regular, por lo que no hay razón para eliminar estos hechos⁷⁰.

De todo lo expuesto, creemos haber demostrado los supuestos que implica el término "ignorancia legis", inseparable del fenómeno de la "opacidad del Derecho", ambos vinculados con la certeza del Derecho.

3.3. Presentación o formulación en el sistema normativo jurídico

En el marco de los sistemas normativos, el Derecho, posee un tipo de orden sistemático; la sistematización u ordenación de las disposiciones jurídicas es tradicionalmente considerada como una tarea importante, que compete tanto al legislador como al científico. El Derecho en cuanto sistema de normas, debe adecuarse a ciertas pautas de racionalidad; la coherencia interna de las normas jurídicas, así como su compatibilidad mutua, son exigencias básicas del mismo. En

⁷⁰ Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, trad. de María Dolores González, México, Ed., FCE, 1997, p. 136.

tal sentido, Georges Kalinowski determina que el derecho positivo propiamente dicho es el resultado, no de una mera creación mental, sino de la percepción de la racionalidad de una conducta social, habida cuenta de ciertas circunstancias de tiempo, lugar e historia; es también conocer el constatar entre cuales y que reglas de conducta son necesarias, tarea que corresponde al legislador ante una urgencia social objetiva⁷¹.

La doctrina de la ignorancia legis es rica en su contenido, su análisis implica partir de premisas generales, teóricas e ideológicas, relacionadas con la creación del Derecho entendida como proceso de adopción de decisiones y como proceso racional. Empero, independientemente de cuál sean las variables, incluyendo en ellas: Las ficciones jurídicas; las razones y funcionamiento del orden jurídico; los obstáculos epistemológicos; los efectos ontológicos; las circunstancias que permiten desempeñar roles sociales, sin percibir enteramente el sentido de los mismos; el problema dogmático y de naturaleza teórica.

En el contexto del sistema normativo jurídico, el contenido de la mencionada doctrina depende de las consecuencias normativas de la base, se hace explícito el contenido del sistema y se ponen de manifiesto sus defectos jurídicos: lagunas, incoherencias y redundancias. Es inseparable de las tendencias surgidas de la técnica legislativa, que tradicionalmente se denomina casuismo, y el principio de economía. El jurista no crea la base; encuentra –una vez realizada la tarea de identificación- frente a una base dada. La primera etapa de su labor sistematizadora consiste en la derivación de las consecuencias. La segunda, en la reformulación de la base. Esta persigue la finalidad de eliminar ciertos defectos del sistema⁷², enunciado de los principios generales del Derecho.

Siguiendo el criterio de Carlos Alchourron y Eugenio Bulygin, el científico no puede por sí solo modificar el sistema impuesto por el legislador, razón por la cual no puede eliminar lagunas ni incoherencias, sólo puede formular propuestas para su

⁷¹ Massini, Carlos Ignacio, "Una contribución contemporánea a la filosofía de la ley: Las investigaciones de Georges Kalinowski", *Persona y Derecho, Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, Universidad de Navarra, Pamplona (España), 1986, Núm. 15, p. 217.

⁷² Cfr. Alchourrón, Carlos E., y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 2ª reimpresión, Buenos Aires (Argentina), Ed., Astrea, 1993, p. 126.

eliminación. En cambio, sí puede eliminar las redundancias y el casuismo; lo puede hacer reformulando la base del sistema. La reformulación⁷³ de la base de un sistema jurídico es una de las tareas más importantes de la ciencia dogmática del Derecho, puesto que ligada a la elaboración de las denominadas partes generales y de los principios generales del Derecho.

La redundancia y el casuismo afectan a la presentación o formulación del sistema normativo. Eduardo García Máynez, citando a Giorgio Del Vecchio y Nicolai Hartmann, afirma que:

Entre las múltiples doctrinas elaboradas por los juristas en torno al concepto principios generales del derecho, dos son las que cuentan con mayor número de partidarios. De acuerdo con la primera, tales principios son los mismos del llamado derecho natural, esto es, un conjunto de exigencias de índole axiológica que sirven de inspiración y base a las prescripciones de los ordenamientos positivos. Los defensores de la otra tesis, afirman que para llegar al conocimiento de aquellos principios hay que partir del estudio de las normas vigentes y desprender por inducción de tal examen las directrices axiológicas que orientaron la actividad legislativa, los que aceptan la otra doctrina declaran que los principios generales pueden ser objeto de una intuición inmediata, como la que nos permite captar un valor o cualquiera otra esencia⁷⁴.

Concluye que casi todas las doctrinas atribuyen a los principios generales, el carácter de pautas normativas, esto es, de patrones o directrices acerca de lo que jurídicamente debe ser. En parte de los sistemas jurídicos modernos se otorgan a esos principios la dignidad de criterios supremos para la integración de lagunas; es decir, en materia de fuentes del Derecho, resultan fuentes subsidiarias o fuentes indirectas. Partiendo del principio "lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido", en su carácter enunciativo y analítico, expresa solo identidad. Igualmente, existen conexiones esenciales de carácter formal⁷⁵ entre deber jurídico y derecho subjetivo, por una parte; lo jurídicamente permitido, prohibido, ordenado, y lo jurídicamente libre. Son conexiones de raíz ontológica (esencia de las cosas), resultando los principios ontológico-jurídicos que se refieren todos al plano de la conducta regulada por el Derecho, siendo el fundamento de los

⁷³ *Ibidem*, p. 127.

⁷⁴ García Máynez, Eduardo, *Ensayos Filosófico-Jurídicos (1934-1979)*, 2ª ed., México, Ed., UNAM, 1984, p. 161.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 162.

principios lógico-jurídicos, que se expresan en el plano de las normas reguladoras. Siguiendo el pensamiento de Eduardo García Máynez, uno de los principios supremos de la Ontología Formal del Derecho, es el principio ontológico-jurídico de contradicción, según el cual "si una conducta está jurídicamente regulada, no puede hallarse, al mismo tiempo, prohibida y permitida", por otro lado, el principio ontológico-jurídico de tercero excluido "si una conducta está jurídicamente regulada, sólo puede hallarse prohibida o permitida". Existen procederes jurídicamente obligatorios (acciones u omisiones) y jurídicamente libres (acciones u omisiones), esto es, las conductas jurídicamente obligatorias se encuentran necesariamente permitidas. Si no estuvieran jurídicamente permitidas, sólo podrían hallarse prohibidas, según el principio de tercero excluido; en tal hipótesis, estarían, a la vez, prohibidas y ordenadas, lo que implica contradicción: "Lo jurídicamente obligatorio está, por consiguiente, jurídicamente permitido". A este principio se le da el nombre de axioma ontológico-jurídico de inclusión⁷⁶.

En relación con esta cuestión, se presenta la oportunidad de citar, *verbigracia*, el caso en que los defectos de las disposiciones jurídicas provocan confusión legislativa, como la falta de definición en las fuentes formales, la regulación del sistema de fuente legal⁷⁷, o la indeterminación de competencia de la norma. Es decir, aspectos que muestran los elementos de la opacidad del Derecho, y en consecuencia, de la ignorancia legis.

⁷⁶ *Ibidem*, pp. 163-164.

⁷⁷ El artículo 18 del *Código Civil Federal*, *Diario Oficial de la Federación*, 26 de mayo de 1928, dice: "El silencio, obscuridad, o insuficiencia de la ley, no autoriza a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia", es el principio de la "plenitud hermética del Derecho", que tiene doble aplicación según se trate de juicios de orden criminal o de los demás, designados genéricamente como juicios de orden civil. En los primeros, la resolución debe ser "conforme a una ley exactamente aplicable al delito que se trata", en su defecto, se resuelve que no hay lugar a proceder contra el inculcado. En los demás, con relación al artículo 14 párrafo cuarto de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, "... La sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, a falta de ésta, se fundará en los principios generales del Derecho", disposición legal que coincide con el artículo 19 del *Código Civil Federal vigente*, que establece que "las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales de derecho". El Código Civil para el Distrito Federal vigente, coincide con los numerales y en el contenido del Código Civil Federal.

3.4. Etiología de la ignorancia legis

El legislador aprueba los textos de las leyes pero no ejerce un control sobre la ulterior publicación de los textos legislativos; el ejecutivo sanciona, promulga, y controla el sistema de publicación y publicidad de las disposiciones normativas, en una forma convencional ignorada de la multitud, y con la cual es imposible que lleguen a conocimiento de los obligados por ellas. Se tiene la referencia histórica que la ley había de promulgarse⁷⁸ por escrito, fundándose en la definición de ella dada por Platón, Aristóteles, Cicerón, San Isidoro, Santo Tomás, Kant, entre otros. Se exige implícitamente la aplicación del principio de que "a nadie aprovecha la ignorancia de las leyes", o de que "la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento".

Se cuestiona sobre la justicia del principio "ignorantia juris neminem excusat", en los siguientes argumentos:

- Son tantas las leyes, tan abultadas y dificultosas, que nadie podría saberlas todas;
- La presunta uniformidad del Derecho para todos; adoptándose el tipo superior e imponiéndose a todos uniformemente, sin excepción, el conocimiento perfecto del derecho positivo;
- La abundancia de legistas, que hacen la legislación tomándose a sí mismos como tipo, cortándola a su medida, no de aquellos a quienes obliga en consenso;
- El famoso sostén del orden social, ingrediente primario y supraconstitucional de toda organización humana;
- No obstante la generalidad del principio, se admite para la actuación de órganos –jueces- que toman decisiones, como operadores del Derecho, un género de ignorancia denominada excusable, que los exime de responsabilidad por las sentencias o providencias injustas que dicten⁷⁹.

⁷⁸ Conforme a los artículos 71 y 72 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el 3° y el 4° del Código Civil Federal vigente, las etapas del proceso legislativo son las siguientes: Iniciativa, discusión, aprobación, sanción, promulgación, publicación e iniciación de la vigencia.

⁷⁹ "Las decisiones jurídicas –especialmente cuando se trata de las adoptadas por los órganos de última instancia- no son importantes sólo por la forma en que resuelven un determinado caso, sino, sobre todo, por el criterio en que se basan para resolverlo (...), lo más relevante (...) es su ratio

Algunas de las notas sobre la *ignorancia legis* implican pensar en el remedio, en alternativas de solución dinámicas, se han propuesto algunas, pero al parecer estas no han sido eficientes, al decir de Joaquín Costa:

Ni el sistema de Livingston y otros, que abogan por que se introduzca la enseñanza del derecho en las escuelas; ni el de Menger, según el cual se impondría al Juez la obligación de instruir gratuitamente a todo ciudadano, con especialidad a los indigentes, cuando la necesidad lo exigiera, a cerca de las disposiciones legales propias de cada caso; ni el de Luzzato, que hace a los periódicos, y a los maestros, órganos o instrumentos auxiliares del legislador, obligando a los primeros a publicar diariamente extractos de las leyes promulgadas, y a los segundos a explicar esas mismas leyes a los analfabetos en conferencias públicas; ni el de Roland, idéntico en el fondo al que ideó la Asamblea Constituyente francesa, en cuya conformidad las leyes se mandarían impresas a todos los municipios, con obligación de dar lectura de ellas⁸⁰.

Por lo que toca a la determinación de las causas de la *ignorancia legis*, es preciso aclarar que no se trata de la aplicación de los principios, heredados de los antiguos romanistas: Primero, "nemi licet ignorare jus" (a nadie le es permitido ignorar las leyes); segundo, "nemo jus ignorare censetur; ignorantia legis neminen excusat" (en consecuencia, se presume que todo el mundo las conoce; por lo cual, aunque resulte que uno las ignoraba, le obligan lo mismo que si las hubiese conocido), en el aspecto formal; es decir, a la publicación de las normas por el acto promulgatorio del poder ejecutivo, y la publicidad que presupone la publicación de la norma, sino al sentido material, que en el Estado de Derecho se realiza en el cumplimiento efectivo de un ordenamiento jurídico legítimo que a todos vincula.

El problema se resolverá mediante el análisis de los niveles del lenguaje, concretamente, en el plano de la sintaxis y de la pragmática; asimismo, en la investigación filosófica del lenguaje de los juristas, concretamente, en la teoría del Derecho y en la teoría de la Decisión jurídica. Por consiguiente, la experiencia jurídica implica aprehender los rasgos característicos y considerar la posición

decidendi, esto es, la doctrina sentada (...). Dado el carácter institucional de la decisión, habrá que ver si la misma puede integrarse coherentemente en el ordenamiento jurídico o sí, por el contrario, erosiona instituciones importantes del mismo". Véase Aienza, Manuel, *Tras la Justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, 2ª. reimpresión, Barcelona (España), Ed., Ariel, 1995, pp. 52-53.

⁸⁰ Cfr. Dorado Montero, Pedro, "Sobre la ignorancia de la ley penal", *Problemas de Derecho Penal*, Madrid (España), 1895, p. 408, citado por Costa, Joaquín, *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre*, op. cit., nota 67, pp. 25-26.

metódica del Derecho, como un sistema de normas, o reglas de conducta. Partimos, por tanto, de una afirmación general de este tipo: la experiencia jurídica es una experiencia normativa.

La mayor parte de estas normas jurídicas se han vuelto tan comunes y ordinarias que ya no nos damos cuenta de su presencia. Uno de los primeros resultados del estudio del Derecho es volvernos conscientes de la importancia de lo normativo en nuestra existencia individual y social. La historia puede ser imaginada como un gran torrente encauzado: el cauce está determinado por normas de conducta, religiosas, morales, jurídicas, sociales, que han contenido la corriente de las pasiones, de los intereses, de los instintos dentro de ciertos límites, y que han permitido la formación de aquella sociedad estable, con sus instituciones y ordenamientos, que llamamos civilización. Indudablemente, hay una perspectiva normativa en el estudio y en la comprensión de la historia humana; según la cual las civilizaciones se caracterizan por los ordenamientos de reglas dentro de los cuales se desarrolla el comportamiento humano que la hace. Las normas jurídicas representan sólo una parte de la experiencia normativa. Además de las normas jurídicas, hay preceptos religiosos, reglas morales, sociales, de costumbre, reglas de aquella ética menor que es la etiqueta, reglas de buena educación.

Todo individuo pertenece a diversos grupos sociales: la Iglesia, el Estado, la familia, las asociaciones que tienen fines económicos, culturales, políticos o simplemente recreativos; cada una de estas asociaciones se constituye, o, se desarrolla a través de un conjunto ordenado de reglas de conducta.

Todas estas reglas son muy diversas por los fines que persiguen, por el contenido, por el tipo de obligación que hacen surgir, por el ámbito de su validez, por los sujetos a quienes están dirigidas. Pero todas ellas tienen un elemento común característico que consiste en ser proposiciones que tienen como fin influir en el comportamiento de los individuos y de los grupos, de dirigir la acción de aquellos y de éstos hacia ciertos objetivos antes que a otros. Según la afirmación de que "la legalidad engendra seguridad: el Derecho establece y delimita el campo dentro del cual, en una determinada sociedad, los ciudadanos pueden sentirse seguros, sabiendo

con certeza a qué atenerse en relación con sus derechos y deberes⁸¹, entonces, *contrario sensu* algunas fuentes institucionalizadas de *ignorancia legis*, son:

1. La arbitrariedad y la ilegalidad en los actos del poder público: el Estado, olvida, menosprecia e incumple la ley;
2. La variedad y multiplicidad de disposiciones normativas;
3. El desconocimiento por los órganos de creación del Derecho del método lógico-lingüístico para determinar la tipología de las normas jurídicas;
4. Carencia del análisis formal de las reglas jurídicas y del sistema que conduce al desconocimiento de los conceptos jurídicos fundamentales;
5. Los actos de derogación y de promulgación de normas son los responsables del carácter dinámico del ordenamiento jurídico⁸²;
6. El desorden multiforme y dispar de los preceptos jurídicos, por la pretendida intención del legislador de la impositividad inexorable⁸³;
7. La objetiva incertidumbre que afecta a cualquier enunciado normativo, en su dimensión semántica, de donde se deriva lógicamente la dificultad objetiva, de determinar los efectos⁸⁴.

La determinación etiológica exige unidad de análisis desde diversas perspectivas: técnica (funcionamiento); jurídica (configuración del ordenamiento); y político (al ser una la voluntad de la que surge). Considerando el argumento técnico, el ordenamiento jurídico adquiere sus caracteres de estructura a través del sistema de fuentes⁸⁵.

⁸¹ Véase Díaz, Elías, *Sociología y Filosofía del Derecho*, 2ª ed., Madrid (España), Ed., Taurus, 1992, p. 44.

⁸² "Un ordenamiento jurídico rara vez, por no decir nunca, es un sistema estático, sino que es un juego de sub-sistemas cambiantes en el tiempo. El estudio conceptual de cada cambio requiere como instrumento una combinación de lógica deóntica y de la llamada lógica temporal (*tense-logic*) o estudio lógico de las relaciones temporales. Además de la dimensión temporal para distinguir sub-sistemas de un ordenamiento jurídico, hay también una dimensión vertical de mayor a menor subsistemas. Un ordenamiento jurídico, tal como se ha hecho notar a menudo, es una jerarquía de normas. Este hecho genera bastantes problemas". Cfr. Von Wright, Georg Henrik, "Problemas abiertos en la filosofía del Derecho", trad. de Josep Aguiló Regla, *DOXA, Instituto Juan Gil-Albert, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante*, Madrid (España), 1984, p. 266.

⁸³ Cfr. García Máynez, Eduardo, *Ensayos Filosófico-Jurídicos (1934-1979)*, *op. cit.*, nota 74, p. 99.

⁸⁴ Cfr. Ferrari, Vincenzo, *Acción Jurídica y Sistema Normativo. Introducción a la Sociología del Derecho*, trad. de Andrea Greppi, Madrid (España), Ed. Dykinson, 2000, p. 287.

⁸⁵ Cfr. Cabo Martín, Carlos de, *Sobre el concepto de ley*, *op. cit.*, nota 28, pp. 20 y 57.

Las fuentes determinadas provocan el problema de desconocimiento de las normas jurídicas por parte de los operadores jurídicos y los destinatarios, cualitativa y cuantitativamente. Congruente con los supuestos mencionados se deducen otras, entre ellas: la abundancia de leyes, el lenguaje y los códigos jurídicos⁸⁶, el deficitario estado cultural, la diferencia entre ordenamiento y sistema, la distribución social del conocimiento jurídico, la variedad y fluidez de las normas consuetudinarias⁸⁷.

3.5. Conceptos dialectizados en la síntesis del fenómeno

El fenómeno de la opacidad e ignorancia del Derecho no se presenta aislado ni teórica ni pragmáticamente, se trata de un ámbito que no ha preocupado excesivamente a los juristas; empero, notoriamente, en las figuras institucionales mencionadas al analizar el fenómeno, denotan otros conceptos fundamentales al ordenamiento jurídico, cabe la afirmación de Carlos María Cárcova, quien expone que "son formas distintas de este fenómeno que venimos llamando no comprensión o efecto de desconocimiento u opacidad del derecho, que obedece a múltiples y heterogéneas razones y que se manifiesta de diversa manera según las características de cada formación histórico-social y, obviamente, de las condiciones concretas, sociales y personales, de cada individuo o conjunto de individuos"⁸⁸.

En este contexto, dos son los conceptos que por inferencia lógica creemos están implicados: la seguridad jurídica y la certeza del Derecho. Ambos, desde luego, en conexión con los conceptos de Derecho y Justicia⁸⁹.

⁸⁶ "El Derecho del Estado abarca nuevas relaciones e intereses. Crece la producción de normas, que encuentran su lugar en el exterior del Código civil; el particular consume normas donde antes ejercitaba su libre voluntad. El Derecho del Estado se expande, en general, con la producción de normas especiales, que sustraen al Código civil enteras clases de relaciones o recogen en textos orgánicos disciplinas fragmentarias y dispersas. De aquí la distinción entre normas descodificadoras y normas consolidadoras. El proceso de descodificación marca un consumo siempre más amplio de normas especiales". Irti, Natalino, *La edad de la descodificación*, trad. de Luis Rojo Ajuria, Barcelona (España), Ed., José María Bosch, 1992, p. 55.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 79.

⁸⁸ Cárcova, Carlos María, *La opacidad del derecho*, *op. cit.*, nota 21, p. 21.

⁸⁹ "En toda sociedad hay dos órdenes de aspiraciones permanentes (certeza y justicia), las cuales, sólo a costa de muchos esfuerzos y sacrificios se concilian en un estado que se podría llamar de equilibrio inestable, por ser siempre una conjugación de estabilidad y movimiento. En la experiencia jurídica esa tensión se refleja con toda su fuerza, dado el contraste del problematismo de la libertad y de la justicia con las exigencias ordenadoras de la certeza". Véase Recaséns Siches, Luis,

La seguridad jurídica es un criterio que se relaciona, más que con el aspecto racional y ético, con su aspecto técnico, positivo, sociológico. Para algunos filósofos del Derecho "en su sentido más general –expresa Delos-, la seguridad es la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que, si éstos llegan a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación"⁹⁰. Según el criterio de Rafael Preciado Hernández, la seguridad se identifica con la existencia de un ordenamiento jurídico eficaz, está ligada a un hecho de organización social⁹¹. Diversos discernimientos se han expresado, el maestro Manuel Ruiz Daza, al dar la definición descriptiva de la seguridad jurídica concluye que:

Sin duda la seguridad jurídica es otro de los valores que persigue toda sociedad humana. Si el valor supremo del Derecho es la realización de la justicia, el Derecho debe previamente crear un orden **cierto** y de cumplimiento **seguro** (...). La seguridad jurídica es, pues, uno de los valores que importan al Derecho. Indudablemente que hay una serie numerosa de valores que postulan y fundan un **deber** ser para el Derecho, como la dignidad ética de la persona individual, la libertad, la paridad, la paz social, y los valores de carácter económico, científico, técnico, pedagógico, estético, etc., pero no es el caso referirse a todos estos valores discretos (...). La seguridad jurídica de que hago mención es aquella que reclama "la vigencia del derecho positivo"⁹².

La seguridad jurídica en sus diversas connotaciones, es un término, un concepto que ha intentando comprenderse, pero se ha confundido, la sinonimia, no es la excepción. Rafael Preciado Hernández, menciona que por seguridad jurídica⁹³ se ha entendido también el conocimiento que tienen las personas respecto de aquello que pueden hacer, exigir, o que están obligadas a evitar o no impedir; es decir, del conocimiento que tienen aquellas de las libertades, derechos y obligaciones que les garantiza e impone el derecho positivo, de ahí que se diga es "un saber a qué atenerse", pero quienes entienden esto, confunden indudablemente

Experiencia Jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica "razonable", México, Ed., FCE-UNAM, 1971, p. 97.

⁹⁰ Le Fur, Delos, Radbruch, Carlyle, *Los fines del Derecho "Bien Común, Justicia, Seguridad"*, trad. de Daniel Kuri Breña, México, Ed., Jus, 1944, en la 3ª ed., a cargo de la UNAM, p. 47, citados por Rafael Preciado Hernández, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, México, op. cit., nota 66, p. 225.

⁹¹ Cfr. Preciado Hernández, Rafael, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, op. cit., nota 66, p. 225.

⁹² Ruiz Daza, Manuel, *Los valores jurídicos en la metafísica del valor*, Tesis doctoral, Facultad de Derecho de la UNAM, División de Estudios de Posgrado, México, 1967, p. 201.

⁹³ Preciado Hernández, Rafael, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, op. cit., nota 66, p. 226.

la seguridad con la certeza del Derecho. Así, la seguridad jurídica⁹⁴ no es otra cosa, que la justicia garantizada, reconocimiento de los derechos con la garantía efectiva de que esta situación no será modificada sino por procedimientos legales y para engendrar, en último caso, derechos equivalentes. Debe evitarse la confusión conceptual entre seguridad jurídica y certeza del Derecho; la certeza indica el saber a qué atenerse o el conocimiento que se tiene del ordenamiento legal positivo⁹⁵, es un dato subjetivo; la seguridad jurídica, es objetiva, en ella están implicadas tres nociones⁹⁶: la de orden, la de eficacia y la de justicia.

Al reflexionar y analizar la cuestión Elías Díaz⁹⁷, concede el atributo de valor a la seguridad jurídica; asimismo, la considera como sistema, no es menos cierto que los criterios ya analizados; normas e instituciones, no sólo jurídicas, expresan y constituyen sistemas de seguridad. Así, norma e institución jurídica (complejo de normas) son los componentes del total sistema jurídico. El Derecho en cuanto sistema normativo se manifiesta como sistema de seguridad, cumple una primaria función de información; con el Derecho sabe uno, más o menos, a qué atenerse; qué se puede y qué no se puede hacer legal o impunemente. Cabe señalar con relación a esto, una doble mínima tarea de la ciencia jurídica: Primero, perfeccionar al máximo esa información con una suficiente difusión que reduzca al mínimo la ignorancia del Derecho; segundo, incrementar las posibilidades para una mayor comprensión del mismo, con un aumento de la formación jurídica general, haciéndolo a su vez más asequible para todos⁹⁸.

⁹⁴ Véase Ruiz Daza, Manuel, *Los valores jurídicos en la metafísica del valor*, op. cit., nota 92, p. 202.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 207.

⁹⁶ Cfr. Preciado Hernández, Rafael, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, op. cit., nota 66, p. 227.

⁹⁷ "En alguna obra posterior, Enrique Tierno Galván, ha matizado más estos conceptos: el sistema de seguridad aparece como el conjunto definido de respuestas que contribuyen a la homeóstasis social con el carácter de conceptos previos; él mismo define, páginas antes, la homeóstasis como el resultado de una relación permanente entre mutabilidad y estabilidad, ya que dice, la noción de conflicto no tendría sentido sin la noción de ajustamiento. En ese contexto, la norma es una respuesta que regula o tiende a regular la homeóstasis de un conflicto. Si esa regulación es sistemática, segura y reiterable, disponemos de una institución". Díaz, Elías, *Sociología y Filosofía del Derecho*, op. cit., nota 81, p. 42.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 43.

El maestro Ignacio Burgoa Orihuela, menciona que dentro de un régimen jurídico⁹⁹, esto es, de un sistema en que impere el Derecho, bien bajo un carácter normativo legal o bajo un aspecto consuetudinario, esa afectación de diferente índole, de múltiples y variadas consecuencias que opera en el estatus de cada gobernado, debe obedecer a determinados principios previos, llenar ciertos requisitos. En síntesis, debe estar sometida a un conjunto de modalidades jurídicas, sin cuya observancia no sería válida desde el punto de vista del Derecho. Al definir las garantías de seguridad jurídica, en el marco de un sistema normativo, indica que:

Estas implican, en consecuencia, el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, integrada por el *summum* de sus derechos subjetivos. Por ende, un acto de autoridad que afecte el ámbito jurídico particular de un individuo como gobernado, sin observar dichos requisitos, condiciones, elementos o circunstancias previos, no será válido a la luz del Derecho. La seguridad jurídica *in genere*, al conceptuarse como el contenido de varias garantías individuales consagradas por la Ley Fundamental, se manifiesta como la sustancia de diversos derechos subjetivos públicos individuales del gobernado oponibles y exigibles al Estado y a sus autoridades, quienes tienen la obligación de acatarlos u observarlos¹⁰⁰.

En el contexto expuesto, Natalino Irti considera que la seguridad¹⁰¹ proviene de la estabilidad, uniformidad y organicidad de la regulación. Se trata, por el momento de determinar la conexión e interrelaciones opacidad-seguridad-certeza. La certeza¹⁰², en palabras de Rafael de Asís Roig, dentro de la seguridad material, significa no sólo que la norma o el cambio sea predecible, sino que incorpore un más amplio contenido de libertad, de protección judicial y social. Seguridad y justicia no serían ya presentados como tradicionalmente se ha hecho, esto es, como valores antitéticos, sino que podrían establecerse situaciones en la que la justicia prevalezca a través de la seguridad.

La vertiente material de la seguridad se origina en el Estado liberal, pero se confirma y adquiere sentido pleno en el Estado social, con la aparición de la

⁹⁹ Véase Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, 24ª ed., México, Ed., Porrúa, 1992, p. 504.

¹⁰⁰ *Loc. cit.*

¹⁰¹ Cfr. Irti, Natalino, *La edad de la descodificación*, *op. cit.*, nota 86, p. 79.

¹⁰² Cfr. Asís Roig, Rafael de, *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Madrid (España), Ed., Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 292.

dimensión social de la seguridad, fundamentación teórica del deber ser no precisamente con la realidad del ser. Por consiguiente, el principio de seguridad dada su correlación con la realización efectiva de los demás principios. La seguridad jurídica, podría ser la suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad, sin perjuicio del valor que por sí mismo tiene. Además, responde a la necesidad de conocer las consecuencias jurídicas de los actos y guarda estrecha relación con la necesidad de interpretar el ordenamiento jurídico desde el texto constitucional, pero, requiere de cierto equilibrio, de tal forma que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad. La seguridad jurídica puede ser expresada en una triple dimensión: primera, como conocimiento y certeza del Derecho positivo; segunda, como confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas y en el orden jurídico en general en cuanto garantes de la paz social; tercera, como previsibilidad de las consecuencias jurídicas derivadas de las propias acciones o de las conductas de terceros. Asimismo, al tiempo expresa una triple conexión sin perjuicio de otras posibles sistematizaciones congruentes.

En primer término, en conexión con la certeza¹⁰³ consustancial al principio de publicidad de las normas¹⁰⁴ y con el principio *pro actione*, en este sentido, la seguridad jurídica, conduce a la motivación de las resoluciones jurisdiccionales como fuente delimitadora del contenido esencial del Derecho indeterminado a un proceso dentro de un plazo razonable. En segundo término, en conexión con la certeza

¹⁰³ "Por certeza del Derecho se entiende por lo general la determinación, de una vez para siempre, de los efectos que el ordenamiento jurídico atribuye a un cierto tipo de acto o hecho, de modo que el ciudadano esté en condiciones de saber de antemano las consecuencias de sus acciones y de conducirse conscientemente de conformidad con las normas establecidas. No es difícil comprender qué aspiración humana satisface este procedimiento jurídico: por resumir se puede aludir al deseo de seguridad y estabilidad". Bobbio, Norberto, *Contribución a la teoría del Derecho*, trad. de Alfonso Ruiz Miguel, Madrid (España), Ed., Debate, 1993, p. 292.

¹⁰⁴ La publicidad de las normas requiere que los ciudadanos posean una razonable convicción a cerca de la correcta interpretación y aplicación de la legalidad, a efecto de ajustar a ella su comportamiento, sin verse obligados a deducirla de una simple, difícil, y muchas veces infructuosa reinterpretación de una línea jurisprudencial cambiante. Véase, en este sentido, Laveaga, Gerardo, *La cultura de la legalidad*, México, Ed., UNAM, 2000.

inherente al principio de interdicción de la arbitrariedad¹⁰⁵, por un lado, con la igualdad; y finalmente, por otro, con la motivación de las sentencias.

En el apartado siguiente se analizarán y describirán los paradigmas en el Estado de Derecho.

¹⁰⁵ Los argumentos para demostrar el significado del concepto de ilegalidad, en la apreciación que el legislador y el ciudadano asumen, se puede desglosar, a partir del análisis semántico, que conlleva al sinónimo de arbitrariedad, siguiendo a Dolores González "la legalidad es la situación contraria a la arbitrariedad, entendida aquí como existencia de lagunas en el sistema jurídico (ausencia de regulación para cierta conducta) y no como utilización inadecuada de la discrecionalidad. Legalidad significa, por tanto, existencia y vigencia de un sistema jurídico compuesto de normas válidas, entendiendo por validez normativa la validez formal, y no la justicia de contenido; es decir, el cumplimiento de los requisitos procedimentales previstos en la elaboración de una norma. Las preguntas a plantear en este momento son: ¿existen normas que sin pertenecer al sistema jurídico lo afectan decisivamente? y ¿existen normas que no regulan conductas?". Cfr. González Soler, María Dolores, "Coherencia lógica y lenguaje jurídico: Una aproximación al concepto ilegalidad", *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense*, Madrid (España), 1991, Núm. 78, curso 1990-1991, p. 151.

CAPÍTULO CUARTO

PARADIGMAS EN EL ESTADO DE DERECHO

SUMARIO: 4.1. Introducción. 4.2. El término, el concepto y los límites de una definición del Derecho. 4.3. Elementos del Estado de Derecho. 4.4. La tesis del Estado social. 4.5. La transformación en la concepción de la ley. 4.6. La complejidad del ordenamiento jurídico.

4.1. Introducción

La configuración del Derecho no está exenta de transformación, destrucción, decadencia y degeneración, pero tampoco de reconstrucción. En el plano pragmático. El Derecho se ha supeditado a la forma de estructuración del poder estatal, conceptualizado y determinado su función (intencionalidad). La expresión Estado de Derecho es un tanto ambigua y vaga, misma que ha sido analizada por la teoría política contemporánea. En su significación histórica, los términos "Estado de Derecho" tienen su origen en la enumeración efectuada por Robert von Mohl en su Ciencia Política, de cinco formas de Estado; Teocracia, despotismo, Estado patrimonial, Estado patriarcal, y Estado de Derecho, denominación connotativa del sentido de estructuración jurídica, en Mayer y Laband, entendido como un Estado que se subordina al Derecho. Se asocia el término con el orden jurídico calificando su existencia si los Estados aparentemente lo tienen. Éste concepto de Estado jurídico, sometido a las normas jurídicas, es equivalente a la noción de Estado constitucional, donde los ámbitos de actividad del Estado y de los individuos se encuentran jurídicamente determinados, y se asegura la libertad del individuo al mismo tiempo de la actividad de los órganos del Estado.

Existen factores que contribuyen a la destrucción, o, a la degeneración del Estado de Derecho: Primero, la dinámica de los cambios sociales mediante el

incremento de la pluralidad en los ámbitos sociales; segundo, la adopción de nuevos textos constitucionales como consecuencia de las transformaciones político-sociales; tercero, como consecuencia a los anteriores, paralelamente, los cambios jurídicos. La existencia contingente de los elementos del concepto de Derecho, los niveles de reacción del mismo y los mecanismos de transformación de las normas jurídicas, permiten afirmar que sea cual sea la idea de Derecho que se tenga, ella no puede llevar, si no es bajo el peligro de incurrir en el absurdo, a una separación total entre Derecho y sociedad que sería como olvidarse del objeto mismo del Derecho. En este sentido, Edith Stein, siguiendo el pensamiento de Sócrates, despliega los rasgos ontológicos (acto, potencia y esencia), de los objetos reales, al decir que tienen una estructura mucho más complicada y mucho más profunda, afirma que:

El acto es una conducta viva del hombre, el conjunto de sus acciones. La potencia es la posibilidad de una conducta viva correspondiente: es preliminar en relación con éstas, es un poder-ser; por otra parte es también su fundamento, y se distingue por una gran estabilidad (esto no significa mantenerse en el tiempo, sino, ser conservado, con género especial) frente a la fugacidad de la conducta que cambia; es una cosa que yace bajo la superficie. Los poderes o las capacidades son los rasgos esenciales por los que se despliega la esencia. Se abre haciendo pasar la potencia al acto. La esencia es la cosa más profunda de la figura entera, es el fondo, pero no un fondo fijo en la profundidad y como separado de la conducta viva por las potencias que formarían una especie de tabique; al contrario, es un fondo que va hasta la superficie: es una raíz que sube y se levanta como un tronco para desplegarse hasta las ramificaciones más finas. Y así la conducta viva no es únicamente una sola superficie, sino que está enraizada en la profundidad de la esencia¹⁰⁶.

Se suscita, entonces, una cuestión por elucidar: la aplicación de un sistema filosófico-jurídico a la comprensión del Derecho. Ante esta perspectiva resultan pertinentes algunos criterios según se funden en elementos formales, o bien, en elementos esenciales.

¹⁰⁶ Stein, Edith, *Ser Finito y Ser Eterno. Ensayo de una ascensión al sentido del Ser*, México, Ed., FCE, 1996, pp. 175-176.

4.2. El término, el concepto y los límites de una definición del Derecho

Existen consideraciones de tipo filosófico que declaran la conceptualización del Derecho; de tipo pragmáticas, que también lo fundamentan. Lógicamente que orientados a nuestro propósito, para que sea dable y posible, es necesario establecer y abreviar los elementos conceptuales que la doctrina jurídica propone.

El Derecho es un fenómeno complejo; lo jurídico no se agota en una realidad simple e individual, sino que, al contrario, abarca una serie de realidades distintas y diferenciadas. El término Derecho no puede utilizarse en forma unívoca, no designa entidades sustancialmente idénticas y con un mismo sentido. Al contrario, designa realidades distintas y desiguales: a las leyes, a los derechos y obligaciones, a las resoluciones judiciales, a las actuaciones del poder público; todas ellas son, en algún sentido, realidades del mismo; conviene estudiar al Derecho desde tres perspectivas: lógica, fenomenológica y deontológica, indica Rafael Preciado Hernández¹⁰⁷, el término Derecho denota la atribución analógica; es decir, partiendo de la naturaleza del fenómeno jurídico, múltiple y complejo, determina el género en la pluralidad de realidades a que de hecho se aplica. Importantes pensadores han reconocido tal característica al Derecho, es un término análogo, porque "se aplica a varios objetos de una manera que no es del todo idéntica ni del todo diferente", el Derecho no tiene una realidad sustancial, con ser en sí mismo, tal como es una realidad el hombre, sino una realidad accidental, de orden, formada por la particular relación que vincula a sus diferentes elementos que lo componen; lo jurídico constituye un todo en la medida en que sus elementos se vinculan por una relación ordenada; en cuanto existe entre ley, acción, facultad, conocimiento, un vínculo único que justifica la atribución a esas realidades del término Derecho.

El problema no es la aceptación del carácter analógico¹⁰⁸ del Derecho, sino el determinar cual acepción es la propia y formal, que actualice algunas de sus realidades analógicas.

¹⁰⁷ Cfr. Preciado Hernández, Rafael, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, op. cit., nota 66, p. 37.

¹⁰⁸ "La concepción institucional del Derecho, se encuentra en sus lineamientos y conclusiones fundamentales en el pensamiento jurídico tradicional contenido en la filosofía aristotélico-tomista; pero su nuevo planteamiento y desarrollo actual se deben principalmente a Hauriou y Renard (...). De acuerdo con el pensamiento de Renard, la concepción institucional del derecho –implica una triple

La solución podría darse en el plano pragmático, lo que significa que el Derecho pertenece al orden del obrar humano encaminado a la perfección del hombre, el cual consiste esencialmente, en una ordenación del obrar social de la persona para el logro del bien común¹⁰⁹, para Carlos Ignacio Massini lo que interesa fundamentalmente al Derecho "es lograr que la convivencia, con su materia de múltiples acciones humanas, se encamine efectivamente al bien comunitario a través de la justicia"¹¹⁰.

Hasta aquí, tenemos que las realidades a las que nos referimos: ley, facultad jurídica, sentencia, conocimiento, reciben tal denominación en virtud de la causa que guardan con esta obra justa. Para la filosofía realista "el derecho es, primordial y principalmente, obrar humano social rectificado por la justicia y las leyes, facultades, decisiones o saberes que con él se vinculan, merecen esa denominación a causa de su intrínseca vinculación con esa realidad primaria"¹¹¹.

Habiendo ya delimitado el término de Derecho ¿en qué consiste el Derecho?. Desde luego, conceptuar el Derecho, no es más que calificar el primer analogado al que nos hemos referido. El carácter mismo del Derecho¹¹² ha sido analizado en las diversas y complejas doctrinas del Derecho, a las que denomino posturas metodológicas del Derecho, tales como las situadas en el iusnaturalismo, en el iuspositivismo (formalista o cualquier otra especie), y en el realismo jurídico. Las

verdad jurídica: 1ª) el fundamento de la seguridad de la vida humana se encuentra en la primacía de la justicia, encarnada en las leyes positivas; 2ª) el orden jurídico se halla en la base del poder; y 3ª) la diferenciación o concepción analógica del orden jurídico". *Ibidem*, p. 145.

¹⁰⁹ Cfr. Fernández Sabate, Edgardo, *Los grados del saber jurídico*, p. 18, citado por Massini, Carlos Ignacio, *Sobre el Realismo Jurídico, el concepto de Derecho, su fundamento, su concreción judicial*, prologado por German J. Bidart Campos, Buenos Aires (Argentina), Ed. Abeledo-Perrot, 1978, pp. 15-16.

¹¹⁰ Véase Massini, Carlos Ignacio, *Sobre el Realismo Jurídico, el concepto de Derecho, su fundamento, su concreción judicial*, *op. cit.*, nota 109, p. 18.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 21.

¹¹² "La ciencia del Derecho no estriba meramente en conocer casos concretos, sino en saber los principios jurídicos conforme a los cuales se deben analizar y resolver. Tampoco el solo conocimiento de la ley positiva comprende ni agota dicha ciencia. La sabiduría del Derecho no se constriñe al conocimiento de los ordenamientos legales positivos, que son, han sido y serán únicamente su expresión normativa. El "homo iuridicus" sería un simple legista si sus conocimientos sólo se contrajeran a la ley escrita, aunque fuese un gran exegeta de la misma. Saber lo que prescribe un texto legal con desconocimiento de su antecedencia histórica y de los principios filosóficos, sociológicos, políticos, culturales, morales o económicos que hayan influido en su contenido normativo, no integra la ciencia del Derecho sino una simple praxis jurídica sin ningún sostén eidético". Burgoa Orihuela, Ignacio, *El Jurista y el Simulador del Derecho*, 9ª ed., México, Ed., Porrúa, 1999, p. 28.

posiciones metodológicas¹¹³ establecen los límites de sus elementos constitutivos, determinando sus causas, fines, medios e interrelaciones.

Siguiendo el pensamiento del maestro Ignacio Burgoa Orihuela "la deontología de todo orden jurídico, la cual consiste, según dijimos, en armonizar, en conjugar o hacer compatibles las diferentes tendencias del derecho positivo"¹¹⁴. Asimismo, para Luis Recaséns Siches, el concepto de Derecho se orienta por la idea del Derecho, lo que significa que la segunda precede lógicamente al primero¹¹⁵; el Derecho, por tanto debe ser: positivo, esto es, tener una realidad en forma de ley o de costumbre; normativo "en cuanto materialización de la idea del Derecho, debe elevarse valorativa e imperativamente sobre el resto de la realidad"; debe ser social, porque trata de realizar la justicia que regula la convivencia humana y, por último, debe tener carácter general. Esto, con base en la justicia a que aspira, pues debe establecer la igualdad para todos, según propone el maestro Manuel Ruiz Daza¹¹⁶.

Congruente con la necesidad ineludible del conocimiento jurídico, tiene vigencia, el concepto de Derecho, dado por Ernst Rudolf Bierling, para quien "Derecho, en el sentido jurídico; es todo lo que los hombres, que conviven en cualquier comunidad, reconocen mutuamente como norma y regla de esa convivencia"¹¹⁷. Los conceptos esenciales de este concepto de Derecho son la norma y el reconocimiento mutuo. En este sentido, toda norma¹¹⁸ es expresión de un querer que espera ser realizado por otros; el reconocimiento, significa "un comportamiento duradero, respeto habitual de ciertas normas"¹¹⁹. Como se observa, Bierling reduce la concepción del Derecho a fenómenos o hechos psíquicos; es decir, propone una teoría psicológica del Derecho. Empero, no se queda sólo en la

¹¹³ "La metodología de cada ciencia es ante todo, en primer lugar, la reflexión de esta ciencia sobre su propio proceder, sobre los modos de pensamiento y medios de conocimiento de que se sirve. Toda ciencia desarrolla tales modos de pensamiento y, además de ello, determinados procedimientos para cerciorarse de su materia y para verificar sus enunciados". Larenz, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. de Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona (España), Ed., Ariel, 1994, p. 236.

¹¹⁴ Cfr. Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, op. cit., nota 99, p. 53.

¹¹⁵ Cfr. Recaséns Siches, Luis, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, p. 47, citado por Ruiz Daza, Manuel, *Los valores jurídicos en la metafísica del valor*, op. cit., nota 92, p. 122.

¹¹⁶ *Loc. cit.*

¹¹⁷ Véase Larenz, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., nota 113, p. 60.

¹¹⁸ "Las normas se dan con la indudable intención de ser comprendidas y observadas por aquellos a quienes se dirigen, precisamente tal como realmente fueron pensadas y queridas por los órganos que establecen las normas". *Ibidem*, p. 63.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 61.

consideración psicológica, admite un reconocimiento indirecto como fundamento de validez de una norma jurídica, concibe tal reconocimiento como la consecuencia lógica absolutamente necesaria de otro reconocimiento, que, por supuesto será un reconocimiento directo de las normas jurídicas. En esta circunstancia, no obstante, no puede prescindir del concepto de deber ser, pero no recurre a un deber ser ético, sino a un deber ser lógico. Habiendo delimitado su propósito, se entiende que, la norma jurídica es inherente a nuestro espíritu, de modo que puede reaparecer en nuestra conciencia, no sólo al evocarla expresamente, sino también involuntariamente según las leyes de la asociación de ideas, y puede hacer actuar su fuerza motriz hasta que sea desplazada por una norma contraria o desaparezca totalmente del espíritu. Expresada la connotación anterior en que está empleado el concepto de Derecho de Bierling; consiguientemente, Ihering al comenzar el programa hacia una jurisprudencia "pragmática", afirma que: "Las últimas fuentes de los conceptos jurídicos romanos tienen que ser buscados en motivos psicológicos y prácticos, éticos e históricos, e incluso la dialéctica jurídica habrá de desvelar las consecuencias de los conceptos y principios dados, se ha dejado guiar esencialmente por la convivencia práctica del resultado"¹²⁰, define al Derecho como "la norma coactiva estatal al servicio de un fin social"¹²¹.

Ahora bien, la reducción de Ihering, ha sido susceptible de diversas críticas; empero, lo que aquí interesa, es la relativización total que hace de las pautas del Derecho. Así, las normas jurídicas son "imperativos sociales que tienen como fin la subsistencia y prosperidad de la sociedad"¹²²; es decir, mediante el utilitarismo social, el Derecho resulta ser un juguete de los intereses en cada caso predominantemente en la sociedad¹²³.

Por su parte, Giorgio Del Vecchio, define al Derecho, "como la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que

¹²⁰ "Ihering no previó que, al final de la total desetización del Derecho, la ley habría de quedar como mero instrumento de la política del Poder y el jurista como técnico del ejercicio del Poder". *Ibidem*, p. 70, nota 25 *in fine*.

¹²¹ Cfr. Ihering, Rudolf von, *Espíritu del Derecho Romano*, p. 315, citado por Larenz, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, *op. cit.*, nota 113, p. 67.

¹²² Larenz, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, *op. cit.*, nota 113, p. 69.

¹²³ *Ibidem*, p. 70.

las determina excluyendo todo impedimento¹²⁴. Pero, ¿cómo se expresa el Derecho?. El Derecho se expresa a través de normas jurídicas, especie del género norma, es tal sentido el Derecho participa del orden normativo¹²⁵, pero la norma jurídica no es un fin en sí, es lo que permite acceder al fin, siendo el fin de la ley, la obra justa¹²⁶. Para Vincenzo Ferrari, la definición del Derecho no puede ser dada a priori, sino que deberá derivar de una serie de consideraciones metateóricas y, sucesivamente, teórico-sistemáticas dirigidas tanto a eliminar los numerosos equívocos lingüísticos en los que se corre el riesgo de incurrir, como de acuñar conceptos que puedan ser útiles para la comprensión del fenómeno jurídico y para la construcción de hipótesis empíricas destinadas a alcanzar y convalidar, en concreto, su comprensión¹²⁷.

Empero, cabe aclarar siguiendo a Karl Larenz¹²⁸, que el Derecho es un orden de relaciones interhumanas bajo la exigencia de la justicia¹²⁹, especialmente igual para todos. En tal supuesto, el maestro Alberto Pacheco Escobedo, precisa algunos elementos para la comprensión del Derecho y define la justicia, afirmando que:

La justicia es una virtud social, que exige alteridad para realizarse. Por eso, el Derecho, que es el objeto de la justicia, es la norma reguladora de lo debido a otro, que se fundamenta en su bien propio y que establece una relación ordenada que vincula a varias personas. El fundamento último del Derecho es el bien, ya que a cada uno se le debe lo que pertenece a su propio bien, su vida, su propiedad, etc., o sea todo aquello que el hombre necesita para alcanzar sus fines esenciales¹³⁰.

¹²⁴ Del Vecchio, Giorgio, *Filosofía del Derecho*, p. 114, citado por Preciado Hernández, Rafael, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, op. cit., nota 66, p. 37. Cfr. Del Vecchio, Giorgio, *Filosofía del Derecho*, trad. de Luis Legaz y Lacambra, 9ª. ed., Barcelona (España), Ed., Bosch, 1991.

¹²⁵ Cfr. Preciado Hernández, Rafael, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, op. cit., nota 66, p. 33.

¹²⁶ Véase Massini, Carlos Ignacio, *Sobre el Realismo Jurídico, el concepto de Derecho, su fundamento, su concreción judicial*, op. cit., nota 109, pp. 24-25.

¹²⁷ Cfr. Ferrari, Vincenzo, *Acción Jurídica y Sistema Normativo. Introducción a la Sociología del Derecho*, op. cit., nota 84, p. 163.

¹²⁸ Véase Larenz, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., nota 113, p. 364.

¹²⁹ "Las circunstancias de la justicia pueden describirse como las condiciones normales en las cuales la cooperación humana es tanto posible como necesaria. Estas condiciones pueden dividirse en dos clases. Primera, las circunstancias objetivas que hacen posible y necesaria la cooperación humana; las circunstancias subjetivas son aspectos pertinentes de los sujetos de la cooperación, esto es, de las personas que trabajan juntas". Cfr. Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, op. cit., nota 70, pp. 126-127.

¹³⁰ Pacheco Escobedo, Alberto, "La virtud de la Justicia y la ciencia del Derecho", *Ars Iuris*, Universidad Panamericana, México, 1991, p. 135.

Es necesario, aclarar el significado, alejándose en lo posible de los prejuicios que, por la carga valorativa de sus connotaciones, fatalmente ejerce el término Derecho, elegir un significado analíticamente claro que pueda ser asumido sin equívocos en el ámbito de una discusión científica. Hildebrand, sobre el concepto de definición comenta:

La definición no significa para nosotros la cumbre del conocimiento. Una definición nunca puede agotar la plenitud de una esencia necesaria e inteligible. Únicamente puede circunscribirla mencionando algunos trazos esenciales suficientes para distinguir esta esencia de otra. La definición sirve también para dar a un concepto una precisión unívoca. Sólo pueden agotarse en una definición los seres privados de una plenitud ontológica o los objetos técnicos y los meros instrumentos. Pero en cuanto nos apartamos de los seres artificiales nos enfrentamos más y más con los misterios del ser. Entonces nuestra definición no debería pretender agotar la naturaleza de este ser, sino únicamente la modesta aspiración de fijarla unívocamente en un concepto. Nos engañamos en cuanto creemos haber conquistado intelectualmente en definitiva un ser por tener una definición correcta de él. Ciertamente, la más alta forma de penetración filosófica implica la intuición de todos los hechos necesarios radicados en la esencia y de todas las notas esenciales de tal ser. No obstante, estas percepciones presuponen precisamente una intuición intelectual del objeto, una captación total de su naturaleza. No pueden ser descubiertas posiblemente acercándonos al objeto, como si fuera fácilmente accesible a nuestra mente por deducir a partir de nociones más generales de ser. La ansiedad por alcanzar una definición lo más rápidamente posible puede alejarnos para siempre de toda intuición genuina del objeto¹³¹.

Ciertamente, concretizar una pauta de valoración del contenido del Derecho, precisa comenzar con los aspectos interno y externo de la cultura jurídica¹³².

La determinación del presupuesto fundamental de certeza jurídica, implica consecuentemente, no alejarse de los supuestos pronunciados al analizar el fenómeno de la opacidad e ignorancia del Derecho, concebido como producto pluridimensional: jurídico, económico, político, ideológico, cultural. Baste recordar que está constituido por las elaboraciones de la dogmática contemporánea, por el análisis de la positivización del orden jurídico, por la cognición de la teoría de

¹³¹ Hildebrand, *Ética Cristiana*, pp. 49-50, citado por Ruiz Daza, Manuel, *Los valores jurídicos en la metafísica del valor*, op. cit. nota 92, p. 40.

¹³² "Es aconsejable adoptar definiciones de tipo intermedio entre los modelos extremos de la definición real y de la definición estipulativa: definiciones explicativas, que no se alejen demasiado del lenguaje común, pero que al mismo tiempo busquen eliminar, en la medida de lo posible, los márgenes de ambigüedad y las aporías". Cfr. Ferrari, Vincenzo, *Acción Jurídica y Sistema Normativo. Introducción a la Sociología del Derecho*, op. cit., nota 84, p. 168.

sistemas¹³³, por la función ideológica y conocimiento, por el desconocimiento mediado en la complejidad sistémica, en el modelo de Derecho, específicamente en aspectos de la forma que adquieren sus imperativos, para delimitar la prevalencia sobre una base única y exclusiva. El Derecho tiene mecanismos individualizados de imposición de conductas (vía técnica de la generalidad), pero, no sólo funciona así. Empero, de una u otra manera, el factor fundamental de orientación de la acción humana está formado por normas¹³⁴ (especie) o reglas (género), en las que los seres humanos están inmersos y continuamente condicionados, sea porque los individuos las cumplen, ya sea por que se alejan de ellas¹³⁵. Resulta especialmente importante la posición metodológica de Kant y Hegel, quienes a través del formalismo lógico, explican y distinguen el lugar central de la ley en la configuración del Estado; en esta tesitura, finalmente; el concepto de Derecho se redujo, en el orden positivo a la ley, de manera que el concepto de ley es el causante de la revolución en el campo del Derecho, al concebirse ésta, como único instrumento no sólo de perfeccionamiento jurídico, sino de transformación social¹³⁶. Al respecto, Carlos De Cabo Martín, señala que:

Kant (La Metafísica de las costumbres) explica los poderes y funciones del Estado a través de la composición del silogismo: el poder y la función legislativa son la premisa mayor; el poder y función ejecutiva, en cuanto ejecución de la ley o subsunción del hecho en la norma, son la premisa menor; el poder y función judicial con la conclusión que representan las sentencias. Por ello y porque –como todo Derecho- la ley está fundada en un imperativo categórico, debe valer por sí misma, basarse en la fuerza teórica de una capacidad de universalización propia e intrínseca que va más allá del Estado y de cualquier manifestación del poder. Hegel (Principios de Filosofía del Derecho) distingue en el Estado, como <<diferencias sustanciales>>, el poder de determinar y establecer lo universal que es el poder legislativo (y la ley es

¹³³ Téngase también en cuenta, *verbigracia*, que el objetivo de Hart "Capítulo VI. Fundamentos de un sistema jurídico", no parece ser, por lo menos así se desprende de sus propias palabras, hallar y ofrecer una definición del concepto de Derecho, sino lo que pretende encontrar y exponer son los elementos que conforman la estructura de un sistema jurídico. Cfr. Hart, Herbert Lionel Adolphus, *El concepto de Derecho*, trad. de Genaro R. Carrio, 2ª. ed., Buenos Aires (Argentina), Ed., Abeledo-Perrot, 1992, pp. 125-137.

¹³⁴ "Esta destinada a regular los hechos, actos, situaciones, estados, fenómenos", Véase Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, *op. cit.*, nota 99, p. 506.

¹³⁵ "Los datos formales de la norma son: el destinatario a quien dirige y obliga, el mandato u orden que prescribe, la relación de finalidad que implica, y la sanción que establece como consecuencia de su infracción o de su observancia". Cfr. Preciado Hernández, Rafael, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, nota 66, p. 79.

¹³⁶ Cfr. Cabo Martín, Carlos de, *Sobre el concepto de ley*, *op. cit.*, nota 28, pp. 18-19.

el momento formal del acceso a lo universal a través del mismo) y la <<subsunción>> de las esferas particulares y los casos individuales bajo lo universal, en la que consisten los otros poderes que se resume en lo que llama <<poder gubernativo>>¹³⁷.

Ahora bien, determinados algunos elementos y conceptos, resulta pertinente la concepción del Derecho que concibe el fenómeno jurídico como experiencia¹³⁸, en este aspecto, Miguel Reale, admite que la realidad jurídica es tridimensional, esta concepción del Derecho propone que todo fenómeno jurídico es hecho (surge para regular un determinado momento o situación histórico-social); es valor (representa un cierto valor de justicia que se quiere preservar); es norma (ofrece una pauta, regla o camino a seguir para garantizar el bien de justicia representado). Estos tres elementos no se presentan en forma aislada (como proponen algunas teorías unidimensionales del Derecho), sino, que no sólo se correlacionan, sino que se dialectizan. Siguiendo el pensamiento de Miguel Reale:

La Teoría Tridimensional del Derecho fue una intuición de la juventud. Me intrigó el hecho de que grandes filósofos del Derecho, coincidieran en la división de la Filosofía del Derecho, para fines pedagógicos en tres partes: una destinada a la teoría de los fenómenos jurídicos; otra atendiendo a los intereses y valores que actúan en la experiencia jurídica y, finalmente, una tercera relativa a la teoría de la norma jurídica. El primero que nos ofreció esta división tripartita fue Icilio Vanni, el cual, como positivista crítico que era, daba más importancia a lo que él llamaba Fenomenología Jurídica, referente al derecho como hecho social, completándolo con la Gnoseología Jurídica, pertinente a la norma, y la Deontología Jurídica, relativa a los deberes jurídicos. Del Vecchio, su discípulo, siendo neoKantiano, mantuvo la tripartición, pero bajo otro punto de vista: teoría de la idea del Derecho o Justicia (Deontología Jurídica); teoría del concepto de Derecho o Gnoseología Jurídica; reservando pocas páginas para la Fenomenología Jurídica. Mientras que Adolfo Ravá daba énfasis a la norma jurídica como norma técnica, completándola con las otras partes¹³⁹.

¹³⁷ *Loc. cit.*

¹³⁸ "En el fondo el Derecho como experiencia o experiencia jurídica, significa <<concreticidad de la valoración del Derecho>>, el cual no puede ser concebido ni construido como un objeto de contemplación, ni como una pura secuencia de esquemas lógicos, antes bien, por el contrario, dándose cuenta de que sus normas, son deontológicamente inseparables del terreno de la experiencia humana (...). Tratase por consiguiente de una comprensión necesaria del Derecho, en tanto que éste no puede ser reducido a simples vigencias normativas ni a un mero juicio perceptivo –lo cual lo mutilaría en su esencia- sino que debe ser interpretado como el proceso real de contraste de los hechos en sus conexiones objetivas de sentido". Véase Recaséns Siches, Luis, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica "razonable"*, op. cit., nota 89, pp. 96-97.

¹³⁹ Reale, Miguel, *Teoría Tridimensional del Derecho. Una visión integral del Derecho*, trad. de Angeles Mateos, Madrid (España), Ed., Tecnos, 1997, p. 119.

El contacto con la naturaleza misma del Derecho y el análisis fenomenológico de la experiencia jurídica, determina la fórmula realeana: “El Derecho es una integración normativa de hechos según valores”¹⁴⁰. La dialecticidad de los tres elementos (hecho, valor, norma), conduce al cuadro direccional¹⁴¹ siguiente:

Objeto de estudio	Tesis	Antítesis	Síntesis
Ciencia del Derecho	Hecho	Valor	Norma
Sociología del Derecho	Norma	Valor	Hecho
Filosofía del Derecho	Hecho	Norma	Valor

Por ello, el Derecho es una realidad trivalente; es decir, tridimensional “tiene tres sabores que no pueden ser separados unos de los otros. El Derecho es siempre hecho, valor y norma, para quien quiera que lo estudie, dándose tan sólo una variación en el ángulo o prisma de investigación. La diferencia es pues, de orden metodológico, según el objetivo que se tenga en mente alcanzar”¹⁴².

Por su parte Mario G. Losano propone un útil criterio organizativo¹⁴³ para distinguir las definiciones del Derecho, según se funden en la forma o en el contenido. Al respecto, expone la teoría de la imperatividad, que considera al Derecho en la nota peculiar de la imperatividad (los preceptos jurídicos son imperativos, es decir, mandatos); la teoría de la sociabilidad, útil para distinguir al Derecho, que regula las relaciones intersubjetivas, de la moral; la teoría de la

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 120.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 122. Para Eduardo García Máynez, por Derecho se entienden generalmente tres cosas: El Derecho formalmente válido, el Derecho intrínsecamente válido, el Derecho positivo o eficaz. Por la primera denominación entiende aquellas reglas de conducta que la autoridad política considera como vinculantes en un determinado territorio o en una determinada época; con la segunda quiere indicar el derecho justo, esto es, las reglamentaciones de las relaciones de coexistencia entre los hombres que más corresponden al ideal de justicia; y con la tercera indica aquellas reglas de conducta que determinan efectivamente la vida de una sociedad en un determinado momento histórico. Así, de las combinaciones de los tres conceptos propone siete posibilidades diferentes: “1) Derecho formalmente válido, sin positividad ni valor intrínseco. 2) Derecho intrínsecamente valioso, dotado además de vigencia, o validez formal, pero carente de positividad. 3) Derecho intrínsecamente válido, no reconocido, por la autoridad política y desprovisto de eficacia. 4) Derecho formalmente válido, sin valor intrínseco, pero provisto de facticidad. 5) Derecho positivo, formal e intrínsecamente válido. 6) Derecho intrínsecamente válido, positivo, pero sin validez formal. 7) Derecho positivo (consuetudinario), sin vigencia formal ni validez intrínseca”. Véase García Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 53ª ed., México, Ed., Porrúa, 2002, pp. 44-45.

¹⁴² Reale, Miguel, *Teoría Tridimensional del Derecho. Una visión integral del Derecho*, *op. cit.*, nota 139, p. 122.

¹⁴³ Cfr. Losano, Mario G., *Los grandes sistemas jurídicos. Introducción al Derecho europeo y extranjero*, trad. de Alfonso Ruiz Miguel, Madrid (España), Ed., Debate, 1993, pp. 321-330.

finalidad. El autor citado considera la finalidad de la acción; es decir, la orientada al bien común; la teoría de la soberanía, en función del sujeto de la que deriva (Estado moderno, Iglesia, ciudadano); teoría de la sanción, la cual define al Derecho según la sanción externa y como elemento característico de la norma jurídica. Recientemente, las teorías funcionales y estructurales del Derecho, en que, el objeto de estudio es el Derecho en sí, una combinación entre Derecho viviente y Derecho vigente, sobre la función del Derecho vigente; estructura del Derecho viviente y función del Derecho viviente.

Ahora bien, en una aproximación al Derecho, Ronald Dworkin defiende la conexión entre el análisis del concepto de Derecho y la determinación de lo que éste exige en cada caso particular (conexión entre teoría y práctica), mediante la distinción de dos tipos de enunciados: 1) lo que la gente o los jueces piensan: si una teoría no pretende más que describir qué es lo que la gente dice, cree o acepta respecto de lo que es Derecho, no está emitiendo enunciados a cerca del Derecho, sino acerca de los estados psicológicos y las actitudes de la gente; 2) los que se refieren a la práctica jurídica: cuando una teoría trata de dar respuesta a qué es Derecho, está explicitando una forma de entender la práctica jurídica desde alguna perspectiva¹⁴⁴.

Se trata de una visión interpretativa del Derecho, que lo conduce a postular una perspectiva judicial del Derecho¹⁴⁵, tomando a los jueces como el caso

¹⁴⁴ Se trata por un lado, de los juicios y argumentos realizados por los participantes, de lo que la práctica significa y no de lo que ellos desean significar. Por otro, se refiere a enunciados sobre el significado del Derecho, como aquello que el legislador ha dictado intencionalmente. Véase Dworkin, Ronald, *A matter of Principle*, Cambridge (EEUU), Harvard University Press, 1985, pp. 158 y 160. *Law's Empire*, Cambridge (EEUU), The Belknap Press of Harvard University Press, 1986, p. 63, *Reply to Hart Draft*, 1994, pp. 2-8, citado por Iglesias Vila, Marisa, *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Madrid (España), Ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 126.

¹⁴⁵ Para la fundamentación ontológica de este presupuesto, me permito remitir a lo que ha dicho el maestro Alvaro D'Ors, sobre una definición de lo que sea Derecho: "El Derecho es aquello que aprueban los jueces respecto a los servicios personales socialmente exigibles. Al margen del derecho judicial y del disciplinario queda todo lo que excede de un juicio por no ser propiamente jurídico". Cfr. D'Ors, Alvaro, *Nueva introducción al estudio del derecho*, Madrid (España), Ed., Civitas, 1999, p. 62. Véase, también, el argumento según el cual "una conducta empieza a ser propiamente jurídica, cuando la sociedad establece un órgano, unipersonal o pluripersonal, para declarar formalmente si una conducta particular se estima conveniente o no. Este órgano que declara si un acto es justo o injusto -en virtud de aquella <<Synesis>> de que hemos hablado- se llama juez". Cfr. D'Ors, Alvaro, *Una introducción al estudio del derecho*, presentación de Jorge Adame Goddard, México, Ed., Escuela Libre de Derecho, 1989, p. 25.

paradigmático de la interpretación jurídica como método de conocimiento. Es decir, el Derecho no es un catálogo de pautas de conducta identificables a partir de alguna regla de reconocimiento predeterminada, sino una práctica social específica que tiene como rasgo distintivo su carácter argumentativo.

La noción dworkiana "no relaciona el concepto con el contenido significativo de un término, sino con el propósito de una práctica o institución social. El concepto indica algo sobre el mundo, no sobre las palabras"¹⁴⁶. Así, se concibe el Derecho como una forma de justificación de la coerción estatal en términos de la preservación de derechos individuales, derechos que han sido reconocidos por decisiones institucionales del pasado con la finalidad de controlar el poder del Estado¹⁴⁷. Se propone que la mejor concepción del Derecho es la que toma el ideal de la integralidad como criterio de verdad de las proposiciones jurídicas, las cuales son susceptibles de reconstrucción, mediante la alternativa¹⁴⁸ del convencionalismo y el pragmatismo.

Así, la noción de integridad parte de la justificación de los actos individuales, presuponer la integridad de un individuo es, rechazar que actúe de forma caprichosa o sin ninguna justificación o criterio general de corrección. La integridad es utilizada para proponer una restricción y un equilibrio entre, tres valores o principios¹⁴⁹ relevantes para toda la comunidad jurídica y para la actividad de sus operadores: 1) la equidad; 2) la justicia; 3) el debido proceso. El modelo de la integralidad de carácter metodológico y sustantivo; metodológico porque es un criterio para

¹⁴⁶ Cfr. Iglesias Vila, Marisa, *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, op. cit., nota 144, p. 136.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 148. "Para Dworkin, ninguna posición puede obviar que tanto los actos legislativos como el precedente judicial forman parte de esta práctica que se interpreta". *Loc. cit.*

¹⁴⁸ "El Derecho como integridad pretende ser una alternativa a estas dos concepciones. Su primer presupuesto es que la mejor interpretación de la práctica está a medio camino entre el convencionalismo y el pragmatismo. Trata de alcanzar un equilibrio entre el peso de las decisiones del pasado y el peso del mejor argumento": *Ibidem*, p. 150.

¹⁴⁹ "La equidad: este principio indica que los ciudadanos deben tener la misma posibilidad de influir en las decisiones públicas de su comunidad. Con esta virtud se pone énfasis en los procedimientos más que en los resultados de las decisiones colectivas. La equidad exige del juez el respeto a lo decidido por la mayoría a través de sus órganos representativos. La justicia: este valor se refiere a los resultados de la toma de decisión. Toda resolución debe distribuir los recursos y proteger los derechos individuales de la forma más aceptable desde un punto de vista moral. El debido proceso: requiere el respeto a los procedimientos establecidos tanto para crear una nueva norma como para aplicar el derecho a los casos particulares. Este valor es la manifestación del principio de legalidad y seguridad jurídica". *Ibidem*, p. 152.

identificar y dar sentido a la práctica, permite la distinción entre integridad y los tres valores o principios; sustantivo por que la hace parecer más atractiva como forma de justificación de la coerción estatal dentro de una determinada concepción de qué es una comunidad.

Robert Alexy, a través del argumento analítico, sostiene la tesis¹⁵⁰ de que hay una relación conceptual necesaria entre el Derecho y la moral que supone que el positivismo jurídico falla como teoría general. Así, la creación y aplicación del Derecho implica una pretensión de corrección y, por tanto, una moral universalista. Los argumentos que aduce, se basan en la tesis positivista de la separación¹⁵¹ y, la tesis no positivista de la vinculación¹⁵²; las cuales nos dice cómo ha de ser definido el concepto de Derecho, ambas tesis se sostienen con un argumento normativo. En el plano conceptual cabe realizar cuatro distinciones¹⁵³:

- 1) Entre un concepto de Derecho que incluye el concepto de validez y otro que no lo incluye;
- 2) Entre el sistema jurídico como un sistema normativo y como sistema de procedimientos;
- 3) Entre la perspectiva del observador y la del participante;
- 4) Entre las conexiones "definitorias" y las conexiones "calificativas".

La extrema importancia de la concepción del Derecho para cualquier orden social legal, dilucida necesariamente la relación entre Derecho y moral, resultando implicaciones diversas en torno de la definición fundamentada. En este contexto, definir el Derecho presenta dificultades, es un paradigma de ambigüedad. Si no se desea caer en tautologías o remitir a lo que las leyes disponen en un Estado y época determinada, en lugar de ofrecer una respuesta de carácter general, a la cuestión ¿qué es el Derecho?, deja al jurista en la misma perplejidad que al lógico la cuestión ¿qué es la verdad?. El jurista podrá decir qué es el Derecho en un momento

¹⁵⁰ Véase Alexy, Robert, "Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la moral", *op. cit.*, nota 34, p. 1998, p. 115.

¹⁵¹ "La tesis de la separación, dice que el concepto de Derecho ha de definirse de manera que no incluya, en absoluto, ningún elemento de la moral. Consecuentemente, para una teoría positivista solo quedan dos elementos definitorios: el elemento de la decisión de la autoridad y el elemento de la efectividad social". *Ibidem*, pp. 115-116.

¹⁵² "La tesis de la vinculación tiene por objeto definir el concepto de Derecho de manera que incluya elementos de la moral. Sin embargo, ningún no positivista serio excluye del concepto de Derecho los elementos de la decisión de la autoridad y la efectividad social". *Ibidem*, p. 116.

¹⁵³ Cfr. *Ibidem*, pp. 118-120.

concreto, esto es, lo que las leyes disponen es justo, y cuál es el criterio general para distinguir lo justo de lo injusto, deberá abandonar por algún tiempo los principios empíricos y buscar el fundamento de aquellos juicios en la razón (para lo que aquellas leyes pueden servirle perfectamente de guía), con el fin de sentar los fundamentos para una posible legislación positiva.

Entonces, dependiendo del tipo de definición del Derecho que se opte, en el aspecto científico y técnico, la definición del Derecho¹⁵⁴, no puede soslayar otros ámbitos del saber, cuyo concepto plantea una serie de implicaciones morales y políticas. Así, se dice que el Derecho es: a) un conjunto de mandatos coactivos que proceden de quien tiene el poder en la sociedad; b) un factor para la integración social; c) el conjunto de reglas que garantizan la convivencia ordenada y pacífica de los hombres.

Las vertientes anteriores, son meras formas de concebir el orden social, su fundamento y sus fines; en que se dan cuestiones básicas para la convivencia como: a) la participación popular en la creación del Derecho; b) el deber de obediencia al Derecho; c) la integración de convicciones morales en la sociedad en el orden jurídico. De esta manera, el término Derecho no posee sentido unívoco, dejando de lado su significación extrajurídica (idea de rectitud), en el ámbito estricto de lo jurídico asume una pluralidad de acepciones que en el devenir histórico ha acumulado complejas y multiformes realidades experienciales y tangibles.

Se arguye sobre la transición del tridimensionalismo al tetradimensionalismo jurídico; es decir, las tres dimensiones fundamentales de la experiencia jurídica (hecho social, norma, valor), pudieran ser completadas por una cuarta dimensión, la histórica, que permite temporalizar a las otras tres, contextualizándolas históricamente.

Desde la perspectiva teórica o metodológica es posible una concepción sincrónica del tridimensionalismo, pero la imagen real y concreta de la experiencia jurídica es necesariamente diacrónica, y, por ello, tetradimensionalismo. En efecto, porque como toda actividad humana, la experiencia jurídica se desarrolla en el

¹⁵⁴ Cfr. Pérez Luño, Antonio Enrique, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid (España), Ed., Tecnos, 1997, pp. 27-28.

tiempo y éste es un factor que gravita inexorablemente en los procesos de creación, interpretación y aplicación del Derecho.

El tridimensionalismo (Radbruch, Sauer, Recaséns Siches, García Máynez, Reale), y la teoría de la experiencia jurídica; han reivindicado la necesidad de captar el Derecho en su completa concreción; desde su fundamentación axiológica, su génesis en las conductas sociales, su plasmación normativa, así como su aplicación y cumplimiento por los operadores jurídicos y los ciudadanos¹⁵⁵.

En suma, una comprensión filosófica-jurídica tiende a ofrecer una imagen omnicomprendensiva del Derecho, supera las versiones unilaterales, fragmentarias y reduccionistas; tales como: el holismo, el sincretismo, el eclecticismo e integracionismo. Con relación a estas versiones¹⁵⁶, la teoría de la experiencia jurídica no es una concepción *holística* del Derecho, dado que no pretende negar ni disolver las distintas dimensiones del Derecho, sino afirmar su necesaria y simultánea complicación. Tampoco es un *sincretismo jurídico*, porque no se propone ensamblar acríticamente visiones diferentes del Derecho o de sus aspectos integrantes, sino por lo contrario, ser el criterio fundamentador y explicativo de esa conexión. No se identifica con el *eclecticismo* en el Derecho, en la medida en que no pretende armonizar de modo mecánico las diversas dimensiones o concepciones del Derecho, sino articularlas en la dialéctica de su continua realización e interdependencia en el tiempo. La teoría de la integración (Rudolf Smend, Ronald Dworkin), no es plenamente identificable.

La teoría de la experiencia jurídica en su tetradimensionalismo¹⁵⁷ se presenta según el esquema siguiente:

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 41.

¹⁵⁶ "El *holismo* es una concepción de la realidad como un todo irreductible, hasta el punto de ignorar, diluir o absorber sus elementos o partes constitutivas. El *sincretismo*, se entiende como aquella postura que trata de unir doctrinas diferentes, incluso opuestas, sin ningún criterio selectivo determinado; el *eclecticismo* parte de un criterio o voluntad de armonizar, aunque de forma mecánica, aquellas doctrinas diversas y antagónicas que se consideran mejor fundadas; el *integracionismo* se esfuerza en mostrar la complementariedad entre doctrinas diferentes u opuestas, mediando entre ellas de forma dinámica o dialéctica, en función de una unidad integradora que se postula más allá o por encima de la posición entre los polos opuestos debatidos". *Loc. cit.*

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 44.

Dimensiones jurídicas básicas	Principio caracterizador	Disciplina de estudio
Sociedad	Eficacia	Sociología jurídica
Norma	Validez (legalidad)	Ciencia, dogmática o Teoría General del Derecho
Valor	Justicia (legitimidad)	Derecho natural/ Filosofía del Derecho
Historia	Diacronía	Historia filosófica del Derecho

Como respuesta a la tendencia hacia la globalización que deviene impuesta por el carácter interdependiente, multicéntrico y multicultural de los fenómenos que gravitan sobre el horizonte presente del Derecho, la concepción del Derecho como experiencia jurídica representa una perspectiva de totalidad¹⁵⁸, pero esto implica el compromiso de no oscurecer, desinformar, y tergiversar la significación teórica de su realización pragmática.

4.3. Elementos del Estado de Derecho

Tradicionalmente, se consideran requisitos sustanciales de un Estado de Derecho: Los derechos de los ciudadanos, la separación de poderes y el principio de legalidad (donde la ley es expresión de la voluntad general), orientado a garantizar las libertades de los individuos frente a los arbitrios del poder público. El Estado es forma de poder, y el poder es forma de organización, y la organización forma de articular realidades, y estas realidades, tienen que entrar en el dominio de sus propias leyes y de sus propias condiciones, a una inexorable disciplina.

A pesar del tránsito por el tiempo y las generaciones, de la configuración de doctrinas y la desidia de los hombres, de las manifestaciones críticas, la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, marca la pauta, es menos objetable que asumible para el pensamiento filosófico y político del orbe occidental, en cualquier caso resulta inevitable.

No hay duda que se trata, cuando menos, del nombre más conocido de una redacción de derechos. Pero tampoco se discute sobre otras dos consecuencias: Por una parte, el texto acogido en mayor grado, de modo literal o expreso, en los escritos

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 42.

políticos dogmáticos de los países y organismos internacionales de raíz democrática (como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas); por otra, algunos de los principios de la Declaración de 1789, han sido asumidos sin discusión por todos los demócratas como elementos imprescindibles de un Estado de Derecho: Igualdad ante la ley (artículo 1), unidad de la ley (artículo 6), irretroactividad de la ley (artículo 8), jerarquía de las normas (artículo 7), garantía de los derechos y separación de poderes (artículo 16).

El Estado de Derecho¹⁵⁹ responde a concretas exigencias de certeza y de protección. Se dice que es una invención, una construcción, un resultado histórico, una conquista, hecha por gentes e individuos, por sectores sociales¹⁶⁰. Definir sus elementos depende del contexto histórico, de la tradición nacional y cultural. La doctrina científica ha ido desglosando sus elementos. Elías Díaz, propone cuatro caracteres generales:

a) Imperio de la ley, rige a gobernantes y ciudadanos, pero precisando que – como ya se señalaba en el artículo 6 de la Declaración francesa de 1789- <<la ley es la expresión de la voluntad general>>, es decir, creada (pero no bajo unos4 mínimos) con libre participación y representación de los integrantes del grupo social.

b) División de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial, con lógico predominio en última y más radical instancia del poder legislativo, primero constitucional y luego parlamentario, concretado en las correspondientes normas jurídicas. La institución que representa la soberanía popular es la que suministra legalidad y legitimidad a la institución que ejerce la acción gubernamental.

c) Fiscalización de la administración: actuación según ley en todos los órdenes y niveles (poder ejecutivo), así como consecuente y eficaz control por los competentes órganos constitucionales y jurisdiccionales. Interdicción de la autoridad y respeto estricto, pues, al principio de legalidad y a sus implicaciones por todos los funcionarios y servidores del Estado.

d) Derechos y libertades fundamentales, garantías jurídicas (penales, procesales y de todo tipo), así como efectiva realización material de las exigencias éticas y políticas, públicas y privadas, que, especificadas y ampliadas en el tiempo como derechos económicos, sociales, culturales y de

¹⁵⁹ "La expresión Estado de Derecho es ciertamente una de las más afortunadas de la ciencia jurídica contemporánea. Contiene, sin embargo, una noción genérica y embrionaria, aunque no es un concepto vacío o una fórmula mágica, como se ha dicho para denunciar un cierto abuso de la misma". Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho dúctil, Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, 2ª ed., Madrid (España), Ed., Trotta, 1997, p. 21.

¹⁶⁰ Cfr. Díaz, Elías, "Estado de Derecho", *Filosofía Política II, Teoría del Estado*, Madrid (España), Ed. Trotta, 1996, p. 64.

otra especie, constituyen la base para una real dignidad y progresiva igualdad entre todos los seres humanos¹⁶¹.

La acepción "Estado de Derecho", en la versión alemana "Rechtsstaat", empleada por primera vez por Muller (1809), concepto acuñado y divulgado en el Derecho Público alemán por Von Mohl (1832-1833), supone la concurrencia de cuando menos cuatro elementos¹⁶²:

a) *Imperio de la Ley*, en cuanto la misma plasma racionalmente la voluntad popular. Es decir, legalidad más legitimidad, o al menos la faceta modernamente más importante de la legitimidad, a saber, la representación popular.

b) *Garantía jurídica de los derechos y libertades de los ciudadanos* y, con alguna menor extensión, de las restantes personas que habitan o transitan por el territorio del Estado de Derecho.

c) *Aceptación de las consecuencias políticas básicas de la doctrina clásica de la división de poderes*, acomodadas a las exigencias de la compleja realidad constitucional de nuestra época. Y en especial, independencia de una poder judicial tan sólo sometido al imperio de la Ley.

d) *Sumisión del poder ejecutivo a la Ley*, es decir, asunción del principio de legalidad. Y control parlamentario y judicial de la actuación de la Administración.

Los Estados que quieran ampararse y legitimarse bajo el prestigioso título de "Estado de Derecho" habrán de adecuar rigurosamente sus normas jurídicas¹⁶³ y sus actuaciones a esas exigencias de ética política, a reglas y prácticas de funcionamiento y organización derivadas de la libertad y la responsabilidad de todos, gobernantes y ciudadanos.

¹⁶¹ *Ibidem*, pp. 65-66.

¹⁶² Alzaga Villaamil, Oscar, Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio, y Jorge Rodríguez Zapata, *Derecho Político Español*, Madrid (España), Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1997, Tomo I, p. 213.

¹⁶³ "La función de la norma en el Estado de derecho es reducir al mínimo posible la discrecionalidad de la autoridad, y aumentar al máximo posible los derechos (libertad, igualdad, propiedad, seguridad jurídica) individuales y colectivos y sus garantías (...). Como hemos podido ver, la no aplicación de la norma en ciertas circunstancias ha sido admitida desde la edad clásica. En la actualidad es una realidad que contemplan la doctrina, la jurisprudencia y algunas disposiciones legales. Si bien se han hecho esfuerzos para explicar el fenómeno, lo cierto es que todavía faltan enunciados satisfactorios que nos permitan ir más allá de la comprensión del problema, y formular las bases que sustenten la no aplicación de la norma sin quebrantar, e incluso para sostener, el Estado de derecho". Véase, especialmente, VI. Límites de la ley, VIII. Consideraciones Finales, Valadés, Diego, "La no aplicación de las normas y el Estado de Derecho", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, 2002, nueva serie, Año XXXV, Núm. 103, enero-abril.

4.4. La tesis del Estado social

Este apartado tiene como objeto la transformación que se efectúa en la mentalidad legislativa tras el advenimiento del llamado Estado social de Derecho, cuando, y a diferencia del Estado liberal de Derecho, los poderes públicos pasan de ser espectadores a ser protagonistas de la vida económica, de modo que el Estado no tiene como única función garantizar el orden público, el cumplimiento o la aplicación de la ley, sino que su intervención en la economía y en la sociedad se basa fundamentalmente en la capacidad de prestar unos servicios públicos adecuados a los administrados. De esta forma la regulación jurídica penetra en diversos aspectos de la actividad económica, cultural, profesional, y por tanto, supone la extensión de la normatividad a esferas antes exentas o confiadas al espontáneo acuerdo de los particulares.

En el modelo de Estado social se transforma la concepción del Derecho, de forma que éste asume funciones distributivas y promocionales que van a variar su estructura dadas "las nuevas técnicas de control social que caracterizan la acción del Estado social de nuestros días y la distinguen profundamente de la del Estado liberal clásico: el empleo cada vez más difundido de las técnicas de alentamiento junto a, o en sustitución de las tradicionales técnicas de desalentamiento"¹⁶⁴, de manera que comienza a abandonarse la imagen tradicional del Derecho como ordenamiento protector-represivo; junto a ella aparece también la función promocional mediante técnicas de alentamiento que tienden no sólo a tutelar, sino también a provocar el ejercicio de actos conformes al Derecho. La introducción de la técnica del alentamiento refleja un verdadero cambio en la función del sistema normativo en su conjunto¹⁶⁵, en el modo de realizar el control social; traza el paso de un control pasivo, que se preocupa más de desfavorecer las acciones nocivas que de favorecer las ventajosas,

¹⁶⁴ Cfr. Bobbio, Norberto, *Contribución a la teoría del Derecho*, op. cit., nota 103, p. 302. El <<desalentamiento>> es definido como "aquella operación con la que A trata de influir el comportamiento no querido (no importa si comisivo u omisivo) de B obstaculizándolo o atribuyéndole consecuencias desagradables", y <<alentamiento>> como "aquella operación con la que A trata de influir el comportamiento querido (no importa si comisivo u omisivo) de B facilitándolo o atribuyéndole consecuencias agradables". *Ibidem*, p. 382.

¹⁶⁵ "Desequilibrando la posibilidad de hacer frente a la de no hacer en el caso de actos permitidos, haciendo particularmente atractivos los actos obligatorios y particularmente repugnantes los prohibidos". *Ibidem*, pp. 380-381.

a un control activo que se preocupa de favorecer las acciones ventajosas más que desfavorecer las nocivas¹⁶⁶.

Según Eduardo García de Enterría, el Estado social y democrático de Derecho, se articula en tres posiciones:

El principio de Estado de Derecho, sobre cuya precisión técnica parece ocioso entrar, está afirmado por la misma Constitución en todas sus aplicaciones prácticas: juridificación de todas las competencias ejercidas por los poderes públicos (...). Todo el orden político, como el orden social, está, pues, regulado por el Derecho y esta regulación está bajo la garantía de un doble sistema judicial, ordinario y constitucional, pero esta juridificación se hace desde la primacía de los valores superiores, que son la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político como valores materiales. No existen para esta construcción zonas exentas (...). El principio de Estado social ha sido caracterizado en varias ocasiones por el Tribunal Constitucional. Así: La consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-sociedad, que difumina la dicotomía Derecho público-privado (...). El reconocimiento de los denominados derechos de carácter económico y social -reflejado en varios preceptos de la Constitución-, conduce a la intervención del Estado para hacerlos efectivos, a la vez que dota de contenido social al ejercicio de sus derechos por los ciudadanos -especialmente de los de contenido patrimonial como el de propiedad- y al cumplimiento de determinados deberes (...). El concepto de Estado democrático de Derecho, supondría un plus de legitimidad de los gobernantes elegidos por sufragio universal frente a jueces tecnocráticos e irresponsables, de modo que éstos deberían limitar o suspender sus facultades de enjuiciamiento de ciertos actos de gobierno y de ciertas personas como supuestos representantes del pueblo, el Tribunal Supremo ha afirmado resueltamente la licitud radical de ese razonamiento y la plenitud de control de los jueces, legitimados en la Constitución y en las Leyes, que son la verdadera expresión de la voluntad general, expresión, por tanto, del Estado democrático de Derecho¹⁶⁷.

La connotación "Estado social de Derecho" goza de arraigo en la doctrina jurídico constitucional actual, término impulsado por el diputado social demócrata Carl Schmitt, quien se inspiró en el teórico alemán Hermann Heller, de orientación nada reaccionaria. Su uso se extendió entre algunos comentaristas de la

¹⁶⁶ Se puede alentar, bien interviniendo en las consecuencias del comportamiento, bien interviniendo en las modalidades, en las formas, en la condición del comportamiento mismo; es decir, existen dos operaciones de alentamiento: la sanción positiva, bajo forma de recompensa, posterior a un comportamiento realizado; o la facilitación que precede o acompaña al comportamiento que se pretende incentivar. *Ibidem*, p. 382.

¹⁶⁷ García de Enterría, Eduardo, "Los fundamentos constitucionales del Estado", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid (España), Núm. 52, 1988, pp. 30-32.

Constitución de Weimar de 1919, se asume en los años 1946 y 1947, también en Alemania, en varias de las constituciones de los Lander. El término se consagró definitivamente en la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

En síntesis, al hablar del Estado social, más que referirse a la organización jurídica del Estado, tiene una significación finalista. Dicha finalidad estriba en alcanzar la justicia social, por medio de la legislación y de la acción positiva de los poderes públicos y aun de entes privados. En estos términos el Estado social es un modelo de Estado proyectado hacia los objetivos de justicia social¹⁶⁸. Es de vital importancia conocer el impacto del Estado social sobre el Derecho, si se acepta que probablemente es el acontecimiento más destacado y determinante de la historia del Derecho y específicamente del Derecho constitucional contemporáneo. Los planos en que se manifiesta son:

El cuantitativo (el fenómeno denominado flood of norms) con el progresivo proceso de normativización y juridización social y los efectos añadidos (desde la fragmentación normativa y descodificación a los riesgos de autoritarismo que implica toda inflación normativa); en el funcional, en cuanto que a los cambios introducidos en las funciones tradicionales (como los ocurridos en los de legitimación y disciplina social) añade la atribución de otras (como la promocional); en el teórico, en cuanto que buena parte de la renovación que experimenta en los últimos años la Teoría General del Derecho se debe reflexionar que tratar de dar respuesta a los problemas que plantea la nueva complejidad por él suscitada (la representada por el <<Derecho reflexivo>>, es bien significativa); en el interno, referido a la propia estructura del Derecho, que, respondiendo al nuevo proceso de socialización del mismo, supera en buena medida y progresivamente su configuración como alteridad entre sujetos, para convertirse en lugar de mediación más general a través del Estado; y finalmente, y sobre todo, en lo que aquí interesa, en el de la estructura y dinámica del ordenamiento jurídico a través de su influencia en el sistema de fuentes¹⁶⁹.

4.5. La transformación en la concepción de la ley

Las nuevas funciones que incumben a los poderes públicos en el Estado social afectan a la posición de la ley en el conjunto del ordenamiento, reflejo de una reordenación de la relación entre los poderes y de la relación legislación-

¹⁶⁸ Cfr. Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, op. cit., nota 99, pp. 251-302.

¹⁶⁹ Cabo Martín, Carlos de, *Sobre el concepto de ley*, op. cit., nota 28, pp. 10-11.

administración, donde el principio de legalidad del Estado liberal resulta atacado tanto por una situación general de desregulación, mediante la ampliación de la potestad reglamentaria y de la potestad legislativa por parte de la función ejecutiva del Estado, como por la regulación detallada de la Ley en aspectos cada vez más concretos.

Como resulta evidente, este hecho conllevará la quiebra del clásico principio de división y separación de poderes proclamado por Montesquieu, entendido en sentido estricto¹⁷⁰. Ya no hay coincidencia entre la estructura y función del mismo órgano legislativo (Congreso, Parlamento, Asamblea), puesto que la legislación en muchos aspectos se ha convertido también en obra del poder ejecutivo.

La presencia de un "poder ejecutivo legislador" erosionará el prestigio del órgano legislativo, y supondrá el desplazamiento del Estado legislador por el Estado administrativo. La administrativización de la función legislativa coincide, además, con la deslegalización de amplios sectores normativos a través de técnicas diferenciadas (delegación legislativa, decretos, ley) de tal manera que la norma estatal escapa a las fronteras legislativas.

En este contexto, si el siglo XIX fue el de la codificación, el siglo XX ha sido definido con acierto por Natalino Irti como "la edad de la descodificación"¹⁷¹. Tal y como advierte Ernesto Vidal Gil, parece que hoy asistimos a la fragmentación y a la ruptura de la unidad que los códigos construyeron en el pasado siglo. El tránsito del Estado liberal burgués al Estado intervencionista supuso, entre otros factores, una primacía del derecho público sobre el derecho privado, relegando el papel de los códigos "poco menos que a reliquias del pasado, en beneficio de las leyes marco, las leyes programa, leyes plan y similares"¹⁷².

¹⁷⁰ Por más que la división de poderes no haya pasado nunca de ser un modelo típico, idealizado, que jamás ha funcionado en su estado puro, (...). La actual relación dialéctica opera entre poder político y poder jurisdiccional o judicial. El poder político jurisdiccionalmente controlado y parlamentariamente limitado es la forma democrática del Estado constitucional de nuestros días. Hoy, más que una colaboración de poderes en equilibrio inestable, lo que existe es una división del trabajo, un reparto de papeles, una distribución de funciones". Cfr. Cano Bueso, Juan, "Cuestiones de técnica jurídica en el procedimiento legislativo del Estado Social", *La técnica legislativa a debate*, Madrid (España), Ed., Tecnos, 1994, p. 208.

¹⁷¹ Cfr. Irti, Natalino, *La edad de la descodificación*, op. cit., nota 86.

¹⁷² Cfr. Vidal Gil, Ernesto, J., "Ilustración y legislación. Los supuestos ideológicos, jurídicos y políticos", *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid (España), 1989, Vol. VI, p. 208.

Está claro, por tanto, que el Estado Social de Derecho ha producido un cambio profundo en la actividad legislativa. Las diversas formas de incidencia legislativa sobre la economía y el mercado de trabajo y la presencia creciente de los órganos administrativos en diferentes sectores de la sociedad civil remiten a una nueva configuración del instrumento legislativo, de manera que la ley contemporánea incorpora cada vez más medidas tendientes a regular las relaciones socio-económicas de sus destinatarios¹⁷³, con lo que asume poco a poco un decidido "carácter contractual", y se transforma, así, de general y abstracta, en individual y concreta. Gustavo Zagrebelsky encuentra la razón de la actual desaparición de las características "clásicas" de la ley en:

Los caracteres de nuestra sociedad, condicionada por una amplia diversificación de grupos y estratos sociales que participan en el mercado de las leyes. Dichos grupos dan lugar a una acentuada diferenciación de tratamientos normativos, sea como implicación empírica del principio de igualdad del llamado Estado social (para cada situación una disciplina adecuada a sus particularidades), sea como consecuencia de la presión que los intereses corporativos ejercen sobre el legislador¹⁷⁴.

En el acto de creación legislativa intervienen numerosos sujetos sociales particulares (grupos de presión, sindicatos, partidos políticos) lo que conlleva una relación de fuerzas, de forma que las leyes son "pactadas" y, para conseguir el acuerdo político y social al que aspiran, pueden llegar a ser contradictorias, caóticas u oscuras. Cobran así protagonismo los agentes sociales que dotan el ordenamiento jurídico de reglas condicionadas a la relación de fuerzas, normas contractuales al servicio de intereses particulares o sectoriales, esas leyes "no tienen la fuerza vinculante de la Constitución, sino del previo acuerdo de los grandes grupos organizados"¹⁷⁵. Añade Natalino Irti que:

La historia legislativa en los últimos sesenta años puede caracterizarse como tránsito de un sistema de supuestos de hecho simples a un sistema de

¹⁷³ En el Estado social aparecen otros tipos de normas, como: normas que definen "metas", y no exactamente los medios, que se utilizan para la planificación de políticas (especialmente en el campo de la asistencia social); normas de "recursos", que otorgan posibilidades financieras a la Administración sin ninguna prescripción acerca de cómo debe asignarse el recurso; y, asimismo, todo tipo de "cláusulas generales" y normas con "textura abierta", que tratan de producir justicia material. Cfr. Aarnio, Aulis, *Derecho, Racionalidad y Comunicación Social. Ensayos sobre Filosofía del Derecho*, trad. de Pablo Larrañaga, México, Ed., Fontamara, 1995, p. 43.

¹⁷⁴ Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, op. cit., nota 159, p. 37.

¹⁷⁵ Irti, Natalino, *La edad de la descodificación*, op. cit., nota 86, pp. 30-31.

supuestos de hecho diferenciados, es decir, a un sistema en el que se multiplican las secuencias de la especialidad y de la excepcionalidad. El elemento constante del sistema viene dado por las normas de supuesto de hecho simple, mientras que las normas de supuesto de hecho diferenciado aparecen cambiantes y variables. De aquí proviene una seria y grave amenaza a la seguridad jurídica y a la estabilidad de las valoraciones legislativas¹⁷⁶.

De esta manera, la fuerza obligatoria de la ley ya no deriva del Estado, sino del consenso de las partes interesadas¹⁷⁷.

El Derecho cada vez se usa más como un instrumento para la consecución de objetivos políticos, con lo que los procedimientos para la redacción y promulgación de las normas jurídicas no pueden analizarse únicamente en el sentido discursivo parlamentario de toma de decisiones públicas (clásico desde la proclamación del Estado liberal de Derecho), sino que aparecen, como señala Kaarlo Tuori, otros tipos de procedimientos que se usan cada vez con más frecuencia: el procedimiento estratégico y el instrumental de creación de normas jurídicas. El primero de ellos es el que se emplea en las decisiones que se basan en compromisos entre grupos representantes de intereses particulares; *verbigracia*, en los convenios colectivos de trabajo, el procedimiento instrumental será el que se fundará en una relación medio-fin¹⁷⁸. El carácter de abstracción y generalidad de la ley en el Estado liberal derivó de la necesidad de instituir la igualdad formal de los sujetos destinatarios de la norma y de establecer el necesario ámbito de libertad para la materialización del comercio. El tránsito hacia un Estado intervencionista mostró el cambio del concepto de ley general a otras formas legales más concretas¹⁷⁹. Por el contrario, las leyes especiales "edifican, junto a las solemnes arquitecturas de los códigos, otro derecho: más cambiante y efímero, pero portador de exigencias y de criterios de regulación desconocidos por el viejo sistema"¹⁸⁰. El Derecho del Estado se expande, en general,

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 50.

¹⁷⁷ De forma que se puede afirmar con Irti que el contrato social se convierte en cotidiana y práctica realidad. *Ibidem*, p. 133.

¹⁷⁸ Cfr. Tuori, Kaarlo, "Ética discursiva y legitimidad del Derecho", trad. de Josep Aguiló, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Madrid (España), 1989, Núm. 5, pp. 51-52.

¹⁷⁹ "La ley clásica del Estado liberal de Derecho legisla sobre una continuidad inmutable y típica y por ello se podía mantener esos caracteres de generalidad; desde su propia eternidad actúan las relaciones de intercambio, en base a rasgos formales, el contenido de la ley no es algo a considerar". Maestro Buelga, Gonzalo, "Negociación y participación en el proceso legislativo", *Revista de Derecho Político*, Madrid (España), 1991, Núm. 32, p. 78.

¹⁸⁰ Cfr. Irti, Natalino, *La edad de la descodificación*, *op. cit.*, nota 86, p. 22.

con la producción de normas especiales, que, tal y como señala Natalino Irti¹⁸¹, conforman micro-sistemas, es decir, conjuntos de normas concretas que, promulgadas para particulares instituciones o clases de relaciones, se enlazan en principios comunes de regulación. De esta manera, dos valores superiores del ordenamiento jurídico son puestos en entredicho: la seguridad y la igualdad.

El principio de seguridad jurídica se configura como uno de los pilares básicos del Estado de Derecho:

(..) se concreta en exigencias objetivas de: corrección estructural (formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico) y corrección funcional (cumplimiento del Derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos de su aplicación). Junto a esa dimensión objetiva, la seguridad jurídica se presenta, en su acepción subjetiva -encarnada por la certeza del Derecho- como la proyección en las situaciones personales de las garantías estructurales y funcionales de la seguridad objetiva¹⁸².

Para ello se requiere la posibilidad del conocimiento del Derecho por medio de su publicidad. En este aspecto se ha de tener en cuenta que ni la numerosa cantidad de normas promulgadas, ni la rapidez con la que se legisla, justifica en modo alguno que exista merma de claridad, rigor o de coherencia, toda vez que las contradicciones e imprecisiones de las normas constituyen ataques al principio de seguridad jurídica¹⁸³.

De las consideraciones expuestas en los párrafos que anteceden, hemos llegado, a la ocasión de enunciar sucintamente el tema, apuntado en el planteamiento, naturalmente, orientado a la tesis que se sustenta, lo acotaremos de la siguiente manera: La necesaria transparencia del sistema normativo jurídico, que es presupuesto fundamental de la certeza del Derecho, se ve suplantada por su creciente

¹⁸¹ Ibidem, p. 59.

¹⁸² Cfr. Pérez Luño, Antonio-Enrique, *Seguridad jurídica*, Madrid (España), Ed., Trotta, 1996, p. 483.

¹⁸³ Respecto a las condiciones de corrección estructural, suelen aducirse las siguientes: *lex promulgata*, ya que la promulgación es esencial a la ley, pues sin ella no podría llegar al conocimiento de los destinatarios, condición necesaria para su cumplimiento; *lex manifesta*, que significa que las normas sean comprensibles, evitando expresiones oscuras, equívocas o ambiguas, que puedan confundir a sus destinatarios; *lex plena*, evitando las lagunas, pues un ordenamiento con vacíos normativos incapaz de colmarlos incumpliría el objetivo que determina su razón de ser: ofrecer una solución con arreglo a Derecho a los casos que plantea la convivencia humana; *lex stricta*, reservando la ley para las normas generales y abstractas promulgadas por el Parlamento; *lex previa*, esto es, seguridad en la vida social al posibilitar la previa calculabilidad de los efectos jurídicos de los comportamientos; y, *lex perpetua*, que otorga estabilidad. Ibidem, pp. 483-484.

opacidad, el Derecho positivo resulta inaccesible incluso para los propios especialistas, poniendo en riesgo el valor seguridad jurídica al permanecer normas inoperantes por falta de información. El problema de la certeza es el problema del individuo, considerado tal cual es él, rebelde a toda reducción universalista; se trata de la otra faceta de la seguridad objetiva; es decir, la proyección en las situaciones personales del reflejo en la conducta de los sujetos del Derecho, como destinatarios del mismo, que directa o indirectamente organiza su conducta presente y programa su actuación jurídica, en un sistema de precariedad y de incertidumbre, ausente de pautas de razonable previsibilidad.

Desde luego, que uno de los problemas atañe al aspecto operativo y pragmático, adelantando su debido análisis, por este motivo la técnica legislativa ha de encargarse no sólo de los aspectos meramente formales¹⁸⁴, sino de calidad material, de elaborar leyes susceptibles de ser cumplidas y evaluadas¹⁸⁵.

Por su parte, la igualdad se ve comprometida por la naturaleza particular de las normas jurídicas; la antigua generalidad y abstracción de los códigos, pensada como garantía de igualdad, cede paso ante regulaciones pormenorizadas y sectoriales, de forma que la ley ya no se refiere al "ciudadano" como destinatario indiferenciado de su regulación, sino a amplios grupos sociales (obreros, empresarios, profesores, deportistas, discapacitados, indígenas, desempleados, jubilados, religiosos, profesionistas).

¹⁸⁴ El primer parámetro para medir la corrección formal de la producción normativa habrá de ser la seguridad jurídica: "(...), la seguridad jurídica en un Estado compuesto no puede limitarse a considerar sólo al ciudadano. Si no se asegura también a los diferentes entes públicos con capacidad normativa una certeza mínima pero amplia en cuanto al ámbito de esa capacidad, difícil será que en el momento de aplicación de las normas pueda el correspondiente operador jurídico determinar a ciencia cierta la norma aplicable siendo, por ende, casi utópico, pensar que el ciudadano pueda conocer cuál es su situación frente al Derecho". Tudela Aranda, José, "La legitimación competencial de las leyes y la técnica normativa", *La técnica legislativa a debate*, op. cit., nota 170, p. 89.

¹⁸⁵ Uno de los tres requisitos clave de la evaluación normativa, como herramienta para alcanzar un mayor grado de solvencia y eficacia en la actuación de los poderes públicos, como para asentar las responsabilidades institucionales del Parlamento, Congreso o Asamblea, es el señalado por Josu Osés Abando <<Profundización de la técnica legislativa>>, indica que: "(...) debe propugnarse una ciencia de la legislación, que en países como Alemania van alcanzando desde hace tiempo una coherencia conceptual común que incluye la forma pero también el fondo de la ley, y su realización tanto en su etapa constitutiva como en la operativa posterior de la norma". Cfr. Osés Abando, Josu, "El control del cumplimiento de las normas", *La técnica legislativa a debate*, op. cit., nota 170, p. 289.

4.6. La complejidad del ordenamiento jurídico

4.6.1. Consideraciones generales

Por lo que concierne al ordenamiento jurídico, diversas filosofías y escuelas del pensamiento, lo han analizado; empero, el positivismo filosófico propone su formulación más coherente. En opinión de Norberto Bobbio "faltaba en el pensamiento jurídico el estudio del Derecho considerado no como norma aislada o como suma de normas aisladas, sino como ente unitario constituido por el conjunto sistemático de todas las normas"¹⁸⁶.

Previamente, a su conceptualización, el término tiene su origen en el pensamiento jurídico germánico e italiano; en Francia e Inglaterra, la expresión es imprecisa¹⁸⁷. Se atribuye a la escuela de Kelsen y sus seguidores la expresión más coherente del ordenamiento jurídico, con la "pretensión de dar unidad a un conjunto de normas jurídicas fragmentarias que producían un constante peligro de inseguridad y de arbitrio"¹⁸⁸.

Por consiguiente, la teoría del ordenamiento jurídico se basa en los tres conceptos fundamentales que a él se atribuyen: Unidad, coherencia y plenitud. La unidad como nota caracterizadora conduce al paradigma, porque en la concepción del Derecho, no es exclusiva del iuspositivismo, sino, también del iusnaturalismo. Esto constituye, dos posiciones muy diferentes que en la facticidad del Derecho se refleja en el problema de la concepción de la justicia; por un lado, y por otro, el concepto de ley, definidos en su categoría formal y material; aspectos que los operadores del Derecho en el interior del derecho positivo, necesariamente calificarán y aplicarán, situándose en la política legislativa. En síntesis, el ordenamiento jurídico, es un ente unitario constituido por el conjunto sistemático de todas las normas, lo establece el legislador; mientras que el sistema lo elabora, el

¹⁸⁶ Bobbio, Norberto, *El positivismo jurídico*, trad. de Rafael de Asís y Andrea Greppi, Madrid (España), Ed., Debate, 1993, p. 201.

¹⁸⁷ "Los franceses, para expresar de alguna manera el concepto de Ordenamiento jurídico, han recurrido a la expresión *ordre juridique* (el término es demasiado genérico), o bien el término *ordonnancement* (pero se trata de un neologismo); los ingleses recurren al término *system* (sistema), pero este término puede dar lugar a confusiones". *Ibidem*, p. 202.

¹⁸⁸ *Loc. cit.*

científico del Derecho. De lo anteriormente expuesto se colige la precisión de Antonio Hernández Gil, quien al analizar el estructuralismo como actitud metodológica, siguiendo el pensamiento de Luis Legaz y Lacambra, afirma que:

Kelsen con su conocida doctrina de la pirámide jurídica que constituye una descripción del sistema jurídico-normativo (...). Presenta la estructura lógica del derecho y su concepción escalonada, piramidal, del orden jurídico, esta muy próxima a una visión estructuralista (...). En rigor Piaget (...). No considera de modo alguno que haya (en la teoría de Kelsen) en ella ninguna manifestación del estructuralismo específico (...). El verdadero estructuralismo consiste en buscar la explicación de ese sistema en una estructura subyacente, que permite su interpretación en cierto modo deductiva y se reconstruye mediante la utilización de modelos¹⁸⁹.

Fijada la teoría anterior, resulta que todo ordenamiento jurídico no deriva únicamente de la mala calidad de cada norma considerada de forma aislada, sino también de la extraordinaria complejidad del ordenamiento, y ésta es consecuencia de dos circunstancias: de un lado, la superabundancia de normas o hipertrofia normativa; de otro, la diversidad de fuentes normativas, la proliferación de centros de producción normativa, e inclusive, falta de normatividad en el seno de las propias normas¹⁹⁰. A continuación apuntamos con más detalle estas circunstancias.

4.6.2. La hipertrofia normativa

En primer lugar, la proliferación excesiva de normas es un fenómeno derivado de la naturaleza intervencionista del Estado moderno; es decir, en la concepción "Estado democrático" y "Estado de Derecho", concebido en la teoría alemana éste último, misma que fue precedida por la inglesa (Estado monárquico); la francesa (Estado democrático); cabe mencionar que la teoría alemana define al Estado como persona jurídica, de esta forma el Estado se apoya en el Derecho, y a la vez, es el fundamento del Derecho.

El fomento, la prestación de servicios públicos y la ordenación de actividades, como consecuencia de la transformación de las tareas del Estado, conduce

¹⁸⁹ Hernández Gil, Antonio, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Madrid (España), Ed., Uguina-Meléndez, 1971, Vol. II, pp. 361-362.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 187.

inexorablemente a una producción normativa masiva dado que las normas cumplen la función de ser el medio de intervención de los poderes públicos. Por este motivo, el fenómeno cuantitativo de sobrenormación que parece imparable debe ser completado con una mejora en su aspecto cualitativo. La excesiva producción normativa es la causa directa de la defectuosidad de las normas, de su imprecisión técnica, de lo que Alain Viandier llama una "crisis de la legislación", e incluso de su posible incoherencia, sostiene que es una afirmación convenida que la técnica legislativa está en crisis: Las leyes son oscuras, frecuentemente ineficaces, su calidad se degrada cada vez más. También, se ha de tener presente que la corrupción de la técnica legislativa se agrava debido al envejecimiento de los grandes códigos del siglo pasado, así como por los numerosos y graves problemas de funcionamiento del proceso legislativo; *verbigracia*, la lentitud excesiva para la adopción de textos solamente técnicos, contrastada con la precipitación para la adopción de textos solamente políticos, y la ausencia de programación legislativa; la mencionada crisis de la legislación tiene sus causas y remedios, que no son fáciles de hallar, entre otras razones porque lo que Alain Viandier ha llamado también el "crepúsculo del arte legislativo" que atiende a dos perspectivas diferentes: la que se refiere al propio procedimiento legislativo y la que atiende a los aspectos formales de la ley (estructura, vocabulario, estilo); por eso propone una explicación parcial del fenómeno en la determinación de ciertas causas¹⁹¹.

Se critica no solamente la urgencia con la que hoy se legisla, sino que la producción legislativa, tal y como afirma Santiago Muñoz Machado, ha ido "formando poco a poco una masa, cada vez menos inteligible, dentro de la cual los aplicadores de las normas no pueden desenvolverse con facilidad ni discernir sin esfuerzo cuál es el derecho aplicable a un hecho, relación o situación jurídica determinados"¹⁹².

¹⁹¹ "1) El encuadramiento de la legislación dentro del movimiento de conquista de la justicia social. que supone que el legislador asume e intenta conseguir las reivindicaciones solicitadas por los diferentes grupos de interés sociales. Intervencionismo y democratización social alimentan la inflación legislativa. 2) La creación de oficinas o ministerios técnicos (finanzas, medio ambiente, urbanismo, protección civil), que significa que las leyes se elaboran por los técnicos que ven la norma jurídica como una variedad de las normas técnicas. 3) El arcaísmo de la preparación de las leyes: no hay estudios de factibilidad, ni evaluación de las incidencias, ni experimentación, ni balance coste-beneficios". Cfr. Viander, Alain, "La crise de la technique législative", *Droits, Revue Française de théorie juridique*, París (Francia), 1986, Núm. 4, pp. 75-79.

¹⁹² Cfr. Muñoz Machado, Santiago, *Cinco estudios sobre el poder y la técnica de legislar*, Madrid (España), Ed., Civitas, 1986, p. 16.

El crecimiento incontrolado y desordenado del material normativo conlleva como consecuencia la inmediata dificultad para conocer cuál es el Derecho aplicable, y más aún, cuál es el Derecho vigente (algunos bajo el esquema del positivismo práctico, pretenden agotar formalmente el conocimiento del Derecho, basados en la cuantificación del número de leyes promulgadas), para impedir la inseguridad sobre lo que es o no Derecho, debería determinarse en la norma misma una tabla de vigencias y de derogaciones. Sería conveniente, que se formularan al respecto directrices de técnica legislativa, dirigidas a lograr que los cambios que se producen en el ordenamiento por incorporación de nuevas normas, modificación de las existentes, derogación, suspensión o nulidad de éstas, se realicen con la mayor precisión posible, acompañados de disposiciones transitorias o de acoplamiento¹⁹³.

La extensión de la legislación ha alcanzado límites que hacen insuficiente el tradicional medio de información: la imprenta; no obstante, todas las normas jurídicas son impresas, de hecho se hace cada vez más difícil localizar la norma que interesa. Esta dificultad aumenta la confusión legislativa, porque el primero en sufrir sus consecuencias es el órgano legislativo, el cual, en el momento de dictar una norma no está en condiciones de indicar taxativamente cuáles son las normas anteriores que deroga¹⁹⁴, bajo este criterio, hoy en día comienzan a cobrar importancia destacada los estudios sobre la aplicación de los ordenadores en el campo del Derecho. Se considera que la aplicación de técnicas de información automatizada será el futuro de una buena técnica de la legislación mediante la conversión, archivo y transmisión de las palabras de la ley al lenguaje informático¹⁹⁵.

Mediante el uso de sistemas de automatización informática, la proliferación legislativa probablemente no será eliminada, pero sí al menos racionalizada; para ello es necesario que el órgano legislativo indique claramente a qué normas viejas sustituyen las nuevas y sobre la base de estas últimas se corregirá el programa, generando certeza jurídica.

¹⁹³ Cfr. Sainz Moreno, Fernando, "Técnica normativa: visión unitaria de una materia plural", *La técnica legislativa a debate*, op. cit., nota 170, pp. 35.

¹⁹⁴ Véase Losano, Mario G., *Los grandes sistemas jurídicos. Introducción al Derecho europeo y extranjero*, op. cit., nota 143, pp. 343-344.

¹⁹⁵ Cfr. Losano, Mario, *La informática y el análisis de los procedimientos jurídicos*, trad. de A. Elvira, Cuadernos y Debates, Madrid (España), Ed., Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

No es suficiente con la promulgación de la norma para que ésta cumpla su función, sino que además debe ser conocida por sus destinatarios¹⁹⁶, por lo cual ha de ser publicada¹⁹⁷. Pero no sólo esto, sino que además debe ser "comprensible" o comunicativa.

Empero, la publicación de una ley hoy en día no es garantía de su conocimiento debido a la complejidad de nuestro ordenamiento jurídico en el que se superponen normas sin determinar las derogaciones expresas; se promulgan normas en exceso, produciendo antinomias, redundancias, lo que da lugar a que el multicitado principio de "ignorantia iuris non excusat" deba ser entendido, como Vittorio Frosini, afirma: "en el sentido de que la ignorancia de las leyes por parte de quien está obligado a cumplirlas no le exime de la aplicación de las consecuencias legales que determina el magistrado, que es quien conoce la ley"¹⁹⁸.

El Derecho proporciona seguridad cuando se puede saber con certeza cuál es la zona de actuación legal. Por ello, Elías Díaz señala que una importante tarea de política legislativa a la que se debería prestar más colaboración, consiste en:

Perfeccionar al máximo esa información con una suficiente difusión que reduzca al mínimo la ignorancia del Derecho; y la de incrementar las posibilidades para una mayor comprensión de aquél, con un aumento de la formación jurídica general, haciéndolo, a su vez, más asequible para todos (construyendo, por ejemplo, un lenguaje más apto para la comunicación, un lenguaje que no pierda por ello el rigor y la coherencia lógica que, al propio tiempo, debe poseer el lenguaje técnico de los juristas). También una mejor enseñanza del Derecho para los profesionales del mismo en las Facultades universitarias- puede contribuir eficazmente a esa tarea¹⁹⁹.

Esta situación se traduce en un menoscabo de la eficacia del ordenamiento jurídico, muchas de cuyas normas permanecen de facto inoperantes por falta de

¹⁹⁶ "El sentido de la ignorancia del Derecho en la sociedad democrática no es otro que el de garantizar los principios de validez y eficacia del Derecho. Esa garantía requiere la sujeción general de los poderes públicos y de todos los ciudadanos al ordenamiento jurídico y, consiguientemente, la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley". Pérez Luño, Antonio Enrique, *La seguridad jurídica*, Barcelona (España), Ed., Ariel, 1991, p. 77.

¹⁹⁷ Cfr. Biglino Campos, Paloma, *La publicación de la ley*, Madrid (España), Ed., Tecnos, 1993; Salvador Coderch, Pablo, "La publicación de las leyes", *Gretel, Curso de Técnica Legislativa*, Cuadernos y Debates, Madrid (España), 1989, núm. 14, pp. 201-230. Asimismo, Sainz Moreno, Fernando, "La publicidad de las normas", *La Protección Jurídica del Ciudadano, Estudios en homenaje al prof. Jesús González Pérez*, Madrid (España), Ed., Civitas, 1993, pp. 121-146.

¹⁹⁸ Frosini, Vittorio, *La letra y el espíritu de la ley*, trad. de Carlos Alarcón Cabrera y Fernando Llano Alonso, Barcelona (España), Ed. Ariel, 1995, p. 45.

¹⁹⁹ Díaz, Elías, *Sociología y Filosofía del Derecho*, op. cit., nota 81, pp. 39-41.

información, y amenaza seriamente el principio de seguridad jurídica. El flujo incesante de normas, cuyo conocimiento es imprescindible para un adecuado funcionamiento del sistema jurídico, hace casi imposible su discernimiento incluso para los propios especialistas²⁰⁰. La ley ya no es fruto de la voluntad política representativa de la voluntad general, sino obra de los tecnócratas, de los prestigiados de asesoramiento gubernamental. Los economistas y científicos expertos desplazan al jurista en el momento de la legislación²⁰¹, por este motivo se considera que las normas técnicas²⁰² acaban suplantando, o si no al menos complementando, a las normas jurídicas; *verbigracia*, el derecho ecológico, el reprimido derecho de la protección civil, el derecho de las normas oficiales mexicanas, y en un futuro cercano el derecho médico, donde hoy en día la mayor parte de los textos legales y reglamentarios son redactados por ingenieros, médicos, contadores públicos, con un alto grado de tecnicismo²⁰³.

4.6.3. La pluralidad de fuentes normativas

Por otra parte, la segunda circunstancia apuntada que da lugar a la complejidad del ordenamiento jurídico es la concurrencia de diversidad de fuentes normativas. Se puede afirmar que la internacionalización de la vida económica, social

²⁰⁰ En este sentido se afirma que "la mutación estructural de la producción jurídica y el número siempre creciente de disposiciones anulan, en primer término, cualquier posibilidad de conocer con precisión las normas de comportamiento jurídicamente vinculantes que regulan la vida de los individuos. Incluso donde se consigue contar con sólidos indicios, queda siempre abierta la posibilidad de conflicto con otras disposiciones no conocidas. Opacidad e incertidumbre han devenido, por tanto, atributos evidentes del ordenamiento normativo". Véase Simitis, Spiros, "Crisis de la información en el Derecho y sistemas automatizados de documentación jurídica", *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica*, trad. de Antonio-Enrique Pérez Luño, Madrid (España), Ed. Tecnos, Fundación Cultural Enrique Luño Peña, 1987, p. 54.

²⁰¹ Cfr. Atienza, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid (España), Ed., Civitas, 1997, p. 61.

²⁰² Sobre este punto, véase Huerta Ochoa, Carla, "Las normas oficiales mexicanas en el ordenamiento jurídico mexicano", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1998, nueva serie, Año XXXI, Núm. 92, mayo-agosto.

²⁰³ Cfr. Charbonneau, "Norme juridique et norme technique", *Archives de Philosophie du Droit*, Paris (Francia), 1983, XXVIII, p. 283.

y política; los procesos de descentralización política, obligan a los Estados a transferir competencias a organizaciones tanto supraestatales como infraestatales²⁰⁴.

Se configuran centros de poder alternativos y concurrentes al del Estado, tanto en el nivel interno como externo. Pero no sólo esto, sino que se consideran como órganos creadores de disposiciones jurídicas no únicamente a los legisladores, sino también a todos aquellos operadores jurídicos²⁰⁵ que actúan en la sociedad a través del Derecho: jueces, funcionarios de la Administración Pública. La ampliación de los sujetos formalmente habilitados o de hecho llamados a participar en el proceso de formación de la norma está en gran parte determinados por el hecho de que la producción legislativa incide directamente en la distribución de rentas y recursos; consecuentemente, tiene unos efectos directos e inmediatos en estos planos²⁰⁶.

Actualmente, se presenta el problema de la tesis de los usuarios de la legislación en desplazamiento de los formuladores de leyes, aspecto derivado por la internacionalización de la economía, surgiendo de esta manera la tesis de la adopción legislativa o importación de normas jurídicas de otros países o sistemas jurídicos, como de facto ocurrió en nuestro país, hace algunos años, mediante la imposición de mecanismos jurídicos extranjerizados²⁰⁷, en instituciones jurídicas mexicanas; *verbigracia*, tratándose de los medios de protección judicial. La situación

²⁰⁴ Cfr. Zapatero Gómez, Virgilio, "Producción de normas", *Filosofía Política II, Teoría del Estado*, Madrid (España), Ed. Trotta, 1996, pp. 161-162.

²⁰⁵ En México, la tendencia de que el Poder Judicial, en el orden Federal, tenga la facultad de iniciar leyes, pretende actualizarse: "El Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Juventino Castro, insistió ante legisladores de la Comisión Jurisdiccional del Congreso de la Unión sobre la urgencia y necesidad de que el Poder Judicial tenga la facultad de iniciar leyes; es decir, que pueda presentar ante el Senado o la Cámara de Diputados iniciativas de ley. Aseguró que si el Poder Judicial inicia leyes no sería una facultad inconstitucional, porque cualquier modificación que proponga deberá aprobarse por las dos terceras partes de los legisladores de la Cámara de Diputados, de la Cámara de Senadores y por los Congresos locales". Afirmando que: "El Poder Judicial desea iniciar leyes, para proponer una idea", sobre todo en los casos de su competencia. "Si la Corte no tiene facultad iniciar leyes, tiene que buscar padrinos ya sea a través del Ejecutivo o con legisladores". añadió el Ministro, "si no convence a los representantes del pueblo no pasa". Guarneros, Fabiola, "Si no propone leyes, la SCJN tiene que buscar padrinos: Castro", *El Universal*, México, 2001, lunes 14 de mayo, p. 13.

²⁰⁶ Cfr. Maestro Buelga, Gonzalo, "Negociación y participación en el proceso legislativo", *Revista de Derecho político*, op. cit., nota 179, p. 88.

²⁰⁷ "Pero independientemente de que ello acontezca, la sola proclamación de nuestro juicio constitucional como el mejor sistema de tutela del gobernado, significa una gloria legítima para México y su generosa y trascendental contribución para el aseguramiento de la dignidad y libertad del hombre, en las que se finca la cultura, el bienestar y el progreso del mundo occidental". Véase Burgoa Orihuela, Ignacio, *El Juicio de Amparo*, 34ª ed., México, Ed., Porrúa, 1998, p. 31.

brevemente descrita, genera otra; la cooperación normativa, que se traduce en la copia de legislación, dada la exigencia desigual de la competitividad del mercado nacional en el contexto internacional. De acuerdo con lo anterior, se presenta con la vigencia del Tratado de Libre Comercio entre México, Estados Unidos de América y Canadá, del reciente Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea; y la presunción de un futuro Tratado de Libre Comercio con países Asiáticos (Japón, Corea y China).

Tratándose de la tramitación de los tratados, convenios, acuerdos y demás instrumentos internacionales, resultaría elocuente e impactante al sistema de fuentes, la siguiente afirmación:

- tales tratados no sólo son normas de Derecho interno sino que, incluso ocupan un lugar preeminente en nuestro sistema de fuentes, por encima de la propia ley;
- el gobierno, en el mejor de los casos, participar en la negociación del texto como una voz más y, en ocasiones, se limita a adherirse a un texto redactado por otros Estados u otros organismos internacionales y, por tanto, ya consolidados.
- El parlamento en muchos casos (325 de los 869 instrumentos finalmente presentados a las Cámaras) únicamente es informado a posteriori por el gobierno. En el resto de los supuestos, el Parlamento puede autorizarlos o rechazarlos, aun cuando no hay un solo caso en esta década de rechazo²⁰⁸.

La consecuencia de facto que de tal pluralidad de fuentes normativas, aparecen en la articulación y unificación que se realiza en el conocimiento y comprensión del Derecho; desde perspectivas: técnico (funcionamiento); jurídico (configuración); político (surgimiento); es decir, en la valoración técnica y en la valoración jurídica.

²⁰⁸ Cfr. Zapatero Gómez, Virgilio, "Producción de normas", *op. cit.*, nota 204, p. 166.

SEGUNDA PARTE
ESTRUCTURA GENÉTICA, Y OPERATIVIDAD DEL
SISTEMA NORMATIVO JURÍDICO

"La ley es una obra de arte y quizás sea la más trascendental del espíritu humano. Su elaboración debe obedecer a un concienzudo estudio, sobre la materia que deba normar y a la estructuración lógica de sus disposiciones. La confección de una ley no debe ser el resultado de la improvisación, de la ignorancia, o de la falta de metodología jurídica. Por ello, las buenas leyes, en general, son obra de los jurisconsultos, que son sus artífices. En cambio, las malas leyes, contradictorias, vagas y confusas, provienen de criterios excesivamente especializados que, aunque conozcan el árbol, su estrecho campo epistemológico les impide ver el bosque".

Ignacio Burgoa Orihuela

(El jurista y el simulador del Derecho, p. 43)



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

CAPÍTULO QUINTO

LA CREACIÓN DEL DERECHO

SUMARIO: 5.1. Introducción. 5.2. Como proceso de adopción de decisiones. 5.3. La ratio legis y ratio decidendi.

5.1. Introducción

El Derecho, en el nivel organizativo, es un gran esfuerzo planificador, un inmenso programa de ingeniería social, destinado a crear las grandes metas y objetivos, en una multiplicidad de relaciones sociales concretas. La dirección de esta ingeniería social, así como el cumplimiento de la planificación en que el Derecho, a fin de cuentas consiste, se halla en la estructura política. La estructura política es una subestructura de la organización social general, destinada a dar carácter propiamente estructural al tejido social²⁰⁹. En la denominada intersección entre organización y Derecho, existen varios puntos de interés que son: el *sistema de producción del Derecho*, el *sistema de aplicación*, y la *organización del Derecho objetivo en sí mismo considerado*.

Es este orden, podemos referirnos al primer aspecto exclusivamente; la producción del Derecho (denomínese material jurídico, legislación, normas jurídicas), adelantando, un poco el tópico de los operadores del Derecho, orientado al legislador, principalmente, sin dejar la articulación con el juzgador.

²⁰⁹ En su conocida obra sobre el ordenamiento jurídico, Santi Romano, expuso con encomiable claridad que el Derecho es un fenómeno, por una parte inherente a la propia organización social, lo que se resume en su conocido aforismo *ubi societas, ibi ius*, y, por otra, el Derecho es, en sí mismo organización, define al ordenamiento jurídico como organización y estructuración del todo normativo, con arreglo a unos principios. Cfr. Romano, Santi, *El ordenamiento jurídico*, trad. de Sebastián y Lorenzo Martín-Retordillo, Madrid (España), Ed., Instituto de Estudios Políticos, 1963.

En consecuencia, la teoría de la organización en sus grandes claves y distintas conjugaciones de los infinitivos planificar, organizar, dirigir y controlar, orienta los elementos comunes a las organizaciones, y presumiblemente el Estado no escapa a su ámbito de aplicación. El sistema de producción del Derecho (de la norma jurídica) tiene sentido normativo, y como tal, ha de distinguirse de una proposición enunciativa, que contiene una afirmación de hecho, o, de una constatación. Es preciso distinguirla de proposiciones que contienen enunciados sobre el derecho vigente, en los que se habla de normas jurídicas. En este sentido, se distinguen dos momentos que necesariamente comparten las características de la misma: 1) la creación de normas jurídicas; y 2) la aplicación de normas jurídicas.

Centrándonos ahora en la creación del Derecho, en el pensamiento de Luis Recaséns Siches, la primera precisión que cabría hacer, tras lo dicho, es que debe advertirse que la producción del Derecho²¹⁰ no sigue el camino consistente en que el legislador, *verbigracia*, comience por meditar sobre la justicia, descubrir la idea de ésta, derivar luego de la misma conclusiones en forma de principios generales; proceder después a deducir consecuencias de esos principios generales; y, por fin, aplicarlos a una especie de sistema jurídico. Esto es, la producción del Derecho no se desenvuelve desde arriba hacia abajo por vía de deducciones, mediante la construcción de un sistema. Por el contrario, incluso en la producción del Derecho se parte de la experiencia jurídica²¹¹. El legislador como el juez deben tratar de anticipar mentalmente cuáles vayan a ser con probabilidad los efectos reales de las normas que dicten. La experiencia jurídica es no sólo la fuente que dispara la producción del Derecho, tanto de la legislación como de la jurisprudencia, sino que es además, la

²¹⁰ Véase, en este sentido, Carnelutti, Francesco, *Cómo nace el Derecho*, trad. de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerraredón, Buenos Aires (Argentina), Ed., Jurídicas Europa-América, 1959. Asimismo, Heck, Philipp, "El problema de la creación del Derecho", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid (España), Ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, Núm. 58, pp. 391-394.

²¹¹ "La experiencia jurídica estimula al encargado de fabricar las normas generales (por el legislador) o individualizadas (por el juez o por el funcionario administrativo), a ponderar los factores en conflicto, y a hacer esto a la luz de unos criterios estimativos; pero, al mismo tiempo a la luz de las posibilidades efectivamente viables de la realidad social concreta que cada momento y lugar ofrezcan". Véase Recaséns Siches, Luis, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica "razonable"*, *op. cit.*, nota 89, p. 103.

fuente que estimula los programas o ideales axiológicos concretos, concebidos por el filósofo o formulados por el político.

En definitiva, podemos adoptar la tesis y afirmar que en las funciones de la vida humana y, por consiguiente, en los productos humanos o culturales, y entre ellos la producción del Derecho, legislado o jurisprudencial, cabe un más y un menos de actualización ontológica²¹². Como se infiere, el acto de producción del Derecho, tiene efecto directo, sin duda, en la certeza y seguridad jurídica, presenta un valor funcional, condicionante para el cumplimiento de los valores de justicia y bien común.

Intentaremos, ahora, revisar algunos aspectos sobre la creación del Derecho que consideramos han sido clarificadores y también innovadores en la discusión sobre este problema, sin dejar previamente de intentar concretar el objeto de nuestro análisis.

5.2. Como proceso de adopción de decisiones

En el ámbito del Derecho, y en general de la dinámica del Estado, cobran particular importancia las técnicas de apoyo a la adopción de decisión, al respecto, son aplicables tres principios dados por Louis Allen:

Definición: Sólo se puede tomar una decisión lógica cuando el problema real ha sido definido con anterioridad. Contra todo lo que pueda parecer, detectar los problemas reales no siempre es fácil, puesto que nuestra visión de los mismos está muy condicionada por motivaciones, prejuicios e imperativos culturales, que a menudo nos hacen parecer como evidente una visión deformada de la realidad.

Prueba suficiente: La validez de una decisión lógica depende de la veracidad de las pruebas en que se basa, antes de adoptar decisiones hay que reunir y verificar todos los datos relevantes para ello.

Identidad: Los mismos hechos parecen ser distintos, según el punto de vista y el momento en que se observen. Para comprobar la validez de nuestros datos debemos utilizar puntos de vista distintos y determinar el significado del momento en el cual sucedieron²¹³.

²¹² *Ibidem*, p. 456.

²¹³ Allen, Louis, *Teoría y práctica de la dirección profesional*, tomado de apuntes del curso "Análisis de decisiones", Licenciatura en Administración de Empresas, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey (ITESM), México, 1993, agosto-diciembre.

Referente a la producción del Derecho, en uno de sus momentos, la organización de la función legislativa, se centra en el procedimiento legislativo, a partir de diagramas de flujo y de la programación reticular (PERT). Al respecto, Mario G. Losano afirma que: "La fortuna de mi propuesta no ha sido arrolladora. Ignorada por los políticos ha tenido una buena acogida entre los funcionarios, especialmente los regionales"²¹⁴.

La aplicación de los diagramas de flujo al procedimiento legislativo, y, a los contenidos procedimentales de una ley, es posible y adecuada, aunque no resulta en cambio para las normas sustantivas, cuya formación requiere otra metodología. Empero, en el ámbito normativo-procedimental tiene algunas ventajas considerando que "de este modo, el PERT aplicado al iter legislativo identifica los puntos en los que el procedimiento jurídico permanece al arbitrio de la burocracia o de los cuerpos representativos. La interconexión entre Derecho y política se esclarece así y puede escogerse el instrumento adecuado para intervenir"²¹⁵. Resulta necesario determinar cuidadosamente las ventajas:

1. Constituye un resumen muy claro de la ley, lo cual facilita una redacción menos enrevesada²¹⁶;
2. Permite detectar las incongruencias y lagunas de la ley;
3. Hace posible que se verifiquen las consecuencias de una enmienda sobre la entera estructura lógica de la norma;
4. Facilita la delimitación de responsabilidades, sobre todo políticas, cuando se hayan elaborado leyes técnicamente deficientes.

²¹⁴ Losano, Mario G., *La informática y el análisis de los procedimientos jurídicos*, trad. de A. Elvira, Cuadernos y Debates, Madrid (España), Ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991, p. 14.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 157.

²¹⁶ "En el sentido de difícil, intrincado, oscuro o que con dificultad se puede entender". Cfr. Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, *op. cit.*, nota 22, "Voz: revesado", p. 1793.

Al analizar el iter legislativo, Mario G. Losano proporciona el cuadro siguiente²¹⁷:

Fase iter legislativo	Técnica prevalente	Resultado inmediato
Individualización de necesidades sociales de regulación jurídica	Política, Sociología	Medidas para satisfacer la necesidad individualizada: especificación de los efectos conexos pero no siempre evidentes
Recepción política de las necesidades individualizadas (partidos políticos, grupos de presión, movimientos espontáneos): preparación del articulado	Sociología	Inclusión de la necesidad y de las medidas para satisfacerla en un programa de partido o de movimiento; inicio del control de las técnicas de implementación
Control sobre la formación del articulado; su transformación en proyecto de ley	Legística	Formulación lingüísticamente correcta de la norma y estructuralmente coherente del procedimiento
Discusión del proyecto de ley por el órgano legislativo; enmiendas al texto	Derecho	Enmiendas en Pleno controladas sobre el diagrama de bloques del proyecto de ley
Tras la aprobación formal del proyecto de ley, nuevo control sobre su formulación y estructura	Legística	Reformulación correcta de la norma y del procedimiento, teniendo en cuenta las enmiendas en Pleno
Promulgación del texto legislativo; su inclusión en la recopilación oficial y en el banco de datos informatizado del procedimiento aprobado	Informática	a) Traslado de los datos legislativos al sistema de información b) Predisposición de los recursos informáticos y organizativos para automatizar el procedimiento aprobado

En síntesis, el *iter* legislativo presupone la identificación de necesidades²¹⁸, la recepción política de las necesidades, la formulación del proyecto de ley y trámite parlamentario, el *output* del procedimiento legislativo.

El proceso de adopción de decisiones admite el problema de determinar el criterio reconocido por las instituciones de un sistema y por las normas jurídicas. Es una cuestión de elucidar la noción de decisión²¹⁹ y de justificación. Las decisiones institucionales, como género, tienen como resultado la enunciación de una norma, general o particular, se refieren al acto lingüístico en principio, que consiste en promulgar una norma. Dentro de la clase de estas decisiones, las decisiones judiciales pertenecen a la subclase cuyos resultados son normas particulares. Pero

²¹⁷ Losano, Mario G., *La informática y el análisis de los procedimientos jurídicos*, op. cit., nota 214, p. 49.

²¹⁸ Al respecto, se afirma que: "el mundo jurídico esta formado de continuas <<intenciones de valor>>, que inciden sobre una <<base de hechos>>, reflejándose en varias proposiciones o direcciones normativas, una de las cuales se convertirá en norma jurídica en virtud de la interferencia del Poder". Véase Reale, Miguel, *Teoría Tridimensional del Derecho. Una visión integral del Derecho*, op. cit., nota 139, p. 124.

²¹⁹ Véase, en este sentido, Caracciolo, Ricardo A., *Sistema Jurídico. Problemas actuales*, Madrid (España), Ed., Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pp. 73-74.

una decisión de este tipo no conduce a la producción de una norma, solamente por las intenciones de los individuos actuantes o por las formas lingüísticas utilizadas. Es preciso, que la decisión haya sido adoptada por individuos competentes, de acuerdo a un sistema normativo determinado; es decir, adoptándose un criterio de pertinencia. Pero en este contexto, la expresión es ambigua "por un lado, se designa con ella el acto de la formulación de una norma, por otro, al resultado del acto, es decir, el contenido de la decisión"²²⁰. Empero, el problema de la decisión es entendido simplemente como una cuestión normativa.

De una u otra manera la referida intersección entre organización y Derecho, se presenta dentro del sistema de justicia, se trata de una exigencia de predecibilidad, en el sentido de Aulis Aarnio "sólo decisiones predecibles permiten una planeación social con sentido"²²¹. Así, el resultado sólo puede alcanzarse si el mismo procedimiento del razonamiento cumple con ciertos criterios de racionalidad. Es decir, para evitar la arbitrariedad y situarse en el marco de protección jurídica, se exige un procedimiento racional de decisión, la exigencia de racionalidad²²² puede también denominarse certeza jurídica.

5.2.1. Los órganos de creación jurídica y la jurisprudencia técnica

Desde la perspectiva de la jurisprudencia técnica se plantean algunas reflexiones a propósito del *iter jurisprudentia*, a fin de concretar algunos conceptos que justifican la vinculación de la creación del Derecho y su aplicación en su inagotable potencialidad. La aplicación de una norma cuando ésta ha sido establecida sin respetar la ecuación fines realizables es igual a medios disponibles; cuando al elaborar dicha norma, no se conjuntaron debidamente la desigual manera de ver y de hacer las cosas que tienen quienes; desde un plano de idealidad legislan, y quienes, al duro contacto con la realidad aplican. Al respecto, Rudolf von Ihering, afirmaba tratándose del legislador "no pretendas hacer imposible ante el Derecho lo que, ante la vida, es

²²⁰ *Ibidem*, p. 75.

²²¹ Véase Aarnio, Aulis, *Derecho, Racionalidad y Comunicación Social. Ensayos sobre Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, nota 173, p. 38.

²²² *Loc. cit.*

necesario, porque es el Derecho el que debe estar ordenado a la vida y no la vida al Derecho".

Cuando en este orden de exigencias prácticas no es inicialmente respetado por el legislador o simplemente es roto, después por la natural dinámica de las cosas, el deber de obediencia cesa, tanto para el obligado a aplicar la norma, como para el obligado a soportar sus mandatos, por la acción combinada y potenciada de los principios: *rebus sic stantibus* y *cesante ratione legis, cessat lex ipsa*.

La acelerada dinámica social, económica y tecnológica que, según se observe, esta conduciendo al legislador, en su loable deseo de permanecer constantemente sincronizado con ella y con sus nuevas y cambiantes exigencias, a dos situaciones extremas:

1. Recurrir a la legislación motorizada, que por su falta de fijeza y mutabilidad, crea inseguridad y hace cada vez más incierto el Derecho;
2. Abdicar de su función ordenadora de la vida social en beneficio de los ejecutores y aplicadores de la ley, provocando abuso de poder.

Por tal causa y motivo, se vive un proceso de degradación de la legislación con diversas manifestaciones, todas ellas, con clara tendencia y finalidad según la política legislativa definida. Al respecto Joaquín Costa piensa que:

El legislador no tiene derecho a mandar aquello para que el pueblo explícita o implícitamente no le autoriza, y seguramente que no le había autorizado para mandar lo dispuesto en una ley que el pueblo no cumple o deja de caer en desuso. El legislador es un representante, es un órgano, es un criado, es un escribiente, es una mano que escribe al dictado del pueblo: cuando esa mano, cuando ese escribiente se rebela y escribe cosa distinta de lo que le dictó su amo, lo he dicho ya, el amo se llama a engaño y niega su firma y su sanción a lo escrito, ni más ni menos que lo que ese mismo legislador como persona privada hace con sus amanuenses, secretarios o apoderados cuando exceden el límite de los poderes que les confirió, -cuando por negligencia, por ignorancia o por malicia interpretan mal sus instrucciones, su dictado, su voluntad²²³.

La doctrina no ha podido acordar la acepción estricta y específica que debe tener el concepto de creación del Derecho. Hay diversidad de definiciones y opiniones sobre lo que debe entenderse por ley, como género y producto de los

²²³ Costa, Joaquín, *El problema de la ignorancia del Derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre*, op. cit., nota 67, pp. 92-93.

órganos de creación jurídica. Existen diversas perspectivas para determinar los elementos, las condiciones y requisitos necesarios de configuración y función de los citados órganos; establecemos aquí el límite orientado a la decisión jurídica extrasistemática; es decir, al legislador originario. El concepto de ley formal implica varios supuestos que definen su lugar en el sistema de fuentes, y la configuración del órgano capaz de producirla. Consiste, en una categoría jurídica positivizada por el aparato jurídico-político. Al efecto, Carlos de Cabo Martín, sostiene que "se apuntan, por tanto, los dos supuestos políticos de ese nuevo Derecho revolucionario: en primer lugar, que la ley es la expresión de la voluntad general y, en segundo lugar, que esta voluntad general se forma y expresa únicamente a través del cuerpo legislativo"²²⁴.

Se trata de las consecuencias de los supuestos políticos, se introduce un elemento absolutista al concebir que la abstracta soberanía se concreta a través del cuerpo legislativo. De esta forma, desaparecen los demás centros de poder y productivos del Derecho ante el pleno poder unificado en el legislador. Pero, los supuestos políticos se convierten en supuestos jurídicos²²⁵. Continúa diciendo Joaquín Costa:

No, no es su soberanía lo que el pueblo transfiere por el hecho de votar a tal o cual vecino o ciudadano el día de las elecciones; como no renuncia su personalidad civil, como no renuncia ni suspende su capacidad jurídica ni su facultad de obrar el individuo cuando confiere poder a uno de sus amigos para que obren por él y le representen en determinados actos, juicios, ventas, transacciones, cobros, casamientos, licencias, donaciones, actos de conciliación, etc.: nombra concejales, diputados, senadores, para que se constituyan en órganos de expresión, intérpretes de su conciencia jurídica, y la traduzcan en normas prácticas apropiadas a la satisfacción de las necesidades que al derecho toca satisfacer, pero conservando íntegra y en ejercicio su personalidad, y por tanto su potestad soberana, que es inalienable, y con ella el poder de iniciativa para legislar directamente por sí, y, dicho en términos más generales, para elaborar en persona derecho positivo. En esto no cabe ya dudar: donde la duda podría suscitarse es en la tesis contraria: si no será única, por ventura, en cuanto al contenido de la ley, la iniciativa social, debiendo el legislador limitarse a ser artista y como retocador de las elaboraciones consuetudinarias de la colectividad; o podrá, por el

²²⁴ Cabo Martín, Carlos de, *Sobre el concepto de ley*, op. cit., nota 28, p. 30.

²²⁵ "1) La ley únicamente es decisión del cuerpo legislativo, con independencia de su contenido; 2) No existe autoridad alguna superior a la ley, con lo que los órganos del Estado ya no tienen poder sino competencia en los términos que la ley se la atribuya; 3) Sólo en nombre de la ley puede exigirse la obediencia; de manera que la nueva legitimidad es la legalidad". *Ibidem*, p. 31.

contrario, dicho legislador oficial pensar también por sí, ponerse alguna vez delante²²⁶.

El proceso dialéctico entre los órganos de creación del Derecho y la jurisprudencia técnica, se actualizan en el concepto de interpretación jurídica. En este sentido, Rolando Tamayo y Salmorán, al referirse a la jurisprudencia técnica, afirma que "se refiere al problema de interpretación jurídica, problema que si no agota la ciencia jurídica dogmática sí constituye su aspecto más fundamental, explica en qué consiste la interpretación haciendo hincapié en la diferencia entre lenguaje jurídico prescriptivo y jurídico descriptivo. Además, se refiere a las diferentes escuelas de interpretación, mostrando sus aspectos más relevantes"²²⁷. Así, la interpretación jurídica (*interpretatio prudentium*) muestra una característica específica: supone reglas exclusivas de interpretación²²⁸. Empero, no es monopolio exclusivo de los órganos aplicadores del Derecho²²⁹, sino de actos o voliciones humanas que establecen otros materiales jurídicos, que progresivamente constituyen el orden jurídico; esos materiales jurídicos son parte de la experiencia jurídica.

Por ello —como concluye Francesco Carnelutti— la materia jurídica es el complejo de las normas jurídicas, y estas son normas del obrar puestas por el hombre. Respecto a ella, el arbitrio del legislador tiene sus límites. En otras palabras "también el legislador, si bien impone leyes a los hombres, obedece a las leyes de la naturaleza (...). Son, pues, las reglas que están sobre el derecho, las que buscamos para enseñar a construir, a maniobrar, a observar las reglas que están dentro del derecho; en otros términos, buscamos la ley de la ley"²³⁰.

²²⁶ Véase, Costa, Joaquín, *El problema de la ignorancia del Derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre*, op. cit., nota 67, pp. 96-97.

²²⁷ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una Teoría General del Derecho (introducción al Estudio de la Ciencia Jurídica)*, op. cit., nota 41, p. 16.

²²⁸ "Este último argumento conduce a la tesis de que el Derecho, o mejor, el lenguaje en el que el Derecho se formula, se distingue claramente del lenguaje común (del cual toma su vocabulario) en la medida en que se interpreta y se reformula según un metalenguaje diferente al del lenguaje común. La idea que subyace detrás de esta tesis es que la jurisprudencia es justamente la actividad que consiste en "encontrar" y aplicar las reglas de interpretación del lenguaje del derecho. <<La lectura jurídica de un enunciado del derecho no puede hacerse más que con la ayuda de las reglas del metalenguaje del Derecho>>". *Ibidem*, p. 344.

²²⁹ Cfr. "Los sistemas de interpretación", *Ibidem*, pp. 357-384.

²³⁰ Carnelutti, Francesco, *Metodología del Derecho*, op. cit., nota 25, p. 19.

El proceso de degradación de la legislación implica entre otras situaciones, el lenguaje de decisión jurídica en el legislador, el lenguaje de la decisión abstracta y general, dirigida a ordenar al Estado como una totalidad armónica. Los órganos de creación del Derecho, no quedan exentos de las implicaciones del lenguaje. Se menciona el lenguaje legal, el lenguaje normativo, el lenguaje de los juristas, se conviene en:

La existencia de un lenguaje legal presidido por las reglas de la economía, la seguridad y la funcionalidad comunicativa, y caracterizado por el léxico específico que tiende a la precisión, por ciertas preferencias en la formulación de las palabras, por determinados rasgos morfosintácticos y características de estilo (predominio de los enunciados prescriptivos, impersonalidad, cortesía, cierta fraseología...), e incluso por ciertas fórmulas estructurales en la manifestación de los textos (título, preámbulo, articulado, disposiciones adicionales, finales (...))²³¹.

Es este contexto, el legislador habla al pueblo, a los ciudadanos, a los aplicadores del Derecho. Los paradigmas del Estado de Derecho, definirán que el principio de seguridad jurídica también abunda en la claridad de las normas, pero aún más en su certeza; claridad y certeza evocan ideas afines, pero no son exactamente la misma cosa. La certeza es más bien precisión, y la precisión claridad técnica. La expresión del Derecho (saber y experiencia jurídica), no puede renunciar al acervo conceptual ni a la precisión semántica, depositados en su lenguaje especial. Empero, existen inconvenientes, el lenguaje legal no responde a las virtudes de claridad, precisión y corrección lingüística. Dicho lenguaje se degrada "imperceptiblemente hacia una jerga de grupo en la que se entienden, o pretenden entenderse, los operadores jurídicos"²³².

5.2.2. La resolución implícita del legislador

Ante una realidad compleja y en continuo cambio ¿qué será preferible, arriesgarse a solucionar por vía general y abstracta, desde la propia norma reguladora

²³¹ Prieto de Pedro, Jesús, "Los vicios del lenguaje legal. Propuestas de Estilo", *La calidad de las leyes*, coords. Fernando Sáinz Moreno y Juan Carlos Da Silva Ochoa, Vitoria-Galsteiz (España), Ed., Eusko Legebiltzarra Parlamento Vasco, 1989, p. 126.

²³² *Ibidem*, p. 128.

inicial, cuantos problemas o conflictos plantee la realidad, o ante la duda de que las soluciones así tomadas puedan resultar injustas o inadecuadas?. La respuesta a la problemática no es sencilla; empero, podemos plantearnos lo siguiente:

1. La arbitrariedad, el favoritismo y la dispensa injustificada, difícilmente tendrán cabida en quienes desde una posición de abstracción y de generalidad, de independencia, de representación, y valoración de todos los intereses en conflicto, deban dictar normas que a todos sean aplicables por igual según criterios de objetividad que por igual les midan;
2. Por el contrario, la posibilidad o el riesgo de caer en situaciones de arbitrariedad o de favoritismo y de propiciar soluciones fundadas sobre criterios de subjetividad, crece progresivamente a medida que nos alejamos de la legislación, para caer en manos de los ejecutores y aplicadores de la misma.

Ante esta doble situación de legalidad más cierta y de desajuste probable, la solución al problema puede realizarse directamente por el autor de la norma (el legislador), o por el órgano llamado a desarrollarla y aplicarla, a través de sus órganos en cada caso, se producirá una doble reacción:

1. El legislador tratará de preverlo todo, rechazando la objetividad de los órganos a los que habría de confiar la solución del problema²³³;
2. El propio órgano receptor de la legislación, que se resistirá a asumir, no pocas veces, la responsabilidad y que se sentirá más cómodo cuando la solución a aplicar a un problema le sea dada por normas regladas, que cuando la tenga que dar él discrecionalmente.

En el mandato, poder o delegación, que el legislador tiene del pueblo, no está comprendida la facultad de decretar aquellas leyes que ese su soberano recusa o repudia en sus actos, por cuya razón son nulas y de ningún valor ni efecto, dice Joaquín Costa, adicionando:

²³³ "Al simulador del Derecho le aterra su ignorancia juris, que, por su falta de vocación por el estudio y la investigación, no puede vencer (...). Finge estos atributos que no posee —en los círculos de admiradores, ingenuos o ignorantes que se dejan sorprender por sus palabras— la ignorancia que afecta al simulador no sólo proviene de su falta de vocación por el estudio, sino de la ausencia del talento necesario para determinar los puntos esenciales de cualquier cuestión jurídica y brindar la solución pertinente. Por esta razón centra su atención en los detalles banales y, sobre todo, en la retribución económica que un negocio pueda generar y no en su substancialidad (...). El simulador del Derecho es una negación de la jurisprudencia, que evidentemente no se agota en el aprendizaje de la ley". Burgoa Orihuela, Ignacio, *El Jurista y el Simulador del Derecho*, op. cit., nota 112, pp. 89-90.

Adolecen de defecto de potestad; no son tales leyes. El producto de la iniciativa del pueblo es una regla sustantiva de derecho, la costumbre, que lleva en sí misma su propia sanción, sin que necesite de ningún otro complemento o consagración de parte de nadie para regir, como rige, desde el instante mismo de su formación; pero el producto del legislador es una regla práctica y positiva, llamada ley, aplicable desde luego a la necesidad que con ella se trate de satisfacer, porque el legislador no tiene potestad propia, porque su potestad es delegada: el producto de su iniciativa es una mera proposición, que, antes de elevarse a ley y obligar como tal, necesita ser aprobada, prohijada, refrendada por el pueblo (...). Cuando el legislador, apoderado de la fuerza, usurpando su autoridad al soberano, pretende imponer a éste sus creaciones subjetivas, poniéndole el alias de súbdito y llamándose a sí propio autoridad, invierte los papeles, perturba el orden natural de la vida de las sociedades, comete actos de tiranía; y todo, para lograr a la postre, aun en el caso más favorable (cuando contienda entre la fuerza y el derecho no se desenlaza en una revolución) que abarrotar las bibliotecas y las aulas con montañas de pergamino y de papel, exhibiendo sus solaces jurídicos decorados con nombres pomposos, pragmáticas-sanciones, Reales provisiones, autos acordados, o simplemente leyes, reglamentos, circulares, constituciones, decretos, ordenanzas, ordenaciones u ordenamientos, Reales órdenes, bandos, instrucciones, códigos y recopilaciones, obedecidos pero no cumplidos²³⁴.

La dimensión normativa que es el elemento más inmediato y visible de la compleja realidad del Derecho, ha sido objeto de atención de las escuelas del pensamiento jurídico. Sin duda, la resolución implícita del legislador es un punto oscuro que subsiste en el campo del conocimiento jurídico normativo-sistemático. Lo que nos interesa aquí es precisar la función del legislador en la determinación por vía general y abstracta de los criterios objetivos de solución jurídica, que las disposiciones normativas prevean en los esquemas que contienen la descripción comprensiva de todas las notas que componen una situación determinada. Ahora bien, las normas del Derecho positivo son instrumentos prácticos, elaborados y contruidos por los hombres, para que, mediante su manejo, produzcan en la realidad social unos ciertos efectos, precisamente, el cumplimiento de los propósitos concebidos. Por otra parte, configurado el ordenamiento jurídico, surge el problema del contenido de los géneros normativos de un sistema legal, en las posibilidades de

²³⁴ Costa, Joaquín, *El problema de la ignorancia del Derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre*, op. cit., nota 67, pp. 115-117.

sabiduría y de previsión del legislador, ante los propios límites de su función y la llamada *voluntas legislatoris*.

En tal sentido, en la historia del Derecho se han dado numerosas respuestas, tal es el caso de las nociones²³⁵: morales, racionalistas, empírica y voluntaristas del Derecho.

En lo que se refiere al desarrollo del Derecho inmanente a la ley, y por tanto que se mantiene vinculado a la intención reguladora y, a la teleología de la ley²³⁶; es decir, cuando solo se han de considerar los propósitos y las decisiones conscientemente tomadas por el legislador²³⁷, sino también aquellos objetivos y principios estructurales, formales y sustanciales (que constituyen las notas clásicas del Estado de Derecho), íntimamente ligados entre sí, mostrándose interdependientes cuando se quiere clarificar o determinar su contenido al ritmo de los cambios sociales y los cambios jurídicos.

5.3. La ratio legis y ratio decidendi

Desde el momento en que la cultura jurídica evoluciona suficientemente, hasta desaparecer la composición privada, el Estado asume la responsabilidad; en primer término, de determinar las conductas debidas de los particulares y de él mismo por medio de normas objetivas; y por otra, de resolver los conflictos a través de una organización judicial. Muchas veces, el Derecho aplicado no es el determinado en la norma, sino en el contenido de la sentencia. El legislador establece una serie de mecanismos tendientes a reducir la arbitrariedad, algunas veces intenta proponer normas objetivas, otras, finge demencia valorando subjetivamente, que su tarea creadora del Derecho es susceptible de equívocos, emite normas defectuosas,

²³⁵ Sobre este punto, véanse "las cuatro grandes corrientes del Derecho". Villoro Toranzo, Miguel, *Lecciones de Filosofía del Derecho. El proceso de la razón y el Derecho*, 3ª ed., México, Ed., Porrúa, 1996, p. 40.

²³⁶ Cfr. Larenz, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., nota 113, p. 363.

²³⁷ En este sentido existe la teoría de la Plenitud del Orden Jurídico, que supone la plenitud y la perfección de la ley escrita considerándola a ésta, como una revelación completa y perfecta del Derecho. Hay diversas soluciones. "Las tesis del realismo ingenuo, del empirismo científico, del eclecticismo, del pragmatismo, y del apriorismo filosófico". Cfr. Marquet Santillan, Porfirio, "La plenitud del Orden Jurídico", *Foro de México*, Núm. LXIX, diciembre de 1958, pp. 57-65.

insuficientes, erróneas, oscuras e inadecuadas, originando una tipología de las normas.

Tomando en cuenta la creación del Derecho como un proceso de adopción de decisiones; es decir, de acción, en que participan las dos especies a que hemos aludido, es preciso adoptar un modelo. En este sentido, la norma jurídica es consecuencia primaria y necesaria de una concepción del Derecho y depende de su fórmula decisional, su eficacia *erga omnes* es producto de los preceptos constitucionales, proporciona un esquema interpretativo o calificativo, a partir del cual se hace comprensible, ofrece un parámetro de referencia y confiere un sentido o significado²³⁸.

Cuando los órganos estatales, ejecutivos y legislativos, dejan de atenerse de un modo u otro a la legalidad creada por su propio Estado, corresponderá a los órganos jurisdiccionales, la tarea suprema de actuar como última *ratio* para restaurar el orden violado y reajustar la situación rota de esa manera ilegal. Con ello el poder judicial devuelve en cierto modo la seguridad perdida, constituye así el más firme apoyo y la respuesta última para la seguridad jurídica, si deja de cumplir con esa importantísima y decisiva función de control jurisdiccional, por la razón que sea, *verbigracia*, falta de honestidad, falta de independencia, la seguridad de los ciudadanos peligraría más que nunca²³⁹. Habiendo expresado la connotación anterior, es necesario establecer la cuestión etiológica o causal de lo jurídico, como afirma Carlos Ignacio Massini²⁴⁰,

Ahora bien, cabe volver a citar el pensamiento del maestro Ignacio Burgoa Orihuela, al referirse; en primer lugar, a la libertad humana, asilada y singular de la persona; en segundo lugar, a la naturaleza social del hombre, a la vida común, a la posibilidad de desarrollarse en un sendero de orden. Es decir, que es necesario que

²³⁸ Cfr. Ferrari, Vincenzo, *Acción Jurídica y Sistema Normativo. Introducción a la Sociología del Derecho*, op. cit., nota 84, p. 172, escribe en este sentido que "como modelos orientativos de la acción, las normas se presentan en formas diferentes dentro de la comunicación humana (...). En cuanto mensajes, las normas se mueven en un espacio discursivo". *Ibidem*, p. 175.

²³⁹ Véase Díaz, Elías, *Sociología y Filosofía del Derecho*, op. cit., nota 81, p.45.

²⁴⁰ "La causa material del derecho es el obrar social del hombre, <<la interactividad humana>>. En otros términos, el substractum sobre el que se levanta o sobre el que recae el orden jurídico, es el accionar del hombre en alteridad con otro. La causa formal, que determina a esa materia a ser derecho y no otra cosa, no es sino la misma ordenación del obrar al bien común, la rectificación de ese obrar por la justicia, encaminándolo al fin de la sociedad política". Véase Massini, Carlos Ignacio, *Sobre el Realismo Jurídico, el concepto de Derecho, su fundamento, su concreción judicial*, op. cit., nota 109, pp. 20-21.

exista un Derecho, concebido formalmente como un conjunto de normas de vinculación bilateral, imperativas, obligatorias y coercitivas, dando como resultado un orden jurídico para la sociedad que regule la voluntad de los sujetos, con esto, se define la causa final²⁴¹.

El contenido de la norma jurídica debe radicar precisamente en la regulación de las relaciones entre los hombres, esto es, debe encauzar aquel aspecto de su actividad que implique relaciones y juego de intereses recíprocos, bien de particulares entre sí, o entre éstos y los sociales, o viceversa, para establecer el orden correspondiente, respetando siempre un mínimo de libertad humana y haciendo invulnerables también los factores extrínsecos de su ejercicio: La igualdad y la propiedad, sin lo que aquélla sería nugatoria²⁴², es preciso retornar a los fines e ideas fundamentales de la regulación legal²⁴³, que se convierte en un marco de referencia de toda decisión.

Por consiguiente, la *ratio legis*, en el aspecto lógico-racional, reflejado en el contenido, aspira a fijar sus parámetros conforme a lo siguiente:

1. Determinar en el aspecto técnico las conductas esenciales para alcanzar los fines de la sociedad;
2. Determinar la construcción, reconstrucción o deconstrucción, de los conceptos jurídicos²⁴⁴;
3. Incorporación de un criterio de decisión eficiente;
4. Proponer un modelo de análisis del Derecho (funciones descriptivas), y al mismo tiempo un modelo ideal (función orientadora y normativa);
5. Disponer de modalidades deónticas básicas que representen el razonamiento jurídico.

²⁴¹ Agrega el maestro: "El Derecho en sí es una estructura normativa, susceptible de acoger dentro de la substancialidad de sus normas, principios, reglas o tendencias de diferentes disciplinas tanto culturales como técnicas y científicas. Además, el Derecho, como orden normativo, debe reflejar en sus prescripciones fundamentales las transformaciones sociales, económicas, culturales y políticas que se registren dentro de la vida dinámica de las sociedades humanas". Véase Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, op. cit., nota 99, pp. 21-24.

²⁴² Ibidem, pp. 25-26.

²⁴³ Véase Larenz, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., nota 113, p. 375.

²⁴⁴ Cfr. Almuera, Joaquín, *Problemas abiertos en la filosofía del Derecho*, DOXA, Instituto Juan Gil – Albert, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Madrid (España), 1984, p. 20.

En el otro aspecto, la *ratio decidendi*, para el jurista los problemas empiezan en el momento en que se ha tomado conciencia de que las decisiones judiciales normales no son sólo el resultado lógico de un proceso de interpretación de las normas y la subsunción en ellas de un hecho concreto sino que hay que contar, con el factor personal del juez y de su instinto y facultad volitiva. El juez puede ocultar su protagonismo personal, encubriendo las razones reales de su decisión en una espesa nube de razonamientos formales estrictamente jurídicos; es decir, su fallo es el resultado de un razonamiento previo, pero, también puede adoptar primero su decisión (prejuzgar) y luego justificar formalmente su decisión. Así, cualquier jurista hábil, puede justificar legalmente cualquier acto o negocio que se le presente, algunos opinan que con esta operación, resulta que se ha expulsado del Derecho no ya sólo a la Justicia sino incluso también a las normas positivas y se le ha convertido en el arte de imponer los intereses más descarnados²⁴⁵.

En tal sentido, Alejandro Nieto, trata de mostrar la hipótesis de que el juez puede aplicar el Derecho no sólo con arreglo a manipulaciones textuales o imponiendo sus criterios personales arbitrarios y hasta venales, sino que también introduciendo criterios de Justicia (de su Justicia personal) y que, por ende, si quiere y cuando quiere, así lo hace. Para lo cual no hay obstáculo dogmático ni real alguno, citando a Jom Ipsen; expone la teoría de la descarga de la responsabilidad del juez²⁴⁶:

a) Por lo pronto, si el juez, ante el silencio u oscuridad de la ley, tuviera que crearse por sí mismo todos los presupuestos de su decisión, la actividad judicial quedaría poco menos que paralizada: el Juez tiende inevitablemente a cubrirse con las normas positivas para esquivar su eventual responsabilidad.

b) Además, la vinculación del juez al Derecho le descarga de la tarea de señalar constantemente sus objetivos y de buscar los medios para su realización. Por así decirlo, la ley se lo da todo hecho.

c) Con esta cobertura no tiene necesidad el juez de reflexionar en cada caso sobre todos los problemas jurídicos, que ya le da resueltos la doctrina y la jurisprudencia.

d) Y, en fin, insistiendo en esta misma línea ha observado Kriele que las construcciones y los institutos jurídicos, desarrollados por la ciencia y experimentados en la práctica, descargan o liberan al juez de la necesidad de valorar automáticamente en cada decisión todos los problemas jurídicos que se

²⁴⁵ Cfr. Nieto, Alejandro, "El dorso metalegal de las resoluciones judiciales", *La Protección Jurídica del Ciudadano, Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Madrid (España), Ed., Civitas, 1993, Tomo I, p. 66.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 67.

le ofrecen y es esta tradición la que posibilita decisiones rápidas, además de que así se asegura la evolución ininterrumpida del Derecho.

Es necesario distinguir entre los argumentos y la causa de la sentencia, los argumentos son siempre de índole jurídica y lógica, se manifiestan de forma expresa por imperativo institucional; la causa verdadera cuando no coincide con los argumentos, suele silenciarse. Existen cuatro métodos²⁴⁷ para llegar a la decisión: 1) Decisión por suerte; 2) decisión del buen juez; 3) decisión por impulso de la opinión popular mayoritaria; y 4) dejarse llevar simplemente por la intuición.

Ahora bien, la decisión judicial como prototipo de toda decisión jurídica, corre el riesgo en varias de sus formulaciones, de perder contacto con la realidad²⁴⁸. Los mecanismos de que se vale, como el procedimiento deductivo, reciben críticas en las diferentes manifestaciones del pensamiento jurídico, como la "Escuela del Derecho Libre" o "Jurisprudencia de Intereses", en la "Tópica", pero, de una u otra manera, constituyen una explicación realista del modo jurídico por excelencia de decidir. Por otra parte, fácilmente se deduce que "en la concretización de una pauta de valoración que precisa ser llenada de contenido, le queda al juez una margen de libre enjuiciamiento, que ya no puede ser llenado por cualesquiera ponderaciones convincentes"²⁴⁹.

Dentro de un régimen jurídico, esto es, dentro de un sistema en que impere el Derecho, bajo un carácter normativo legal, como el nuestro, muchas veces, en congruencia con el consenso jurídico actual, el Derecho se confunde con la ley general, en opinión de Juan José Gil Cremades "concebida como proyecto teórico, como <<conjunto de leyes externas, que hacen posible una convivencia duradera>>. Todo ello determinado por una <<razón pura, legisladora a priori, que no tiene en

²⁴⁷ Ibidem, pp. 70-71.

²⁴⁸ Manuel Atienza pone de manifiesto, en este sentido, los problemas en la adopción de decisiones jurídicas en un caso hipotético: "(...), el criterio en que se basa la decisión del Tribunal afecta negativamente al Derecho, al menos en éstos dos aspectos: 1) al chocar con otros criterios incorporados al ordenamiento jurídico crea incerteza en el mismo, pues surgen muchos comportamientos posibles cuyo estatus jurídico aparece dudoso; 2) la incerteza no resulta compensada por un <<plus>> de justicia, sino que, por lo contrario, el criterio del Tribunal no parece adecuado para regular en este aspecto la vida social". Atienza, Manuel, *Tras la Justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, op. cit., nota 79, p. 54.

²⁴⁹ Cfr. Larenz, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., nota 113, p. 289.

cuenta en sus determinaciones consideraciones empíricas>>, sino que sólo se basa en los principios racionales a priori de <<libertad, igualdad y autosuficiencia>>”²⁵⁰.

Sin duda, la creación del Derecho y su complejidad, atañe en las modernas sociedades, a la determinación de los alcances de la decisión jurídica en la elaboración de leyes generales y abstractas; en las particulares y concretas. Decisiones dirigidas a los órganos del Estado, a los ciudadanos, a la doctrina científica, integrados en los programas legislativos, en la opinión pública, e inclusive, en la conciencia individual inmersa en el complejo espectro de destinatarios; por otro lado, en el interior de la propia estructura de la decisión jurídica²⁵¹.

La *ratio legis* y la *ratio decidendi*, se presentan en la doble exigencia de regulación y la preservación del contenido esencial del Derecho²⁵², vinculan tanto al legislador como al aplicador del Derecho²⁵³.

²⁵⁰ Véase Gil Cremades, Juan José, “La motivación de las decisiones jurídicas”, *Estudios jurídicos en honor del doctor Luis Recaséns Siches*, México, Ed., Porrúa, 1980, p. 419.

²⁵¹ “En esa estructura se encuentran, ejerciendo distinta función, dos ingredientes: la construcción jurídica y la argumentación. La construcción no sólo presenta una faceta expositiva o meramente reproductiva, sino también cognoscitiva. Esta última dimensión tiene como supuesto la pretendida unidad del ordenamiento jurídico, cuya dimensión práctica es innegable (...). Los valores e intereses que entran en juego en la decisión jurídica se enmascaran con datos normativos, cuya elección a posteriori va a remolque de dichos intereses y valores (...). El segundo ingrediente, el argumentativo, cumple esta tarea en mayor medida: en virtud del carácter hermenéutico inherente al derecho, la argumentación completa y, en cierta manera, sustituye a la construcción. Argumentar es discutir, criticar, aportar razones a favor o en contra. En definitiva, argumentar es tarea enlazada con la de realizar justicia”. Ibidem, pp. 432-433.

²⁵² “Hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo (XIX). Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia. Es más, podríamos afirmar como conclusión que entre Estado constitucional y cualquier señor del derecho hay una radical incompatibilidad. El derecho no es un objeto propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos”. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, op. cit., nota 159, p. 153.

²⁵³ “Dicho de otra manera, tanto las leyes como la jurisprudencia (el conjunto de las *rationes decidendi* de las resoluciones judiciales) constituyen razones que (...) los órganos de aplicación utilizan para justificar sus decisiones sobre los casos que han de resolver; y a esas razones –que no son otra cosa que normas– se las suele llamar fuentes del Derecho. La ley y la jurisprudencia son, además, **fuentes del Derecho** de origen deliberado y cuya fuerza vinculante varía de un sistema de Derecho a otro y según cuál sea la posición jerárquica que ocupe el órgano que la ha producido. La *ratio decidendi* de una sentencia es la regla general o el principio que sirve de fundamento al fallo. Lo que vincula como precedente es precisamente lo establecido ahí, y no las consideraciones efectuadas *obiter dicta*, es decir, de manera circunstancial y que, por tanto, pueden dejarse de lado en casos posteriores. Por lo demás, siempre resulta claro fijar cuál fue la *ratio decidendi* y cuál los *obiter dicta* de una resolución”. Cfr. Atienza, Manuel, *Tras la Justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, op. cit., nota 79, pp. 188-189.

CAPÍTULO SÉXTO

EL ÉTHOS LEX

SUMARIO: 6.1. Introducción. 6.2. El Derecho como sistema abstracto: El enfoque de la jurisprudencia analítica. 6.3. Tipología de las normas jurídicas en su delimitación sistémica: Objeto, función, estructura. 6.4. Aplicación o articulación pragmática: Los operadores jurídicos. 6.5. Identidad entre creador y destinatario del Derecho. 6.6. Psicología y ley.

6.1. Introducción

De lo asentado respecto del sistema de producción del Derecho, como consecuencia se deriva el análisis de la esencia, del carácter (no en el sentido de talante sino del modo adquirido por hábito), del propósito, del espíritu de la ley, base de las funciones cognoscitivas y volitivas, de la conducta humana (los hábitos son el principio intrínseco de los actos); como análogo del término Derecho en su dimensionalidad, en la conceptualización orientada a su función. La nueva imagen del hombre es en comparación con el esquema abstracto de la libertad, el interés propio y racional de la época liberal, un tipo mucho más próximo a la vida en el cual es incluida también la relación de poder intelectual, económico y social del sujeto jurídico, señala Gustav Radbruch, el hombre en el Derecho no es ya en lo sucesivo sin el hombre en sociedad, el hombre colectivo "con esta aproximación del tipo de hombre jurídico a la realidad social se fragmenta al mismo tiempo el sujeto de Derecho en una diversidad de tipos relevantes, de tipos sociales, y ahora también jurídicos. Pensar al hombre en el Derecho como ser colectivo significa en definitiva introducir en ese pensamiento una porción del éthos colectivo"²⁵⁴. Continúa diciendo, se cumple así una nueva eticización

²⁵⁴ Radbruch, Gustav, *El hombre en el Derecho: Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del Derecho*, trad. de Aníbal del Campo, Buenos Aires (Argentina), Ed., Depalma, 1980, pp. 24-27.

del Derecho dotándolo de un contenido ético de deber. El legislador se halla siempre dispuesto a retirar derechos mal ejercidos, a los grupos sociales que no hacen uso de esos derechos conforme al deber. Todos nuestros derechos se han transformado en derechos revocables. Empero, son este esbozo de las distintas concepciones del hombre como objeto de los ordenamientos jurídicos no se ha agotado aún nuestra tarea. Corresponde sin duda bosquejar cómo el Derecho se ha representado al hombre como sujeto, su creador, más bien; si ha pensado en principio al legislador humano como su autor. Porque el hombre como legislador no es en absoluto algo sobreentendido sino más bien una conquista tardía de la historia.

Refiriéndose a las reglas del Derecho, Ignacio Cejudo y Ormaechea, refiere la proposición sumaria de ley²⁵⁵:

Lex debet esse justa, honesta, possibilis, secundum naturam, secundum Patriae consuetudinem, loco temporisque conveniens, utilis, manifesta, nullo privato commodo, sed pro communi civium utilitate conscripta.

Los caracteres de la ley son: que sea justa, honesta, posible, no contraria a la naturaleza, conforme a las costumbres, conveniente al lugar y tiempo, útil, clara y dirigida no al bien privado, sino a la utilidad común de los ciudadanos.

Indudablemente, la ontología jurídica constituye la indagación iusfilosófica más intensa y permanente. La búsqueda del ser del Derecho y de sus caracteres esenciales es una tarea previa y necesaria para una adecuada organización metódica del conocimiento jurídico. Superada por el positivismo, primero, y, por el neokantismo, después, aquella larga trayectoria de la metafísica iusnaturalista; el conocimiento comenzó a adquirir la perspectiva dominante con que hoy se ofrece: Ser conocimiento del Derecho positivo; del Derecho que estructura y regula la vida social, pero que, a la vez, es instituido por hechos sociales históricos y concretos, efectivamente acatados por los individuos.

Pero, en esta superación, el área ontológica del Derecho no quedó esclarecida ni delimitada. Antes bien, desde la aparición de la escuela histórica cada dirección iusfilosófica que indagó sobre el ser de lo jurídico centró su atención en una serie de

²⁵⁵ Cejudo y Ormaechea, Ignacio, *Reglas del Derecho*, México, Ed., Carranza e hijos, 1917, Regla 423, pp. 108-109.

elementos de una realidad amplia y compleja, pero sin integrarlos en una concepción ontológica unitaria y congruente con dicha realidad.

De esta manera, mientras las concepciones predominantemente realistas y empiristas ubicaban la región ontológica del Derecho en el ámbito, en ocasiones indiscriminado, de los hechos sociales, aquellas otras de origen idealista y fundamentación racionalista la situaban en el plano puramente normativo. El realismo estadounidense y el de Upsala representan lo más extremo de la primera de esas direcciones, en tanto que Kelsen y su escuela constituyen lo más típico de la segunda.

Pero la falta de relación ontológica entre los hechos y las normas, entre el ser social y el deber ser normativo, debía necesariamente conducir, como aconteció, a la evidencia de que tales concepciones eran insuficientes para presentar de un modo adecuado, en su compleja integralidad, el panorama ontológico del Derecho. Dado que, la consideración aislada de las normas jurídicas como único objeto del conocimiento, reveló en todo momento una irreductible inconsecuencia epistemológica toda vez que tales normas, por su propia función significativa, remiten necesariamente a los hechos de conducta regulados y, por su parte, la aprehensión del carácter jurídico o antijurídico de éstos, nunca fue posible sino a tenor del sentido que les confieren aquellas normas.

Es así como el planteamiento del problema ontológico del Derecho ha venido reclamando cada vez con mayor intensidad una congruente rectificación. Una rectificación que extienda la perspectiva del conocimiento jurídico, haciéndola corresponder con una esfera más amplia, más comprensiva, como es la que integra en una misma y única realidad la regulación normativa de la conducta y, a la vez, la conducta normativamente regulada; realidad que muestra una inescindible relación de esencia entre dos grandes regiones ontológicas que a la luz de aquellas concepciones aparecían separadas²⁵⁶.

²⁵⁶ "No se busca el ser del derecho, sino su conocimiento, que es obtenido totalmente en la norma, al extremo de que se identifican ambos en la norma jurídica (...). El derecho un fenómeno que existe antes de toda elaboración normativa. El legislador descubre las esencialidades, encuentra lo que es jurídico". Aginsky de Iribarne, Esther, *Fenomenología y Ontología Jurídica*, Buenos Aires (Argentina), Ed., Pannedille, 1971, pp. 128 y 131.

Evidentemente, existen diversos enfoques opuestos y desacuerdos filosóficos, respecto de la naturaleza intrínseca de las normas jurídicas, debidos a presupuestos ontológicos diferentes. En este sentido puede afirmarse que:

Hemos bautizado estos dos enfoques concepción hilética y concepción expresiva de las normas. Me parece que la controversia entre Kelsen y Weinberger puede caracterizarse en términos de estas dos concepciones de normas. Weinberger puede ser considerado como un típico representante de la concepción hilética, mientras que Kelsen es un claro expresivista²⁵⁷.

Por último, y en lo que respecta a las teorías que tienden a interpretar todas las normas jurídicas como directivas dirigidas, *verbigracia*, a los tribunales; están profundamente equivocadas, no sólo conducen a una distorsión de la función del Derecho²⁵⁸, sino a una limitación muy inconveniente de la capacidad expresiva del lenguaje jurídico.

6.2. El Derecho como sistema abstracto: El enfoque de la jurisprudencia analítica

Conforme a la forma de expresión del Derecho, que es la norma jurídica, y la vinculación al sistema normativo jurídico positivo, también resultan clarificadoras, a este propósito, las palabras de Miguel Reale citadas por el propio Elías Díaz: "En el concepto de Derecho convergen tres perspectivas ya clásicas en la definición de lo jurídico: la perspectiva normativa, la perspectiva social y la perspectiva valorativa. Norma, hecho social y valor, se ha dicho constituirían las tres dimensiones esenciales del Derecho"²⁵⁹. El Derecho aparece de forma primaria, inmediata y directa como sistema normativo, como conjunto de normas válidas dotadas de una coacción organizada e institucionalizada²⁶⁰, la referencia normativa es punto central en el mundo jurídico.

²⁵⁷ Alchourron, Carlos E., y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y Derecho*, prologado por Georg H. von Wright, Madrid (España), Ed., Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 250.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 264.

²⁵⁹ Díaz, Elías, *Sociología y Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, nota 81, p. 53.

²⁶⁰ *Loc. cit.*

Considerando la teoría de sistemas y caracterizándolo como abstracto, más claramente resuelve el problema de la certeza del Derecho en la dimensión de la opacidad e ignorancia del Derecho, internamente; es decir, a partir de un orden²⁶¹ y vinculando las diferentes acepciones de norma se establece la correspondencia entre el objeto, un evento, una acción, y un modelo preestablecido, prescriptivo o imperativo, en la perspectiva normativa.

Existen notables discrepancias en las ciencias normativo (dogmático) sistemáticas del Derecho: La escuela de la exégesis (Francia), la escuela analítica (Gran Bretaña), y la escuela histórica del Derecho (Alemania).

La escuela de la exégesis, cuyos rasgos se analizan a través del positivismo legalista, el codicismo, el autoritarismo estatista, y el formalismo dogmático.

La escuela analítica o movimiento de la jurisprudencia analítica²⁶², que parte de dos postulados fundamentales: En primer término, la tesis de que el objeto propio de análisis de esa ciencia (jurisprudencia general o teoría expositiva del Derecho) es únicamente el derecho positivo; es decir, el derecho real identificado (Austin) con el mandato o conjunto de mandatos que han sido establecidos por un sujeto soberano dentro de una sociedad política independiente; en segundo término, la exigencia de que la ciencia jurídica centre su análisis en el estudio de los conceptos generales que se descubran a través de un examen comparativo y unificador de los diferentes datos procedentes de los ordenamientos jurídicos. Lo anterior, mediante el desarrollo de una teoría que analizara las categorías jurídicas fundamentales comunes a todos los derechos y que se preocupara de fijar sus diferentes manifestaciones y de determinar las relaciones de carácter lógico que existen entre ellas. Respecto a su finalidad, la construcción de un sistema racional de conceptos jurídicos en el que se refleje la coherencia y coordinación formal de las propias normas jurídicas.

²⁶¹ "Para la lingüística interna lo que cuenta es el orden, las reglas y el sistema. Todo se refunde en el sistema. Dentro de él y por él cobran sentido las reglas y el orden que podría decirse, a la vez forman el sistema y responden al sistema". Véase Hernández Gil, Antonio, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., nota 189, p. 204.

²⁶² El término, el concepto y sus implicaciones fueron estudiados científicamente durante mi formación académica y algunas ideas tomadas de los apuntes del curso. Amaiz Amigo, Aurora, "Apunte de clase", *Teoría Jurídica Contemporánea II*, Facultad de Derecho de la UNAM, División de Estudios de Posgrado, México, 1999, febrero-junio.

La escuela histórica del Derecho (jurisprudencia de conceptos: Savigny, Puchta, Windscheid), se orientó a determinar que el verdadero Derecho no es nunca producto de la razón, o, de la voluntad del legislador individual, sino creación progresiva de las convicciones que animan al espíritu de cada pueblo, al igual que el lenguaje, el arte y la cultura; se orientó a la depuración de los conceptos jurídicos centrales, la progresiva generalización y abstracción, y la determinación de la esencia de las relaciones e instituciones jurídicas.

Por otra parte se discute sobre la expresión “teoría dogmática”, y por lo tanto, jurídica; en este marco la ciencia del Derecho en sentido estricto y propiamente dicho. Hay que tener en cuenta que “es posible distinguir tres dimensiones de la dogmática jurídica: la analítica, la empírica, y la normativa”²⁶³. En la dimensión normativa se presenta el presupuesto de la racionalidad²⁶⁴ de toda ciencia: la claridad conceptual, la no contradicción y la coherencia.

El concepto de sistema jurídico de Joseph Raz con relación a las teorías de John Austin²⁶⁵, Hans Kelsen, H.L.A. Hart, conlleva al estudio general de los sistemas jurídicos, al análisis de la naturaleza sistemática del Derecho y el examen de los presupuestos e implicaciones que existen detrás del hecho que toda norma jurídica necesariamente pertenece a un sistema jurídico (inglés, alemán, romano, canónico, islámico, u algún otro), cuyas propiedades sistemáticas de completitud, consistencia e independencia, con lo que se asocian los problemas de lagunas, antinomias y redundancias en el Derecho²⁶⁶, que constituyen las propiedades formales del sistema jurídico²⁶⁷.

²⁶³ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., nota 31, p. 29.

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 34.

²⁶⁵ La escuela analítica o jurisprudencia analítica, se desarrolló con base en sus planteamientos, Austin, fue discípulo de Jeremías Bentham. Distinguió dos clases de teoría del Derecho: la teoría expositiva (jurisprudencia general) y la teoría censoria (ciencia de la legislación). Empero, sólo de ocupó de la primera contribuyendo al desarrollo de la ciencia normativo-sistemática del Derecho, caracterizándose como una teoría del Derecho, que lo considera como un sistema de reglas completas y listas para su aplicación sin considerar el proceso de su creación. Véase, al respecto, Fernández-Galiano, Antonio, y Castro Cid, Benito, *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*, 2ª ed., Buenos Aires (Argentina), Ed., Universitas, 1995, pp. 255-258.

²⁶⁶ Véase Caracciolo, Ricardo, “Sistema jurídico”, *El Derecho y la justicia*, Madrid (España), Ed., Trotta, 1996, p. 162.

²⁶⁷ Cfr. Alchourrón, Carlos E., y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., nota 72, p. 91. Establecen las propiedades de: “Coherencia, completitud, independencia”. *Ibidem*, pp. 100-102.

Desde la perspectiva analítica dice Joseph Raz, una teoría completa del sistema jurídico²⁶⁸ consiste en la solución de cuatro problemas a saber:

PROBLEMA	POSTULADO
1. El problema de existencia ²⁶⁹ .	Distinguir cuales son los criterios de existencia en un sistema jurídico, los cuales pueden ser existentes y aquellos que, han dejado de existir o nunca existieron en absoluto.
2. El problema de la identidad.	Cuales son los criterios que determinan el sistema al cual pertenece una determinada disposición jurídica. Estos son los criterios de membresía y de éstos pueden derivarse los criterios de identidad, resolviendo la cuestión de qué disposiciones jurídicas forman parte de un sistema dado.
3. El problema de estructura.	Definir si existe una estructura común a todos los sistemas jurídicos o sólo para ciertos tipos de sistemas jurídicos.
4. El problema del contenido.	Definir si hay un contenido común o todos los sistemas jurídicos o que determinen tipos importantes de sistemas. El cuestionamiento consiste en determinar si hay algunas disposiciones jurídicas, en una forma u otra, que aparezcan en otros sistemas jurídicos o en tipos de sistemas.

Toda *teoría del sistema jurídico* tiene que proporcionar una solución para los primeros dos problemas (existencia e identidad), estos criterios son parte necesaria de cualquier definición adecuada de "sistema jurídico", se puede dar una respuesta negativa a las dos últimas cuestiones que son el problema de estructura y de contenido. Se puede sostener que no existe ningún contenido común a todo sistema jurídico. El examen de la estructura y contenido es fundamental también para la teoría sobre los tipos de sistemas jurídicos²⁷⁰.

Los problemas de la teoría del sistema jurídico han sido, en su mayor parte, descuidadas por casi todos los juristas analíticos. Kelsen fue el primero en insistir que "es imposible penetrar la naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a una sola norma aislada"²⁷¹. Joseph Raz, propone ir más allá al decir que una teoría del sistema jurídico, es un prerequisite para cualquier definición adecuada de una disposición jurídica ya que todas las teorías existentes sobre el sistema jurídico no son satisfactorias, en parte, porque no se percataron de este hecho.

Las tres características²⁷² más generales e importantes del Derecho son: normativo, institucionalizado y coactivo.

²⁶⁸ Raz, Joseph, *El concepto de sistema jurídico*, op. cit., nota 38, p. 23.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 72.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 19.

²⁷¹ *Loc. cit.*

²⁷² *Ibidem*, pp. 19-20.

Normativo: en tanto sirve y esta hecho para que sirva, como guía de la conducta humana.

Institucionalizado: en tanto que su aplicación y modificación son, en gran medida, realizadas o reguladas por instituciones.

Coactivo: en tanto que la obediencia a él y su aplicación se encuentran enteramente garantizadas, en última instancia por el uso de la fuerza.

En este contexto, toda teoría del sistema jurídico tiene que ser compatible con una explicación de estas características, en el ámbito general de la normatividad²⁷³. El énfasis en estas tres características del Derecho es el factor más importante de las teorías analíticas del sistema jurídico contemporáneo: John Austin, Hans Kelsen, H.L.A. Hart, Joseph Raz, y Robert Alexy.

Por otra parte en cuanto al análisis de Hans Kelsen, el concepto de sistema jurídico que ya existe implícitamente en los trabajos de John Austin, al realizar una teoría completa del sistema jurídico; de un lado se constituye como la directiva para describir la naturaleza del enfoque imperativo. Desde otro lado la teoría de John Austin, es defectuosa y muchos de sus defectos pueden ser remediados dentro del marco del enfoque imperativo. Por lo tanto, la crítica²⁷⁴ de sus perspectivas no pueden considerarse como prueba de lo inadecuado del enfoque imperativo como tal, sino, como una introducción a la teoría de Hans Kelsen, la cual es mucho menos vulnerable.

La teoría de H.L.A. Hart, la cual se parece mucho más al enfoque de Joseph Raz, es analizada con la formulación de una contribución positiva para la teoría del sistema jurídico, es de las más completas.

De esta manera, las definiciones teórico jurídicas del Derecho presuponen no únicamente el contenido de las disposiciones que instituyen los derechos determinados, sino también su estructura²⁷⁵. A este respecto cabe suscribir las palabras de Joseph Raz, cuando afirma:

La estructura genética de un sistema jurídico revela cuales de sus disposiciones jurídicas son o fueron válidas en un determinado momento y de qué facultades para la creación futura de disposiciones jurídicas gozan varios órganos en algún momento. También revelan cómo sufren cambios los

²⁷³ "Los elementos característicos del Derecho son: Institucionalidad, heteronomía normativa, sanción (presión psicológica sobre los individuos)". Cfr. Ferrari, Vincenzo, *Acción Jurídica y Sistema Normativo. Introducción a la Sociología del Derecho*, op. cit., nota 84, pp. 216-218.

²⁷⁴ Cfr. Raz, Joseph, *El concepto de Sistema jurídico*, op. cit., nota 38, pp. 47-64.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 213.

sistemas jurídicos durante su existencia. El desarrollo de la teoría de la estructura genética es esencial para el entendimiento de la estructura de los sistemas no momentáneos. La estructura operativa es particularmente relevante para el entendimiento de sus sistemas jurídicos momentáneos (...). Se ocupa únicamente de los efectos de las disposiciones jurídicas mientras estas existen²⁷⁶.

Un importante cambio en la concepción del sistema jurídico se produce en el siglo XIX. Ese cambio se debió a la influencia de diversos factores, tanto jurídicos como filosóficos, entre los cuales cabe mencionar como los más importantes los siguientes: La codificación napoleónica en Francia, la escuela histórica de Savigny en Alemania, y el utilitarismo, con Bentham y Austin en Inglaterra, denominadas ciencias normativo-sistemáticas, interés del jurista dogmático (elabora una ciencia del Derecho como sistema deductivo). Por otro lado, se tiene la base empírica, que surge en la primera mitad del siglo XX, Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, afirman que:

La escuela de la libre investigación científica (Geny), la jurisprudencia de intereses (Heck) y la ciencia del derecho libre (Kantorowicz); diversas escuelas sociológicas (Duguit en Francia, Roscoe Pound en Estados Unidos), el realismo norteamericano (Holmes, Cardozo, Gray, Llewellyn, Frank) y escandinavo (Hägerström, Lundstedt, Olivecrona, Alf Ross), trataron de llevar a cabo de distintas maneras y con diferente éxito la mencionada tarea²⁷⁷.

Ambas tendencias están vinculadas al concepto tradicional de sistema basado en la estructura deductiva. Entonces, un sistema normativo, puede ser definido como un sistema de enunciados que tiene consecuencias normativas²⁷⁸. Se puede apreciar, por otra parte, una precisión semántica siguiendo el contenido de adecuación, de la noción de conjunto normativo, es un conjunto de enunciados tales que entre sus consecuencias hay enunciados que correlacionan casos con soluciones; el establecer correlaciones deductivas en la función del sistema.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 221.

²⁷⁷ Véase Alchourrón, Carlos E., y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., nota 72, p. 91.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 93.

6.3. Tipología de las normas jurídicas en su delimitación sistémica: Objeto, función, estructura

Previamente, a la determinación de los tipos de normas, es preciso mencionar algunos puntos sobre el concepto de norma. Diversos autores²⁷⁹ emiten significados, clasificaciones, distinciones, interpretaciones sobre las normas *in genere*, y sobre la especie de normas jurídicas. En el pensamiento Georges Kalinowski el estudio de las leyes puede reducirse a cuatro perspectivas²⁸⁰: 1) semántica; 2) lógica; 3) ontológica; y 4) filosofía práctica. Por su parte, Vincenzo Ferrari, citando a Michel Troper y Mireile Loschak, destaca la pertinencia de la definición general de norma en cuatro significados²⁸¹:

1. Enunciado imperativo o prescriptivo perteneciente a un orden o sistema normativo obligatorio dentro de ese sistema;
2. Significado prescriptivo de un enunciado, cualquiera que sea la forma que este último adopta, y en general, de cualquier acción humana, referido a cierto orden o sistema normativo;
3. Instrumento de medida que tiene por objeto el desarrollo de los acontecimientos, de carácter puramente psíquico (...);
4. Modelo o estándar, no siempre obligatorio, que puede ser cumplido en el curso de una actividad de carácter técnico (por ejemplo, las normas de las asociaciones profesionales para la producción o la presencia de un producto).

A este propósito, Norberto Bobbio, deduce al considerar la norma jurídica dos elementos; primero, al interpretarla es necesario preguntarse a quién se dirige y qué comportamiento contempla; segundo, en cuanto acto humano, es emitida por algún

²⁷⁹ "También el legislador puede hacer sus leyes como quiera. Pero no puede querer que sean buenas las leyes defectuosas ni que las leyes defectuosas sirvan a su propósito. Y los conceptos, como las leyes, no son más que instrumentos. La simetría y asimetría están del lado cuantitativo como del cualitativo están la homeogeneidad y la heterogeneidad. Esas relaciones entre la cantidad y cualidad representan, una región tan encantadora como desconocida". Carnelutti, Francesco, *Metodología del Derecho*, op. cit., nota 25, pp. 58-59.

²⁸⁰ "La perspectiva meramente semántica, que se limita al estudio de las relaciones existentes entre la ley en cuanto proposición lingüística y sus posibles significaciones; el punto de vista lógico, que considera a la proposición normativa –legal en nuestro caso– en cuanto <<segunda intención>> y, como tal, la hace objeto de los estudios que corresponden a los objetos lógicos; la visión que podríamos llamar –no sin reservas– ontológica, en razón de que se trata de una perspectiva filosófica que utiliza materiales provistos por la ontología y que busca conocer el <<modo de existir>> de la ley; y el punto de vista de la filosofía práctica, que indaga acerca del fundamento y alcances de la obligatoriedad de las leyes". Cfr. Massini, Carlos Ignacio, "Una contribución contemporánea a la filosofía de la ley: las investigaciones de Georges Kalinowski", op. cit., nota 71, p. 178.

²⁸¹ Troper, Michel y Loschak, Mireile, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, p. 333, voz: Norme, citados por Ferrari, Vincenzo, *Acción Jurídica y Sistema Normativo. Introducción a la Sociología del Derecho*, op. cit., nota 84, p. 170.

sujeto; determinando tres elementos (sujeto activo, sujeto pasivo y objeto) de distinción, y propone ocho tipos²⁸² de prescripciones:

1) prescripciones colectivas generales abstractas; 2) prescripciones colectivas generales concretas; 3) prescripciones colectivas individuales abstractas; 4) prescripciones individuales concretas; 5) prescripciones personales generales abstractas; 6) prescripciones personales generales concretas; 7) prescripciones personales individuales abstractas; 8) prescripciones personales individuales concretas.

Por otra parte, Karl Larenz infiere que, el sentido normativo que corresponde a la norma jurídica, ha de distinguirse de una proposición enunciativa (contiene una afirmación de hechos o una constatación), que indica lo que el destinatario debe hacer o dejar de hacer, cómo debe juzgar; también, es preciso distinguir aquellas proposiciones que contienen enunciados sobre el derecho vigente, en los que se habla de normas jurídicas. Al respecto, propone como notas distintivas de la norma jurídica²⁸³, las siguientes:

- ◆ Todo orden jurídico contiene reglas que pretenden que aquellos a quienes dirigen se comporten de acuerdo con ellas. Estas reglas representan al propio tiempo, normas de decisión, aquellos que han de resolver la eliminación jurídica de conflictos deben juzgar conforme a ellas (normas completas): Supuesto jurídico, consecuencia jurídica y orden de validez;
- ◆ Una ley se compone, por regla general, de una pluralidad de normas; empero, no todas son normas jurídicas completas que realicen los enunciados deónticos: permitir, prohibir y sancionar.

No es nuestra intención hacer un comentario exhaustivo sobre la doctrina de la norma jurídica. Nos hemos concretado a señalar en forma muy general los elementos que vinculan el contenido del Derecho y no sólo la forma; sino los caracteres de la ley.

Por lo que concierne a la delimitación de la configuración e instrumentación del Estado, que repercuten en el ámbito propio de la ley, en los hechos o causas estructurales, en sus orígenes, es preciso referirse al concepto de disposición jurídica, mediante el uso del operador de individuación, al determinar la estructura del

²⁸² Cfr. Bobbio, Norberto, *Contribución a la teoría del Derecho*, op. cit., nota 103, p. 287.

²⁸³ Cfr. Larenz, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., nota 113, pp. 242-257.

Derecho. Atendiendo, entonces, a las tesis fundamentales²⁸⁴ de la doctrina de la individuación, Joseph Raz, destaca que:

- I. En todo sistema jurídico hay reglas que imponen deberes y reglas que confieren facultades.
- II. Estas son normas jurídicas.
- III. En todo sistema jurídico hay varios otros tipos de disposiciones jurídicas que no son normas.
- IV. Todas las disposiciones jurídicas que no son normas se encuentran internamente relacionadas con las normas jurídicas.
- V. Las reglas jurídicas pueden entrar en conflicto.

Relativo a la tercera de las tesis de la doctrina de la individuación, A. M. Honoré, sugiere que hay al menos cinco tipos de disposiciones jurídicas²⁸⁵ que no son normas, en los siguientes términos:

1. Disposiciones existenciales: Crean, destruyen o regulan la existencia o no de entidades.
2. Reglas de inferencia: Establecen cómo pueden, tienen que o deben ser, preferiblemente, probados los hechos y qué inferencias pueden, tiene que o deben ser, preferiblemente derivadas de las pruebas.
3. Reglas que categorizan: Explican cómo traducir acciones, eventos y otros hechos en las categorías apropiadas.
4. Reglas de rango (scope): Fijan el alcance de otras reglas.
5. Reglas que especifican posición: Establecen la posición jurídica de personas o cosas en términos de derechos, responsabilidades, status y situaciones similares.

Por su parte, Manuel Atienza propone nueve criterios para clasificar²⁸⁶ a las normas jurídicas:

Criterios	Tipos
1. Carácter.	1. Normas de obligación 2. Normas de prohibición 3. Normas de permisión o facultativas
2. Contenido.	4. Normas abstractas (se refieren a clases de acciones) 5. Normas concretas (se refieren a acciones específicas)
3. Condición de aplicación.	6. Normas hipotéticas o categóricas.
4. Autoridad.	7. Leyes 8. Decretos 9. Reglamentos 10. Ordenes ministeriales
5. Sujeto normativo.	11. Normas generales (se dirigen a cualquier sujeto de una clase)

²⁸⁴ Cfr. Raz, Joseph, *El concepto de sistema jurídico*, op. cit., nota 38, p. 267.

²⁸⁵ Cfr. Honoré, A.M., "Real Laws", p. 112, citado por Raz, Joseph, *El concepto de sistema jurídico*, op. cit., nota 38, p. 267.

²⁸⁶ Véase Atienza, Manuel, *Introducción al Derecho*, Barcelona (España), Ed., Barcanova, 1994, pp. 27-28.

	12. Normas particulares (se dirigen a sujetos determinados)
6. Ocasión espacial.	13. Normas vigentes en todo un Estado, en una comunidad autónoma, en un municipio.
7. Ocasión temporal.	14. Normas retroactivas o irretroactivas 15. Normas vigentes de manera indefinida o por un espacio de tiempo determinado
8. Promulgación.	16. Normas escritas 17. Normas consuetudinarias
9. Sanción.	18. Normas sancionadoras 19. Normas sin sanción 20. Normas con sanción positiva 21. Normas con sanción negativa

Las prescripciones que se pueden encontrar en un ordenamiento jurídico son diversas, no tienen igual valor; y por lo tanto, no tienen el mismo rango. Así, una clasificación no es una graduación²⁸⁷. Empero, pueden utilizarse diversos criterios para clasificar las normas jurídicas, para determinar la homogeneidad o heterogeneidad de los objetos, para determinar sus caracteres. Por su parte Vincenzo Ferrari, propone siguiendo el criterio binario cinco tipos de normas: "1) normas regulativas y normas constitutivas; 2) normas consuetudinarias y normas estatuidas; 3) normas escritas y normas no escritas; 4) normas generales y normas individuales; 5) normas de conducta y normas de competencia"²⁸⁸.

Complementariamente, Manuel Atienza, siguiendo el pensamiento de Georg Henrik von Wright, afirma que hay una serie de elementos²⁸⁹ existentes en el tipo de normas llamadas prescripciones, de los cuales menciona siete, que son los siguientes:

- 1) el carácter: es decir, la caracterización de determinadas acciones como obligatorias, prohibidas, permitidas o facultativas;
- 2) el contenido: la acción o acciones afectadas por dicho carácter; es decir, lo prohibido, permitido, etcétera;
- 3) la condición de aplicación: las circunstancias que deben presentarse para que pueda darse la oportunidad de realizar el contenido de la norma (sí sólo son las circunstancias que surgen del propio contenido, la norma será categórica; si hay otras adicionales, hipotética);
- 4) la autoridad: quien dicta la norma;
- 5) la ocasión: la localización espacio-temporal en que debe, cumplirse el contenido de la norma;
- 6) la promulgación: la formulación de la norma, es decir, su expresión en algún lenguaje (escrito, oral o de otro tipo, como el de las señales de tráfico) para que pueda ser conocida;

²⁸⁷ Véase Bobbio, Norberto, *Contribución a la teoría del Derecho*, op. cit., nota 103, p. 291.

²⁸⁸ Cfr. Ferrari, Vincenzo, *Acción Jurídica y Sistema Normativo. Introducción a la Sociología del Derecho*, op. cit., nota 84, pp. 196-208.

²⁸⁹ Atienza, Manuel, *Introducción al Derecho*, op. cit., nota 286, p. 24.

- 7) la sanción: amenaza de un perjuicio en el caso en que sea incumplido el contenido de la norma.

La tipología de las normas jurídicas incluye decisiones sobre el objeto y elementos, sobre la esencia contenida en la definición del concepto de norma. Se dice que "es aconsejable no buscar los criterios para la identificación de las normas en el nivel del enunciado normativo sino en el de la norma. Un criterio tal puede formularse con ayuda de las modalidades deónticas, de las cuales este lugar deben ser mencionadas tan sólo las modalidades deónticas básicas del mandato, la prohibición y la permisión"²⁹⁰.

Las manifestaciones anteriores estarían incompletas sin la perspectiva de la doctrina de la generalidad y la abstracción de las normas jurídicas, que inclusive, es caracterizada como la ideología del Estado de Derecho²⁹¹. Según la idea de un Derecho óptimo, los caracteres de la norma jurídica ideal, en la teorización de la ley, son los argumentos a favor de la generalidad y abstracción.

Son dos presupuestos: El de los sujetos a quienes va destinada (determinación genérica), y el de los supuestos de hecho o conductas que regula (abstracción); es decir, referida a previsiones fácticas. Así, se entiende que "la generalidad es la cualidad de la ley en virtud de la cual sus destinatarios están genéricamente determinados, y las conductas a las que se aplica, abstractamente consideradas"²⁹². En torno de estos caracteres se han vertido diversos argumentos y supuestos, que inciden en la concepción de la ley, unos y otros se apoyan en el argumento técnico (defiende y considera la generalidad como una característica propia del tipo de norma que es la ley sin explicar previa o prioritariamente otro tipo de justificación), otro, con el argumento finalista (considera a la generalidad de manera directa como una exigencia para la consecución de determinados objetivos).

Un rango distintivo de los citados caracteres de la norma jurídica, es que constituyen los presupuestos formales o elementos extrínsecos del Derecho, mediante los cuales el Estado formula y manifiesta su voluntad, a través del derecho objetivo.

²⁹⁰ Alexy, Robert, *Teoría de las Derechos Fundamentales*, op. cit., nota 31, p. 52.

²⁹¹ Cfr. Bobbio, Norberto, *Contribución a la teoría del Derecho*, op. cit., nota 103, p. 293.

²⁹² Cfr. Cabo Martín, Carlos de, *Sobre el concepto de ley*, op. cit., nota 28, p. 47.

Es importante recordar que el carácter abstracto (acción tipo) de las normas jurídicas, establecido por el legislador, permite la satisfacción de la exigencia de certeza²⁹³ del Derecho. Empero, los objetivos y caracteres de la dogmática, dan las condiciones para que la generalidad se confirme como carácter de la ley desde diferentes perspectivas y sobre todo en su configuración técnica²⁹⁴.

6.4. Aplicación o articulación pragmática: Los operadores jurídicos

Se presenta el problema de la reconstrucción de la ciencia jurídica. Primero, mediante el conocimiento del sistema primario y secundario de las normas jurídicas²⁹⁵; segundo, con el apoyo último de toda acción racional²⁹⁶, en la necesaria determinación de fines y objetivos que se requieren alcanzar, ante la insuficiencia del Derecho vigente para conseguirlo; es decir, el doble aspecto, interno y externo, de la calidad de las normas (contenido y lenguaje), y en la integración de las normas a la realidad social y jurídica preexistente²⁹⁷.

6.4.1. Introducción

En determinadas condiciones el Derecho habrá de acercarse al universo legal a través del sistema de justicia, pasando por muy diferentes estados y grados de

²⁹³ "La certeza es uno de los valores fundamentales del ordenamiento jurídico. Su valor opuesto es el valor de la equidad, que se obtiene precisamente mediante el método del juicio caso por caso, es decir, mediante la emisión de mandatos concretos". Véase Bobbio, Norberto, *Contribución a la teoría del Derecho*, op. cit., nota 103, pp. 295 y 292.

²⁹⁴ "No hay ninguna manifestación del derecho que no tienda a la generalización, en cuanto que sólo si se formula del modo general, si es realmente impersonal, abstracta, puede ser realmente reguladora, esto es, disciplina coherente y no accidental de cuanto ocurre". *Ibidem*, p. 294.

²⁹⁵ "La existencia de dos conjuntos de normas paralelas y relacionadas, que pueden llamarse el sistema primario y el sistema secundario, dirigidos, respectivamente, a la población en general (o a una subclase de ella) y a los tribunales, es un importante rasgo de nuestros ordenamientos jurídicos. Los dos sistemas están relacionados en el sentido de que el sistema secundario o sistema del juez presupone la existencia del sistema primario o sistema del súbdito y, por consiguiente, los dos sistemas pertenecen a niveles diferentes". Alchourron, Carlos E., y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y Derecho*, op. cit., nota 257, p. 263.

²⁹⁶ Véase, el capítulo sobre "La ley". Bochénski, J.M., *Introducción al pensamiento filosófico*, trad. de Daniel Ruiz Bueno, 12ª ed., Barcelona (España), Ed., Herder, 1936, pp. 9-20.

²⁹⁷ Cfr. Sáinz Moreno, Fernando, y Silva Ochoa, Juan Carlos Da, *La calidad de las leyes*, op. cit., nota 231, pp. 15-50.

relaciones, mediante las cuales la creación del Derecho como proceso de adopción de decisiones y como proceso racional, participará en la interpretación operativa²⁹⁸ del Derecho, y por ende, en la elaboración de la decisión judicial²⁹⁹, la cual es el resultado de normas y conceptos jurídicos que se presuponen con medidas de la lógica y la racionalidad³⁰⁰.

Empero, no debemos olvidar, por otra parte, la inflación legislativa y la devaluación de la ley, la declinación evidente del respeto debido a las normas y el incremento del espíritu de desobediencia. Así, la producción legislativa forma poco a poco una masa cada vez menos inteligible, dentro de la cual " los aplicadores de las normas no pueden desenvolverse con facilidad ni discernir sin esfuerzo cuál es el derecho aplicable a un hecho, relación o situación jurídica determinados"³⁰¹.

6.4.2. El legislador como creador del Derecho

El Derecho tiene múltiples manifestaciones, pero no cabe duda que la forma principal con que éste se manifiesta es la ley escrita, que traduce la preocupación constante del hombre contemporáneo por el gobierno de los intereses más disímiles. Se comprende en la ley dos términos inexcusables del viejo drama político: Libertad y autoridad. Se comprende que la ley postula la existencia de un legislador que interprete las necesidades de su pueblo y dé; por tanto, con fórmulas equitativas y

²⁹⁸ "En este fenómeno del desconocimiento del Derecho es necesario distinguir una enorme gama de matices, que van de la ignorancia eventualmente existente en un individuo o grupo, que por razones culturales, sociales, económicas, etc., padece una situación de marginalidad o aculturación absolutas, al desconocimiento parcial del ordenamiento jurídico complejo, que puede afectar, incluso, a un operador jurídico cualificado". Cárcova, Carlos María, *La opacidad del Derecho*, op. cit., nota 21, p. 39.

²⁹⁹ "Todo orden jurídico contiene reglas que pretenden que aquellos a quienes dirigen se comporten de acuerdo con ellas. En tanto estas reglas representan, al propio tiempo, normas de decisión, aquellos que han de resolver la eliminación jurídica de conflictos deben juzgar conforme a ellas. La mayor parte de las normas jurídicas son tanto normas de conducta para los ciudadanos como normas de decisión para los tribunales y órganos administrativos". Larenz, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., nota 113, p. 242.

³⁰⁰ "Sin una consideración sistemático-conceptual del derecho, no es posible la ciencia del derecho como disciplina racional. La medida de la racionalidad de la ciencia del derecho depende esencialmente del nivel alcanzado en la dimensión analítica. Sin la claridad analítica, no serían ni siquiera posibles enunciados precisos y fundamentados acerca del juego conjunto de las tres dimensiones". Véase Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., nota 31, p. 45.

³⁰¹ Cfr. Muñoz Machado, Santiago, *Cinco Estudios sobre el Poder y la técnica de legislar*, op. cit., nota 192, p. 16.

justas, de modo que el hombre de bien pueda amarlas y obedecerlas convencido de que sirven a un propósito honesto y saludable de interés común. Siguiendo desde luego, los principios de competencia, de prevalencia, y supletoriedad:

Los operadores políticos y los prácticos del Derecho encuentran en ellas un apoyo inestimable para transitar con seguridad por sistemas normativos que suelen ser mucho más abundantes y complejos que en los Estados centralizados. La forma de reflexionar, con ayuda de los principios indicados, de un jurista, funcionario, juez o ciudadano puede ser muy simple: siempre le será posible, desde luego, poner en cuestión, siguiendo los cauces jurisdiccionales correspondientes, si es que los tiene disponibles, las extralimitaciones competenciales en que haya incurrido el autor de una norma por que sabe que las reglas constitucionales de reparto priman siempre sobre las interpretaciones que hagan sus aplicadores, que pueden ser incorrectas³⁰².

La tarea de legislar implica reflexión y fundamentación en la producción del texto legal, es cuestión de pensar el efecto³⁰³ de la norma jurídica en cada caso, lo que conlleva a una construcción correcta de la misma; es decir, hay certeza del Derecho, cuando el legislador llega a resultados³⁰⁴ correctos o aceptables, dándose el presupuesto de transparencia del sistema normativo jurídico. Empero, el legislador preverá el efecto en la relación Estado-ciudadano, a través de normas

³⁰² Cfr. *Ibíd.*, p. 188.

³⁰³ "Así lo dispuso, bajo pena de muerte, Creonte, tirano de Tebas, en uso del poder jurídico que lo competía. Pero el sentimiento piadoso de Antígona, la hermana de los muertos, no podía tolerarlo. Se dirigió sobrepticamente hasta donde estaba el cadáver de su hermano y, espolvoreándolo con tierra, lo rescató de la maldición que sobre él pesaba. Antígona fue descubierta y conducida ante el tirano. ¿No conocías las órdenes del Estado? –preguntó éste, ¿Por qué te rebelaste contra los dictados de la ley? Sí las conocía –contestó Antígona-, pero no las considero buenas ni justas. Esos dictados son palabras perecederas del hombre, contrarias a los mandatos de los dioses que llevamos grabados en nuestro corazón, <<Y estos mandatos no son de hoy ni son de ayer; no, existen siempre y nadie sabe cuándo empezaron a regir>> (...). Creonte invoca la majestad del Derecho estatuido. No puede haber cosas peor para un Estado que la falta de poder y la fluctuante arbitrariedad; <<en cambio, allí donde reina firmemente el orden la obediencia asegura la salvación de muchos hombres; por eso es necesario defender lo que está ordenado (...). El legislador no puede renunciar, en muchos casos, a formular por sí mismo la norma aplicable, y en interés de la seguridad jurídica se ve obligado a hacerlo, con frecuencia de modo imperativo. Pero por mucho que se esfuerce en acertar, sus actos llevan siempre el sello de la debilidad inherente a toda obra humana. Y por todas partes se oyen quejas y protestas porque la aplicación de las normas técnicamente elaboradas no consigue dar en el blanco de lo justo". Véase Stammler, Rudolf, *El Juez*, trad. de Emilio F. Camus, México, Ed., Nacional, 1974, pp. 118-119.

³⁰⁴ "No podrá formularse ninguna propuesta de disposiciones sin acompañar al proyecto la tabla de vigencias de disposiciones anteriores sobre la misma materia y sin que en la nueva disposición se consignen expresamente las anteriores que han de quedar total o parcialmente derogadas. Se intentaba con toda evidencia, una pauta de reflexión y racionalidad que impedía proceder a una innovación legislativa sin una incertidumbre absoluta de su necesidad, que sólo podía venir de un cuidadoso análisis de las normas vigentes". Cfr. García de Enterría, Eduardo, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid (España), Ed., Civitas, 1999, p. 94.

iusfundamentales para el sistema jurídico de las cuales resulta la fundamentalidad formal y la fundamentalidad material.

La fundamentalidad formal de las normas iusfundamentales resulta de su posición en la cúspide de la estructura escalonada del orden jurídico en tanto derecho puramente vinculante para la legislación, el poder ejecutivo y el poder judicial. Lo que ello significa lo muestra la contraposición de dos modelos constitucionales extremos, el puramente procedimental y el puramente material. En el modelo puramente procedimental, la Constitución contiene exclusivamente normas de organización y procedimiento. Referido a la legislación, esto significa que la Constitución no excluye directamente nada como contenido posible del derecho positivo. Todo lo que es creado con el procedimiento y las normas previstas a tal efecto es derecho positivo (...). En el modelo puramente material, la Constitución contiene exclusivamente normas materiales a partir de las cuales, a través de operaciones metódicas, cualquiera que sea su configuración, puede obtenerse el contenido de cada norma jurídica del sistema jurídico³⁰⁵.

Modernamente, la única forma de manifestación del Derecho es la lingüística. El lenguaje escrito, el medio idóneo para la promulgación de normas, como la Constitución y las leyes. Con frecuencia se critica la opacidad del lenguaje jurídico en la producción del Derecho, esta opacidad es vista más como un defecto de los juristas que como una necesidad científica. Empero, difícilmente podría evolucionar una disciplina si no se construye sobre la base de un lenguaje propio. La conceptualización y tecnicización del lenguaje jurídico permiten la simplificación de las normas, y la fluidez de la comunicación entre juristas.

Un verdadero legislador no se improvisa con caudillos de barrio ni con oradores de éxito en las campañas electorales. "Senadores y diputados hay muchos; legisladores de verdad, muy pocos", escribe Rafael Bielsa. Los parlamentos son hoy cuerpos eminentemente políticos, cuyo crédito como responsables de la formulación de la ley está ya muy menoscabado. La función más augusta de un representante del pueblo es legislar. Pero no cabe duda que legislar es una función técnica, que exige en el legislador o al lado del legislador competencia específica. Si no se dispone de la competencia personal o del asesoramiento (cosas que no se dan por el solo título habilitante), es comprensible que se renuncie a la iniciativa, que se caiga en la delegación o se actúe con inoperancia. Los parlamentos deben, pues, hacer lugar a los técnicos con relevantes condiciones de juristas, al menos en sus comisiones de legislación, si quieren velar por su prestigio y hasta por la subsistencia misma del régimen parlamentario³⁰⁶.

³⁰⁵ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., nota 31, pp. 503 y 504.

³⁰⁶ Cfr. Risolía, Marco Aurelio, *Grandeza y desprestigio de la ley*, Buenos Aires (Argentina), Ed., Abeledo-Perrot, 1961, p. 54.

El aspecto lingüístico adquiere relevancia de primer orden en el marco del proceso constituyente. El equilibrio entre la tecnicidad del vocabulario jurídico-constitucional y el lenguaje común, es lo que va a permitir, de una parte, que sea fácilmente inteligible, y, de otra, el desarrollo de una legislación reglamentaria eficaz, que pueda ejecutarse con un mínimo de labor interpretativa, sin necesidad de recurrir a exhaustivos ejercicios de hermenéutica jurídica. La redacción de las normas constitucionales debe ser clara, inteligible, precisa, exacta y concreta, esto requiere de una adecuada técnica legislativa en la redacción de las disposiciones que integrarán el proyecto de Constitución³⁰⁷.

Por técnica legislativa puede entenderse, el estudio de fórmulas o métodos destinadas a mejorar la calidad de la estructuración y sistematización de los instrumentos normativos, así como del uso del lenguaje de tales instrumentos. Para el análisis y comprensión del anterior concepto, conviene repasar algunos principios generales de técnica legislativa que, en la aplicación pragmática del legislador, según un criterio objetivo para la decisión básica jurídico-constitucional, vale para "todos los ámbitos del Derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la justicia"³⁰⁸. Las normas constitucionales deben:

En primer lugar, ser generales y prescindir de calificativos. Las disposiciones constitucionales, por su propia naturaleza deben ser generales y abiertas, por lo que deben contener fórmulas sin calificativos y sin descripciones, las cuales deberán ser delegadas al legislador ordinario.

En segundo término, se deben evitar las ambigüedades en las expresiones de carácter general. El carácter general de la norma constitucional, no puede abrir brechas que impidan la actividad interpretativa. En tal sentido, debe evitarse el uso de términos imprecisos o multívocos, más aún cuando se trata de normas constitucionales, que por su rango y jerarquía están llamadas a servir de normas rectoras para todo el ordenamiento jurídico.

³⁰⁷ "Por lo que respecta al contenido de las leyes, lo decisivo es, en última instancia la voluntad del legislador, su razón o su sin razón, como así también los límites de sus posibilidades de acción. Si se presupone un legislador con propiedades cualquiera, cualquier contenido puede convertirse en derecho positivo". Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., nota 31, p. 504.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 507.

En tercer lugar, es importante cuidar el significado y precisión de los términos empleados. Las palabras multívocas deben permitir al intérprete diferenciar su significado en el contexto, de manera que expresen con la mayor precisión posible la verdadera intención del redactor y facilite la actividad de legislación reglamentaria. No se trata de excluir el uso de términos multívocos o vagos, sino de cuidar que estos sean utilizados adecuadamente en aquellas materias que requieran de profundidad en su desarrollo legislativo.

En cuarto lugar, deben emplearse fórmulas adecuadas que faciliten la interpretación. Toda norma jurídica debe ser explícita, para evitar interpretaciones erradas, o tener que recurrir a ideas y principios "implícitos" e inexistentes. En todo caso, el carácter explícito de las disposiciones constitucionales no va en disminución de la actividad exegética por los tribunales y lo que se persigue, en todo caso, es prescindir de ésta lo más posible.

En quinto lugar debemos mencionar el principio de unidad, éste tiene dos manifestaciones: General y particular. Desde una perspectiva general, las normas constitucionales deben agruparse con criterio de homogeneidad y uniformidad; desde la perspectiva individual, el principio de unidad se expresa en el alcance de la norma: un artículo no debe tratar más de un tema o idea.

En sexto lugar, debe tenerse especial cuidado en la redacción de excepciones a normas generales. Las excepciones deben redactarse de modo tal que no alteren la esencia de la regla.

Por último, y en séptimo lugar, no deben emplearse palabras que distingan el sexo del sujeto de la norma. De esa manera debe preferirse el empleo de pronombres masculinos, que no aluden al sexo del sujeto y abarcan ambos géneros, *verbigracia*, "el Juez" no alude a un sujeto de sexo masculino -en contraposición con "la Juez"- sino al sujeto que imparte justicia.

Es claro que detrás de estos principios esta la generosa fundamentalidad material, que se lleva a cabo a través del conocimiento de su contenido.

Despójese, empero, a la doctrina de todo exceso dogmático y retórico; modérese su audacia racionalista, y se comprenderá que queda un sedimento de verdades irreversibles, con el que contó la humanidad en los tiempos contemporáneos para abonar la extensión del Derecho y la primacía de la ley (...). En su letra y en su espíritu se esconde la garantía de la paz pública y

privada, el resguardo de la libertad, la aspiración del bien común. El cercenamiento de la libertad individual se paga con la institución del orden y la dignificación del Poder³⁰⁹.

Lo que persiguen los principios antes enunciados no es otra cosa que prevenir que la Constitución se convierta en un texto hermético, cuya accesibilidad esté limitada a unos pocos iniciados, sino que la cualidad de facilidad en su interpretación vaya de la mano con la adecuada tecnicidad en su redacción y en sus disposiciones.

6.4.3. El juzgador como aplicador del Derecho

Al tratar la cuestión de la creación del Derecho y, por ende, la intersección entre organización y Derecho³¹⁰, excluirémos de las consideraciones que hagamos en el presente apartado aquellas que conciernen a la *ratio legis* y *ratio decidendi*, en virtud de que hemos dedicado un estudio especial a ellos.

En consecuencia nos referiremos al interés sistemático del juzgador ante la perspectiva normativista, multiplicada y oscura, que paradójicamente lo alejan del contenido del Derecho, en relación con el tema propuesto. A este propósito, Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin destacan que la función regulativa de las normas y de los enunciados deónticos en general (generalidad e individualización), consisten en dar una respuesta al interrogante práctico ¿qué debo hacer en esta ocasión?, es decir, proporcionar una guía para la decisión que habrá de tomarse, es una cuestión de decisión práctica³¹¹, la cual supone al menos dos alternativas para la acción, para que no desaparezca el problema práctico.

Al aplicar el Derecho, el juez emite de una manera razonable y en condiciones de verdad su decisión³¹², situación que justifica con el desempeño, y que,

³⁰⁹ Cfr. Risolía, Marco Aurelio, *Grandeza y desprestigio de la ley*, op. cit., nota 306, p. 27.

³¹⁰ Cfr. *supra*, Capítulo Quinto "La creación del Derecho".

³¹¹ Cfr. Alchourrón, Carlos E., y Bulygin, Eugenio, *Análisis Lógico y Derecho*, op. cit., nota 257, p. 591.

³¹² "El juez sólo puede proceder a discurrir y elegir criterios fundamentalmente justos que le sirvan de normas de juicio, cuando el propio Derecho vigente se remita a ellos. Puede ocurrir que no diga nada acerca de un caso cualquiera, que la ley técnicamente elaborada presente una laguna. Tal vez no exista tampoco un precepto semejante, que permita inferir la intención de la ley para otros casos parecidos, por la vía de la llamada analogía de leyes: En estos casos, es indudable que el juez recobra su libertad de opción para elegir el Derecho justo (...). Pero, fuera de estos dos supuestos: autorización por parte de la ley o lagunas en el texto de ésta, el juez no tiene más camino que acatar y

necesariamente obedece a una posición filosófica práctica adoptada (ética, axiológica, política y jurídica). Esta situación puede distinguir dos tipos de respuestas³¹³; según la tradición realista y la tradición conceptualista, pero, cualquiera que sea la posición que se adopte “se trata de una discrepancia filosófica que no puede ser resuelta por medios empíricos, ni tampoco mediante el análisis lingüístico conceptual, sino que implica una toma de posición metafísica”³¹⁴. Empero, las respuestas admiten paradigmas y variantes, que según el principio de correlación³¹⁵ el juez al resolver en cada caso concreto debe satisfacer condiciones de jerarquía formal; es decir, aceptables para su mentalidad operativa, que ante la indeterminación conceptual, y formación híbrida, en parte abreviatura, en parte ficción, prefiere la absoluta definición formal, que pudiéramos decir, de su propio vacío de contenidos conceptuales, dice más de lo que al pronto parece que dice, porque su valor dogmático y técnico-práctico es muy grande.

Por eso el aplicador del Derecho, interviene en el sistema jurídico, está presente en el ordenamiento, a través del ordenamiento mismo; es decir, la mediación de la norma suprema que las toma como contenido y lleva tanto las leyes como las exigencias precisamente a la positiva, que constituye la satisfacción de aquellas exigencias y el cumplimiento de dichas leyes. Se afirma que “las normas iusfundamentales contienen no sólo derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que representan, al mismo tiempo, un orden valorativo, objetivo que, en tanto decisión básica jurídico-constitucional, vale para todos los ámbitos del derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la justicia”³¹⁶.

aplicar sin vacilación el Derecho vigente. Tiene que velar por la justicia en la primera acepción de esta palabra: mantenerse firmemente junto al Derecho; defender el Derecho contra la arbitrariedad”. Cfr. Stammler, Rudolf, *El Juez, op. cit.*, nota 303, pp. 120-121.

³¹³ “Para la tradición realista hay determinados hechos que forman parte de la realidad y que hacen verdaderas a las normas. Por lo tanto, las normas son verdaderas o falsas en el sentido de la correspondencia con la realidad. Estos hechos son normativos o valorativos. Para la tradición conceptualista, en cambio, los valores no están dados en la realidad, sino son productos de la actividad humana: son constituidos por el hombre. Las normas carecen de valores de verdad, pues no hay correspondencia con la realidad, ya que en ella no hay hechos normativos”. Cfr. Alchourrón, Carlos E., y Bulygin, Eugenio, *Análisis Lógico y Derecho, op. cit.*, nota 257, p. 592.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 593.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 607.

³¹⁶ Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales, op. cit.*, nota 31, p. 507.

El aspecto sustancial de la *ratio decidendi*, articulación pragmática con la *ratio legis*, como elemento de interpretación, caracteriza la función del aplicador del Derecho. Por eso es que se puede afirmar que del juez se exige actuación de certeza en todas sus determinaciones y consecuentemente:

1. Su resolución contiene ineludiblemente un trozo de decisión³¹⁷;
2. Debe fundamentar su resolución con argumentos jurídicos;
3. En la interpretación y complementamiento de las leyes, se sirve de los conocimientos que la jurisprudencia le suministra y de los métodos jurisprudenciales reconocidos (problema hermenéutico);
4. Se abstendrá de juicios de valor y decisiones no fundamentables³¹⁸;
5. Sabe que las máximas conforme a las cuales resuelve un caso, tienen que pretender validez para todos los casos similares;
6. Precisa un análisis minucioso de la fundamentación dada, o, la comparación de un gran número de resoluciones, para conocer qué consideraciones han dado el golpe decisivo, qué dirección ha tomado la jurisprudencia de los tribunales.

³¹⁷ Para el pleno ejercicio de la jurisdicción, como función pública prevista en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuyo objeto consiste en resolver en forma pacífica y por las vías jurídicas, cuál de los intereses opuestos está tutelado por el derecho, y proveer eventualmente a la ejecución respectiva, resulta indispensable la claridad, precisión y explícites de los fallos. De manera que cuando éstos no se dictan de ese modo, pueden atentar contra la finalidad perseguida y dejar latente la posibilidad de posiciones encontradas en las partes sobre el sentido de la resolución, y provocar un nuevo litigio entre ellas. Ante esto, tanto en los planteamientos doctrinales de la teoría general del Derecho, en diversas disposiciones de carácter procesal de las entidades federativas, y en la jurisprudencia, priva la concepción de que sea el propio resolutor quien, en una incidencia sencilla y sin mayores formalidades, resuelva y con ello, corrija o subsane las contradicciones, omisiones, errores simples o imprecisiones en que hubiere incurrido en su sentencia: se trata de la institución conocida con el nombre de *aclaración de sentencia*, cuyas características esenciales, en el derecho positivo mexicano, son las siguientes: 1) su objeto es resolver la contradicción, ambigüedad, obscuridad, deficiencia, omisión o errores simples o de redacción de la sentencia; 2) sólo puede hacerse por el tribunal que dictó la resolución; 3) solamente cabe respecto de cuestiones discutidas en el litigio y tomadas en cuenta al emitirse el acto de voluntad de la decisión; 4) no puede modificar el fondo del asunto; 5) forma parte de la sentencia; y 6) sólo es admisible en un breve lapso, a partir de la emisión del acto. Así, la aclaración de sentencia es una institución jurídica inmersa en los sistemas jurídicos de impartición de justicia aun cuando no se encuentre expresamente regulada en los ordenamientos, y debe considerarse un *principio general del derecho procesal*, por cuanto resulta necesaria para lograr el objeto de la función jurisdiccional.

³¹⁸ "Ahora bien, si el juez, en un caso particular, ha de elegir primeramente él mismo la norma de decisión –ya sea que el Derecho positivo se lo indica, ya sea porque el Derecho formado tiene lagunas–, entonces precisa ser instruido a cerca de cómo debe realizar esa elección en el sentido de la <<rectitud fundamental>>, pero esto ocurre al examinar el juez, en cuál de las normas jurídicas posibles es factible reconocer la orientación fundamental hacia la idea de plena armonía jurídica". Cfr. Larenz, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., nota 113, pp. 111-112.

Fácilmente se advierte, por la semejanza anterior, que la situación del juez como operador del Derecho denota una tarea jurídica realmente grandiosa, se sostiene que "basta que la gente de leyes en sus distintas esferas llegue a comprender que son necesarios (...), dentro del ancho ámbito de lo que frecuentemente se denomina el mecanismo de la administración de justicia"³¹⁹.

Existe el problema del voluminoso cuerpo del Derecho, el contenido de las leyes frente a los medios para aplicarlo³²⁰; al inconveniente de la intolerable extensión cabe agregar la imposibilidad de conocer el Derecho dentro de éste parámetro de leyes y de la selva del Derecho³²¹; por consiguiente, no sólo carece de consistencia y armonía, sino que no se adapta a las necesidades modernas. Pero, existe un remedio, la reforma jurídica, responsabilidad de los profesionales del Derecho³²².

Supuesto todo esto, es posible volver al tema de la certeza. Se deduce que la certeza es lo que debe ser en un tal ordenamiento, que se reduce a una norma dirigida a instaurar una sociedad, en la que, en una inmensa experiencia, pensamiento y razón individuales que los sujetos reunidos en un espíritu de unidad interior pierden toda su subjetiva arbitrariedad y asumen la profunda razón objetiva que la cultura jurídica determina y declara, mediante los operadores jurídicos. Así, la certeza es exactamente objetividad. En el sistema jurídico, la certeza no como legalidad formal, es algo más íntimo y sustancial, nace del interior, no del exterior de las leyes (legalidad como formalidad) que en definitiva es más que la apariencia o ropaje exterior.

³¹⁹ Cfr. Vanderbilt, Arthur T., *La justicia emplazada a reformarse*, trad. de Carlos Alberto Benites y Javier Clavell Borrás, Buenos Aires (Argentina), Ed., Depalma, 1959, pp. 141-142.

³²⁰ "Pero la correspondiente necesidad de podar y eliminar, de tiempo en tiempo todos los brotes muertos o inconvenientes de la ley, a fin de adecuarla a las exigencias de situaciones nuevas, no ha tenido un reconocimiento tan general. Ambas funciones son esenciales y deben cumplirse con habilidad profesional, si es que la ley de fondo ha de corresponder a los múltiples requerimientos de una complicada civilización. Cundirá, sin duda, el descontento si el derecho no consigue mantenerse a tono con los cambios económicos, científicos, políticos y sociales". *Ibidem*, p. 144.

³²¹ *Ibidem*, 146.

³²² "Pero esta claro que no podemos pretender que nuestros mejores jueces, sobre cargados como están de trabajo, mantengan al día su trabajo judicial y, además, asuman la dirección de una reforma jurídica de gran estilo; sin perjuicio de que puedan prestar sus servicios irremplazables por vía del consejo y la crítica". *Ibidem*, p. 154.

6.5. Identidad entre creador y destinatario del Derecho

El vínculo ente el sujeto y las normas del derecho objetivo³²³, forma parte de las relaciones jurídicas. En la relación entre sujeto activo y pasivo, se distinguen los imperativos autónomos de los heterónomos. Se denominan autónomos aquellos imperativos en los cuales la misma persona es quien emite la norma y quien la ejecuta. Se llaman heterónomos aquellos imperativos en los cuales quien dicta la norma y quien la ejecuta son dos personas diversas.

Esta distinción es históricamente importante porque caracteriza los imperativos morales con relación a todos los demás imperativos. Para Immanuel Kant los imperativos morales, y sólo los imperativos morales, son autónomos. Son autónomos porque la moral consiste en los mandatos que el hombre en cuanto ser racional se da a sí mismo, sin recibirlos de ninguna otra autoridad que no sea su propia razón. Cuando el hombre, en vez de obedecer a la legislación de la razón, obedece a los instintos, a las pasiones, a los intereses, sigue imperativos que lo desvían del cumplimiento de sí mismo, pues su comportamiento consiste en estos casos en una adhesión a principios que están fuera de él, y en cuanto tal deja de ser un comportamiento moral. Es decir, la autonomía de la voluntad es la cualidad que tiene la voluntad de ser ley por sí misma, y en antítesis: Cuando la voluntad busca la ley que debe determinarla en medios distintos a los encaminados a instituir como propia una legislación universal, y cuando, en consecuencia, excediéndose a sí misma, busca esta ley en la calidad de algunos de sus objetivos, de ello resulta siempre una heteronomía. La voluntad no se da entonces a sí misma la ley, es el objeto por el contrario el que se la da, gracias a sus relaciones con ella.

Por consiguiente, los destinatarios de la norma jurídica reciben un imperativo y por imperativo se entiende una proposición cuya función es la de determinar el

³²³ "Si se introduce el derecho como la complementación que en orden a estabilizar expectativas de comportamiento necesita la moral, la facticidad de la producción del derecho y de la imposición del derecho (así como la autoaplicación constructiva del derecho) son elemento esencial de una determinada clase de interacciones que sirven a exonerar a la moral. Pues bien, el medio que representa el derecho, considerado como tal medio, presupone derechos que definen el status de las personas jurídicas como portadoras de derechos". Véase Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, op. cit., nota 51, p. 184.

comportamiento de los demás, no hay duda que la norma jurídica va dirigida a alguien. Pero, ¿a quién?, ¿se puede deducir de la indicación de los destinatarios un elemento determinante de la norma jurídica?. La discusión entre los juristas acerca de los destinatarios es antigua y en desuso "los juristas, asumen en la normatividad o practicidad del Derecho: presumen que el derecho es un conjunto de normas (reglas, patrones o instrucciones) sobre lo que se debe hacer. En su actividad el jurista presupone, también, que el derecho es un corpus ordenado (legal system, Rechtsornung, ordre juridique) que posee, como característica esencial, ser exhaustivo y consistente"³²⁴.

El problema de los destinatarios no nació, pero ciertamente si se agudizó cuando Ihering, polemizando con lo que había afirmado pocos años antes. Binding, sostuvo que los destinatarios de la norma jurídica no son los ciudadanos sino los órganos judiciales encargados de ejercer el poder coactivo. Ihering partía de una rígida doctrina estatalista y coaccionista del Derecho, con base en la cual lo definía como "la norma coactiva establecida por el Estado"³²⁵, que estará al servicio de un fin social.

La tesis de Ihering ha sido sostenida periódicamente sobre todo por los autores que acentúan el elemento de la coacción como elemento constitutivo del Derecho. A este respecto, la norma que determina la conducta que evita la coacción (conducta que el ordenamiento jurídico tiene como fin) tiene el significado de norma jurídica solamente cuando se presupone que con ella se debe expresar, en forma abreviada por comodidad de exposición, lo que sólo la proposición jurídica enuncia en modo correcto y completo; es decir, que a la condición de la conducta contraria le debe seguir como consecuencia un acto coactivo. Esta es la norma jurídica en su forma primaria. La norma que ordena el comportamiento que evita la sanción, puede valer; por consiguiente, solamente como norma jurídica secundaria.

³²⁴ Tamayo y Salmorán, Rolando, *El Derecho y la Ciencia del Derecho. Introducción a la ciencia jurídica*, México, Ed., UNAM, 1986, pp. 146-147.

³²⁵ Véase Larenz, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., nota 113, p. 69. "Ihering fue el primer pensador jurídico contemporáneo que relativizó totalmente las pautas del Derecho. Tal aportación consiste en saber que en toda norma jurídica tiene que ser considerada también precisamente su función social: toda norma quiere configurar, en la parte que le corresponde, la existencia social, y por este motivo está referida, según su sentido, a un fin social. Otra cuestión es la de si los mismos fines sociales no están también subordinados a un orden objetivo jerárquico y de valores, que halle su expresión en el orden jurídico como un todo con sentido". *Ibidem*, pp. 69-70.

Llama la atención la gran variedad de tentativas para definir³²⁶ el Derecho recurriendo a otros criterios. El campo es tan vasto que se corre el riesgo de perderse, pues se trata como se comprende fácilmente, de una considerable parte de la historia de la filosofía del Derecho y de la teoría general del Derecho, empeñada en definir el derecho a través de la definición de la norma jurídica.

Reagrupando en torno a algunos criterios fundamentales distintos de los formales, un determinado número de teorías típicas, se deducen en las consideraciones siguientes:

1. El criterio más seguido ha sido siempre de tratar de individualizar el carácter de la norma jurídica a través de su contenido;
2. De esta crítica, que revela una insuficiencia del criterio del contenido, nace la exigencia de un nuevo criterio;
3. De la insuficiencia del criterio de los fines pasamos, inevitablemente, al criterio del sujeto que dicta la norma;
4. La crudeza de la teoría positivista del Derecho reenvía a su opuesta; es decir, a la teoría iusnaturalista en la acepción más amplia del término, esto es, a todas aquellas doctrinas que buscan la esencia del Derecho en los valores (o ideales) en los cuales se inspira el legislador;
5. Un quinto grupo de teorías se caracteriza por el hecho de buscar la naturaleza específica de la norma jurídica en el modo como es acogida por el destinatario³²⁷; en otros términos, en la naturaleza de las obligaciones.

³²⁶ Cfr. *supra*, Capítulo Cuarto "Paradigmas en el Estado de Derecho", epígrafe 4.2. "El término, el concepto y los límites de una definición del Derecho".

³²⁷ Se distinguen aquí, tradicionalmente, dos soluciones: la primera (que denominaremos kantiana porque fue Kant quien la explicó con mayor claridad), según la cual norma jurídica es aquella que es obedecida por las ventajas que trae, y como tal se contenta con una mera adhesión exterior (de una acción conforme al deber), mientras que las normas morales deben ser obedecidas por sí mismas, y por tanto reclaman una obediencia interior, que no puede ser constreñida (una acción por el deber); la segunda (de la cual se encuentra una formulación en la teoría general del Derecho), de acuerdo con la cual puede decirse que nos encontramos frente a una norma jurídica sólo cuando la persona a quien se dirige está convencida de su obligatoriedad, y actúa como en estado de necesidad, mientras que las normas no jurídicas, como las sociales, se caracterizan por un menor sentido de dependencia del sujeto pasivo frente a ellas, por una obligación no incondicionada, sino condicionada a la libre elección del fin. Al respecto, Max Scheler, explica que: "La ley es simplemente un valor por referencia respecto al valor en sí mismo del "orden jurídico" (objetivo), orden válido para esa ley y que han de realizar los legisladores y jueces". Cfr. Scheler, Max, *Ética*, trad. de Hilario Rodríguez Sanz, Madrid (España); Ed., Caparrós, 2001, p. 177.

Se pueden distinguir tres funciones fundamentales del lenguaje; la descriptiva, la expresiva y la prescriptiva. Estas tres funciones dan origen a tres tipos de lenguajes distintos: el lenguaje científico, el poético y el normativo. El lenguaje prescriptivo tiene mayores pretensiones porque tiende a modificar el comportamiento de los demás, y en consecuencia, no es extraño que utilice los otros dos tipos de lenguaje para su propia función.

Por otra parte, siguiendo a Kaarlo Tuori es posible distinguir al menos tres círculos concéntricos para aproximarnos al problema de la consecuencia de la aplicación del Derecho, en el destinatario del Derecho: "- las partes concretas; - la comunidad jurídica en sentido estricto compuesta por los juristas prácticos y, en general, los expertos en derecho; - la comunidad jurídica en sentido amplio que abarca a toda la sociedad"³²⁸.

Esto es, el concepto de comunidad jurídica en ambos sentidos, amplio y estricto, resulta en nuestra opinión, el objeto regulativo que habrá de ser el propósito del modelo ideal de la norma jurídica que desarrolla su vigencia y funcionalidad en una determinada situación histórica, que "en el contexto de la aplicación del derecho, la separación estricta entre cuestiones deontológicas de justicia y cuestiones teleológicas y axiológicas puede también criticarse con argumentos similares a los utilizados en el contexto de los procedimientos de creación de normas jurídicas"³²⁹.

Existe un escenario en que participan y pretenden identificarse, la dicotomía del observador³³⁰ (legislador y el juez) y el participante (destinatario), que dentro del sistema jurídico, toma parte de lo que el sistema normativo obliga, prohíbe y permite.

Los destinatarios del Derecho son, al mismo tiempo, agentes morales, y un determinado sistema jurídico pueda contar con razones morales a su favor. La tesis central de Eusebio Fernández, es que "hay una obligación moral de obedecer al Derecho justo y a las disposiciones jurídicas justas, derivada de la obligación moral más general que tienen los hombres de ser justos"³³¹. Se entenderá que un sistema

³²⁸ Véase Tuori, Kaarlo, *Positivismos crítico y Derecho Moderno*, *op. cit.*, nota 30, p. 110.

³²⁹ *Ibidem*, p. 113.

³³⁰ "El punto de vista del observador que mira al sistema jurídico como sistema de normas, expresa una conexión conceptualmente necesaria o conceptualmente imposible". Cfr. Alexy, Robert, "Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral", *op. cit.*, nota 34, p. 123.

³³¹ Cfr. Fernández García, Eusebio, *La obediencia al Derecho*, Madrid (España), Ed., Civitas, 1994, p. 21.

jurídico es suficientemente justo cuando ha sido elaborado contractualmente y, además, reconoce, respeta y garantiza el ejercicio de los derechos fundamentales.

Las características que diferencian las proposiciones prescriptivas de las descriptivas se pueden resumir en tres puntos: a) respecto de la función; b) respecto del comportamiento del destinatario; c) respecto del criterio de valoración.

Con las consideraciones precedentes tratamos de demostrar la autonomía de la categoría de las proposiciones prescriptivas en relación con las otras dos categorías de las proposiciones descriptivas y expresivas. La categoría de las prescripciones es vasta, comprende tanto las normas morales como las reglas, de la gramática; tanto las normas jurídicas como las prescripciones de un médico, *verbigracia*. Aquí explicamos tres criterios fundamentales de distinción: 1) respecto a la relación entre sujeto activo y pasivo de la prescripción; 2) respecto a la forma; 3) respecto a la fuerza obligante.

En todos los ordenamientos jurídicos hay muchas normas como las que establecen los términos que ordenan medios para alcanzar un fin, y no ya acciones buenas en si mismas, y precisamente por este carácter técnico que tienen constituyen aquel aspecto de la elaboración de un ordenamiento que se denomina tecnicismo-jurídico. Empero, ante las pretensiones de validez de las decisiones y argumentos jurídicos, en la sociedad moderna, se presenta la diferenciación de las culturas y discursos de los expertos en relación con el mundo de la a vida cotidiana de la sociedad.

6.6. Psicología y ley

Al abordar el estudio que hicimos respecto del sistema jurídico³³², afirmamos que las propiedades estructurales de los sistemas normativos, como la completitud, la independencia y la coherencia; necesariamente persiguen una finalidad deóntica (ordenar, permitir y prohibir). Asimismo, indicamos que la norma jurídica, como parte del sistema "es una formula imperativa de lo que es Derecho"³³³, es una presentación

³³² Cfr. *supra*, Capítulo Segundo "El fenómeno jurídico diferenciado de la opacidad e ignorancia del Derecho", epígrafe 2.5. "Posición en la teoría de sistemas", y Capítulo Tercero "La doctrina de la ignorancia legis", epígrafe 3.3. "Presentación y formulación en el sistema normativo jurídico".

³³³ Véase, en este sentido, Preciado Hernández, Rafael, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, nota 66, p. 113.

intelectual, una forma de expresión del Derecho como realidad, que expresa la forma de la sociedad, el ajustamiento de personas, acciones y cosas al bien común. Pero, formalmente, está configurada como suprema decisión del legislativo³³⁴, dictada para regular las relaciones interpersonales, las relaciones jurídicas entre sujetos de Derecho, concepto permanente y estático en el derecho positivo vigente. Ahora bien, con estos elementos se actualiza la interconexión sistemática entre hecho, valor y norma.

Reunidas las condiciones de certeza del derecho positivo, el ciudadano como factor de la relación Estado-ciudadano, de la relación ciudadano-ciudadano, mantendrá la previsibilidad de las consecuencias jurídicas derivadas de sus propias acciones, expresando la triple conexión: conocimiento del contenido esencial del Derecho, conocimiento de la fundamentación (legalidad), y la convicción de la correcta interpretación y aplicación de la legalidad, para ajustar a ella su comportamiento; participando del sistema normativo jurídico y del sistema de posiciones y relaciones.

La situación brevemente descrita deriva de considerar a la ley como modelo de conducta, a la cual los integrantes de una comunidad deben obediencia; por otra parte, la *ratio legis* ante la interpretación objetiva; y finalmente, la organización constitucional del Estado frente a la evolución general del Derecho.

De vital importancia resulta conocer las etapas básicas de la llamada psicología jurídica, que establecen las relaciones entre psicología y justicia. La primera etapa, que discurre desde comienzos del siglo XX hasta la década de los 30, marca el inicio de las relaciones entre la psicología científica (Stern, Binet, Whipple, Münsterberg) y el Derecho. El problema de la inexactitud y la sugestibilidad del testimonio fue el instigador de las relaciones. La segunda etapa, durante la década de los 30 y 40 del siglo XX (escuela del psicoanálisis, conductismo, psicología experimental), se produce un cambio dentro de la filosofía jurídica anglosajona; el formalismo legal, con su énfasis en las normas y preceptos legales como fuente de la jurisprudencia, comienza a dejar paso a una nueva corriente de realismo, más

³³⁴ Cfr. Cabo Martín, Carlos de, *Sobre el concepto de ley*, op. cit., nota 28, p. 33.

proclive a la inclusión del contexto social dentro del estudio de la ley³³⁵. Desde esta perspectiva, las ciencias sociales constituyen una herramienta importante, tanto para la práctica jurídica como para la fundamentación del Derecho. Los estudiosos del Derecho apelan a las ciencias sociales y, a la psicología, en dos sentidos: En primer término, para traducir los conceptos abstractos de las leyes a términos empíricos y operacionalizables; en segundo sentido, para proporcionar conceptos y técnicas que pongan de manifiesto la realidad psicológica y social de las decisiones judiciales. La tercera etapa, denominada "edad de oro de la psicología jurídica", hacia 1970, en que crece el interés de los psicólogos por el mundo legal.

Partiendo de las ideas anteriores, las relaciones entre psicología y Derecho muestran tres tipos principales de acercamientos³³⁶:

- a) La necesidad de contar con los descubrimientos psicológicos en la obtención de evidencias;
- b) la cualificación científica del psicólogo para emitir evaluaciones forenses;
- c) la influencia de los conocimientos psicológicos sobre el cambio legal.

La aproximación de la psicología al Derecho³³⁷ pretende explicar la esencia jurídica. Al respecto, diversos elementos le están subordinados, *verbigracia*, para Garzón, la psicología judicial debe realizar aportaciones al Derecho en cuanto instrumento social de regulación y control que promueve unos determinados valores y un sentimiento jurídico colectivo. Desde esta perspectiva, la psicología jurídica se preocupa por el análisis de leyes, de los sistemas legales y de los procesos legales. Se afirma que psicología y justicia encuentran motivos confluyentes³³⁸. En definitiva, se plantea la validez del Derecho, partiendo de la base de que éste es un fenómeno

³³⁵ Para el realismo jurídico, las leyes son el producto del consenso entre los individuos e intereses de la comunidad, y no el mero reflejo de un orden natural.

³³⁶ Cfr. Sobral Fernández, Jorge, y Prieto Eder, Ángel, *Psicología y Ley. Un examen de las decisiones judiciales*, Salamanca (España), Ed., Eudema, 1994, p. 8.

³³⁷ "Nos limitaremos a adherirnos a lo que Muñoz Sabaté (1980) entiende como tres grandes modelos posibles en una aproximación psicológica al mundo legal: una psicología del Derecho, una psicología en el Derecho y una psicología para el Derecho". *Loc. cit.*

³³⁸ Sobre este punto véase, *verbigracia*, Ibáñez, T., "Para una psicología social del Derecho", quien afirma que "a) El sistema jurídico incide en las modalidades que adoptan las interacciones sociales, tema ineludible de la psicología social; b) el derecho como modo de institución de identidad personal; c) las obligaciones legales influyen en el autoconcepto de individuo; d) la racionalidad jurídica modera las representaciones sociales que se forman las colectividades a cerca de su propia sociedad y repercuten sobre el funcionamiento ideológico de los individuos; e) el saber científico tiende a ser una información valiosa para el sistema de justicia y suplanta la función del derecho natural; f) los argumentos y decisiones jurídicas se atraen y refuerzan la opinión pública; y g) la conexión entre justicia y poder político". *Ibidem*, pp. 9-10.

fundamentalmente psicológico. Desde un enfoque de la psicología en el Derecho se busca una cierta comprensión del sistema legal³³⁹. El tercer modelo denominado psicología para el Derecho, se dirige al análisis de la psicología como ciencia auxiliar del sistema de justicia, en el contexto técnico; es decir, en su intervención forense.

Con frecuencia se reconoce que la legislación muchas veces, falsea la realidad, y con ello; el contenido esencial del Derecho, y con esto trata de adecuar la realidad a lo jurídico; es decir, a la norma, y no *contrario sensu*. Los operadores jurídicos³⁴⁰, por un lado; y por otro, los destinatarios, configuran diferentes culturas jurídicas, basados en concepciones del Derecho, modelos de sujeto, valores y sistemas de creencias. Pero, de una u otra manera, están "íntimamente ligados a la toma de decisiones bajo incertidumbre"³⁴¹, integran la larga cadena de decisiones, que comienza, en la evolución cultural de una sociedad. Todo comienza en las decisiones legislativas, en donde se producen las normas jurídicas que posteriormente serán aplicadas por el Estado. La decisión en la producción de la ley y su aplicación, está impregnada de racionalidad jurídica, cuyos parámetros tiene un alcance normativo, misma que conlleva a la racionalidad comunicativa, armoniosa, pragmática, teleológica y ética. A este propósito, Manuel Atienza en lo que llama "ciencia de la legislación", respecto de la actividad legislativa, distingue los siguientes niveles de racionalidad o racionalización³⁴²:

- 1) Una racionalidad comunicativa o lingüística, a través de la cual el emisor (legislador) debe ser capaz de enviar con fluidez un mensaje (la ley) a los receptores (jueces y ciudadanos en general).
- 2) Una racionalidad jurídico formal, pues la nueva ley debería insertarse de forma armoniosa y no contradictoria en un sistema normativo global ya existente.

³³⁹ Lo que caracteriza este modelo es el análisis del procedimiento judicial y la conducta de los agentes judiciales: jueces, jurados, pruebas. Asimismo, la conducta de los abogados, y la disparidad de las sentencias judiciales.

³⁴⁰ "Una visión del rol del juez, bien como <<técnico>> bien como agente que opera sobre el cambio o mantenimiento del orden social, nos plantea dos escenarios posibles sobre la naturaleza de su ejercicio profesional: la aplicación de la ley frente a la toma de posición ante la ley y el sistema social del que emana. El juez, en tanto que elemento no inmune a los estímulos extrajurídicos, puede convertirse de facto en un elemento de manipulación sociopolítica". Cfr. Sobral Fernández, Jorge, y Prieto Ederra, Ángel, *Psicología y Ley. Un examen de las decisiones judiciales*, op. cit., nota 336, p. 31.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 23.

³⁴² Cfr. Atienza, Manuel, "Razón práctica y legislación", *Revista Mexicana de Estudios Parlamentarios*, Instituto de Estudios Legislativos, Cámara de Diputados, México, 1991, Primera Época, Vol. I, Núm., 3, septiembre-diciembre, pp. 19-24.

- 3) Una racionalidad pragmática, ya que debería esperarse que los destinatarios puedan adaptarse a las nuevas prescripciones, los ciudadanos cumpliendo la ley y los jueces cumpliéndola y haciéndola cumplir.
- 4) Una racionalidad teleológica, dado que la ley tiene que hacerse pensando en su virtualidad para conseguir los fines sociales que la inspiran.
- 5) Finalmente, una racionalidad ética puesto que las conductas prescritas y los fines de las leyes presuponen valores que tendrían que ser justificables desde un punto de vista ético.

Como ya advertimos³⁴³, la cuestión es establecer, si tiene vigencia la teoría genética de intereses³⁴⁴, orientada al juicio de valor (acto mental subjetivo: Heck y Stoll) del legislador, al decidir el contenido de las normas jurídicas; y si la comunidad jurídica (destinatarios de las normas), está obligada a obedecer las normas jurídicas de un sistema. Para mejor comprensión de este criterio debemos formular la tesis de Joseph Raz sobre el "respeto por el Derecho".

Existe el problema de las actitudes del destinatario del Derecho; primero, si ha de obedecer el Derecho; segundo, si ha de respetar el Derecho. Joseph Raz, considera que no existe obligación de obedecer el Derecho, aun en una sociedad buena, en la cual el sistema jurídico es justo³⁴⁵. Si no existe un deber general de obedecer ni un deber general de desobedecer, entonces, cabe una nueva actitud: Tener respeto por el Derecho. Desarrolla argumentos considerando el papel y las funciones esenciales del Derecho en la sociedad y las técnicas utilizadas por el Derecho para realizar ese papel. Las técnicas jurídicas son de dos tipos: unas sirven, a través de la existencia de sanciones para suministrar razones para la conformidad; las otras señalan, de forma pública y determinables, los estándares requeridos por la sociedad organizada.

El Derecho es bueno si lleva a la práctica esas dos técnicas, ya que entonces refuerza la protección de posibilidades e intereses moralmente valiosos y estimula y apoya formas valiosas de cooperación social. La actitud de respeto por el Derecho

³⁴³ En este sentido, véase, *supra*, Capítulo Cuarto "Paradigmas en el Estado de Derecho", sección 4.2. "El término, el concepto y los límites de una definición del Derecho", concretamente, la teoría tridimensional del Derecho de Miguel Reale.

³⁴⁴ Sobre este punto, véase Larenz, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., nota 113, p. 77.

³⁴⁵ Cfr. Raz, Joseph, *La autoridad del derecho*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Ed., UNAM, 1982, p. 289.

puede dividirse en dos componentes, que normalmente aparecen vinculados: respecto (primordialmente) cognoscitivo y respecto (primordialmente) práctico: El primero se deriva de un apropiado conocimiento sobre el valor moral del Derecho; mientras el segundo se refiere a la inclinación hacia la obediencia al Derecho, a disposiciones efectivas, cognoscitivas y prácticas en relación con él.

La actitud de respecto por el Derecho³⁴⁶, es una posible actitud en relación con el Derecho, pues no es necesaria ni obligatoria para todos. Solamente es una razón válida para obedecer el Derecho para quien lo respeta. De ahí que "para la persona que respeta el Derecho existe una obligación de obedecer. Su respeto es la fuente de esta obligación". Así, el valor de esta actitud estriba en que es una actitud apropiada de lealtad hacia la sociedad, una manifestación de confianza y un reconocimiento de la autoridad del Derecho.

Hemos advertido que la realidad jurídica se configura a través de tres ámbitos: hecho³⁴⁷, valor³⁴⁸ y norma³⁴⁹, que constituyen los aspectos fundamentales de concebir las relaciones entre Derecho y la vida. De facto, la prevalencia de unos sobre otros en el conjunto de elementos dialectizados implica relaciones de subsidiariedad que se establecen entre ellos, y condicionan de modo decisivo el tipo de decisión (construcción) que, *verbigracia*, un juez tome a partir de los elementos disponibles; que un sujeto del Derecho en su particular estatus³⁵⁰ decida obedecer y respetar el Derecho³⁵¹.

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 121 (320).

³⁴⁷ Entre los que reducen el Derecho a los hechos: Alf Ross, Niklas Luhman, Albert, Sacks.

³⁴⁸ Los que reducen la propia génesis y aplicación del Derecho a una cuestión de valores: John Rawls, Karl Otto Apel, Ronald Dworkin.

³⁴⁹ Los que reducen al Derecho a normas: Hans Kelsen.

³⁵⁰ Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, "El sujeto del Derecho", *El derecho y la justicia*, *op. cit.*, nota 27, p. 301.

³⁵¹ "Hart sobre este particular, con referencia a su doctrina de la regla de reconocimiento, explica que: las reglas de reconocimiento especifican algún rasgo o rasgos cuya posesión por una sugerida regla es tenida como una indicación afirmativa concluyente de que es una regla de grupo (...) es una regla para la identificación concluyente de reglas primarias de obligación (...) existe únicamente como una práctica compleja, aunque normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares en la identificación de derechos con referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho". Véase Hart, *The Concept of Law*, citado por Raz, Joseph, *El concepto de sistema jurídico*, *op. cit.*, nota 38, pp. 236-237.

CAPÍTULO SÉPTIMO

LA FUNCIÓN SUBSTANCIAL DE LA LEGISLACIÓN

Sumario: 7.1. La operatividad. 7.2. Actitudes proclives en torno de la función y fundamentación substancial. 7.3. Hacia la crisis del principio de legalidad. 7.4. El conocimiento de su juridicidad y juridización.

7.1. La operatividad

Con frecuencia, el uso lingüístico del Derecho emplea terminología diversa en el contexto de una concepción normativa³⁵², que alude a significados diferentes, que son empleados refiriéndose correlativamente a un contenido común o general del Derecho. Esta polisemia es fuente de confusión, de modo que, en lo sucesivo es necesario un empleo estricto de las expresiones. En el plano conceptual, nos referiremos a los requisitos fundamentales de toda norma jurídica: Justicia y justificación, validez, y eficacia.

En torno a la precisión de estos requisitos, la doctrina jurídica, proporciona diversos criterios para su análisis³⁵³, que conforme a ellos se establece una relación

³⁵² "El término <<ley>> es comúnmente usado ya sea en referencia a fenómenos normativos (como el derecho y la moral), ya sea en referencia a fenómenos no normativos <<por ejemplo, naturales, sociales, económicos>> (...). 2. En general, cuando es usado en referencia a fenómenos, el mismo término designa: a) bien un particular enunciado prescriptivo; b) bien un conjunto de enunciados prescriptivos". Véase Guastini, Riccardo, "Ley", *Elementos de Técnica Legislativa*, coords. Carbonell, Miguel, y Pedroza de la Llave, Susana Thalía, México, Ed., UNAM, 2000, p. 13, complementariamente, véase "Ley, en el lenguaje jurídico", *Ibidem*, pp. 15-16.

³⁵³ Tomando como centro de referencia la categoría norma, el nexo entre la teoría del poder y la teoría de la norma, Norberto Bobbio, indica que existen tres niveles, de análisis de la norma: validez, eficacia, justificación. Cfr. Bobbio, Norberto, *Contribución a la teoría del Derecho*, *op. cit.*, nota 103, pp. 300-301.

de elementos³⁵⁴, entre la expresión de la norma y el hecho; es decir, en la operatividad del Derecho. Es oportuno recordar³⁵⁵ que el Derecho es una realidad trivalente, con esto, en el orden metodológico el punto de partida es la ciencia del Derecho. La consideración precedente, establece el cuatro direccional: Eficacia, justicia y justificación, y validez. Siguiendo nuestro propósito, sólo nos referiremos a la eficacia y validez. Los elementos fundamentales en sus manifestaciones históricas y actuales no están exentos del reduccionismo unilateral³⁵⁶. El positivismo formalista, el sociologismo antinormativo, y el iusnaturalismo radicalmente idealista. Lo que el maestro Eduardo García Máynez, denomina elementos de la estructura ontológica del Derecho³⁵⁷: Vigencia, validez intrínseca y eficacia.

7.1.1. El problema de la eficacia

La eficacia ha sido entendida como la "objetiva capacidad de las normas para producir, de hecho, los efectos que las normas pretenden alcanzar"³⁵⁸, eficacia general conlleva a la noción de fuerza de ley, a la eficacia *erga omnes*. Esto ha sido el reflejo de una verdad histórica: el problema de la eficacia siempre ha ocupado una posición marginal. Los juristas han afirmado que una ley es eficaz si, estando en vigor según los criterios habituales debe ser obedecida; independientemente de los efectos que produzcan, es decir, los deseados por la ley, de resultados contrarios a la ley, o que no produzcan efecto visible alguno. Kelsen distingue cuidadosamente entre validez y eficacia de las normas, entendida en el sentido empírico-sociológico³⁵⁹.

³⁵⁴ A este respecto se proponen: "Eficacia, efectividad, validez, vigencia, aplicabilidad". Cfr. Capella, Juan Ramón, *Elementos de análisis jurídico*, Madrid (España), Ed., Trotta, 1999, pp. 85-96.

³⁵⁵ Véase, *supra*, Capítulo Cuarto "Paradigmas en el Estado de Derecho", epígrafe 4.2. "El término, el concepto y los límites de una definición del Derecho", concretamente, la teoría tridimensional del Derecho de Miguel Reale.

³⁵⁶ Cfr. Díaz, Elías, *Sociología y Filosofía del Derecho*, op. cit., nota 81, p. 60.

³⁵⁷ Véase García Máynez, Eduardo, *Ensayos Filosófico-Jurídicos*, op. cit., nota 74, pp. 401-410.

³⁵⁸ Cfr. Ferrari, Vincenzo, *Acción Jurídica y Sistema Normativo. Introducción a la Sociología del Derecho*, op. cit., nota 84, p. 282.

³⁵⁹ "La validez normativa significa la determinabilidad o vinculariedad de una exigencia de conducta o de una pauta por la que la conducta humana tiene que ser medida. Ha de distinguirse de la vigencia fáctica de una norma, por la cual puede entenderse su eficacia o la posibilidad de lograr imponerse". Véase Larenz, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., nota 113, p. 184.

Así, la validez, es estudiada por el Derecho y la eficacia es delegada a la Sociología³⁶⁰. Desde la perspectiva de la teoría del Derecho, Norberto Bobbio, considera el estudio de la función, frente al estudio de la estructura, como terreno típico del encuentro entre teoría y sociología, y el estudio de la función del Derecho, en la práctica, se traduce en el estudio de su eficacia³⁶¹.

La eficacia de las normas jurídicas presenta algunas notas distintivas:

1. Las variables sociales determinan el grado de eficacia o ineficacia de las normas, y por tanto, de su grado de obligatoriedad;
2. El cumplimiento de las normas depende del grado de conocimiento que los destinatarios tengan de las normas y, además, de la opinión que ellas posean sobre ellas³⁶²;
3. La eficacia normativa³⁶³ puede lograrse mediante el mecanismo de la implementación de normas, es decir, en la promoción de las conductas conformes, en la respuesta a las desviaciones, en dotar a los órganos judiciales y administrativos de las estructuras e infraestructuras precisas;
4. El juicio sobre la eficacia o ineficacia de una norma o conjunto de normas jurídicas es el resultado de variables o índices seleccionadas por las intenciones de quienes operan sobre el material normativo, la cultura de sus destinatarios y las múltiples percepciones y motivaciones de su conducta;
5. La eficacia de las normas se manifiesta de dos maneras: a través de actos de obediencia, y mediante actos de aplicación. Implica la tarea de realizar y mantener el orden jurídico, por parte de los particulares, y de quienes fungen como órganos del poder público³⁶⁴.

³⁶⁰ En este sentido, véase, *verbigracia*, Atienza, Manuel, *Introducción al Derecho*, *op. cit.*, nota 286, pp. 296-303.

³⁶¹ Véase Ferrari, Vincenzo, *Acción Jurídica y Sistema Normativo. Introducción a la Sociología del Derecho*, *op. cit.*, nota 84, p. 283.

³⁶² "Una norma desconocida no puede, por definición, ser cumplida voluntariamente: en esos casos el cumplimiento puede derivar de otros factores, como por ejemplo una actitud espontánea de adhesión a los valores que la norma refleja, o también al espíritu de emulación. Una norma conocida, pero no compartida, puede inducir a la transgresión, pero también puede ser cumplida por inercia, o por temor a la sanción, o por respeto hacia el sistema normativo en su conjunto". *Ibidem*, p. 285.

³⁶³ "Se refiere al grado de aceptación y de cumplimiento real en una sociedad". Véase Díaz, Elías, *Sociología y Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, nota 81, p. 58.

³⁶⁴ Cfr. García Máynez, Eduardo, *Ensayos Filosófico-Jurídicos*, *op. cit.*, nota 74, p. 339.

Ahora bien, el problema de la eficacia nos lleva al ámbito de la aplicación de las normas jurídicas; es decir, de los comportamientos efectivos de los hombres que viven en sociedad, de sus intereses opuestos, de las acciones y reacciones frente a la autoridad, los que origina las investigaciones en torno a la vida del Derecho, en su formación, desarrollo, cambios, investigaciones que de ordinario están relacionadas con el análisis de carácter histórico y sociológico.

Mediante la sociología del Derecho es posible caracterizar y distinguir el análisis de la eficacia del Derecho, respecto de los demás discursos³⁶⁵ que conciernen al Derecho, en particular, el discurso dogmático y el ético axiológico.

La determinación del concepto de eficacia es una de las cuestiones más importantes que se deben elucidar al tratar el tema relativo a la función sustancial de la legislación. En efecto, algunas de las notas distintivas que hemos señalado, a nuestro parecer, pueden constituir sus principales características, ya que, por medio de la eficacia normativa, distinguimos tal concepto de los otros elementos fundamentales de la norma jurídica.

Con todo propósito hemos revisado los argumentos de la doctrina lo más ampliamente posible, pues dada la diversidad de criterios, cualquiera de ellos, en su aspecto concreto y específico, puede encajar dentro de ella, tratándose de una perspectiva formal; empero, el problema surge en la connotación material o substancial.

Desde luego, la determinación y aplicación del concepto de eficacia implica el pleno conocimiento de la noción de ley desde la perspectiva de la tesis dualista que la distingue en ley formal y ley material. Con este cometido y con independencia de otros razonamientos que puedan formularse entorno a la cuestión planteada, el análisis jurídico de la ley desde la perspectiva de la teoría clásica de la norma, como es el de la eficacia, dispone de varios criterios para establecer con claridad el carácter jurídico de la eficacia; esto es, el análisis de la naturaleza intrínseca del concepto, según el cual "las normas surgidas de acuerdo con las reglas de producción del Derecho; es decir, válidas, están dotadas de eficacia; de manera que aunque la eficacia se relaciona con cuestiones de hecho, es una cuestión de Derecho, una cualidad de la norma que

³⁶⁵ Cfr. Ferrari, Vincenzo, *Acción Jurídica y Sistema Normativo. Introducción a la Sociología del Derecho*, op. cit., nota 84, p. 290.

consiste en su capacidad (prevista y determinada por esas reglas sobre las fuentes) constitutiva para crear y regular actos, situaciones y relaciones jurídicas³⁶⁶. Así, tomando en consideración el criterio anterior, suelen presentarse diferentes caracteres desde diversas perspectivas:

- a) En lo que se refiere a su proyección fuera del ámbito estrictamente normativo:
 - La creación de un deber general de obediencia y, por tanto, más allá de los sujetos a los que va dirigida. Hay que situar aquí la problemática antes expuesta sobre la eficacia respecto de los ciudadanos y sobre los órganos del Estado.
 - Capacidad de poner en marcha el aparato administrativo para su ejecución y el judicial para su aplicación.
 - La previsión de una reacción jurídica en caso de incumplimiento.
- b) En lo que se refiere a su proyección en el ámbito normativo, la capacidad de innovación respecto de unas normas y de resistir a la innovación de otras.
- c) La fijación de los límites de la eficacia: bien en el tiempo (problemas de retroactividad o de Derecho transitorio), bien en el espacio (conflicto de leyes interterritoriales o interestatales).
- d) La determinación del cese de la eficacia, bien definitiva, que a veces coincide con la de la norma –derogación- y a veces no (como es el caso de la caducidad), bien temporal (suspensión).

Lo anterior tiene su base en la teoría de la eficacia global³⁶⁷, construida sobre el predominio de la ley en el ordenamiento jurídico.

Independientemente del aspecto lógico-jurídico de los elementos fundamentales de la normatividad, no quisiéramos terminar este apartado sin antes referir que la teoría de las normas y la teoría del poder, con sus respectivos caracteres, conducen a determinar dado el círculo hermenéutico, las modalidades temporales o cronológicas que puede revestir la norma jurídica en todo su desarrollo, desde el acto de creación, interpretación y aplicación, y consecuentemente, en el respeto y obediencia a la ley.

³⁶⁶ Cfr. Cabo Martín, Carlos de, *Sobre el concepto de ley*, op. cit., nota 28, p. 98.

³⁶⁷ *Loc. cit.*

7.1.2. El problema de la validez

Respecto de la validez existen múltiples definiciones, el término validez de las normas puede aplicarse a realidades muy distintas, según la perspectiva teórica que se adopte, de modo que es necesario explicarlas; empero, una acepción más próxima al significado que la validez presente al ser aplicada al Derecho indica que valer equivale a tener la fuerza o valor que se requiere para la subsistencia o firmeza de algún efecto; es el problema de saber bajo qué condiciones una norma pertenece al orden jurídico. Mediante el concepto de validez es posible diferenciar los elementos: norma y sistema jurídico.

En la teoría jurídica formal, la validez de cada una de las normas de un ordenamiento, consiste en su propia conformidad con las exigencias establecidas por otras normas que ocupan un plano de preferencia en el orden jerárquico de ese ordenamiento. En la teoría sociológica, la validez de las normas jurídicas radica en y se identifica con su real efectividad social, con su habitual observancia por parte de los sujetos jurídicos. En la teoría filosófica, la validez de las normas jurídicas coincide con su conformidad con las exigencias materiales que dimanar de los principios o valores ético-jurídicos fundamentales. Una norma tendrá validez cuando plasme aquella ordenación de la vida social que, en concreto o dentro de las circunstancias históricas o culturales correspondientes, realice los principios o valores objetivos que ha de realizar en cada caso el Derecho, tales como: Justicia, bien común, orden, seguridad, libertad, igualdad, dignidad de la persona, derechos fundamentales.

La validez es la cualidad que se predica del Derecho³⁶⁸ por tener la fuerza o valor requeridos por la subsistencia, aplicabilidad y efectividad de las disposiciones³⁶⁹.

Son tres los criterios de valoración frente a cualquier norma jurídica, podemos plantearnos un triple orden de problemas: 1) si es justa o injusta; 2) si es válida o

³⁶⁸ "Si el Derecho abriga una pretensión de validez normativa, no puede ser preterida la cuestión tanto a cerca de la fundamentación como a cerca de los límites de esta pretensión de validez". Véase Larenz, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., nota 113, p. 179.

³⁶⁹ "Se comprende que una ley no ejecutada es una declaración vacía y que la fuerza ordenadora del legislador se derrumba si sus mandatos no son atendidos". Véase Muñoz Machado, Santiago, *Cinco estudios sobre el poder y la técnica de legislar*, op. cit., nota 192, p. 204.

inválida; 3) si es eficaz o ineficaz. Se trata de tres diferentes problemas; de la justicia, de la validez y de la eficacia de una norma jurídica.

Plantear el problema de la justicia de una norma equivale a plantear el problema de la correspondencia entre lo que es real y lo que es ideal. Por eso el problema de la justicia se conoce comúnmente como el problema deontológico del Derecho.

El problema de la validez es el problema de la existencia de la norma en cuanto a tal³⁷⁰, independientemente del juicio de valor sobre su contenido de justicia. Mientras el problema de ésta se resuelve con un juicio de valor, el problema de la validez se resuelve con un juicio de existencia o de hecho. Esto es, se trata de comprobar si una regla jurídica existe o no, o mejor si aquella determinada regla, así como es, es una regla jurídica. Validez jurídica de una norma equivale a existencia de esa norma como norma jurídica. Por lo que se refiere a este aspecto:

Algunos juristas de nuestra época, como Kelsen y, más recientemente, Heinrik von Wright, han sostenido que, cuando se afirma que dichas normas son válidas, ello simplemente significa que "existen" o, en otras palabras, que pertenecen al sistema normativo de tal o cual país. En cumplimiento de los requisitos condicionantes de la fuerza obligatoria de esos preceptos permitiría, por ende, establecer tal pertinencia³⁷¹.

Para decidir si una norma es válida es necesario realizar tres operaciones:

1. Determinar si la autoridad que la promulgó tenía el poder legítimo para expedir normas jurídicas, es decir, normas vinculantes en ese determinado ordenamiento jurídico;
2. Comprobar si no ha sido derogada, una norma puede haber sido válida, en el sentido de haber sido promulgada por un poder autorizado para hacerlo, pero esto no quiere decir que lo sea todavía;
3. Comprobar que no sea incompatible con otras normas del sistema (lo que también se llama derogación implícita), particularmente con una norma jerárquicamente superior (una norma constitucional es superior a una ley ordinaria en una constitución rígida) o con una norma posterior, toda vez que

³⁷⁰ Cfr. Díaz, Elías, *Sociología y Filosofía del Derecho*, op. cit., nota 81, p. 58.

³⁷¹ Cfr. García Máñez, Eduardo, *Ensayos Filosófico-Jurídicos*, op. cit., nota 74, p. 337.

en todo ordenamiento jurídico rige el principio de que dos normas incompatibles no pueden ser válidas a un mismo tiempo.

En cuanto que “la justicia no depende ni de la validez ni de la eficacia; la validez no depende ni de la eficacia ni de la justicia, y la eficacia no depende ni de la justicia ni de la validez, son dos órdenes distintos de problemas”³⁷², señala Norberto Bobbio. Además, para explicar estas diversas relaciones de independencia, formula las siguientes seis proposiciones³⁷³:

- 1) Una norma puede ser válida sin ser eficaz: normas no aplicadas o no cumplidas, normas caídas en desuso.
- 2) Una norma puede ser válida sin ser justa: sigue siendo válida aunque sea considerada injusta por un mayor número de ciudadanos.
- 3) Una norma puede ser eficaz sin ser válida: es el caso típico de las costumbres que, por unas u otras razones, todavía no han sido integradas en el ordenamiento positivo.
- 4) Una norma puede ser eficaz sin ser justa: el que una norma se aplique, se acepte y se cumpla, no es una prueba de su justicia; aunque sea el criterio de decisión más eficaz y operativo, incluso en la práctica circunstancialmente el más justo, puede decirse que el criterio expresado por la opinión de la mayoría no constituye, sin embargo, la última y definitiva palabra sobre la justicia.
- 5) Una norma puede ser justa sin ser válida: los valores valen por sí mismos, independientemente de que el Derecho positivo los acoja o no en su normatividad.
- 6) Una norma puede ser justa sin ser eficaz: lo que se considera justo sigue siéndolo, aunque no logre implantarse en la realidad social; puede incluso decirse que es precisamente en las situaciones injustas en las que más se advierte la ausencia de la justicia y, en consecuencia más valor damos a ésta.

El problema de la validez³⁷⁴ constituye el núcleo de las investigaciones dirigidas a precisar en qué consiste el Derecho como regla obligatoria y coactiva, cuáles son las características peculiares del ordenamiento jurídico que lo hacen diferente de otros ordenamientos normativos (como el moral), y, por tanto, no los fines que deben realizarse, sino los medios dispuestos para el logro de esos fines, o el Derecho como instrumento para la realización de la justicia. Así, la validez

³⁷² Cfr. Bobbio, Norberto, *Teoría della norma giuridica*, citado por Elías Díaz, *Sociología y Filosofía del Derecho*, op. cit., nota 81, pp. 58-59.

³⁷³ *Ibidem*, p. 59.

³⁷⁴ Véase Nino, Carlos Santiago, *La validez del derecho*, Buenos Aires (Argentina), Ed., Astrea, 1985. Cfr. Falcón y Tella, Ma. José, *Concepto y fundamento de la validez del derecho*, Madrid (España), Ed., Civitas-Universidad Complutense de Madrid, 1994.

normativa significa "la determinabilidad o vinculariedad de una exigencia de conducta o de una pauta por la que la conducta humana tiene que ser medida"³⁷⁵.

La circularidad entre los requisitos del poder y los de la norma jurídica, son determinados por Norberto Bobbio, en los siguientes términos:

Al hablar de los caracteres de la norma jurídica –justicia, validez y eficacia- he tenido ocasión de decir otras veces que estos tres caracteres no deben ser confundidos uno con otro, y mucho menos ser reducidos uno a otros, porque los tres juntos concurren a formar la noción de Derecho (...). Los requisitos del poder –legitimidad, legalidad, operatividad- existe un paralelismo.

Así como la justicia es la legitimación de la norma, así por el contrario, la validez es su legalidad; y así como la legitimación es la justicia del poder, la legalidad es, por el contrario su validez. Del mismo modo que un poder puede ser legítimo sin ser legal, y legal sin ser legítimo, también una norma puede ser justa sin ser válida y válida sin ser justa (...) lo que la efectividad es para el poder, la eficacia lo es para la norma. Poder efectivo es el poder que consigue obtener el resultado propuesto, norma eficaz es la norma observada o cumplida³⁷⁶.

Pero, en la historia de la teoría del Derecho, existen las tres teorías reduccionistas opuestas:

- a) La teoría según la cual una norma, para ser válida, debe ser justa, es válida por el sólo hecho de ser justa: Teoría del Derecho natural en su expresión más radical;
- b) La teoría opuesta según la cual la norma puede ser válida sin ser justa; más aún, es justa por el solo hecho de ser válida: Teoría del positivismo jurídico en su expresión más radical;
- c) La teoría que afirma que no es necesario que una norma sea válida, basta con que sea eficaz: Teoría realista.

Consideramos que estas tres concepciones están viciadas por el error del reduccionismo que lleva a eliminar o, por lo menos, a confundir uno de los tres elementos constitutivos de la experiencia jurídica, y consecuentemente la mutilan. La primera y la tercera no logran ver la importancia del problema de la validez; la segunda cree poder liberarse del problema de la justicia.

³⁷⁵ Cfr. Larenz, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., nota 113, p. 184.

³⁷⁶ Bobbio, Norberto, *Contribución a la teoría del Derecho*, op. cit., nota 103, pp. 300-306.

Kaarlo Tuori, alude a "las teorías jurídicas de la validez", para examinar críticamente el problema de la validez. Al efecto, comprenden cuatro clases³⁷⁷:

1. Teorías normativas:
 - 1 a. Teorías iuspositivistas.
 - 1 b. Teorías normativas críticas (teorías normativas de la legitimidad)
2. Teorías realistas:
 - 2 a. Teorías de la eficacia.
 - 2 b. Teorías empíricas de la legitimidad.

Las cuestiones que hemos planteado en realidad carecen de importancia pragmática para la hipótesis fundamental, ya que para satisfacer las exigencias propuestas, bastaría incluir, en este apartado, la distinción entre diferentes conceptos que se ocultan en el ambiguo término de "validez", en el ámbito del sistema jurídico. Empero, en dicha cuestión se versa un problema técnico de la teoría de sistemas y la teoría de las normas.

Para elucidar la cuestión planteada es imprescindible recordar y fijar el concepto de "sistema jurídico" y los criterios³⁷⁸ de existencia e identidad. Suele afirmarse que un sistema jurídico puede ser entendido como "un conjunto de normas válidas en un cierto momento conforme a algunos criterios de pertenencia"³⁷⁹. Es decir, la validez se presenta en un triple aspecto: uno normativo (fuerza vinculante), y dos descriptos (pertenencia y aplicabilidad). Estas características se correlacionan con los criterios de existencia e identidad. Así, una norma es válida en el sentido de que pertenece a un sistema jurídico; esto es, si existe "una práctica firmemente establecida de obedecer esa norma o cuando la norma en cuestión ha sido usada por los tribunales para justificar sus decisiones. De esta manera los diferentes criterios de pertenencia determinan diversas fuentes del Derecho: legislación, costumbre, precedente"³⁸⁰. Asimismo, se dice que es válida porque es obligatoria o

³⁷⁷ Véase Tuori, Kaarlo, "Validez, legitimidad y revolución", *La normatividad del Derecho*, comps., Aulis Aarnio, Ernesto Garzón Valdés, Jyrki Uusitalo, Barcelona (España), Ed., Gedisa, 1997, p. 163.

³⁷⁸ Véase, *supra*, Capítulo Sexto "El éthos lege", sección 6.2. "El Derecho como sistema abstracto, el enfoque de la jurisprudencia analítica".

³⁷⁹ Cfr. Bulygin, Eugenio, "Tiempo y validez", Alchourrón Carlos E., y Bulygin, Eugenio, *Análisis Lógico y Derecho*, op. cit., nota 257, p. 197. Asimismo, se establece que el "orden jurídico se refiere a una secuencia de sistemas jurídico". *Loc. cit.*

³⁸⁰ *Ibidem*, p. 196.

tiene fuerza vinculante³⁸¹. Las razones invocadas conducen a determinar que el concepto de validez esta relacionado con la secuencia temporal de diferentes conjuntos de normas; es decir, a los momentos en los que la norma es introducida (existe) al sistema jurídico (creación del Derecho), como en el caso de la legislación, en que se presenta el tiempo externo, en los actos de derogación y promulgación.

Por otro lado, cuando la norma existe y en secuencia de sus momentos temporales, es aplicada, en que se presenta el tiempo interno; según los criterios de aplicabilidad del juez, *verbigracia*: retroactividad, irretroactividad. Los cuales pueden estar determinados en la Constitución, en una ley, por la práctica judicial y hasta por la doctrina jurídica.

Así, Eugenio Bulygin, afirma que los criterios de aplicabilidad cumplen tres funciones³⁸²:

- 1) al fijar los momentos relevantes determinan qué normas deben compararse; son las pertenecientes a los sistemas que corresponden a esos momentos;
- 2) establecen relaciones de jerarquía entre normas pertenecientes a sistemas distintos (del mismo orden jurídico), como todas las relaciones ordenadoras, estas son transitivas y asimétricas;
- 3) imponen a los jueces el deber de aplicar aquella norma que resulte superior a las demás, de acuerdo a esas relaciones jerárquicas.

En torno de la temporalidad normativa se presenta el problema de existencia y aplicabilidad. Esto es, resulta evidente que el concepto de derogación de una norma es paradójico para la teoría de sistemas, sobre todo ante la aplicabilidad; porque, al relativizar el concepto de sistema a un momento temporal dado (sistema momentáneo según Joseph Raz), la norma jurídica deja de pertenecer al sistema cuando es derogada (tiempo externo); empero, en la función de aplicabilidad (tiempo interno), en ciertos casos, es válida; no ha sido eliminada del sistema, aunque su aplicación es restringida en el momento de la decisión, y para casos futuros pertenecen a dos sistemas distintos. Es decir, "las normas derogadas coexisten con las nuevas normas dentro del mismo sistema y como son normalmente

³⁸¹ "Esto a su vez puede tener dos significados: puede significar una prescripción de obedecer y aplicar la norma, o una proposición descriptiva que informa a cerca de la norma, o saber, que es obligatoria de acuerdo a laguna otra norma". *Loc. cit.*

³⁸² *Ibidem*, p. 203.

incompatibles, los posibles conflictos son evitados mediante la asignación de diferentes áreas de aplicabilidad: las antiguas normas son aplicables a cierto tipo de casos, mientras que las nuevas normas son aplicables a otros casos³⁸³. Así, el problema de pertenencia o existencia de las normas en un sistema exige un tratamiento separado de su aplicabilidad, y de la validez normativa.

En opinión de Eugenio Bulygin "el concepto de sistema jurídico como conjunto de normas es muy estrecho; un sistema de normas contienen normas de diferente nivel y además relaciones jerárquicas entre normas del mismo sistema"³⁸⁴. Aunque el anterior criterio, es una posición lógica de las expresiones orden jurídico y sistema normativo. Empero, existe diferencia conceptual.

Hemos juzgado conveniente retornar al punto de partida, siguiendo para tal efecto, los argumentos de Ricardo A. Caracciolo, para quien las normas relevantes que pueden admitirse para integrar los conjuntos restringidos, son las normas válidas relativamente a un sistema jurídico. Por lo que el término sistema adquiere dos perspectivas: Primera, la que se refiere a la totalidad de las normas; segunda, la que alude a conjuntos restringidos. En cualquier caso es necesario determinar su validez, la que implica su identificación³⁸⁵. Por consiguiente, aun los criterios más adecuados como la publicación de un texto de ley en un Diario Oficial, no parecen suficientes, no es un criterio definido.

Hemos dicho que la validez como requisito fundamental de la norma jurídica no escapa al uso lingüístico, esto es, validez equivale a pertenencia a un sistema, es una cierta propiedad de las normas. En sentido estricto se trata de una relación entre una norma y un sistema jurídico determinado perteneciente a éste, si se considera que para una cierta categoría de acciones son aplicables las normas, que sin duda pertenecen a otro sistema (aplicación del derecho extranjero, aplicación de normas

³⁸³ *Ibíd.*, p. 211.

³⁸⁴ *Ibíd.*, p. 204. "1. Normas de primer nivel: imponen deberes y prohibiciones a los sujetos jurídicos y les otorgan permisos y autorizaciones (Reglas primarias: Hart). 2. Normas de nivel superior: confieren poderes, públicos y privados, e imponen obligaciones a los jueces y otros funcionarios aplicadores del Derecho (Reglas secundarias: Hart). 3. Normas de tercer nivel: regulan la aplicabilidad de las normas de segundo nivel". *Loc. cit.*

³⁸⁵ Cfr. Caracciolo, Ricardo A., *Sistema jurídico. Problemas actuales*, op. cit., nota 219, p. 15.

derogadas). Se trata de un uso distinto del equívoco término validez conforme al cual significa aplicabilidad³⁸⁶.

Siguiendo el enfoque holístico de las normas, que todas las que son aplicables pertenecen o pertenecieron a algún sistema. Si se acepta este enfoque, el presupuesto del Derecho como sistema cumple una importante función: suministrar criterios de pertenencia, esto es, validez, de las normas que componen un conjunto jurídico. Por consiguiente, también de las normas que son admisibles para la resolución de problemas normativos³⁸⁷. Así, el concepto de sistema jurídico contribuye a proporcionar un método de decisión, cuya importancia teórica y pragmática, se aplica a cualquier norma o al conjunto de normas, que componen al sistema, y además, permite un mecanismo apto para seleccionar las normas relevantes a un problema o clase de problemas normativos³⁸⁸.

Si se adopta el criterio según el cual el Derecho puede ser reconstruido con un sistema lingüístico, es decir, como un conjunto de expresiones significativas. Lo que conduce a la cuestión relativa al estatus ontológico de las normas, y las condiciones de su existencia, pero, habrá de aceptarse que, en este caso, las normas son esas expresiones o sus significados. Empero, la concepción lingüística de las normas tiene oposición (Opalek-Wolenski), porque, las normas pueden ser asimiladas a mandatos, decisiones, y tipos recurrentes de comportamiento.

Cualquier tesis sobre el sistema jurídico, presenta dos respuestas:

1. El sistema permanece idéntico; no obstante, eliminaciones, agregados o sustituciones, hay sucesión temporal;
2. El sistema cambia: las normas son eliminadas mediante actos derogatorios, normas inéditas pueden ser agregadas a sustituir a las anteriores.

Es decir, el criterio de Joseph Raz prevalece; se trata en definitiva en el primer caso, de un sistema con existencia temporal prolongada; en el segundo, de un conjunto normativo "momentáneo", porque su existencia depende de las normas que lo componen.

³⁸⁶ *Ibidem*, p. 16.

³⁸⁷ *Loc. cit.*

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 17.

Con las anteriores consideraciones se llega a la diferencia conceptual entre orden jurídico y sistema normativo. El orden jurídico puede ser entendido “como un conjunto de normas que se suceden temporalmente”³⁸⁹, lo que conlleva a suministrar criterios de pertenencia de los sistemas de normas que lo componen. Esto indica la identidad del orden jurídico a una localización espacial; es decir, es una característica del Derecho vigente (Derecho existente), siendo una característica externa a la noción de sistema.

La doctrina viene analizando esta cuestión y propone que “por teoría de la validez habrá de entenderse una teoría que proporciona criterios para saber cuándo una norma es válida”³⁹⁰. La estructura formal del núcleo de las diferentes teorías de la validez puede ser presentada atendiendo a diferentes tipos de criterios de la siguiente manera:

1. *Teoría sociológica de la validez*: En la medida en que se introducen hechos sociales; la obediencia habitual, vinculada con un sentimiento de obligatoriedad (Alf Ross), o la alternativa de obediencia a la aplicación de una sanción (Geiger) en caso de desobediencia³⁹¹.
2. *Teoría jurídica formal de la validez*: En la medida en que se menciona la imposición por parte de una autoridad autorizada por una norma de grado superior (Hans Kelsen).
3. *Teoría ética de la validez*: En la medida en que se considere como fundamento de validez un fundamento moral (Immanuel Kant).

Por consiguiente, para elucidar los problemas apuntados, hay que hacer una imprescindible distinción mediante la examinación de las tesis siguientes, cuyas partes esenciales nos permitimos considerar.

³⁸⁹ *Ibidem*, p. 19.

³⁹⁰ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, nota 31, pp. 57-59. Del mismo autor, *El concepto y validez del Derecho*, Barcelona (España), Ed., Gedisa, 1994.

³⁹¹ “Los componentes de la validez jurídica, es decir, coerción y libertad, dejan a discreción de los destinatarios la perspectiva que hayan de adoptar como actores (...). Ahora bien, la validez jurídica de una norma –y en esto consiste su gracia- significa que vienen garantizada ambas cosas a la vez: tanto la legalidad del comportamiento en el sentido de una observancia estadísticamente media de la norma, observancia que en caso necesario no se consigue mediante sanciones, como también la legitimidad de la regla misma, que hace posible en todo momento una observancia de la norma por respeto a la ley”. Véase Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, *op. cit.*, nota 51, pp. 91 y 93.

7.2. Actitudes proclives en torno de la función y fundamentación substancial

7.2.1. La doctrina del derecho natural

Para describir las características generales del derecho natural, Antonio Enrique Pérez Luño propone la perspectiva lexical y empírico-descriptivo, recurre a la teoría aristotélica de la causa, en el esquema³⁹² siguiente:

- a) Por su causa material, la expresión de derecho natural puede aludir a la idea de naturaleza del ser supremo y de la que el hombre participa; a la naturaleza racional del hombre independiente de la divinidad; o la naturaleza del mundo físico en al que todo ser humano se halla ínsito y participa.
- b) Por su causa formal, el derecho natural puede hacer referencia a un orden absoluto e inmutable de principios válidos universalmente, en todo tiempo y lugar; o a un conjunto de reglas que se acomodan a las concretas exigencias del lugar y de tiempo.
- c) Por su causa eficiente, dichos principios se considerarán derivados de la razón o de la voluntad divina o humana.
- d) Por su causa final, el derecho natural puede referirse al cumplimiento del plan divino de las relaciones interhumanas o a posibilitar dichas relaciones de acuerdo con una concepción immanente de la justicia.

Efectivamente por iusnaturalismo suele entenderse una multiplicidad de corrientes doctrinales³⁹³ muy diversas, pero todas ellas con mismo denominador: la creencia en un orden objetivo superior o supra positivo de carácter universal, permanente e inviolable en el que se contienen los principios últimos del obrar humano que pueden ser conocidos por los seres humanos bien directamente —como una recta razón escrita en sus corazones— o a través de un discurso racional³⁹⁴. A lo largo de la historia se han expresado tres concepciones fundamentales³⁹⁵:

1. la naturaleza como creación divina y el derecho natural como expresión revelada de la voluntad del Creador;
2. la naturaleza como cosmos o leyes que rigen el mundo físico a las que se hallan sujetos los seres humanos a través de sus institutos y necesidades;

³⁹² Cfr. Pérez Luño, Antonio Enrique, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, op. cit., nota 154, p. 70.

³⁹³ Cfr. García Máynez, Eduardo, *Positivismos Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo*, México, Ed., UNAM, 1997, pp. 125-176.

³⁹⁴ Véase Pérez Luño, Antonio Enrique, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, op. cit., nota 154, p. 71.

³⁹⁵ *Ibidem*, pp. 71-72.

3. la naturaleza como razón o cualidad específica del ser humano que le permite establecer autónomamente sus normas básicas de convivencia.

Elías Díaz, propone la distinción de dos niveles en la comprensión de la teoría iusnaturalista, según se aluda al Derecho natural como ontología o como deontología; dos grandes versiones: 1) El iusnaturalismo ontológico dogmático o radical: que postula una orden de valores producto de un objetivismo metafísico, del que pretende derivar valores y principios materiales universalmente validos; 2) El iusnaturalismo deontológico crítico o moderado: que sin negar la juridicidad del Derecho positivo injusto, establece los criterios para comprobar su disvalor y, por tanto, para fundamentar su crítica y su substitución por un orden jurídico justo³⁹⁶.

La segunda posición, ofrece un concepto de juridicidad general y comprensivo no sólo del Derecho realmente existente, sino de las pautas axiológicas que deben informarlo, pudiendo además, conjugarse con la teoría de la experiencia jurídica, en cuanto tentativa de captar el Derecho en su completo desenvolvimiento; desde su génesis en las conductas sociales, a su formalización normativa y su legitimación axiológica. En suma, el iusnaturalismo, presenta diversas direcciones contemporáneas³⁹⁷.

7.2.2. El positivismo jurídico como concepción formal del Derecho

La simple expresión designa el derecho puesto o impuesto por quién ejerce el poder en una determinada sociedad y, por ello, válido en su ámbito "alude a un conjunto de normas imperativas vigentes en un grupo social determinado, subraya una concepción objetiva del derecho que se identifica con el ordenamiento jurídico

³⁹⁶ En la doctrina del derecho natural la reducción de la validez a la justicia está más afirmada que aplicada: a) los hombres antes de entrar en el estado civil (dirigido por el derecho positivo) vivieron en el estado de naturaleza, cuya característica fundamental es ser un Estado donde rigen sólo las leyes naturales. b) el estado de naturaleza es imposible y que es necesario salir de él (para Locke y Hobbes se trata de un cálculo utilitario, para Kant de un deber moral), para fundar el Estado. Esto se debe interpretar como que el derecho natural no cumple con la función del derecho positivo y, por tanto, al derecho positivo, no puede considerarse del mismo modo que al derecho natural. Kant, perfectamente consciente de esta distinción, llamó al derecho natural provisional para distinguirlo del derecho positivo que llamó perentorio, haciendo así entender que sólo el derecho positivo era Derecho en el más pleno sentido de la palabra.

³⁹⁷ Véase Pérez Luño, Antonio Enrique, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica, op. cit.*, nota 154, pp. 74-79.

positivo vigente en una sociedad concreta³⁹⁸. Es la teoría opuesta al iusnaturalismo; esto es, reduce la justicia a la validez.

El objeto del Derecho es exclusivamente la norma positiva, Carlos Santiago Nino³⁹⁹, propone cuatro posiciones de la concepción positivista:

- a) *Escepticismo ético*, que mantiene la tesis de que no existen principios morales y de justicia universalmente válidos y cognoscibles por medios racionales y objetivos, por lo que los enunciados valorativos son subjetivos y relativos, y se limitan a ser la expresión de estados emocionales de quienes los formulan (Kelsen y Ross);
- b) *Positivismos ideológico*, que sostiene que cualquiera que sea el contenido de las normas del Derecho positivo, éste tiene validez o fuerza obligatoria y sus disposiciones deben ser aplicadas por los jueces, haciendo caso omiso de sus escrúpulos morales;
- c) *Formalismo jurídico*, que considera compuesto al Derecho exclusiva o predominantemente por preceptos legislativos, o sea, por normas promulgadas explícita y deliberadamente por órganos centralizados, y no, por ejemplo, por normas consuetudinarias o jurisprudenciales; defendiendo la noción de un orden jurídico completo, consistente y preciso, sin lagunas ni contradicciones.
- d) *Positivismos metodológico o conceptual*: que caracteriza el concepto de derecho tomando en consideración sólo propiedades descriptivas y no valorativas, por que entiende que las proposiciones a cerca de lo que el derecho dispone no implican juicio de valor y son verificables en relación a ciertos hechos observables empíricamente.

Las notas distintivas que pueden formularse a este respecto son:

- a) Consideración del Derecho como un sistema de normas respaldadas por la coacción o fuerza material detentada por el poder político;
- b) Absoluta primacía de la ley estatal sobre todas las restantes fuentes jurídicas (costumbre, precedentes judiciales);
- c) Concepción del ordenamiento jurídico como un sistema cerrado y autosuficiente, caracterizado por las notas de plenitud (ausencia de lagunas normativas) y de coherencia (ausencia de antinomias).

Se preocupa por el ordenamiento jurídico positivo vigente –formalmente válido- construyendo en torno al mismo sus conceptos, instituciones o sistemas⁴⁰⁰.

³⁹⁸ Ibidem, p. 80.

³⁹⁹ Ibidem, pp. 81-82.

⁴⁰⁰ Cfr. García Máynez, Eduardo, *Positivismos Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo*, op. cit., nota 393, pp. 9-74.

7.2.3. El realismo jurídico como concepción sociológica del Derecho

De los diferentes aspectos que presenta el fenómeno jurídico, los defensores de la teoría sociológica centran su interés por lo que se refiere a la legalidad positiva en la eficacia o efectividad social de sus normas; es decir, la interrelación fáctica entre sociedad y derecho positivo. Asimismo entre valores jurídicos y sociedad, analizando la presencia, aceptación o rechazo de dichos valores –en cuanto sistema de legitimidad- en la realidad social circundante, esto es, en los grupos y clases que integran la sociedad⁴⁰¹. Las direcciones doctrinales son:

- 1) La jurisprudencia de intereses (Philipp Heck).
- 2) El movimiento del Derecho libre (Francois Géný).
- 3) Concepción marxista del Derecho (Karl Marx, Friedrich Engels).
- 4) El realismo jurídico:
 - a) En Estados Unidos de América.
 - b) En los países escandinavos.

Según indicamos se pone énfasis de manera especial en la eficacia más que la justicia o la validez. Con esto se combaten dos posiciones: 1) contra el iusnaturalismo, que tiene una concepción ideal del Derecho, y; 2) contra el positivismo en sentido estricto, que tiene una concepción formal del Derecho.

En antítesis con el primero, estas corrientes se pueden llamar realistas; en antítesis con el segundo, contenidistas, en el sentido de que no observan al Derecho como debe ser, sino al Derecho como efectivamente es, sin considerarlo siquiera como un sistema de normas válidas, sino como un complejo de normas efectivamente aplicadas a una determinada sociedad.

La concepción realista⁴⁰² del Derecho que ha tenido éxito en estos últimos decenios en los Estados Unidos de América: El padre intelectual de las corrientes realistas modernas es un gran jurista, por muchos años juez de la Corte Suprema, Oliver Wendell Holmes (1841-1935), quien fue el primero, en el ejercicio de sus

⁴⁰¹ Véase Pérez Luño, Antonio Enrique, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, op. cit., nota 154, p. 87.

⁴⁰² Cfr. García Máynez, Eduardo, *Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo*, op. cit., nota 393, pp. 75-123.

funciones de juez, en descalificar el tradicionalismo jurídico de las cortes, y en introducir una interpretación evolutiva del derecho, más sensible a los cambios de la conciencia social. Se preocupa por el momento ejecutivo o aplicación del Derecho por el juez, y no del momento productivo o creador del Derecho a cargo del legislador; es decir, es una concepción judicial del Derecho. La vida del Derecho no es la lógica sino la experiencia jurisprudencial.

Los principales factores jurídicos a considerar son los relacionados con la aplicación efectiva del Derecho ante los tribunales, considerando a este respecto que las normas o reglas jurídicas ejercen una influencia relativamente pequeña sobre las decisiones de los jueces, y en cambio, tienen importancia otros factores como el carácter y bagaje cultural de los jueces, sus debilidades y aborrecimientos, sus prejuicios, sus opiniones e instintos heredados, su condición u origen social, e incluso su estado de salud. Esta tesis propone factores personales y cuantitativos en la decisión, rechaza el principio de la certeza del Derecho al sostener que el juez es el único creador del Derecho en una sociedad organizada, intentó, inclusive desmontar el principio de la primacía de la norma y el de seguridad jurídica. Se trata de una incertidumbre que adquiere valor social, porque gracias a ella, se superaría la obsesión por la certeza, firmeza e infabilidad del Derecho.

Por otra parte, el realismo escandinavo o escuela de Upsala (Alex Hägerström, Wilhelm Lundstedt, Karl Olivecrona y Alff Ross), pretende racionalizar al máximo el análisis del Derecho, despojándolo de todo cuanto de mítico, o, de mágico pudiera tener. Así, la única manera de considerar verdadera ciencia a la ciencia jurídica, es prescindiendo de valores emocionales (derecho subjetivo o deber jurídico). Un análisis riguroso del Derecho exige estudiarlo como puro hecho social, tal y como actúa en la realidad cotidiana, excluyendo del mismo consideraciones metafísicas; todas aquellas nociones y conceptos que no puedan verificarse empíricamente, son construcciones arbitrarias. Su interés radicó primordialmente, en el sistema, considerado en su conjunto, no tanto en la actuación concreta de los tribunales, de tal manera que el Derecho objetivo vendría a representar para los jueces un conjunto de directrices cuya validez residía en la actuación práctica de acuerdo con las mismas.

Para circunscribir y limitar la discusión, es preciso tener en cuenta que la crítica de las corrientes sociológicas se ha resuelto frecuentemente en una revisión de las fuentes del Derecho; esto es, en una crítica del monopolio de la ley, en la reevaluación de otras dos fuentes diferentes a la ley, del derecho consuetudinario y el derecho judicial (el juez legislador).

A este propósito es necesario distinguir entre fuentes de conocimiento y fuentes de calificación del Derecho. El derecho vivo es puro y simplemente un hecho, una serie de hechos de los cuales el juez saca el conocimiento de las aspiraciones jurídicas que se van formando en la sociedad. El derecho viviente no es aún Derecho; es decir, norma o conjunto de normas de ese sistema, sino que es solamente eficaz. Lo llega a ser cuando el juez, en cuanto sea reconocido como creador de Derecho, le atribuye también la validez.

7.3. Hacia la crisis del principio de legalidad

En el Estado de Derecho el principio básico de la división de poderes se podría sintetizar, en la primacía del poder legislativo, creador del Derecho, frente a los poderes ejecutivo y judicial, aplicadores del mismo, esto derivó en el principio de legalidad o del imperio de la ley. Siendo el contenido de tal principio la consideración de la ley como una norma suprema del ordenamiento jurídico, identificado según ciertos criterios formales a la cual no cabe oponer ninguna forma sustantiva de Derecho. En tanto norma superior, la ley no puede ser cuestionada en sus contenidos ni excluida de aplicación por la administración pública ni por el juzgador. Fue así como, estos hechos procedentes del nivel superior de la ley, que paulatinamente pierde importancia y jerarquía a consecuencia de su configuración y complejidad, evidencian el impacto de la normatividad constitucional que actúa en un triple plano⁴⁰³:

- 1) La consideración de la Constitución como norma jurídica ha situado al Estado, y consiguientemente a la ley, en un segundo nivel, tanto desde el punto de vista formal al exigirse su producción de acuerdo con las regularidades constitucionalmente establecida, como material al tener que ajustarse a los fines, principios y gasta contenidos concretos establecidos por la Constitución.

⁴⁰³ Cfr. Cabo Martín, Carlos de, *Sobre el Concepto de Ley*, op. cit., nota 28, pp. 79-83.

- 2) La sustitución del Principio de legalidad por el de constitucionalidad como eje del ordenamiento jurídico se ve potenciado por lo que puede llamarse la tendencia hacia la hiperconstitucionalización del sistema; se trata de extender progresivamente el ámbito y aplicación de la Constitución reduciendo simultáneamente los de la ley.
- 3) La normatividad constitucional implica otro impacto sobre la ley derivado de su control por los tribunales constitucionales, con lo que la ley deja de ser la norma estable, firme, segura y legítima por antonomasia, ya que todos estos caracteres se relativizan en cuanto desde el principio esta bajo sospecha.

Ahora bien, una de las exigencias para que lo anterior se cumpla es que la ley en su estructura y redacción se atenga a la claridad, racionalidad, inteligibilidad, lo que, por su parte, requiere precisión y estructura adecuadas; frente a la norma confusa, indeterminada o irrazonable, fruto de la causa (etiología) que sea, crea zonas de indeterminación y penumbra, hasta de aparente vacío normativo, dando paso al deterioro de la fundamentación e indiscutibilidad de la ley respecto de su origen, en los aspectos materiales (contenido y función de regulación), y su eficacia (el Estado interviene y permanece neutral o permite un ámbito de actuación al margen de la ley), esto es, de sus principios legitimadores.

El carácter supremo de la legislación, la identificación del Derecho con la ley derivó de caracteres constitutivo (aspecto formal) de la misma; por lado, su origen en la voluntad general; de otro, el destino; es decir, sus notas distintivas de generalidad y abstracción (sentido sustancial), se pretendía que el legislador concentrará todos los poderes del Estado⁴⁰⁴. Las notas de generalidad y abstracción respondían a una idea de las funciones del Estado típica del liberalismo, de un Estado limitado a crear condiciones mínimas sobre las cuales pudiesen apoyarse las relaciones sociales, económicas y culturales, se presumían capaces de autorregularse.

⁴⁰⁴ Como afirma el maestro Ignacio Burgoa Orihuela: "(...) tal vez por estimarse, erróneamente, que el supremo poder de un Estado era aquel que estaba encargado de su estructuración jurídica, mediante la expedición de leyes, es decir, el Poder Legislativo (...). No es verdad que el Poder Legislativo sea el poder supremo del Estado, pues no hay nada que supere, jurídicamente, a la potestad popular cristalizada en la Constitución, dentro de cuyo régimen todas las autoridades, todos los poderes, a virtud de ser creados por ella, le están supeditados. Todos, enteramente todos sus actos, bien consistan en hechos de perfiles concretos o en reglas generales, abstractas e impersonales (leyes) deben sumisión a la Ley Suprema. Siendo inherente a la índole de toda Constitución su supremacía respecto de las leyes ordinarias, por un lado, y su imperactividad sobre los actos no legislativos de las autoridades del Estado por otro, sería absurdo permitir la existencia de un poder al cual se reputara como omnímodo capaz de vulnerar y hasta de subvertir el propio orden constitucional, dentro del cual deben funcionar todos los órganos estatales". Véase Burgoa Orihuela, Ignacio, *El juicio de Amparo, op. cit.*, nota 207, pp. 212-213.

La función de la ley tenía el carácter pasivo de crear condiciones para la acción de otros; pero limita, su propia intervención. Desde luego, es obvio que atendiendo al sentido de tal concepción, se infiere y resulta oportuno afirmar que la ley, tal como lo ha sostenido Ricardo Entelman, al referirse a ella, se deduce que:

La ley que estructura y distribuye, que organiza la institución social y la clausura, la ley que ordena y somete. Pero no somete sólo por la fuerza física que ella misma organiza y esconde detrás de su texto, somete sólo también por la manipulación del deseo, por el control de los impulsos. Somete porque se hace cargo de canalizar el amor del Poder. La sumisión ya no está sólo explicada en las funciones normativas de los órganos jurídicos, sino en las pulsiones de los súbditos. He aquí el deseo y el discurso del psicoanálisis en el núcleo de un problema, de un problema esencial de los juristas⁴⁰⁵.

Fue así, como en el decurso de la historia del Derecho universal, surge la teoría jurídica del positivismo legalista, propio del Estado de Derecho, centrándose en una reducción de todo aquello que pertenece al mundo del Derecho, a lo que la ley dispone. En este sentido, la escuela positivista concebía la actividad jurídica como simple servicio a la ley, a una labor exegética. Se identificó al Derecho "por referencia a una fuente de producción jurídica y no como sistema racionalmente diseñado a partir de un método deductivo"⁴⁰⁶. Empero, como afirma Hans Kelsen, la cuestión de regularidad de la legislación; es decir, de la creación del Derecho y la idea de garantía de esta regularidad atraviesan ciertas dificultades teóricas, se cuestiona ¿qué no existe una petición de principio cuando se pretenden reglamentarse la creación del Derecho conforme con un padrón que no ha sido creado sino mediante el objeto que piensa regularse?, y la paradoja que reside en la idea de una conformidad del Derecho al Derecho es tanto más grande⁴⁰⁷.

Las transformaciones sociales de los siglos XVIII y XIX, generaron cambios en los ordenamientos jurídicos, los nuevos acontecimientos sociales ponen en crisis la identificación del Derecho con la ley, los caracteres de la misma, y la natural coherencia de las normas que componían el Derecho (una sociedad estable y

⁴⁰⁵ Legendre, Pierre, Entelman, Ricardo, Kozick, Enrique, et. al., *El Discurso jurídico, perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, op. cit., nota 40, p. 19.

⁴⁰⁶ Cfr. Pietro Sanchis, Luis, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid (España), Ed., Tecnos, 1987, p. 28.

⁴⁰⁷ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (Justicia Constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Ed., UNAM, 2001, p. 11.

regulable). Desde finales del siglo XIX a la conclusión del siglo XX, se produce un fenómeno de desformalización del Derecho, como resultado de la creciente complejidad social. Así, Jürgen Habermas, identifica cuatro:

- 1) *Derecho reflexivo*: es decir, toda aquella normativa, de gran expansión en los últimos años, que no procede del Estado sino que tiene sus orígenes en grupos u órganos sociales a los cuales les ha sido delegado el poder de negociación y autorregulación de sus intereses (por ejemplo, la contratación salarial entre sindicatos y empresario).
- 2) *Marginalización del Derecho*: no es más que la pérdida de transcendencia social del Derecho o su alcance limitado o marginal, es decir, al salto que separa a la letra de las leyes de los efectos reales de las mismas. Se confrontan, así, dos tendencias contradictorias aunque complementarias: por una parte una tendencia, ya indicada, al crecimiento de la relevancia del Derecho en la vida privada de los individuos, una inflación de normas jurídicas que intentan regular un amplísimo espectro de la vida privada de los hombres; por otra parte, por su excesivo número, las normas sufren un cierto proceso de banalización y sus efectos o alcance se manifiesta siempre más limitado.
- 3) *Imperativos funcionales o instrumentalización del Derecho*: en las sociedades actuales se subordina el punto de vista normativo a imperativos de conservación de las instituciones estatales o a los imperativos de la regulación del mercado. En competencia entre derechos de un lado y bienes colectivos de otro, terminan por prevalecer las exigencias funcionales de los subsistemas regulados por el dinero y el poder, subsistemas que a su vez no parecen integrables a través de normas y valores.
- 4) *Moralidad versus positividad del Derecho*: la creciente instrumentalización del Derecho agudiza la cuestión sobre las cuáles son las condiciones legitimantes de la legalidad. La gran expansión del Estado y del Derecho parece amenazar los fundamentos de su legitimidad, paradójicamente, frente a la tendencia de deslegitimización surge paralelamente, como respuesta, la tendencia al llamado derecho justo en nombre de una ley moralizada⁴⁰⁸.

Los anteriores fenómenos identificados por Jürgen Habermas, conllevan a la crisis del principio de legalidad: En primer lugar, el proceso de desformalización del Derecho quiebra los caracteres de la ley entendida tanto en sentido sustancial, como en sentido formal. Respecto de la ley en sentido sustancial es necesario considerar que los imperativos funcionales y el carácter instrumental del Derecho produjeron a lo largo del Siglo XX, una multiplicación de las leyes caracterizadas cada vez más por su reducida generalidad y su bajo grado de abstracción. La generalidad deja

⁴⁰⁸ Habermas, Jürgen, *Morale, Diritto, Politica*, trad. italiana de L. Ceppa, Turin (Italia), Ed., Einaudi, 1992, p. 18.

regulable). Desde finales del siglo XIX a la conclusión del siglo XX, se produce un fenómeno de desformalización del Derecho, como resultado de la creciente complejidad social. Así, Jürgen Habermas, identifica cuatro:

- 1) *Derecho reflexivo*: es decir, toda aquella normativa, de gran expansión en los últimos años, que no procede del Estado sino que tiene sus orígenes en grupos u órganos sociales a los cuales les ha sido delegado el poder de negociación y autorregulación de sus intereses (por ejemplo, la contratación salarial entre sindicatos y empresario).
- 2) *Marginalización del Derecho*: no es más que la pérdida de transcendencia social del Derecho o su alcance limitado o marginal, es decir, al salto que separa a la letra de las leyes de los efectos reales de las mismas. Se confrontan, así, dos tendencias contradictorias aunque complementarias: por una parte una tendencia, ya indicada, al crecimiento de la relevancia del Derecho en la vida privada de los individuos, una inflación de normas jurídicas que intentan regular un amplísimo espectro de la vida privada de los hombres; por otra parte, por su excesivo número, las normas sufren un cierto proceso de banalización y sus efectos o alcance se manifiesta siempre más limitado.
- 3) *Imperativos funcionales o instrumentalización del Derecho*: en las sociedades actuales se subordina el punto de vista normativo a imperativos de conservación de las instituciones estatales o a los imperativos de la regulación del mercado. En competencia entre derechos de un lado y bienes colectivos de otro, terminan por prevalecer las exigencias funcionales de los subsistemas regulados por el dinero y el poder, subsistemas que a su vez no parecen integrables a través de normas y valores.
- 4) *Moralidad versus positividad del Derecho*: la creciente instrumentalización del Derecho agudiza la cuestión sobre las cuáles son las condiciones legitimantes de la legalidad. La gran expansión del Estado y del Derecho parece amenazar los fundamentos de su legitimidad, paradójicamente, frente a la tendencia de deslegitimización surge paralelamente, como respuesta, la tendencia al llamado derecho justo en nombre de una ley moralizada⁴⁰⁸.

Los anteriores fenómenos identificados por Jürgen Habermas, conllevan a la crisis del principio de legalidad: En primer lugar, el proceso de desformalización del Derecho quiebra los caracteres de la ley entendida tanto en sentido sustancial, como en sentido formal. Respecto de la ley en sentido sustancial es necesario considerar que los imperativos funcionales y el carácter instrumental del Derecho produjeron a lo largo del Siglo XX, una multiplicación de las leyes caracterizadas cada vez más por su reducida generalidad y su bajo grado de abstracción. La generalidad deja

⁴⁰⁸ Habermas, Jürgen, *Morale, Diritto, Política*, trad. italiana de L. Ceppa, Turin (Italia), Ed., Einaudi, 1992, p. 18.

paso a la proliferación de la legislación sectorial, la abstracción a una infinidad de normas cambiantes que intentan hacer frente a la vitalidad de las crecientes transformaciones, exigencias y poder de los grupos sociales.

La denominada razón instrumental, funcional, sistémica, operacional, que desconoce un orden racional objetivo y para la cual no hay más que racionalidades subjetivas, convierte a la ley en un instrumento para la acción orientada a compromisos entre coaliciones e intereses que exigen intervenciones jurídicas cada vez más difusas; intervenciones que acaban por crear un gran número de leyes, contradictorias, caóticas, oscuras, destinadas a la idea de que todo es susceptible de transacción entre las partes.

Es posible sostener que la mayoría de las prescripciones legales que afectan el estatus individual, o las condiciones de vida en sociedad, no han sido aprobadas por el órgano constitucionalmente facultado para aprobarlas, sino ha sido establecidas por el gobierno, la administración, las corporaciones, entre algunas citadas.

La desformalización del Derecho conlleva, finalmente, que el valor de la certeza jurídica, pierda virtualidad, toda vez que la legislación esta constituida por infinidad de leyes, casi siempre minuciosas, complicadas, prolijas, en aumento y continuamente modificadas por otras, de tal manera que es casi imposible que alguien este en posibilidad de conocerlas todas sino imperfectamente. Al respecto, Julius Hermann Von Kirchmann, refiere:

Todas las ciencias tienen leyes, y las leyes son su finalidad suprema. Todas las ciencias, en todos los tiempos, tienen, además de las leyes verdaderas, otras falsas. Pero la falsedad de éstas no ejerce influencia alguna sobre su objeto (...). La ley positiva es rígida; el derecho, progresivo. Por eso la verdad misma de aquélla se convierte con el tiempo en falsedad. Su sustitución por una ley nueva no es nunca realizable sin violencia; le falta la flexibilidad continua, y por tanto suave, del derecho natural. La ley positiva es abstracta; su necesaria sencillez destruye la riqueza de las formas individuales. De ahí las figuras híbridas de la equidad y del arbitrio judicial (...). Finalmente, la ley positiva es el arma sin voluntad, igualmente sumisa a la sabiduría del legislador y a la pasión del déspota⁴⁰⁹.

⁴⁰⁹ Kirchmann, Julius Hermann von, *La Jurisprudencia no es ciencia*, trad. de Antonio Truyol y Serra, 3ª ed., Madrid (España), Ed. Centro de Estudios Constitucional, 1983, p. 24.

7.4. El conocimiento de su juridicidad y juridización

La juridicidad y juridización en el orden semántico como en el discurso jurídico, requieren análisis previo, y conseguir su aplicación al sistema normativo. El significado gramatical⁴¹⁰ de juridicidad orienta a cualidad de lo jurídico, tendencia o criterio favorable al predominio de las soluciones de estricto Derecho en los asuntos políticos y sociales; término que implica mayor explicación orientada a los conceptos del Derecho.

Juridización es un término de la Sociología del Derecho y de la Sociología en general que indica el grado de influencia de los conceptos y modos de razonamiento del Derecho positivo, la doctrina jurídica y la jurisprudencia en la semántica de la vida cotidiana. A menudo se cuantifica la utilización de este término mediante encuestas que recopilan a través de la estadística, la intensidad con la que los profesionales específicos y personas privadas consultan a un abogado, la frecuencia del uso de procedimientos legales, así como la tendencia a adaptarse al modo de pensar del derecho para fines privados. Este uso sociológico del concepto es, sobre todo, institucional⁴¹¹.

Tienen relevancia para la estructura organizativa de la vida pública y para la contribución del pensamiento jurídico a casos de mantenimiento del orden social. Empero, este uso sociológico requiere de un análisis más profundo, tanto en lo que concierne a las estructuras internas del discurso jurídico como en lo que refiere a un sistema jurídico operativo en la sociedad. Una de las tareas más importantes para la filosofía jurídica es conseguir un mayor desarrollo del concepto de juridización en este sentido y sobre todo desde el punto de vista de sus dimensiones semánticas. Aspecto que necesariamente requiere ser calificado. Se puede acceder a los niveles semánticos desde dos perspectivas:

En primer lugar, la calificación pertenece a las autoevidencias de toda actividad jurídica, se cuestiona sobre el oportuno análisis, sobre la protección cultural, sobre el impacto en el funcionamiento y pensamiento del Derecho⁴¹².

⁴¹⁰ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, op. cit., nota 22, "Voz: juridicidad", p. 1214.

⁴¹¹ Cfr. Galán Juárez, Mercedes, "Juridización y semántica legal", *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense*, (curso 1996-1997), Madrid (España), Ed., Universidad Complutense-Facultad de Derecho, 1997, p. 31.

⁴¹² "La calificación permite registrar intervenciones del pensamiento y comprensión jurídicas del mundo que, desde la perspectiva teórica, consisten en procesos de transformación semántica, al paso que recibe su fundamentación filosófica de múltiples procesos miméticos en el derecho. Es importante

En segundo lugar, las actividades calificativas⁴¹³ no limitan a la estructura interna del sistema jurídico, su doctrina y práctica. Los juristas y sus instituciones nunca dominan el desarrollo del significado jurídico completamente.

La operatividad de las normas jurídicas (eficacia) en el contexto de la calificación jurídica, implica interpretación y semántica jurídica, diversas son las posturas al respecto, abundante la información jurídica pertinente, el caso es la argumentación referida al cuerpo de la doctrina jurídica, y las instituciones generadas en el discurso central. Se afirma que "existe una esfera de significado jurídico más allá del conjunto de significados doctrinales. Esta observación es tal vez más fundamental para un entendimiento del concepto de juridización que cualquier referencia a la doctrina jurídica"⁴¹⁴.

En el trasfondo de todas las determinaciones jurídicas hay una expresión general de que existe una realidad que necesariamente se revelará por vía de la ley. Al respecto, existe el argumento siguiente:

De ahí se derivan dos requerimientos. En primer lugar, que la teoría jurídica no dispone de ninguna investigación sobre la influencia determinativa del <<Derecho como institución>> o el <<carácter institucional del Derecho>> en la semantización del concepto. En segundo lugar, que no están disponibles investigaciones ni sobre los grados de juridificación del uso del concepto en el lenguaje cotidiano, no sobre la cuestión de qué significa que puedan existir connotaciones jurídicas sin que tengan el carácter imperativo de los conceptos doctrinales en el discurso jurídico. Es casi seguro que la juridificación de significado crea obligaciones para los actores, y al ser así crea limitaciones para el funcionamiento del concepto dentro del sistema (doctrina). Las fronteras entre un significado dentro del Derecho positivo y la doctrina jurídica por un lado, y un significado juridificado por otro, son difíciles de determinar⁴¹⁵.

La juridización de la sociedad sólo es posible en la medida que la imagen jurídica del hombre es aceptada por los ciudadanos de un Estado, y no únicamente por los juristas. Ciertamente, es necesario que los seres humanos concuerden con la imagen y concepción del ser humano del Derecho para que éste pueda ser exitoso en

entender, en este punto, cómo las actividades calificativas desempeñan un papel importante en el desarrollo interno y el crecimiento del sistema de Derecho positivo". *Ibidem*, p. 33.

⁴¹³ "Por tanto, la calificación no sólo expresa la intervención directa del jurista, sino de igual manera la interpretación preparatoria de la realidad sobre cuya base la calificación dogmático-jurídica misma puede surgir", *Ibidem*, p. 35-36.

⁴¹⁴ *Ibidem*, p. 36.

⁴¹⁵ *Ibidem*, p. 38.

su actividad calificadora⁴¹⁶. Se apoya en el desarrollo de los individuos en la sociedad, en su crecimiento y crianza, y en la manera en que interiorizan como aplicables a ellos, las formas dominantes de pensamiento acerca del ser humano. Siguiendo el resumen propuesto por Mercedes Galán Juárez⁴¹⁷ tenemos que:

- a) El Derecho se dirige a seres humanos concebidos por el Derecho mismo como individuos.
- b) Los seres humanos en un sistema jurídico se interpretan a sí mismos como individuos debido a las implicaciones sociales de ese sistema social⁴¹⁸.
- c) Los seres humanos que conciben el Derecho o que apelan al Derecho deben, para poder hacerlo, haber aprendido primero a interpretarse como individuos.
- d) Los seres humanos que, por conducto del Derecho, han aprendido y aceptado concebirse como individuos, también deben por ello interpretar sus derechos, obligaciones e intereses como componentes⁴¹⁹.
- e) En consecuencia, los seres humanos en un sistema jurídico sólo logran ver sus relaciones sociales como relaciones de soledad y de propiedad.

⁴¹⁶ "Una creencia en la racionalidad difiere en un aspecto crucial de la creencia en la fuerza obligatoria de las reglas santificadas por la costumbre o la tradición. La racionalidad implica justificabilidad: las razones dadas a favor de una pretensión de racionalidad pueden ser cuestionadas con contraargumentos. Así, la creencia en la racionalidad de las reglas significa la confianza en la posibilidad de que ellas puedan estar basadas en razones aceptables. Ahora bien, si la obediencia a las reglas se basa en una creencia en su racionalidad, esto agrega inevitablemente un elemento hipotético a su obligatoriedad: en principio, es posible siempre cuestionar la racionalidad, exigir razones que la apoyen y desafiar su aceptabilidad". Véase Tuori, Kaarlo, "Validez, legitimidad y revolución", *La normatividad del Derecho*, op. cit., nota 377, p. 182.

⁴¹⁷ Cfr. Galán Juárez, Mercedes, "Juridización y semántica legal", *Revista de la Facultad de Derecho*, op. cit., nota 411, p. 39.

⁴¹⁸ "Aun cuando no se acepte que los valores que el legislador pretende realizar sean objetivos, o se diga que no es posible probar que lo sean, resulta evidente que los particulares no pueden dejar de plantearse el problema de la bondad o justicia intrínsecas de las normas legales, y que sus juicios a cerca del contenido de éstas en buena medida determinan los actos de obediencia o desacato y, por ende la mayor o menor eficacia de la regulación. Si esto es así, el estudio del orden jurídico concreto de una sociedad no deberá limitarse al examen y sistematización de los preceptos que el poder público considere obligatorios, ni –en actitud sociológica- a la comprobación de que son eficaces; tendrá también, para ser exhaustivo y descubrir el espíritu del sistema, que tomar en cuenta las finalidades perseguidas por los creadores de las normas y, por tanto, los valores que a través de éstas últimas pretenden aquéllos realizar". Cfr. García Máynez, Eduardo, *Ensayos Filosófico-jurídicos*, op. cit., nota 74, p. 407.

⁴¹⁹ "Las reglas de cambio, típicas de un sistema jurídico desarrollado, íntimamente vinculadas con la regla de reconocimiento, presuponen la posibilidad de un cuestionamiento continuo de las estructuras normativas sociales, lo cual es una extensión de la actitud crítica hacia las normas que guían la conducta de los miembros de la sociedad". Tuori, Kaarlo, "Validez, legitimidad y revolución", *La normatividad del Derecho*, op. cit., nota 377, p. 185.

- f) Si el Derecho habla sobre el ser humano en el sentido amplio de la palabra, presupone estas interpretaciones.
- g) Un elemento importante de esa interiorización es el presupuesto del Derecho acerca de la historia de la sociedad y la vida en comunidad. Esa visión se basa en la continuidad. Esa continuidad descansa en un presupuesto implícito y que probablemente nunca ha sido puesto de relieve.

TERCERA PARTE
PRAGMATICIDAD, VINCULACION Y RECONSTRUCCION
SUBSTANTIVA DEL DERECHO

"La deontología de todo orden jurídico, la cual consiste, según dijimos, en armonizar, en conjugar o hacer compatibles las diferentes tendencias del derecho positivo"

Ignacio Burgoa Orihuela

(Las Garantías Individuales, p. 53)



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

CAPÍTULO OCTAVO

EL ITER LEGISLATIVO DE LA PRODUCCION NORMATIVA

Sumario: 8.1. Ideas generales. 8.2. Cuestiones específicas con relación al iter legislativo. 8.3. La política normativa. 8.4. La vinculación racional o razonable de la legislación.

8.1. Ideas generales

En capítulos precedentes hemos dejado expuestos diversos supuestos y conceptos, relacionados con el sistema de fuentes y la técnica normativa, del modo siguiente: Internamente los procedimientos para la redacción y promulgación de la ley no pueden analizarse simplemente como institucionalizaciones de los discursos prácticos, debe prestarse más atención a las dimensiones teleológica y axiológica de los procedimientos de creación de normas jurídicas

Ahora bien, el sistema de fuentes, la técnica normativa y los procedimientos de creación, resultan de la consideración que se haga sobre la especial actividad que un órgano estatal realiza, consistente en armonizar los procedimientos (discursivo, instrumental y estratégico), en la producción del Derecho, mediante el acto de legislación. En efecto se ha dicho que el sistema jurídico como sistema de normas se refiere a los resultados o productos de algún proceso de creación, cuyo desarrollo implica análisis estructural para comprender el contenido de los enunciados normativos, y por consiguiente, la fundamentación jurídica. Hemos querido tocar el anterior punto, únicamente para referirlo más tarde al procedimiento legislativo, con el fin de establecer si este participa o no del sistema normativo jurídico, adecuado a pautas de racionalidad, o según la perspectiva técnica (funcionamiento); y jurídica (configuración del ordenamiento), la base del sistema tiene que reformularse,

mediante la técnica legislativa y la formulación de propuestas para eliminar sus defectos. Pero, sin olvidar que en este plano pragmático, el concepto de Derecho reducido en el orden positivo a la ley, adquiere un lugar central en la configuración del Estado, y por ende, el presupuesto fundamental de la certeza del Derecho, admite la teoría de la experiencia jurídica (tetradimensional), que metodológicamente armonizará deontológicamente todo el orden jurídico, mediante el requisito sustancial de la vinculación al Estado constitucional de Derecho.

Estas ideas constituyen la secuencia del proceso de adopción de decisiones, en la producción del Derecho, en uno de sus momentos, la función legislativa.

8.2. Cuestiones específicas con relación al iter legislativo

8.2.1. Posición en el modelo de Estado y el legítimo ejercicio de una función constitucional

Los aspectos normativos establecidos y dictados, no están aislados de sus modalidades constitucionales, legales y jurisprudenciales; es decir, en su fisonomía integral. Con este propósito consideramos necesario examinar cuestiones que con él se relacionan.

Habiendo ya mencionado que el Estado de Derecho responde a concretas exigencias de certeza y de protección, que el contexto histórico, la tradición nacional y cultural, definen sus elementos; bajo un aspecto distinto se presentan otras implicaciones.

Cada Estado históricamente concreto tiene sus peculiares órganos constitucionales de acuerdo con los principios, valores y criterios organizativos que lo inspiran, cada estructura constitucional tiene unos órganos que le son propios, *necessari e indefettibili*, cuya desaparición afectaría a la sustancialidad y, con ello, a la globalidad del sistema constitucional, ya que un sistema está integrado por unos componentes (que en la teoría del Estado suelen designarse como órganos) y por un conjunto de relaciones fundamentales entre ellos, de tal manera que un cambio significativo en uno de los términos (órganos y/o relaciones fundamentales) produce un cambio en el sistema⁴²⁰.

⁴²⁰ Véase García-Pelayo, Manuel, "El Status del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid (España), 1981, Vol. 1, Núm. 1, enero-abril, p. 15.

Ahora bien, la Constitución es una secuencia lógica de tales órganos como troncales para la configuración del modelo de Estado, destinado a dar plena existencia al Estado de Derecho, en alguna de sus modalidades, reconocidas expresamente en el derecho positivo, que no está exento de adaptación a las sucesivas coyunturas históricas. El desarrollo de la idea y concepto del Estado de Derecho ha transcurrido por tres etapas⁴²¹, principalmente:

Primera etapa: Se considera como el Estado sustentado sobre los principios de racionalidad, especificadas; en la secularización de las representaciones del Estado, en la limitación de sus objetivos a la garantía de libertad, de la propiedad y de la seguridad; es decir, en la creación de un área para el libre despliegue de la personalidad, y de otro, en una organización del Estado racionalmente adecuada a la consecución de tales objetivos. Es una imagen, material y formal, corresponde a un sistema axiológico, y si bien la ley es uno de sus componentes centrales, se la considera como expresión de la racionalidad y la libertad tanto por los principios y criterios que la inspiran como por el método de su formación. En este período, se reaccionó contra las representaciones políticas del absolutismo y del Estado-policía, iniciada por Kant y concluida por Mohl.

Segunda etapa: Se inicia con J.F. Stahl (1856) y concluye hasta la segunda guerra mundial, el concepto se formaliza, pierde su carácter axiológico y el correspondiente contenido material para ganar en cambio en rigurosidad y tecnicidad jurídicas, tiende a alojarse más en el campo del derecho administrativo que en el derecho político. La noción de Estado de Derecho supone la inviolabilidad del orden legal con independencia de su contenido y siendo, por tanto, compatible con la idea del Estado como institución divina o reino moral. Posteriormente, se articula y pasa a designar un orden de relaciones entre la ley, la administración y el individuo, constituye una decisiva contribución al perfeccionamiento jurídico del derecho administrativo. Es decir, la ley, identificada con la voluntad del legislador, a la que se reserva toda intervención en los derechos de libertad y propiedad, tiene la función de establecer el marco y el límite de la acción administrativa del Estado, pero tal sumisión de la administración a la ley tendrá que garantizarse mediante el control

⁴²¹ *Ibidem*, pp. 16-18.

jurisdiccional de la acción administrativa. La limitación estatal por el Derecho no alcanza al legislador.

Tercera etapa: El Estado de Derecho ya no es sólo una construcción teórica formulada por los juristas, sino que ha pasado a formar parte del derecho constitucional positivo, en algunos países de manera patente y expresa (Alemania y España), en otros no tan expreso. Pero, sin perjuicio de la validez que puedan tener sus definiciones abstractas, lo que sea en concreto el Estado de Derecho ha de precisarse de acuerdo con el sistema constitucional concreto que se articula. Esto, con la idea de la Constitución como norma fundamental⁴²² y con la teoría de la construcción escalonada del orden jurídico.

No es nuestro propósito examinar todas y cada de las modalidades y denominaciones de la configuración del Estado; empero, enunciaremos algunas, para el efecto de ampliar la explicación de alguna de ellas:

- 1) Estado de Derecho.
- 2) Estado legal.
- 3) Estado liberal de Derecho.
- 4) Estado democrático de Derecho.
- 5) Estado social de Derecho.
- 6) Estado constitucional de Derecho.

Previamente al análisis de alguna modalidad, es preciso aclarar que la expresión Estado de Derecho es ambigua y vaga, se trata de una formulación general e inicial, suficientemente flexible como para ser útil a la teoría política contemporánea⁴²³. Empero, algunas matizaciones y sin entrar en la polémica en

⁴²² "El ideal de un sistema democrático-constitucional es mantener incólume el ordenamiento supremo, el Derecho Fundamental, mediante el aseguramiento del principio de supremacía con que está investido respecto de la legislación secundaria. Hemos dicho, en efecto, que es la Constitución el cuerpo normativo en que, al menos teóricamente, el pueblo, en ejercicio de su potestad soberana de que es titular real, ha cristalizado sus designios. Se dice, pues, que es la Constitución la Ley Fundamental del Estado, porque significa e integra la base jurídica y política sobre la que descansa toda la estructura estatal y de la cual derivan todos los poderes y normas. Además, la Constitución es también la Ley Suprema debido a que sobre ella, como ordenamiento jurídico, no existe ningún cuerpo legal; toda la legislación secundaria, o sea aquella que no es constitucional, debe supeditarse a ella, teniendo las autoridades estatales, y en especial los jueces, que desplegar su actividad conforme a sus mandatos (principios de la supremacía constitucional)". Cfr. Burgoa Orihuela, Ignacio, *El Juicio de Amparo*, op. cit., nota 207, p. 211.

⁴²³ En principio, todos los Estados en cuanto situaciones dotadas de un orden jurídico se podrían calificar como Estados de Derecho, sinónimo de Estado legal, resulta ser una fórmula política

torno a las dificultades y críticas históricas, obvias y clásicas, podemos afirmar siguiendo al maestro Diego Valdés Ríos que:

El concepto de Estado de derecho es una respuesta al Estado absolutista, caracterizado por la ausencia de libertades, la concentración del poder y la irresponsabilidad de los titulares de los órganos del poder. De ahí que la garantía jurídica del Estado de derecho corresponda al constitucionalismo moderno.

(...). Es útil no perder de vista que si bien el Estado de derecho es la antítesis del Estado absolutista, los instrumentos de uno y de otro son los mismos: la supremacía de la norma. Lo que varía no es el contenido (esto sólo ocurrirá cuando aparezca el Estado social de derecho) ni la aplicación (esto sólo se presentará cuando surja el Estado democrático de derecho), sino la fuente de la norma⁴²⁴.

En lo que se refiere al Estado constitucional de Derecho, es preciso, asentar, que está configurado esencialmente, por la Constitución, en tanto que norma fundamental positiva, que vincula a todos los poderes públicos, y por tanto, la ley no puede ser contraria a los preceptos constitucionales, a los principios de que éstos establecen o se infieren de ellos; asimismo, a los valores a cuya realización aspira. Es una reacción al Estado legal de Derecho. Por consiguiente, Estado constitucional de Derecho es aquel en el cual la primacía del Derecho se configura en: 1) la primacía de la Constitución respecto a la ley, a otras decisiones de los poderes públicos; 2) la primacía de la ley sobre los actos de los poderes públicos regulados por ella; es decir, reservados a la ley; 3) un conjunto de valores, principios y normas; 4) la constitucionalización del propio Estado.

Debemos advertir, por otro lado, que el Estado constitucional no sólo implica una fórmula política y jurídica intrínseca a la característica del Estado de Derecho, sino un sistema de valores que debe estar comprendido y protegido por el sistema jurídico: El aspecto más importante consiste en la intromisión pragmática e ideal de su conjunto normativo en todas y cada una de las funciones específicas del Estado, material y formalmente desarrollados, y de la sociedad compuesta por ciudadanos con derechos, libertades y obligaciones.

necesariamente vinculada a principios sustanciales, relacionados con los fines y con las funciones del Estado, que no escapa del sistema de estructuración del poder y los cambios sociales, y de la pretendida respuesta a los importantes problemas actuales.

⁴²⁴ Véase Valdés, Diego, "La no aplicación de las normas y el Estado de Derecho", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, *op. cit.*, nota 163.

Así el Estado constitucional de Derecho presupone, entonces, la Constitución⁴²⁵ aceptada y compartida en libertad y democracia; democracia y libertad que a la vez tiene su base y protección en la Ley Fundamental. Implica, pues, legalidad y legitimidad, comprende tanto la autoridad estatal como la libertad individual y social.

El aspecto anterior, implica complementación. La primacía de la Constitución, como la de cualquier otra normatividad, es jurídicamente imperfecta si carece de garantía jurisdiccional⁴²⁶, concretamente, si la constitucionalidad de las decisiones y actos de los poderes públicos no son enjuiciables por órganos distintos de aquellos que son sus propios actores. De esto deriva la tendencia de insertar la jurisdicción constitucional en la vida estatal, para asegurar y perfeccionar el Estado de Derecho, mediante “una instancia equipada con la potestad de controlar la vinculación de los poderes superiores del Estado a las normas, valores y principios constitucionales”⁴²⁷. Es decir, bajo el modelo occidental europeo iniciado en Austria, seguido en Alemania, Italia, España, y otros países, que materialmente es un Tribunal de jurisdicción especializada. Con la pretensión de que la realización de las funciones del Estado (ejecutivas, legislativas y judiciales), formal y materialmente, no se desvíen de las normas constitucionales que las disciplinan, y cuyo ejercicio de cada una sea simultáneamente el legítimo ejercicio de una función constitucional.

⁴²⁵ “Este término, así como el concepto de constitucionalismo, fue acuñado en el siglo XVIII, y obtuvo nuestra aceptación general como significado del concepto después de la experiencia estadounidense en la elaboración de su Constitución. (...), las constituciones son “formas” que estructuran y disciplinan los procesos de toma de decisiones de los Estados. Las constituciones establecen la manera en que se crearán las normas; no deciden, ni deben decidir, qué debe ser establecido por las normas. Es decir, que las constituciones son, ante todo, *procedimientos* cuya intención es la de asegurar un ejercicio controlado del poder. Por tanto y por el contrario, el contenido de las constituciones es y debe ser neutral. Una Constitución que se propone establecer políticas, es decir, de contenido político, desplaza a la voluntad popular y hace a un lado a las instituciones que toman las decisiones políticas (el Parlamento y los gobiernos), a los que se les reserva constitucionalmente el poder de decidir las políticas”. Sartori, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, trad. de Roberto Reyes Mazzoni, México, Ed., FCE, 1996, pp. 211 y 217.

⁴²⁶ “La garantía jurisdiccional de la Constitución –la justicia Constitucional– es un elemento del sistema de los medios técnicos que tienen por objeto asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales. Estas funciones tienen en sí mismo un carácter jurídico: constituyen actos jurídicos. Son actos de creación de derecho, esto es, de normas jurídicas, o de actos de ejecución de derecho creado; es decir, de normas jurídicas puestas”. Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, *op. cit.*, nota 407, p. 10.

⁴²⁷ *Ibidem*, p. 18.

Para el maestro Ignacio Burgoa Orihuela, son cuatro los atributos⁴²⁸ que peculiarizan al sistema jurisdiccional de tutela de la Constitución:

- 1) La protección constitucional se confiere a un órgano judicial con facultades expresas para impartirla, o se ejerce por las autoridades judiciales en observancia del principio de supremacía de la Ley Fundamental;
- 2) La petición de inconstitucionalidad incumbe a cualquier gobernado que mediante una ley o acto de autoridad stricto sensu sufre un agravio en su esfera jurídica;
- 3) Ante el órgano judicial de control se substancia un procedimiento contencioso (juicio o proceso) entre el sujeto específico agraviado y el órgano de autoridad de quien proviene el acto (lato sensu) que se impugna, o bien dentro de los procedimientos judiciales comunes, la autoridad ante la que se ventilan, prescinde de la aplicación u observancia de la ley o acto stricto sensu que se haya atacado por inconstitucional por el agraviado;
- 4) Las decisiones que en uno y otro caso, sólo tienen efecto en relación con el sujeto peticionario en particular, sin extenderse fuera del caso concreto en relación con el cual se haya suscitado la cuestión de inconstitucionalidad.

La naturaleza de la función legislativa (poder legislativo) como órgano esencial de la Constitución, se muestra en su posición y función en el sistema de la división de poderes, como parte integrante del Estado material de Derecho, esto sugiere algunas notas y criterios:

- a) La división entre el poder constituyente y el poder constituido: su efectividad no se limita al momento de la elaboración o el establecimiento de la Constitución, sino que ha de manifestarse a lo largo de toda la vigencia de ésta, ya que esto, es condición de su propia existencia;
- b) La división entre la esfera del Estado y la esfera de la sociedad, delimita el ámbito de competencia del Estado;
- c) Participa de la división horizontal de poderes; es decir, la distribución de competencias atribuidas a los órganos de un mismo rango dentro del orden constitucional;
- d) Participa de la división vertical; es decir, la distribución de competencias entre los poderes de la Federación y los poderes de las entidades federativas.

⁴²⁸ Burgoa Orihuela, Ignacio, *El Juicio de Amparo*, op. cit., nota 207, pp. 155-156.

Por lo tanto, la función legislativa, está limitada por la Constitución y los instrumentos normativos previstos por ésta para fijar o regular el ejercicio de sus competencias decisorias, predeterminando el contenido concreto de la decisión; participa así de típicas funciones del Estado, es una modalidad dentro del sistema "la Constitución no es sólo una regla de procedimiento, sino, además, una regla de fondo"⁴²⁹.

En la definición constitucional, en la formula utilizada, de la idea de Estado de Derecho, que informa la realidad jurídico-política, está implícita la limitación del poder legislativo, que ha de respetar el contenido esencial del Derecho; es decir, lleva consigo el debilitamiento de la ley como fuente del Derecho, y la necesidad de reformular la concepción misma de la ley en sentido material, congruente con la configuración del Estado de Derecho, y su respectivo impacto en el sistema normativo.

8.2.2. El procedimiento legislativo como acto jurídico complejo

El iter legislativo de las normas pone de manifiesto la existencia de diversos modelos, para la elaboración de la legislación, frecuentemente, identificado como procedimiento administrativo⁴³⁰. Con tal carácter se definen algunos supuestos: a) actúa como máxima garantía democrática de la decisión política en cuanto incluye y da cauce al pluralismo como valor político; b) sirve de base legitimadora del Derecho, tanto por el origen democrático como por la instrumentación objetiva de un

⁴²⁹ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, op. cit., nota 407, p. 23.

⁴³⁰ Dos sistemas especifican tal aspecto (el francés y el alemán): "El procedimiento parlamentario como procedimiento de elaboración y aprobación de leyes (...) en la tradición del parlamentarismo francés tiene desde el principio dos significados: debatir y decidir el texto de la ley por parte de las asambleas, lo que implica, de un lado, la identificación de los actores, y, de otra, el establecimiento de reglas (...) la voluntad de las asambleas es la única que decide desde el comienzo, es decir, desde la iniciativa (...). Distinto es inicialmente el modelo alemán ya que la proyección en el procedimiento parlamentario de las dos legitimidades o principios (el monárquico y el representativo) da lugar a la distinción entre expresión y determinación de la voluntad correspondientes al mandato y al contenido que la ley expresa, lo que planteaba la cuestión de que los elementos que componían la expresión (promulgación y sanción) no formaban parte del procedimiento parlamentario, integrado sólo por lo que implicaba la determinación de esa voluntad". Véase Cabo Martín, Carlos de, *Sobre el Concepto de Ley*, op. cit., nota 28, p. 94.

procedimiento que le proporciona la carga moral, al dotar a la ley de la necesaria e indudable imparcialidad.

El sistema jurídico regula la actividad legislativa y delimita el sistema de fuentes del Derecho, determina el procedimiento de creación del Derecho, mediante normas constitutivas que disciplinan el *iter* legislativo. En tal sentido, Riccardo Guastini, propone cinco subclases de normas sobre la producción jurídica⁴³¹:

- 1) *Normas que contienen poderes (en sentido estricto)*: aludo a aquellas normas que adscriben a un determinado sujeto un poder normativo, o más precisamente el poder de crear un cierto tipo de fuente del derecho – caracterizada por un determinado *nomen juris* y de un igualmente determinado régimen jurídico- de modo que ningún otro sujeto tiene título para crear ese tipo de fuente.
- 2) *Normas procedimentales*: o sea, normas que disciplinan las modalidades de ejercicio del poder normativo conferido, en suma los procedimientos para crear la fuente de derecho en cuestión.
- 3) *Normas que circunscriben el ámbito del poder conferido*, determinando cuales materias el poder (o la fuente del derecho) en cuestión tiene título para disciplinar.
- 4) *Normas que reservan una materia determinada a una cierta fuente*, en modo tal que: a) ninguna otra fuente tenga título para disciplinar esa materia; y b) la fuente, a favor de la cual la reserva es establecida, no esta autorizada a delegar la disciplina de la materia en cuestión a otras fuentes.
- 5) *Normas relativas al contenido mismo de la formulación futura*: en particular, normas que ordenan o prohíben (a veces de modo indirecto) al legislador emanar leyes provistas de un cierto contenido. Por ejemplo: las normas constitucionales que prohíben al legislador emanar leyes penales retroactivas o leyes discriminatorias (pero, si se observa, recaen en esta clase también las disposiciones constitucionales que configuren derechos de libertad a los ciudadanos).

En efecto, el autor citado determina que las normas que confieren poderes (subclase 1) y las normas procedimentales (subclase 2), establecen condiciones de "existencia" jurídica de la fuente en cuestión; mientras que, las normas de las demás subclases (3, 4 y 5) establecen condiciones de validez⁴³². Por lo que a la calificación atañe, en esta situación se encuentran las cuatro teorías propuestas relativas al estatuto lógico de las normas que confieren poderes para legislar, según las cuales

⁴³¹ Cfr. Guastini, Riccardo, "En torno a las normas sobre producción jurídica", *Revista Concordancias*, Guerrero (México), Centro de Investigación, Consultoría y Docencia en Guerrero, 2000, Año 5, Núm. 8, mayo-agosto, p. 11.

⁴³² *Ibidem*, p. 12.

se infiere que en cualquier tipo de análisis, el término “norma” es ambiguo, tiene connotación de formulación normativa (enunciado, disposición); es decir, un enunciado del lenguaje de las fuentes no interpretado todavía y considerado independientemente de su interpretación. Además, significa formulación normativa interpretada o contenido de significado (normas en sentido estricto). Para dilucidar los aspectos apuntados, las teorías propuestas⁴³³ son las siguientes:

- a) Admitido que las normas que confieren poder legislativo al parlamento sean mandamientos referidos a los ciudadanos, las normas procedimentales relativas al ejercicio del poder legislativo parecen más bien mandamientos dirigidos al órgano legislativo mismo.
- b) Admitido que las normas que confieren poder legislativo sean permisos dirigidos al parlamento, las normas procedimentales relativas al ejercicio del poder legislativo parecen más bien mandamientos dirigidos al parlamento.
- c) Si es plausible reconocer normas que confieren poderes (y quizá también las normas procedimentales) como partes de la definición de la fuente a la que se refieren (por ejemplo “la ley”), en modo tal una que sedicente “ley”, ni siquiera existe como “ley”, no puede decirse lo mismo de las normas que determinan el contenido de la legislación futura, ya que una ley que contraste con la constitución (bajo el perfil sustancial) es comúnmente reconocida como una “ley” genuina, existente, aunque inválida.
- d) Se puede convenir que todas las normas mencionadas establecen “condiciones” relativas a la fuente a la que se refieren.

Las tesis invocadas conducen a inferir que representan cuatro reconstrucciones de las normas que confieren poderes, las cuales pueden coexistir. Como se observa, el *iter* legislativo debe satisfacer las condiciones y requisitos constitucionales “la actividad propiamente dicha del Poder legislativo se contrae a los diversos actos de formación legal, consumados los cuales, la norma expedida y puesta en vigor, se inviste de autonomía reguladora, viviendo jurídicamente, por ende, separada de su fuente formal”⁴³⁴. Es decir, las normas sobre producción jurídica (denominadas normas de competencia, normas que confieren poderes), reciben doctrinalmente diversos calificativos: normas permisivas, mandamientos, definiciones, normas que establecen condiciones.

La autoridad legislativa con poder normativo se refiere a un determinado órgano del Estado con el poder para crear un cierto tipo de fuente del Derecho (la

⁴³³ *Loc. cit.*

⁴³⁴ Véase Burgoa Orihuela, Ignacio, *El Juicio de Amparo, op. cit.*, nota 207, p. 236.

acción creadora se desarrolla así, en rigor, en dos planos distintos, el constitucional y el legal), en el caso de la legislación referida, formal y materialmente, al legislador, atañe a su formulación legislativa y al sujeto a quien se confiere la facultad de dictar normas jurídicas.

El señalamiento invariable de la autoridad legislativa como sujeto autorizado por el Estado, en el ejercicio de sus facultades, comparativamente, es diverso según el modelo de Estado adoptado y régimen de gobierno. Hemos juzgado pertinente abordar, antes de concluir el presente apartado, una cuestión que, si bien está fuera del alcance y contenido del rubro que a aquél hemos atribuido, está, en cambio, relacionado con el procedimiento legislativo. Nos referimos a la facultad de iniciativa, que dentro de un sistema normativo jurídico, guardan los órganos del Estado, y en particular el Poder legislativo, respecto de los otros dos poderes tradicionales en que están constituidos; *verbigracia*, los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América, la Confederación de Suiza, la República Italiana, la República Federal de Alemania, la Quinta República Francesa, la Federación Rusa, y España.

La actuación de los distintos órganos del Estado, debe someterse a los preceptos constitucionales que marcan los lineamientos generales para su desarrollo. Asimismo, la Constitución establece determinadas facultades o atribuciones, cuya naturaleza formal⁴³⁵, deriva del órgano que las ejercita. Con el propósito de delimitar tales atribuciones y funciones que pueden desempeñar, en el ámbito jurídico-constitucional, presentamos el siguiente cuadro comparativo⁴³⁶:

Ordenamiento jurídico constitucional	Fecha de promulgación	Preceptos	Organo o sujetos con reconocimiento constitucional de iniciativa legislativa
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	5 de febrero de 1917	Artículo 71.	- El derecho de iniciar leyes o decretos compete: I. Al Presidente de la República. II. A los diputados y senadores al Congreso de la Unión. III. A las legislaturas de los Estados.
Constitución para los Estados Unidos de América.	17 de septiembre de 1787	Artículo 1, sección 1.	- Los Poderes legislativos corresponderán a un Congreso de los Estados Unidos, compuesto de un Senado y una Cámara de Representantes.

⁴³⁵ *Ibidem*, p. 244.

⁴³⁶ Véase, *infra*, Apéndice I. Órganos con iniciativa legislativa en los Estados extranjeros.

Constitución Federal de la Confederación de Suiza.	29 de mayo de 1874	Artículos 71 y 85.	- Bajo reserva de los derechos del pueblo y de los cantones, la autoridad suprema de la Confederación es ejercida por la Asamblea Federal, que se compone de dos secciones o Consejos, a saber: A. El Consejo Nacional. B. El Consejo de los Estados.
		Artículo 89.1.	Las leyes y los decretos federales no pueden ser establecidos más que con el acuerdo de ambos Consejos.
		Artículo 102.4.	- Las atribuciones y las obligaciones del Consejo federal son: a) Presentar proyectos de leyes o de decretos a la Asamblea Federal.
		Artículo 121.1.	La reforma parcial puede tener lugar por la vía de la iniciativa popular, bien en las formas establecidas por la legislación federal.
Constitución de la República Italiana.	27 de diciembre de 1947	Artículos 71 y 50	- La iniciativa de las leyes corresponde: I. Al Gobierno. II. A cada uno de los miembros de las Cámaras. III. A los órganos y entidades a quienes se haya conferido esta prerrogativa por ley constitucional. IV. Al pueblo mediante la propuesta por al menos 50.000 electores, de un proyecto redactado en artículos.
Ley Fundamental de la República Federal de Alemania.	23 de mayo de 1949	Artículo 76.1.	- La iniciativa para presentar proyectos de ley en el Bundestag corresponde: a) Al Gobierno Federal. b) A los miembros del Bundestag. c) Al Bundesrat.
Constitución de la Quinta República Francesa.	4 de octubre de 1958	Artículo 39.	- La iniciativa legislativa pertenece conjuntamente al Primer Ministro y a los miembros del Parlamento.
		Artículo 89.	- La iniciativa de la revisión de la Constitución pertenece conjuntamente al Presidente de la República, a propuesta del Primer Ministro, y a los miembros del Parlamento.
Constitución de la Federación Rusa.	12 de diciembre de 1993	Artículo 104.1.	- El derecho de iniciativa legislativa corresponde: a) Presidente de la Federación Rusa. b) Consejo de la Federación. c) Miembros del Consejo de la Federación. d) Diputados de la Duma Estatal. e) Gobierno de la Federación Rusa. f) Tribunal Constitucional de la Federación Rusa. g) Tribunal Superior de Arbitraje de la Federación Rusa en las cuestiones de su competencia.
Constitución Española.	27 de diciembre de 1978	Artículos 87.1. y 166.	- La iniciativa legislativa corresponde: a) Gobierno. b) Congreso de Diputados. c) Senado.

		Artículos 87.3.	- Una ley orgánica regulará las formas de ejercicio y requisitos de la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley. En todo caso se exigirá no menos de 500.000 firmas acreditadas.
--	--	-----------------	---

En efecto, se ha observado que las legislaciones positivas constitucionales de los diversos Estados han colocado a uno de los tres poderes, de la clásica división o separación de poderes, en una situación jurídica de superioridad y hegemonía respecto de los demás "cuando existe esa supremacía, se ha dado en llamar al gobierno integral del Estado de acuerdo con la denominación del poder que ejerce hegemonía, o sea, cuando predomina el Ejecutivo, se califica al gobierno en general como –presidencial-; y en el caso de que sea el legislativo quien tenga el predominio sobre los otros dos, se le llama -congresional- o –parlamentario-"⁴³⁷. Conviene, por otra parte, añadir las siguientes observaciones: la primera consiste en la importancia atribuida a las estructuras conceptuales de los derechos y la concedida a las fuentes, estos factores técnicos tienen en cuenta, en los ordenamientos respectivos la regulación de la elaboración y aplicación de las normas; asimismo, las reglas referentes a la formación y funcionamiento de los órganos competentes para emanar esas normas jurídicas. La segunda se limita a la naturaleza de las funciones y atribuciones que la Ley Fundamental (lex legum) expresamente, les asigna como creadora de dichos órganos y sujetos jurídicos, que le están subordinados, debe respetar, proteger y preservarla, manteniéndose en la órbita de sus atribuciones constitucionales⁴³⁸.

La forma democrática de Estado, que contiene, a su vez, las tres formas de gobierno en que se manifiesta el modo de articulación de la división de poderes: parlamentarismo, presidencialismo y semipresidencialismo; único modelo en que es posible entender la estructura del poder institucionalizado a través de categorías jurídicas. La forma parlamentaria de gobierno se caracteriza por el llamado ejecutivo dual; es decir, la separación entre la jefatura del Estado y el Gobierno, ya se trate de una monarquía o de una república. Las funciones son diferentes, a la jefatura del Estado le corresponde ostentar la suprema representación del aparato institucional y

⁴³⁷ Cfr. Burgoa Orihuela, Ignacio, *El Juicio de Amparo, op. cit.*, nota 207, p. 243.

⁴³⁸ *Ibidem*, p. 246.

su poder es más simbólico que efectivo, según se trate de una monarquía parlamentaria o una república parlamentaria; al gobierno encabezado por un primer ministro o un presidente del gobierno, llamado poder ejecutivo o poder de gobernar; es decir, el poder de dirección política. En la forma presidencialista, no hay diferenciación estructural entre jefatura de Estado y Gobierno, ambos órganos coinciden, los ministros o secretarios de despacho se configuran como auxiliares del jefe de Estado, a quien le está atribuida la función de representación suprema del aparato institucional y la función completa de gobernar, también llamada dirección política. En la forma semipresidencialista de gobierno, la dirección política o la función de gobernar, la comparten el Presidente y el gobierno (actúa un primer ministro).

De las anteriores consideraciones se infiere que constitucionalmente, la facultad de iniciativa legislativa se otorga a diversos órganos y sujetos atendiendo a la forma de Estado y de Gobierno, lo que conduce a un complejo de criterios, que en un sistema normativo jurídico, necesariamente se actualizan; es decir, el poder normativo de tipo de formalista tiene impacto en el sistema de fuentes desde la perspectiva material.

Por lo anterior, si entendemos que la norma jurídica no agota el fenómeno jurídico, la técnica de las fuentes debe asumir gran importancia, desde luego, específicamente, respecto de la legislación.

Desde esta perspectiva, resulta conveniente reflexionar algunas cuestiones a fin de determinar los conceptos que justifican el estudio y análisis de las técnicas legislativas en la elaboración de la ley, fuente principal de producción del Derecho, en tanto, norma jurídica emanada del poder político, y que engloba todas las normas puestas por un acto de legislación.

Si una es la naturaleza jurídica intrínseca de la ley, que, como tal, y desde el punto de vista material se define como un acto de autoridad, en la acepción amplia del vocablo, que crea, modifica o suprime situaciones jurídicas abstractas, generales e impersonales (por emplear la terminología de Bonnecase), no acontece lo mismo tratándose de la índole o manera como opera en el campo de la realidad en la cual va a producir su afectación, pues la vida de una disposición legal, desde que se promulga o sanciona por el

Ejecutivo, transcurre a través de varias etapas, establecidas en atención al modo como interesa al objeto de su aplicación⁴³⁹.

Así, el Derecho es un riesgo, y por ende, la creación de normas jurídicas, justas, validas y eficientes, es ardua, lo que conlleva a sumar algunos elementos que otorgan valor añadido y que se concretan en el aspecto técnico, y con ello, a la definición de una metodología de la enseñanza, aplicación y reformulación de los conceptos fundamentales de la técnica normativa, hacia el interior del ordenamiento jurídico, y consecuentemente, la identificación indiscutible del sistema normativo jurídico para producir la certeza del Derecho, ante la paradoja de la redacción de la ley en términos lo suficientemente ambiguos, como para que se continúe debatiendo sobre la cuestión de si ha de ser sustituida por una nueva o la recomendación de reformar una serie de materias.

8.3. La denominada política normativa

En relación con el *iter* legislativo surge otra cuestión de suma importancia a propósito de la función legislativa y la atribución de iniciativa, ante los cambios ocurridos en la practicidad normativa, en que el sistema de fuentes normativas está cada vez más afectado por factores como la internacionalización de la vida económica, social y política, que bajo el rubro de globalización, surge "el inevitable protagonismo del Estado social que en él incumbe a los ejecutivos, la distribución de los poderes estatales demandada por la emergencia de los nacionalismos, así como por la búsqueda permanente de nuevos equilibrios en el reparto de papeles entre el Estado y la sociedad civil"⁴⁴⁰. A este respecto surgen cambios en los procedimientos tradicionales productores de un importante caudal normativo, por algunas de las razones siguientes:

1. Los órganos normativos tanto de instancias legislativas como ejecutivas (federales, locales y municipales), se abstienen de entrar en ciertas áreas cuya

⁴³⁹ *Ibidem*, p. 220.

⁴⁴⁰ Cfr. Zapatero Gómez, Virgilio, "Producción de normas", *Filosofía Política II. Teoría del Estado*, *op. cit.*, nota 204, p. 161.

regulación tiende a delegar en la sociedad, cuando la cuestión es calificada según el interés del sector que aplicará la legislación;

2. Crece la importación de normas elaboradas en el extranjero que se constituyen en los paradigmas a seguir;
3. Los órganos legislativo, ejecutivo y judicial, disputan o limitan sus tradicionales competencias, y ceden una parte de su protagonismo normativo.

Estos nuevos modos de hacer Derecho suponen, en algunos casos, el tránsito de la racionalidad formal a la racionalidad sustantiva, pero expresan la dificultad que tiene que sortear el Estado actual. Así, los sistemas normativos de cada sociedad, prevén algunas afirmaciones⁴⁴¹:

1. Según la teoría democrática, toda obligación que trate de vincular a los ciudadanos debe pasar por los filtros que dotan a aquélla de la legitimidad democrática;
2. En los modos de hacer Derecho hay déficit de legitimidad al que la filosofía política y jurídica tiene que encontrar respuesta.

Parece que se acelera la marcha hacia una progresiva internacionalización normativa, también llamada cooperación normativa⁴⁴², que supone que en el mundo moderno, la mayoría de los países no formula sus propias normas, especialmente en el campo de la economía. Los parlamentos y congresos contemporáneos son más usuarios que formuladores de leyes, se convierten en una especie de mercado legislativo⁴⁴³. Lo que se está produciendo una especie de adopción legislativa o

⁴⁴¹ *Ibidem*, p. 162.

⁴⁴² Véase, *supra*, Capítulo Cuarto, el tema "Pluralidad de fuentes normativas".

⁴⁴³ Al respecto, John Rawls, advierte que: "La idea de razón pública especifica al nivel más profundo los valores morales y políticos que determinan las relaciones de un gobierno democrático con sus ciudadanos y de estos entre sí. Dicho en pocas palabras, concierne a cómo se ha de entender la relación política (...). La idea de razón pública tiene una estructura definida y si se omiten uno o varios de sus aspectos no resulta creíble (...). Tiene cinco aspectos diferentes: 1) las cuestiones políticas fundamentales a las cuales se aplica; 2) las personas a quienes se aplica (funcionarios públicos y candidatos a cargos públicos); 3) su contenido determinado por una familia de concepciones políticas razonables de la justicia; 4) la aplicación de estas concepciones en los debates sobre normas coercitivas que se convierten en leyes legítimas de una sociedad democrática; y 5) el control ciudadano para que los principios derivados de aquellas concepciones de justicia satisfagan el criterio de reciprocidad." Rawls, John, *El derecho de gentes y (una revisión de la idea de razón pública)*, trad. de Hernando Valencia Villa, Barcelona (España), Ed., Paidós, 2001, p. 157. En aplicación de la idea de razón pública afirma que: "¿Cómo realizan el ideal de la razón pública los ciudadanos que no son funcionarios públicos?. En un régimen representativo, los ciudadanos votan por representantes (gobernantes, legisladores) y no por leyes concretas, salvo en el ámbito provincial o local, donde pueden votar directamente en consultas populares, que no suelen versar sobre

importación de normas de otros países u otras instituciones internacionales. Así, mientras algunos países son demasiado pequeños para poder imponer unilateralmente sus criterios e intereses en el concierto internacional en el que tienen que vivir, otros países carecen de competencias técnicas para dictar determinadas normativas en materias delicadas, *verbigracia*, seguridad nuclear.

Pero, en todo caso, son las propias exigencias de competitividad del mercado nacional en un contexto internacionalizado las que obligan a la cooperación normativa, una cooperación que fuerza a los sistemas nacionales a copiar, como hemos señalado, normas de producción externa para adaptarse en el ejercicio de sus propias competencias normativas a las exigencias de la competitividad de los mercados.

La competencia entre Estados obliga a estos a legislar cada vez más observando a los países del entorno comercial⁴⁴⁴.

Como se dijo, el modelo de Estado manifestado en cualquiera de sus formas, desempeña, el poder de dirección de la política (función completa de gobernar), que por una parte condiciona la función legislativa del Estado, la cual es más amplia que

cuestiones fundamentales. Para responder a esta pregunta decimos que lo ideal sería que a los ciudadanos se les considerara como legisladores y que el gobierno se preocupará por las normas, sustentadas por razones que satisfagan el criterio de reciprocidad, que resulte más razonable promulgar. Cuando es firme y extendida, la disposición de los ciudadanos a considerarse legisladores ideales, y a repudiar a los funcionarios y candidatos que violen la razón pública, forma parte del fundamento político y social de la democracia liberal y resulta vital por su prolongado vigor. Así, en la sociedad doméstica los ciudadanos cumplen con su deber de civilidad y apoyan la idea de razón pública, mientras hacen lo que pueden para que los funcionarios gubernamentales se adhieran a ella". *Ibidem*, p. 68.

⁴⁴⁴ La adopción de normas externas y el condicionamiento exterior del contenido de las propias son exigencias que; *verbigracia*, vinculan a los 105 países contratantes y a los 26 países asociados del GATT (General Agreement of Tariff and Trade), obligados a respetar en su política normativa los ejes directores del mismo: supresión de obstáculos a los intercambios, liberación de todas las trabas proteccionistas, barreras aduaneras, obstáculos no tarifarios (normas), abolición de todo tipo de prácticas que falseen la competencia, como son las ayudas a la exportación, el dumping, las restricciones cuantitativas y tarifarias. Lo mismo sucede a los 350 millones de habitantes de los 18 países que forman el Espacio Económico Europeo (más la incorporación de 13 nuevos miembros, 50 millones de habitantes aproximadamente), con su compromiso de asegurar la libre circulación de mercancías, de servicios y de capitales. Es lo que les ocurre, con mayor o menor intensidad, a los 24 países miembros de la OCDE, a los 6 países de la ASEAN (Acuerdo de libre Cambio Asiático), a los signatarios del NAFTA (Estados Unidos Mexicanos, Estados Unidos de América y Canadá) o los signatarios de MERCOSUR (Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay). Véase Zapatero Gómez, Virgilio, "Producción de normas", *Filosofía Política II. Teoría del Estado*, *op. cit.*, nota 204, p. 165. Cfr. Truyol y Serra, Antonio, *La integración europea. Análisis histórico-institucional contextos y documentos*, Madrid (España), Ed., Tecnos, 1999. Calvo Hornero, Antonia, *Organización de la Unión Europea*, 2ª ed., Madrid (España), Ed., Centro de Estudios Ramón Areces, 1999.

la potestad legislativa del parlamento, congreso o asamblea, lo que significa que el gobierno ejerce su atribución de iniciativa legislativa, y por razones de delegación normativa (cuando en ocasiones el parlamento, congreso o asamblea, sólo responde más a soluciones políticas a través del proceso de discusión pública pluralista, que a los aspectos de alto grado técnico), o urgencia, ejercita plenamente la potestad legislativa, lo cual supone, una desconcentración y desplazamiento del genuino legislador, en este esquema, es necesario medir la esfera de discrecionalidad⁴⁴⁵ del Poder ejecutivo; sumado a la comparación que tiene una función significativa en la preparación de la legislación, en apoyo de proyectos de reformas, en la práctica totalidad de los ordenamientos. Empero, reconocer la importancia de la comparación entre los proyectos nacionales y los textos normativos de otros ordenamientos no debe, obviamente, inducir al error de aceptar el trasplante de tales textos al ordenamiento desde el que se realiza la comparación. Por el contrario, la comparación tiende a suscitar propuestas, permite comprobar aquellas que han madurado en el ordenamiento en cuestión, más que los textos en sí mismos, al legislador nacional, interesan las ideas que están tras las formulaciones normativas o las soluciones ofrecidas a los problemas que se viven en el Estado.

8.3.1. Soberanía orgánica y poder constituyente

La plenitud del poder estatal no puede describirse jurídicamente como la suma de competencias, una al lado de otra; el poder del Estado no es un haz de diversas facultades de regulación, sino que implica el poder jurídico de ampliar o limitar dichas competencias. Entre los órganos del Estado tiene preeminencia decisiva aquél que efectivamente ejerce la supremacía de competencias. Esto constituye el punto de

⁴⁴⁵ En relación con el gobierno Michelangelo Bovero, afirma que se tienen dos perspectivas: 1) las fuentes de legitimación: responde a la pregunta ¿quién tiene el poder de instituir y eventualmente de destituir, qué órgano?. 2) Las funciones y competencias: responde a la cuestión ¿quién tiene el poder de decidir qué cosa?. Aspectos aplicados al sistema presidencial (la peor forma de democracia). Se intenta reforzar al ejecutivo, pero, admitiendo sin conceder que este sea un propósito. Es decir, en el modelo presidencial (nominalismo), el Jefe de Gobierno es electo directamente, con esto hay cohabitación de sistemas dándose poderes discrecionales al Jefe de Gobierno. Bovero, Michelangelo, "¿se puede reformar al Estado?", *Seminario Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, Mesa I, jueves 6 de septiembre.

partida de la teoría de los tipos de organización del Estado: si de acuerdo con la Constitución se atribuye; *verbigracia*, a un individuo, se trata de una monarquía absoluta o una dictadura; si corresponde a la totalidad de los ciudadanos con derecho a voto, es el caso de una democracia directa.

El concepto de soberanía orgánica se refiere a la soberanía legal; es decir, al poder de disposición del órgano supremo del Estado, fundado en la Constitución, sobre el conjunto de normas y competencias, pero no sobre las decisiones fundamentales de la Constitución y sobre las normas supremas de competencia que constituyen al órgano supremo del Estado.

De acuerdo con la concepción democrática, el poder constituyente es el pueblo, históricamente, esta idea se relaciona con la doctrina del contrato político, conforme a la cual la comunidad política debe fundarse en el consenso de sus miembros. Los límites fácticos del poder del Estado pueden ser también jurídicamente relevantes, puesto que una facultad jurídica, entendida como derecho garantizado, se extiende únicamente hasta donde alcance la posibilidad general de su ejercicio eficaz. El Derecho posee componentes fácticos en su eficacia; cuando las circunstancias reales reducen la probabilidad de que el poder del Estado imponga con eficacia determinadas disposiciones, disminuye en igual proporción su supremacía de competencias también.

La unidad jurídica del poder del Estado conduce a la existencia de un orden homogéneo de normas y competencias jurídicas. Obviamente esta homogeneidad no puede significar que una instancia central deba adoptar toda regulación obligatoria de la conducta. Semejante rigorismo centralista sería prácticamente irrealizable. Además, sería indeseable, por diversas razones: de un lado, los individuos y las pequeñas comunidades (municipios), tienen interés legítimo en regular sus propios asuntos, en tanto que esto sea compatible con la necesidad de unidad jurídica que tiene cada entidad federativa; en una asociación política debería realizarse el mayor grado posible de autonomía, en favor de las posibilidades de desenvolvimiento y creatividad personales. Por otra parte, la distribución de competencias entre diversas instancias, crea los supuestos técnico-jurídicos para una división y un control de los poderes, mientras que una extrema centralización de las facultades de regulación conduciría a una peligrosa concentración del poder. Bajo estas condiciones, la homogeneidad del orden jurídico y del orden de las competencias puede significar solamente un

determinado esquema de coordinación funcional y normativa⁴⁴⁶, según el cual las facultades de regulación del Estado estén repartidas y coordinadas de manera tal, que se eviten las normas y decisiones contradictorias; las diversas funciones de regulación deben complementarse e integrarse en un esquema de ordenación uniforme. La coherencia de la regulación normativa de la conducta queda garantizada, en este sentido, por un orden escalonado de las competencias (facultades de regulación), mediante una jerarquía de las normas.

La Constitución, *lex legum*, y demás normas jurídicas pueden distribuir entre diversos órganos del Estado las funciones de legislación, administración y jurisdicción, incluso de modo que resulte un sistema de pesos y contrapesos. Aún así, los diversos poderes no deben comprenderse aisladamente, sino como factores que se coordinan⁴⁴⁷ jurídica y funcionalmente. El poder ejecutivo y judicial están vinculados a las leyes. La supremacía de la ley impide las contradicciones entre las normas generales y las decisiones particulares. Mediante algunos mecanismos del modelo de Estado, como la reserva de la ley, se establece una importante conexión cooperativa entre la expedición de normas generales (función legislativa) y su aplicación concreta; también puede construirse un Estado federal, es decir, un "dualismo de centros de decisión", en forma tal que la totalidad de las competencias estatales sea ejercida, en parte, por los Estados miembros.

El control sobre el esquema jurídico constitucional de competencia que ello no acontezca mediante un acto revolucionario, sino a través de la revisión constitucional, mediante un procedimiento de derecho constitucional. Se puede pensar que esta suprema competencia jurídica de regulación sea ejercida mediante la colaboración de varios sujetos; *verbigracia*, de las dos cámaras de un cuerpo legislativo. En este

⁴⁴⁶ "Un sistema normativo destinado a hacer posible la convivencia organizada de un grupo social estable se caracteriza generalmente por la presencia de ambos tipos de normas de segundo grado. Ya que estamos acostumbrados a identificar al ordenamiento jurídico, al Derecho en cuanto sistema normativo, con los sistemas normativos que tienen reglas de segundo grado, bien para la conservación bien para la transformación, el ordenamiento jurídico puede ser considerado como un ejemplo típico de sistema normativo complejo". Bobbio, Norberto, *Contribución a la teoría del Derecho*, *op. cit.*, nota 103, p. 318.

⁴⁴⁷ "Es regla general de los sistemas parlamentarios, no así de los presidencialistas, la atribución de iniciativa al Gobierno (además de al Parlamento y, en algunos supuestos, a otros entes públicos, generalmente de naturaleza territorial, e incluso a una fracción del cuerpo electoral: iniciativa popular)". Cfr. Aragón, Manuel, "Gobierno y Administración", *Filosofía Política II. Teoría del Estado*, *op. cit.*, notas 160 y 204, p. 88.

supuesto no es necesario que la supremacía de competencias, deba concentrarse en un solo órgano del Estado, o en una persona.

8.3.2. Las decisiones normativas

De acuerdo con lo expresado en lo referente a las técnicas de apoyo a la adopción de decisión, nos hemos referido a la interconexión entre Derecho y política en el ámbito normativo procedimental. Se plantea la hipótesis de que no basta con constatar la delegación de capacidades normativas en instancias supraestatales o regionales. Recuérdese que Montesquieu, adelantó la idea de la separación de poderes y la atribución a las asambleas legislativas de la facultad de dictar leyes y de controlar al Gobierno. Por su puesto que la estricta separación, al estilo francés, de los poderes gubernamentales, ya sea o no verdaderamente su inspiración, esta alejado del tipo actual de separación de poderes.

Del mismo modo que en cualquier Estado libre todo hombre que se considere dotado de espíritu libre debe ser gobernado por sí mismo, sería necesario que el pueblo ejercitara directamente el poder legislativo. Pero como en los grandes Estados esto es imposible y en los pequeños Estados presenta muchos inconvenientes, el pueblo tiene que hacer a través de representantes todo lo que no puede hacer por sí mismo (...). El cuerpo de representantes no debe ser elegido para tomar cualquier resolución activa (...) sino para hacer leyes o para comprobar si se han cumplido bien las que ha dictado⁴⁴⁸.

Esta idea clásica, según la cual son los parlamentos, congresos o asambleas quienes ejercen la función legislativa y controlan al Gobierno, ha sido proclamado con toda solemnidad en las Constituciones de los Estados de Derecho. Pero, hay algo de inevitable en todo este proceso. En efecto, no es el Parlamento, el Congreso, o la Asamblea, sino el Gobierno el órgano mejor situado para llevar a cabo la procura existencial impuesta al moderno Estado. Los parlamentos, congresos y asambleas, por otra parte, carecen de la capacidad que requiere una eficaz participación de los Estados en organizaciones íter y supranacionales; les faltan igualmente todas las importantes competencias normativas que los textos constitucionales han delegado en

⁴⁴⁸ Montesquieu, *El Espíritu de las leyes*, p. 294, citado por Zapatero Gómez, Virgilio, "Producción de normas", *Filosofía Política II. Teoría del Estado*, op. cit., nota 204, p. 168.

los poderes regionales o locales, lo que hace posible encontrar perspectivas satisfactorias de integración, mediante nuevas formas de coordinación normativa en el proceso de elaboración de la legislación.

El sistema de producción de normas esta vinculado a la teoría de la decisión jurídica, lo que implica un procedimiento, que en la perspectiva de la política normativa se refiere a los fenómenos siguientes: 1) la anomia legislativa de los poderes normativos, y 2) la multinomia legislativa.

El fenómeno de anomia se refiere a la separación entre las normas sociales y los fines y aspiraciones que tienen los individuos; es decir, a una situación social en la cual las normas que regulan el comportamiento de los destinatarios han perdido su validez. Este concepto significa ausencia de normas, lo que se manifiesta en el debilitamiento de los vínculos normativos (medios institucionales a la disposición de los individuos); es importante destacar los siguientes puntos:

- Se percibe una creciente discrasia (debilitamiento) entre las metas que los individuos aspiran a alcanzar, especialmente el éxito económico-social, y los medios institucionales a su disposición⁴⁴⁹;
- La falta de armonía en las sociedades post-industriales contemporáneas caracterizadas por una imparable multiplicación de opciones y, por consiguiente, de expectativas sobre los medios disponibles. Destaca la reducción de los vínculos normativos que dirigen y comprimen la acción social compartida⁴⁵⁰;
- La falta de orientaciones normativas es a menudo representada como una suerte de patología social por parte de quien ostenta la mayoría del poder normativo y constituye una justificación común para intervenciones normativas

⁴⁴⁹ "Las tendencias de los individuos frente a esta discrasia son clasificados por Merton en cinco modelos muy conocidos: por un lado la conformidad, el ritualismo y la renuncia, en los cuales los medios institucionales disponibles son aceptados, aunque se sacrifiquen las metas; y por otro lado, la innovación y la revolución, en las que las metas son perseguidas a través de medios no institucionales que, en el caso del <<revolucionario>> se inspiran en sistemas normativos alternativos, mientras que en el caso del <<innovador>> son elegidos simplemente al margen de las normas, es decir, en régimen de anomia". Cfr. Ferrari, Vincenzo, *Acción Jurídica y Sistema Normativo*, op. cit., nota 84, p. 186.

⁴⁵⁰ *Loc. cit.*

excepcionales encaminadas, precisamente a normalizar la actividad desviada⁴⁵¹.

Por otra parte, la multinomia de una masiva proliferación normativa, que, por justificada que pueda estar, amenaza con el mismo fin primordial de certeza que todo sistema normativo jurídico debe cumplir. Con frecuencia el ciudadano se queda perplejo ante esta excesiva proliferación de normas y enmudece cuando se entera de la aplicación de presunción *juris et de jure*⁴⁵² de que "la ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento". La saturación de normas y, en ocasiones, su desleal instrumentación es (como la ausencia o el envejecimiento de las normas) una situación de arbitrariedad.

La abundancia de normas, unida a otros factores que descuidan su adecuada elaboración, provoca una considerable pérdida de calidad de las leyes, tanto en su técnica, como en su coherencia sistemática, en su contenido ordenador.

Como se puede inferir de las ideas expuestas, no se trata sólo de los males que trae consigo el fenómeno de la multinomia, sino del peligro de lagunas, fragmentaciones y discordancias, derivado de la pluralidad de instancias o competencias en la iniciativa legislativa, según hemos referido. En consecuencia surgen las hipótesis siguientes:

- a) Cuando los proyectos de ley tienen su origen en las más diversas instancias políticas;
- b) Cuando el redactor del texto legal con frecuencia excede su concreta función de dar forma expresa a la decisión tomada por el responsable político⁴⁵³;
- c) Cuando se legisla con escasa continencia, de forma precipitada y con insuficiente control técnico;
- d) Cuando se dicta la norma, más para con urgencia del para o para captar adhesiones de los ciudadanos que para regular con convicción y equidad la realidad social.

⁴⁵¹ *Ibidem*, p. 187.

⁴⁵² Véase, *supra*, Capítulo Tercero "La doctrina de la ignorancia legis".

⁴⁵³ Esto es detectable, *verbigracia*, en los anteproyectos normativos de origen burocrático, que tratan de buscar el refrendo de la autoridad política, sin separar con claridad la labor técnica del redactor y el papel de quien asume con todas sus consecuencias una decisión de relevancia política.

A este respecto, destacan dos factores que en el proceso legislativo, en todas las democracias, resulta evidente:

1. *El papel del Gobierno en el proceso legislativo:* Un primer examen de esta realidad parlamentaria permite obtener, al menos, tres conclusiones iniciales:
 - a) La iniciativa legislativa es ejercida ordinariamente por los Gobiernos⁴⁵⁴;
 - b) La inmensa mayoría de los proyectos que presenta el Gobierno suelen ser aprobados por los parlamentos, congresos, asambleas;
 - c) Las leyes que los órganos legislativos aprueban, y que tienen su origen en iniciativas de los grupos parlamentarios, son muy pocas.

La importancia de la actividad de los órganos en la función legislativa (en el caso de los Estados Unidos Mexicanos), puede medirse con base en la aplicación del concepto de norma jurídica (el rango, que sirve para medir la regulación contenida en la misma), y el principio de jerarquía (por la transcendencia que representan determinadas decisiones normativas plasmadas en textos legislativos). El anterior criterio, que acoge en su sentido estricto el inicio de la etapa prelegislativa, mediante el planteamiento de un problema social, y que se contiene en la hipótesis de la fracción primera del artículo 27 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal⁴⁵⁵, en el siguiente texto legal:

Artículo 27. A la Secretaría de Gobernación corresponde el despacho de los siguientes asuntos: I. Presentar ante al Congreso de la Unión las iniciativas de ley o decreto del Ejecutivo.

⁴⁵⁴ "(...) de facto, la mayor parte de las leyes proviene de la iniciativa del Gobierno, en la medida en que éste, como antes se dijo, dirige la política (incluida la política legislativa) y tiene, además mejores medios técnicos (suministrados por el aparato de la Administración) para elaborar los proyectos de textos legales. El papel desempeñado por el Gobierno, en esta fase previa del procedimiento legislativo parlamentario, es notable, y aunque con el ejercicio de la iniciativa no se está realizando potestad legislativa propiamente dicha, no cabe duda de que si se está condicionando intensamente la función legislativa del Estado <<que es algo más amplia que la potestad legislativa del Parlamento>>" Aragón, Manuel, "Gobierno y Administración", *op. cit.*, nota 447, p. 89.

⁴⁵⁵ Decreto de reforma, adición y derogación, promulgado el 29 de noviembre de 2000, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 30 de noviembre de 2000.

Asimismo, antes de proyectar un cuerpo normativo es posible considerar varios criterios⁴⁵⁶, tales como:

METODOLOGIAS		
T.H. LOWI.	R. SALISBURY	POLSBY
Propone clasificar las normas en: 1. Distributivas. 2. Regulatorias. 3. Redistributivas.	Complementa la propuesta de T. H. Lowi, y adiciona: 1. Políticas redistributivas. 2. Distributivas. 3. Constitutivo-regulatorias. 4. Constitutivo-autoregulatorias.	Trata de medir la importancia de las leyes en función de: 1. Número de personas afectadas por la norma. 2. Recursos públicos que así se distribuyen. 3. Profundidad de los cambios en los recursos públicos que produce la norma.

Sin duda se proponen metodologías cuya aplicación práctica resulta difícil; empero, destacan algunos puntos, según Virgilio Zapatero Gómez, que es conveniente considerar, entre ellos:

- La falta de una metodología aceptada no puede solventarse plenamente en criterios cuantitativos (número de normas, número de artículos en cada norma, número de palabras en un texto normativo);
- Los resultados de la aplicación de los criterios propuestos dependen de la distribución constitucional de los poderes, así como del lenguaje legislativo;
- Los criterios cuantitativos⁴⁵⁷ sirven para medir el volumen de la actividad normativa de los parlamentos, congresos, asambleas.

Los anteriores parámetros ponen de manifiesto el evidente protagonismo del Gobierno en los trámites legislativos, según sea la estructura de los órganos legislativos y de los apoyos que tenga el Gobierno, tales como: tipo de mayoría (estables o coyunturales), para el efecto de conservar la iniciativa y control de la legislatura.

2. *Estilo del lenguaje y poderes normativos*: El liderazgo del proceso legislativo por parte del Poder Ejecutivo ha ido acompañado, además, de la consolidación de unas técnicas legislativas que suponen, en muchos casos, un desapoderamiento del Congreso. Se trata del uso frecuente de una técnica consistente en que las Cámaras trazan las grandes líneas de un proyecto

⁴⁵⁶ Zapatero Gómez, Virgilio, "Producción de normas", *Filosofía Política II. Teoría del Estado*, op. cit., nota 204, p. 170.

⁴⁵⁷ Véase, *infra*, Anexo I. "Actividad legislativa".

normativo cuya concreción, a veces en aspectos muy importantes, se encomienda a la acción de la Administración o de los Tribunales, según el sistema constitucional adoptado⁴⁵⁸.

Se discute fundamentalmente; *verbigracia*, sobre la forma de redactar las leyes. Las opciones que se presentan (ambas tienen unas implicaciones institucionales evidentes):

- a) La redacción sobre la base de cláusulas generales, típica de la cultura jurídica continental europea;
- b) El casuismo anglosajón.

Por consiguiente, es preciso desglosar lo anterior:

- La redacción en forma de cláusulas generales permite al Parlamento, al Congreso o Asamblea, en principio, un debate político sobre el fondo sin perderse en el casuismo de la regla concreta; pero una redacción sobre la base de conceptos amplios supone delegar en ocasiones en el Gobierno, parte del poder normativo del legislador. Así, para regular plenamente una materia se delega en el Poder ejecutivo, o, en el Poder judicial, según el sistema constitucional adoptado;
- El estilo casuística parece dar una mayor certeza sobre el contenido⁴⁵⁹ de la regla de Derecho, pero dificulta no solo la comprensión sino también el debate político de las leyes.

La opción por una técnica u otra, depende de las tradiciones y reglas de cada Estado, pero la orientación debe sustentar el cumplimiento de compromisos, las relaciones a regular, y por ende, la posibilidad de la cooperación normativa entre distintas instancias. Esto supone que la estrategia legislativa es parte de la estrategia política, ambas vinculadas a la racionalidad, y ésta por tanto, a la realidad, en los ámbitos de acción, orden y transformación.

⁴⁵⁸ Cfr. Zapatero Gómez, Virgilio, "Producción de normas", *Filosofía Política II. Teoría del Estado*, *op. cit.*, nota 204, p. 176.

⁴⁵⁹ Se afirma que si el Gobierno concreta en todos sus detalles un proyecto de ley, desaparecen, ahogadas en sus detalles, las grandes líneas, aun cuando sólo éstas deberían ser objeto de discusiones parlamentarias. Así, cuando más detallado sea el proyecto, más difícil es su comprensión y debate. La redacción detallada puede proporcionar algo más de seguridad; pero puede dificultar la comprensión.

8.3.3. La delegación normativa

A lo largo de la exposición que hemos realizado hasta aquí, constantemente nos referimos, en forma implícita a la delegación normativa. Y es que, en efecto, en el nivel de construcción racional, lo que es esencial son los procedimientos estratégicos e instrumentales, a saber, manifiestos y encubiertos. Los primeros se dan cuando se transfiere el poder de dictar normas al Poder ejecutivo y otras instancias; los segundos cuando la creación estratégica de normas se basa en compromisos entre intereses particulares y derivados de necesidades funcionales. Considerando el aspecto genérico de la pluralidad de fuentes normativas, se infiere, por un lado, cómo el procedimiento que, de acuerdo con las normas constitucionales tiene carácter supuestamente discursivo, sigue en realidad un modelo estratégico o instrumental. Ahora bien, las vertientes de este modelo, para ser más precisos, en nuestra exposición, tratándose por separado, desde luego, la cooperación normativa; y con el detenimiento pertinente: la delegación normativa.

Esta forma de creación del Derecho a diferencia de la que lleva a cabo el legislador, no procede de simples consideraciones de oportunidad, no es creación libre, sino vinculada, al sistema de fuentes "con justificaciones muy parecidas, con habilitaciones expresas en ocasiones y tácticas en otros supuestos, Parlamentos (Congresos, Asambleas), y Gobiernos producen una delegación normativa en cascada en otros sujetos"⁴⁶⁰. Este singular fenómeno, en un sistema comparado "se debe sobre todo, a que los autores de las normas están renunciando a autodefinir su propia competencia"⁴⁶¹, dándose la normatividad variable, a través de:

1. La *delegación en organismos públicos*: se pretende despolitizar determinadas decisiones alejándolas de las presiones parlamentarias (debate y decisión democráticas), y se renuncia a legislar en determinados ámbitos, encomendando dicha función a órganos neutros (en apariencia), los cuales no sólo ejercen funciones de gestión o inspección, sino de revisión y

⁴⁶⁰ Cfr. Zapatero Gómez, Virgilio, "Producción de normas", *Filosofía Política II. Teoría del Estado*, op. cit., nota 204, p. 178.

⁴⁶¹ Cfr. Muñoz Machado, Santiago, *Cinco estudios sobre el poder y la técnica de legislar*, op. cit., nota 192, p. 189.

dictaminación (constituye una práctica fundamental para propiciar un marco normativo más congruente y eficiente), se pretende eliminar obstáculos y costos innecesarios impuestos por normatividad federal anacrónica o inadecuada y, al diseñar normatividad, servicios gubernamentales o promocionales efectivos, la mejora regulatoria propicia la competitividad de las empresas, alienta la inversión productiva y permite la creación de más y mejores empleos, sino la funciones de dictar ciertas normas (regulación), y se les atribuye la potestad sancionadora⁴⁶²;

2. La *autorregulación*: se delega en los propios destinatarios de las mismas, se pretende una necesaria vuelta a la ética, se expresan con diversas denominaciones; *verbigracia*, Códigos de Conducta, Códigos Éticos, Códigos Deontológicos; emanados de los Colegios Profesionales, los Comités de Ética en medicina o en investigación.
3. La *delegación en organismos privados*: en algunos sistemas jurídicos se produce el fenómeno de la delegación de poderes normativos en esta instancia. Se establecen procedimientos de normación y el mecanismo de aplicación consiste en aceptar y dar fuerza normativa a las normas creadas por dichas organizaciones, se tiene el objetivo de promover la normalización en los lugares y sectores donde no sea obligatoria, tales como: Construcción, producción, calidad, rendimiento y seguridad de edificios. Se pretende hacer progresar la economía nacional, mejorar la salud, la seguridad y el bienestar del público, ayudar y proteger a los consumidores, facilitar el comercio interior

⁴⁶² En México, el Congreso de la Unión aprobó de manera unánime en marzo de 2000, una iniciativa de mejora regulatoria que responde a una demanda generalizada de los sectores social y productivo. La reforma a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo propicia la transparencia en la elaboración de regulaciones por parte del Ejecutivo, promueve una mayor certidumbre jurídica para los ciudadanos en la aplicación de trámites y requisitos, y evita que los costos del cumplimiento de la normatividad sean mayores a los beneficios que ésta pretende: Se crea la Comisión Federal de Mejora Regulatoria (COFEMER) como órgano desconcentrado de la Secretaría de Economía (antes Secretaría de Comercio y Fomento Industrial), con autonomía técnica y operativa. La Comisión evalúa el marco regulatorio federal, propone sectores a desregular y elabora propuestas al titular del Ejecutivo Federal en materia regulatoria. El mandato de la Comisión es garantizar la transparencia en la elaboración y aplicación de las regulaciones, y que éstas logren beneficios mayores a sus costos. Además, la Comisión cuenta con un Consejo presidido por el Secretario de Economía que es el enlace entre los sectores público, social, académico y privado. Véase, *infra*, Anexo II. "Programa de Mejora Regulatoria".

y exterior, y desarrollar la cooperación internacional en materia de normalización⁴⁶³.

En el ámbito de la normatividad variable es posible determinar algunas notas distintivas, de las cuales destacan:

- a) Las normas establecidas por consenso no representan necesariamente el interés público;
- b) Las normas necesitan a veces demasiado tiempo para su elaboración;
- c) La delegación de responsabilidades que suponen estas normas plantea problemas de orden jurídico;
- d) El procedimiento de elaboración puede no ser equitativo⁴⁶⁴;
- e) La paradoja entre la legislación por decreto y el gobierno por legislación⁴⁶⁵.

⁴⁶³ La emisión de la norma denominada con el término normativa, también conocida como norma técnica, es elaborada y publicada por un organismo normalizador y tiene carácter consensual, pretende una aplicación general con observancia obligatoria salvo que contrarie una norma legislativa. En ocasiones emana de una autoridad pública con facultades y atribuciones legales en el proceso, la observancia de la norma es obligatoria y al incorporar su contenido adquiere fuerza de la ley, en este caso es asimilada a una norma legislativa (reglamentaria o técnica). Se refiere a una técnica específica, para una aplicación general, es un documento que prescribe los requisitos y características técnicas de un producto, proceso, e instrumentalización de un servicio, más sofisticado. La norma técnica es emitida también como una recomendación a la cual las partes se adhieren. Esta técnica comenzó internacionalmente en 1947 con la creación la ISO (International Organization for Standardization), en sectores no eléctricos. La IECC (International Electrotechnical Commission), en el sector eléctrico; la OIML (Organization International de Metrologie Legale), en el sector de medidas. Existen organizaciones normativas nacionales de carácter privado como ANSI en los Estados Unidos de Norteamérica, la ANFOR en Francia, el DIN en Alemania, entre otros. Martínez Vera, Rogelio, "Apuntes de clase", *Legislación Comparada de Comercio Exterior*, Licenciatura en Derecho, ITESM, Monterrey, Nuevo León (México), 1995, agosto-diciembre.

⁴⁶⁴ En una economía mundial, quien participa en la elaboración de normas provoca un alto costo en la escala social. Surge la defensa del interés público nacional e internacional.

⁴⁶⁵ A este propósito del proceso legislativo, Giovanni Sartori, expone que: "A pesar de todo lo que se dice de la transparencia, todas las negociaciones que conforman los productos legislativos están cubiertas por una profunda neblina. Pueden ser denunciadas, es cierto, en discursos de algunos diputados individualmente. Pero las voces individuales se pierden y se confunden fácilmente entre todo el ruido del debate parlamentario. Por tanto, la idea general es que las maniobras ocultas entre las líneas del texto legislativo, y dentro de ellas, queden al descubierto y salgan a la luz. El "mercado de las vacas", los que mueven los hilos, los intereses ocultos, todos deben salir a la superficie y ser descubiertos gracias a procedimientos formales contrarios (...), el gobierno por legislación es algo muy riesgoso, porque crea "dos gobiernos", dos poderes gobernantes, porque el gobierno por legislación implica legisladores que gobiernan. Esto puede parecer confiable; a pesar de todo, dos poderes gobernantes son una receta segura para el mal gobierno". Véase, Sartori, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, op. cit., nota 425, pp. 184 y 187.

8.3.4. Límites en la estructura objetiva del sistema: La legitimidad

Según dijimos, la función legislativa que ejercita el Poder legislativo presenta dos aspectos: el legislativo propiamente dicho y el protagonismo normativo, en el ámbito de la racionalidad formal y sustantiva.

Empero, debemos hacer la aclaración de que ésta función esencial del Estado, es desplegada por el órgano competente y delegada en otros órganos normativos.

De lo expuesto se infiere que el Poder legislativo, en el desempeño de sus funciones, se coloca en una situación distinta que el Poder ejecutivo a saber: cuando ejecuta la función legislativa se traduce en el legislador genuino, en la expresión de la formulación de las fuerzas sociales que modelan las decisiones, no es un autor desconocido, actúa en el íntegro cuadro de la realidad.

Como ya habíamos anticipado, los sistemas normativos de cada sociedad prevén que en los modos de hacer Derecho hay déficit de legitimidad, esto es, cuando la soberanía legal extiende y vulnera la unidad jurídica del Poder y autoridad del Estado⁴⁶⁶. Como consecuencia de la política normativa en el marco de los procedimientos de creación, se sostiene que para evitar consecuencias absurdas, la estructura objetiva del sistema normativo, tiene como límite la legitimidad.

El concepto de legitimidad denota diversos significados. Lógicamente implica diferentes perspectivas; empero, adoptaremos la idea de su significación en el contexto de la filosofía política, en atención a la cual la legitimidad concierne ante todo y sobre todo al derecho de gobernar. Así, la legitimidad es el reconocimiento del derecho de gobernar. En este sentido, se trata de aportar una solución a un problema político fundamental, aquél que justifica simultáneamente el poder político y la obediencia, esto es el primer desafío. De esta doble demostración depende el derecho de gobernar y su resultante, la obligación política. Pero para que esta operación tenga éxito, debe cumplir al menos tres condiciones indisolubles y constitutivas de la legitimidad: el consentimiento, la ley y las normas.

Debemos agregar, por otra parte, que mediante los límites en la estructura objetiva del sistema (legitimidad), el Estado constitucional debe ostentar naturaleza

⁴⁶⁶ Cfr. Gómez Orfanel, Germán, Basterra Monserrat, Daniel, *et. al.*, *Prontuario de Derecho Constitucional*, comp. Pablo Lucas Verdú, Granada (España), Ed., Comares, 1996, pp. 229-231.

valorativa, a través de la cual la fuerza del Estado queda vinculada por las atribuciones, competencias, sujeciones, límites y controles asignados por el mismo ordenamiento, en el ámbito objetivo del Estado de Derecho, aceptado expresa e implícitamente por los ciudadanos en los mandatos y ejecución del poder.

Las condiciones constitutivas de la legitimidad, por su naturaleza misma, son concomitantes a la justificación del poder y la obediencia. El consentimiento juega un papel relevante, el Derecho supone la existencia de una comunidad, aparece vinculado por una parte a un estado de competencia por una posesión de un bien entre dos personas al menos y, por otra, a la creación de una relación de convivencia. En este aspecto se manifiesta el carácter público del Derecho, tiene por objetivo coordinar acciones entre individuos por medio de leyes, posibilita que los intercambios se desarrollen, bajo la forma de reciprocidad, en un marco delimitado, que no representa otra cosa que el entrelazamiento de derechos y deberes. Así, el consentimiento juega, un rol decisivo en el mecanismo de la reciprocidad, en virtud de que el Derecho debe ser reconocido de manera incuestionable. En otros términos, el Derecho significa un entendimiento con el otro a cerca de lo que constituye la parte de cada uno y de los deberes mutuos. En tanto organiza una relación continua entre los individuos, crea aspiraciones recíprocas que pueden ser satisfechas con el consentimiento de cada cual.

El consentimiento es importante para el derecho de gobernar, porque a través de las instituciones políticas emanan decisiones que comprometen al conjunto de la sociedad, como la regulación o la coordinación de individuos o grupos particulares, regular los conflictos que amenazan la cohesión de la comunidad, tanto en el interior como exterior (decretar la ley, hacer justicia, conducir la guerra) del Estado, son actividades típicamente políticas.

Las instituciones políticas⁴⁶⁷ son instrumentos y expresión del Derecho, que en el ejercicio rutinario del Derecho, al conceder una posición, una autoridad, y el

⁴⁶⁷ Téngase también en cuenta que son factores de reacción ante situaciones de ataque y vulnerabilidad, en que es la ocasión para evadirse o fundamentar y legitimar preceptos substanciales; *verbigracia*, una victimización supranacional manifiesta. Cabe recordar entre otros posibles argumentos, el ataque terrorista ocurrido a los Estados Unidos de América en las ciudades de Nueva York (World Trade Center) y Washington (Pentágono), que cobró un número indeterminado de muertes; el martes 11 de septiembre de 2001.

monopolio de la coacción, requieren del consentimiento, que jurídicamente posee el acuerdo de la población en su participación activa, que impulsa a los individuos a salir de su zona de interés inmediata, pudiendo ir hasta el sacrificio de la propia vida, especialmente; *verbigracia*, cuando estalla una guerra⁴⁶⁸.

La dinámica de derechos y deberes, en cuanto presuponen la idea de un acuerdo sobre lo que se ha abandonado, deriva en el hecho de que cuanto más importante es una obligación, más elevado es el nivel de aprobación necesario. Para que la facultad de autoridad política revista un carácter jurídico y no recurra al uso injustificado de la fuerza, el grado y el valor del consentimiento deben ser proporcionales a la amplitud de la obligación impuesta. En la medida en que los gobiernos respeten los derechos de los miembros de la comunidad y cumplan sus deberes específicos, los individuos consienten en renunciar a algunas de sus capacidades de acción en beneficio de las instituciones políticas; es decir, les reconocen a éstas el derecho de gobernar.

Por otra parte, la legitimidad no puede prescindir de la consideración de las normas fundamentales, en la medida en que supone un entendimiento acerca de lo que debe ser la actividad de gobernar. Pues gobernar es un acto de Derecho a condición de que aquellos que gobiernan y aquellos que obedecen se pongan de acuerdo sobre los valores que la política quiere promover. Esto se deduce del análisis de la relación entre los valores y el Derecho, del vínculo existente entre los valores y la identidad de una sociedad dada, de la relación del poder político y del aspecto

⁴⁶⁸ "Ningún Estado tiene derecho a la guerra para la realización de sus intereses racionales, que no razonables. El derecho de gentes, sin embargo, reconoce el derecho a la guerra en defensa propia a todas las sociedades bien ordenadas, liberales y decentes, y a cualquier sociedad que acepte y respete un razonablemente justo derecho de gentes. Aunque todas las sociedades bien ordenadas tienen ese derecho, pueden interpretar sus acciones de manera diferente según sus fines y propósitos. Llamaré la atención sobre algunas de estas diferencias. Cuando una sociedad liberal libra la guerra en defensa propia, lo hace para proteger y preservar las libertades básicas de sus ciudadanos y su democracia constitucional. En efecto, ninguna sociedad liberal puede exigir de manera justa a sus ciudadanos que participen en una guerra para obtener beneficio económico, recursos naturales o poder imperial". Rawls, John, *El derecho de gentes y (una revisión de la idea de razón pública)*, op. cit., nota 443, pp. 108-109. Complementariamente, Eligio Resta afirma: "Pero esto es algo que el derecho tiene que desconocer forzosamente. Leído tan sólo desde el punto de vista del derecho, el fenómeno de la venganza sobrevive mientras el derecho consienta o mientras la tendencia a la paz no se haya realizado (...). La violencia <<justa>>, legalmente prevista en los códigos que circulan comúnmente, que es segura porque está <<escrita>> en las leyes y exacta porque es fruto de un cálculo científico y, en consecuencia, capaz de gobernar el juego de las proposiciones, sólo por esta vía puede convertirse en antídoto: ni demasiado, ni demasiado poco". Resta, Eligio, *La certeza y la esperanza. Ensayo sobre el derecho y la violencia*, op. cit., nota 18, pp. 32 y 55.

normativo de los valores. Los valores constituyen la sustancia de los derechos, el Derecho se establece en relación con lo que es vivido como un bien y con respecto a éste es un medio de oficialización, protección y promoción.

Los valores se institucionalizan en un sistema de acción determinado, de tal forma que los individuos o asociaciones que componen la sociedad actúan en el marco de estos sistemas, donde es posible distinguir diferentes formas de identidad colectiva. De un modo general, las normas son criterios de interpretación que sirven como elementos de apreciación y evaluación de la realidad, se transforman en guías de acción, en este sentido, todos los valores poseen una dimensión normativa.

A fin de que la identidad del grupo se preserve, los valores que presiden las actividades sectoriales no deben entrar en contradicción con los principios que rigen las relaciones de reciprocidad; esta exigencia explica el peso de las instituciones políticas y da cuenta a la vez de la posibilidad del derecho de gobernar y del poder político como poder normativo. Para contribuir a la oficialización, protección y promoción de valores que son esenciales a la sociedad; es decir, a su institucionalización en calidad de normas legales, el poder político dispone de dos tipos de instituciones: 1) aquellas que crean las leyes como los parlamentos, congresos y asambleas constitucionales; y 2) aquellas que aplican y hacen respetar dichas leyes, como los tribunales y la policía.

La legitimidad tiene la función de responder a la necesidad de integración social que caracteriza a la identidad de una sociedad, se trata de mostrar cómo y por qué las instituciones, existentes o propuestas, poseen la capacidad de organizar el poder político de modo tal que los valores constitutivos de la identidad social estructuren efectivamente la realidad.

Es evidente que el consentimiento no basta para engendrar el derecho de gobernar. Se deben tener en cuenta los valores que aseguren el rol de las normas fundamentales, estableciendo el contenido de derechos y deberes, a partir de la identidad social (incitan a los individuos a la acción y al acuerdo). Por consiguiente, legitimidad y conformidad a la ley, conlleva a otros supuestos; el carácter político de la noción de legitimidad es subrayado por una reflexión acerca de la justificación de la delegación del poder. Se identifica la legitimidad con la calidad del título para gobernar y es presentada como una actividad política legalmente válida. En este sentido, el

soberano no funda la ley, pero su autoridad emana de ésta, su designación está subordinada a la ley, la cual define sus poderes y determina bajo qué condiciones y voluntad puede obligar.

El desarrollo del constitucionalismo moderno y la creciente racionalización del Derecho continúan acrecentando el rol del derecho positivo y la importancia del criterio de legalidad en el proceso de legitimidad, a tal grado que el positivismo jurídico tenderá a reducir la dominación legítima a la dominación legal. Se trata de un derecho moderno, doblemente racional en sus reglas deductivas y en la tecnicidad creciente de sus procedimientos, es el efecto de una formalización inevitable, en el que las consideraciones éticas y las referencias a la justicia sustancial progresivamente son excluidas.

El derecho racional es un sistema en que las decisiones se toman no en función de situaciones concretas, sino según normas abstractas que procuran a la vez la regularidad y la previsibilidad. Cuanto más capaz es el Derecho de clasificar lo particular dentro de lo general, tanto más racional es el sistema que constituye, no se fundamenta en valores; es decir, la simple ley formal del Estado constituye la base de su legitimidad. La ley ha dejado de ser la expresión de principios fundacionales y de un orden normativo, es un instrumento, transformable según las necesidades del momento, utilizado de manera formal y autónoma a fin de encontrar un compromiso entre intereses opuestos.

De hecho, defender la tesis según la cual la dominación legal asegura la legitimización recurriendo únicamente a medios técnicos, supone pensar que las actuaciones de la ley vuelven superfluas las representaciones de la legalidad. La idea de aceptar los procedimientos legales sin necesidad de justificación y evaluación, es incompatible con la noción de legitimidad, cuando se limitan los procesos de evaluación de las leyes al examen de sus caracteres de corrección formal, vacía el proceso de toda significación, basta que una ley sea adoptada conforme al procedimiento admitido para que se beneficie con el rótulo de legalidad; ningún recurso es apto para juzgar una ley ilegítima o arbitraria.

Si el propósito es medir la validez de un orden legal, esto no puede realizarse únicamente a partir del criterio de la legalidad, que la legitimidad no se limita a la ley no

es suficiente para establecer el derecho de gobernar, tal como lo demuestra el hecho de que la ley es incapaz de suscitar por sí misma la creencia en la legitimidad.

La adhesión que suscita la legalidad no es por sí misma y para que se produzca no basta con que exista y produzca enunciados formalmente correctos⁴⁶⁹.

Se afirma incluso que la inflación jurídica es tanto más elevada cuando menos son las instituciones y menos capacidad de hacer respetar la ley poseen. Así, los procedimientos sólo legitiman de modo indirecto, en referencia a instancias reconocidas. La autoridad de la ley o su funcionamiento efectivo radica en la creencia de que la legalidad expresa los valores de la sociedad. La ley contribuye al Estado de Derecho, pero no puede inventarlo por sí misma.

Es evidente que la ley es condición de la legitimidad, pero lo es junto con el consentimiento de los individuos y las normas fundamentales de la sociedad. Para que la legalidad intervenga en el proceso de legitimación; es decir, para que la conformidad a la ley sea índice de un gobierno de Derecho, es necesario que las leyes concuerden con los valores en los que se reconocen los gobernados⁴⁷⁰.

Hemos visto que el ejercicio del poder político es consustancial a la responsabilidad política, que varía según los sistemas y regímenes políticos. Empero, esto implica que la conducción política corresponda a decisiones y conduzca acciones al margen de pulsiones e intereses. Pero la condición política posee sin duda un carácter más o menos discrecional, en la medida en que la relación de representación entre gobernantes y gobernados no es enteramente transparente, esta opacidad se debe particularmente al hecho de que la política se hacen en una temporalidad concreta y que aun en las "democracias avanzadas", las circunstancias son frecuentemente acuciantes, es imposible consultar a todos sobre todo. Esto no significa que lo arbitrario tenga campo libre. Por otra parte, una vez reconocidas las tareas propias del Estado, fundamento de la responsabilidad política, la legitimidad de

⁴⁶⁹ En los Estados en los que existe una cultura jurídica que subraya la necesidad de encuadrar al conjunto de relaciones sociales por medio de una legislación sistemática. La proliferación de leyes, decretos y reglamentos, con la pretensión de cubrir cada aspecto de la vida social no implica una adhesión a la legalidad. El legalismo en este caso sigue siendo teórico y en ocasiones, irreal.

⁴⁷⁰ La legitimidad se manifiesta a través de tres elementos fundamentales: 1) la comunidad política (es la representada y a su vez la que ejerce el poder político); 2) el régimen (la estructura organizativa del poder político); 3) el gobierno (la cúpula que tiene a su cargo las funciones donde se concreta el poder político).

un gobernante se evalúa no solamente por su aptitud para elegir o decidir conforme a las leyes y principios fundamentales vigentes en una sociedad, sino también por su capacidad de obtener resultados efectivos. No basta conformarse con el enunciado que los servicios del Estado se deben a la comunidad; hay que realizarlos con credibilidad. El goce legítimo de la autoridad política es paralelo a su limitación, la desigual distribución del poder sólo es justificable si el gobierno lleva a término los deberes que le incumben, este modo de asumir la responsabilidad política, es lo que confiere al dirigente el derecho de gobernar.

De la misma manera, la política reduce las formas de gobierno a ciertas clases generales, a las que atribuimos ciertas tendencias características; de que todo gobierno es más o menos mixto, si no en su teoría legal, por lo menos en su modo de obrar y en sus efectos reales, discurrimos acerca de las ventajas y los inconvenientes de la monarquía, la aristocracia y la democracia, como si hubiera instituciones políticas que pueden corresponder exactamente a nuestras definiciones. Hay más, suponiendo una forma de gobierno perfectamente pura, sus efectos se modificarían en gran parte por la concurrencia de un sinnúmero de causas: los antecedentes del pueblo regido por ella, el clima, la religión, el estado industrial, la cultura intelectual, y otras varias; cosas que obrando de consuno producen resultados complejos difíciles de avaluar. De aquí la duración efímera de algunas instituciones improvisadas, cuyos artículos son otras de tantas deducciones demostrativas de principios abstractos, pero sólo calculadas para un pueblo en abstracto, o para un pueblo que carezca de determinaciones especiales que los contrarían o modifican; suposición que en el contexto social, religioso, moral, cultural y jurídico es imposible⁴⁷¹.

La sociología del Derecho considera al Derecho como fenómeno social. Así, forma parte de la sociología general y, con ello, de una sociología del control social. Si éste es un conjunto de modelos normativos que permiten a los miembros de la

⁴⁷¹ "No puede hablarse, sociológicamente del orden jurídico, sin aceptar que es parte de la cultura, y que ésta incluye un sistema de normas necesarias para ciertas condiciones de vida de la sociedad. Si las condiciones cambian, las normas también varían (...). Si las normas jurídicas son culturales, entonces son interdependientes con todas las variables de la cultura, especialmente las normativas, y este punto de vista es importante para entenderlo en su funcionamiento real". Cfr. Fucito, Felipe, *Sociología del Derecho: El orden jurídico y sus condiciones sociales*, Buenos Aires (Argentina), Ed., Universidad, 1993, p. 20.

sociedad resolver o mitigar una parte de los conflictos que existen en la misma. De este modo, hay un control social, religioso, moral, ético y, jurídico, que coexisten.

En determinado momento el orden jurídico ejerce influencia sobre las conductas humanas, a través de ciertos factores que precisan que:

1. La ley esté dotada de autoridad y prestigio⁴⁷²;
2. Las nuevas normas sean compatibles y coherentes con los principios culturales y jurídicos establecidos;
3. Puedan especificarse los fundamentos que tiene la reforma para la comunidad;
4. Se utilice racionalmente el factor tiempo, evitando una dilación excesiva en la transición legislativa.

En este sentido, se dice que el segundo factor remite al fundamento de la compatibilidad cultural, básico para la aceptación de las leyes, en cuanto toda ley busca legitimidad. Lo anterior, es importante frente a los rápidos cambios sociales que producen una brecha entre el orden jurídico y otros sistemas de normas; asimismo, en aquéllos en que se da un cierto ajuste entre esas normas establecidas y las conductas efectivamente realizadas por las personas a quienes se destina, por ello, la intuición sobre la necesaria correlación entre "lo dado" y "lo dándose" ha existido desde siempre.

La internacionalización de la vida económica y política de nuestro tiempo ha ido erosionando por arriba los poderes normativos del Estado-Nación. Por abajo, las nuevas realidades regionales han succionado una parte importante de las competencias normativas de las instancias centrales del Estado. Las necesidades intervencionistas del Estado social, así como la creciente complejidad de las relaciones económicas, han aconsejado aumentar los poderes, incluso normativos, de toda una serie de órganos privados o semi-públicos⁴⁷³.

⁴⁷² "El legislador tiene pues por delante una tarea y una responsabilidad que sobrecogen. No nos atrevemos a decir si las leyes deben ser hechas por filósofos, como lo pedía Platón, o deben ser destellos de la Providencia, como lo impetraba Santo Tomás. Pero si queremos recordar que el mismo Rousseau, tan sospechoso de soberbia, pintó esta imagen difícil de lo que debiera ser el legislador de una democracia: <<Una inteligencia superior –decía-, capaz de penetrar todas las pasiones humanas sin experimentar ninguna; que conociese a fondo nuestra naturaleza sin tener, sin embargo, relación alguna con ella; cuya felicidad personal fuese en absoluto independiente de nosotros y que por tanto desease ocuparse de la nuestra; en fin, que en el transcurso de los tiempos, reservándose una gloria lejana, pudiera trabajar en un siglo para gozar recién en otro>>. Y luego esta dolida confesión final: <<Sería menester de dioses para dar leyes a los hombres>>". Cfr. Risolía, Marco Aurelio, *Grandeza y desprestigio de la ley*, op. cit., nota 306, pp. 29-30.

⁴⁷³ Cfr. Zapatero Gómez, Virgilio, "Producción de normas", *Filosofía Política II. Teoría del Estado*, op. cit., nota 204, p. 183.

Han sido las necesidades de gestión de los problemas en un entorno nuevo lo que explica esta forma de crear Derecho. Pero aun cuando se trata de fenómenos en parte inevitables, ello no exime a la filosofía política y jurídica de hacer frente a importantes retos⁴⁷⁴ como:

- a) La autorregulación o la delegación de capacidades normativas en órganos semipúblicos o privados suscita, entre otros, el problema de la legitimidad de tales fuentes normativas;
- b) Los mecanismos tradicionales de creación del Derecho internacional y supranacional dificultan o impiden la participación activa no sólo de los ciudadanos, sino de los propios parlamentos o congresos, en la creación de tales normas, cada vez más frecuentes;
- c) El sistema de producción de normas aumenta las dificultades de acceso y conocimiento por parte de los ciudadanos de unas normas que emanan de fuentes tan lejanas y en ocasiones exóticas;
- d) El papel de una institución capital en el proceso de creación de normas como el del Congreso⁴⁷⁵;

⁴⁷⁴ *Ibidem*, p. 184.

⁴⁷⁵ Resulta pertinente el análisis de Aníbal Pérez Liñan, sobre las crisis constitucionales que azotaron a los países latinoamericanos en décadas anteriores, conflictos intensos entre el gobierno y la oposición, particularmente entre el Ejecutivo y el Congreso, los cuales no han desaparecido plenamente. No obstante, el nuevo contexto "democrático" dichas tensiones institucionales han conseguido resolverse dentro del marco de la legalidad. El papel clave del Congreso ha sido encapsular la crisis política dentro de un marco constitucional y evitar así la dispersión del conflicto. La estrategia consiste en un mecanismo de control por vía del juicio político o en su defecto la declaración de incapacidad, utilizada contra el jefe de Estado cuando la autoridad presidencial se ve profundamente socavada y antiguos aliados pasan a integrar la oposición activa. Normalmente, esta situación involucra una simultánea incapacidad del presidente para: 1) mostrar credenciales que respalden su autoridad moral para gobernar; 2) presentar resultados de políticas públicas que eviten que la sociedad civil se movilice en su contra, y 3) forjar una base de apoyo sólida en el Congreso. Tras aquellos factores subyace el aislamiento político del presidente que le resta el apoyo de poderosos miembros de la élite. Por diversas circunstancias, estos factores se han conjugado repetidamente en América Latina. En todos los casos, la popularidad de los presidentes cayó rápidamente en los primeros meses de gobierno, cuando anunciaron sus paquetes de reforma económica, y mantuvo una tendencia declinante en un marco de protestas y acusaciones contra el Ejecutivo. La pérdida de apoyos se tradujo en movilización activa contra el presidente y el fortalecimiento de la prensa independiente. Indudablemente se sugiere que la resolución constitucional de las crisis presidenciales sea examinada con máxima importancia, dada la experiencia latinoamericana, en los Estados Unidos Mexicanos, inclusive. Cfr. Pérez Liñan, Aníbal, "¿Juicio Político o Golpe Legislativo?. Sobre las crisis constitucionales en los años noventa", *América Latina Hoy, Revista de Ciencias Sociales*, Salamanca (España), Instituto de Estudios de Iberoamérica y Portugal, Universidad de Salamanca, 2000, Núm. 26, diciembre, pp. 67-74.

- e) La falta de política legislativa con modelos de códigos que ordenen racionalmente la legislación motorizada y múltiple (vigente en el siglo XX), el cambio y la mutación en los esquemas de pensamiento en el siglo XXI.

Por lo anterior, un hecho resalta con particular evidencia la preponderancia adoptada por las autoridades gubernamentales y administrativas en la elaboración de las leyes. Esta consideración del Poder ejecutivo⁴⁷⁶ se manifiesta en todos los estadios, en el inicio o al final del proceso legislativo, surte efectos en la génesis, la formulación y el proceso de enmiendas de la ley formal; toma cuerpo en las delegaciones legislativas y conduce a la autorización del mismo para legislar, si fuera preciso.

8.4. La vinculación racional o razonable en la legislación

8.4.1. Consideraciones preliminares

La cuestión relativa a la racionalidad en la legislación, surge con relación a la consideración de que el derecho racional es un sistema en que las decisiones se toman no en función de situaciones concretas, sino según normas abstractas que procuran a la vez la regularidad y la previsibilidad. En consecuencia, la función de la legislación se presenta en tres momentos: 1) en el contexto de la evolución de los sistemas jurídicos; 2) en la producción normativa; y 3) en el resultado del proceso de producción normativa.

En efecto, como afirmamos con antelación, el acto de producción del Derecho, presenta un valor funcional que tiene efecto directo en la certeza y seguridad jurídica, en que el Estado responde a concretas exigencias; por otro lado, la necesidad del Estado de controlar el logro de los objetivos perseguidos; la creciente insatisfacción de los ciudadanos ante la inflación legislativa o la oscuridad de las normas y la inseguridad que provoca su defectuosa redacción.

⁴⁷⁶ Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 71.

Esta situación implica reflexionar sobre los defectos formales y sustantivos de la legislación; en la importancia de su correcta elaboración y formulación. Por lo tanto, en el mejoramiento técnico del sistema normativo.

Asimismo, para acercarnos al propósito aquí perseguido, se afirma que "actuar racionalmente significa adoptar los medios más adecuados para alcanzar los fines propuestos"⁴⁷⁷. La racionalidad se refiere al correcto ajuste de la argumentación, en lo que no debe haber saltos lógicos, ni omisión de explicaciones⁴⁷⁸. En su aspecto genérico se entiende por tal como el medio por el cual el hombre busca garantizar y adecuar sus creencias y acciones a la realidad, darle base segura que le permita tener las razones suficientes y válidas para justificar; que signifique el reconocimiento de la fundamentación y explicación de sus acciones en la realidad.

La racionalidad lógica-formal: la racionalidad aquí se predica esencialmente de enunciados o proposiciones o, mejor dicho, del paso de unas proposiciones a otras, esto es, de la inferencia (...) opera este nivel (...) en el contexto de la aplicación del Derecho (...). La racionalidad teórica, implica necesariamente un elemento de objetividad, en el sentido de que no basta con que un sujeto crea en algo (...) es necesario que pueda aportar razones a favor de esa creencia, y razones de cierta calidad (...) que resulten compatibles – coherentes- con el conocimiento acumulado en el campo de que se trate (...), presupone la racionalidad lógica y, al mismo tiempo, es el presupuesto para la racionalidad práctica (...). La racionalidad práctica, por otro lado, puede entenderse en un sentido simplemente técnico-instrumental (lo que configura una noción de racionalidad no discutible en cuanto tal, aunque interpretable de diversas formas) o bien como razón ética o de fines (lo que constituye una noción más fuerte –y más polémica- de racionalidad⁴⁷⁹).

La racionalidad se puede aplicar a las normas jurídicas, tanto en el proceso de su creación, como en el proceso de aplicación. El aspecto de racionalidad que aquí aplicaremos concretamente, es el relacionado con la racionalidad práctica; es decir, el referido a la reconstrucción de las reglas y formas que rigen el discurso práctico

⁴⁷⁷ Cfr. Atienza, Manuel, "Razón práctica y legislación", *Revista Mexicana de Estudios Parlamentarios*, op. cit., nota 342, p. 15. El autor propone articular diversos niveles de racionalidad, distinguiendo: 1) racionalidad lógico-formal; 2) racionalidad teórica; 3) racionalidad práctica. *Ibidem*, p. 13-15.

⁴⁷⁸ Véase, D'Ors, Alvaro, *Sistema de las Ciencias II*, Pamplona (España), Ed., Universidad de Navarra, 1970, p. 90.

⁴⁷⁹ Cfr. Atienza, Manuel, "Razón práctica y legislación", *Revista Mexicana de Estudios Parlamentarios*, op. cit., nota 342, pp. 13 y 15.

racional⁴⁸⁰. Por todo ello, es obvio referirnos a la postura gnoseológica, a la captación de los contenidos intelectuales, al carácter racional de los preceptos legales, reafirmando la tesis clásica de la cooperación del intelecto (razón) y voluntad en la formulación de la ley; es decir, a la estructura intrínseca de la ley (problema ontológico)⁴⁸¹.

Hemos señalado los tipos ideales de procedimientos para la creación de normas jurídicas, en este ámbito, la reconstrucción racional se armoniza esencialmente con los procedimientos estratégicos e instrumentales. La racionalidad legislativa, en sus niveles y criterios, sugiere una vinculación en la naturaleza y propiedades de los preceptos legales, mediante una serie de técnicas a utilizar para incrementar la racionalidad, en el proceso de elaboración y formulación de la legislación, se trata de una racionalidad jurídica-formal⁴⁸².

Ahora bien, se presenta la necesidad de dotar de unidad, de sistemática, de orden, al ordenamiento jurídico; aspecto que en el proceso de creación del Derecho, atañe a factores descuidados en la elaboración de la legislación. Esta situación configura la hipótesis de que se requiere el resurgimiento del interés de la ciencia jurídica por la creación de normas y la relación de estas con la realidad social. Resulta sorprendente que mayoritariamente los estudiosos del Derecho se centren en la interpretación y aplicación de las normas, y no ponderen la importancia de su

⁴⁸⁰ Ibidem, p. 17. En este sentido, Jürgen Habermas distingue en las ciencias reconstructivas el hecho de que estudian una realidad estructurada simbólicamente; además, son comprobables experimentalmente; pretende realizar una teoría de la acción comunicativa que se constituya en una ciencia reconstructiva, pero con una meta más ambiciosa que las de aquellas ya que su intención es "aislar, identificar y aclarar las condiciones que se requieren para la comunicación humana"; es decir, persigue una ciencia reconstructiva que domine a todas las demás y que por lo tanto investigue los presupuestos simbólicos de la comunicación humana en general. A esta nueva ciencia reconstructiva le llamará pragmática universal, basándose en la distinción de la semiótica en: 1) Sintaxis: estudio de la relación de los signos entre sí; 2) Semántica: estudio de la relación entre los signos y su significado; 3) Pragmática: estudio de la relación de los signos con el hablante.

⁴⁸¹ "Kalinowski reitera una distinción tomista entre los diversos productos de la actividad del espíritu humano; según ella, el entendimiento ante todo conoce y el producto de este acto son las especies cognoscitivas o ideas, las proposiciones y las argumentaciones (...). Para los adherentes al realismo intelectualista —entre los que se cuenta Kalinowski— la ley tiene realidad cognoscitiva, es decir, se funda en una realidad, concretamente en la relación que existe —objetivamente, querámoslo o no— entre una o unas conductas y la obtención de un fin valioso. Para esta corriente de ideas, la ley no es el producto de una creación mental más o menos arbitraria del legislador, sino que es conocida —sea por evidencia, sea por inferencia— a partir de ciertos datos de la realidad del hombre y de las cosas humanas". Véase Massini, Carlos Ignacio, "Una contribución contemporánea a la filosofía de la ley: Las investigaciones de Georges Kalinowski", *Persona y Derecho*, op. cit., nota 71, pp. 213 y 216.

⁴⁸² Véase, *infra*, Anexo III. "Racionalidad de la legislación".

más correcta elaboración y formulación; más aún, el desinterés que se percibe en la doctrina y en la decisión política acerca de la necesidad de mejorar el proceso de producción de la legislación.

Por todo ello no parece exagerado atender la necesidad de potenciar la ciencia de la legislación, que por contraposición de la dogmática jurídica (dedicada tradicionalmente a la interpretación y aplicación de normas), se ocupe del proceso que persigue el estudio de la producción de normas jurídicas⁴⁸³.

8.4.2. El contexto de la función legislativa

Hasta aquí hemos considerado que el sistema jurídico regula la actividad legislativa y delimita el sistema de fuentes del Derecho. Analicemos ahora el caso en que el *iter* legislativo, disciplinado por normas constitutivas, realiza la función legislativa. Ahora bien, la Constitución ordena lo que debe hacerse para dictar una regla positiva, en el aspecto del procedimiento legislativo; empero, las circunstancias de la realidad sobre la que actúa la autoridad legislativa con poder normativo, resultan tímidas en cuanto a la elaboración documental de los proyectos normativos.

La modernización del sistema normativo jurídico, requiere una estructura más sólida, completa y eficiente, en el órgano del Estado con el Poder para crear un cierto tipo de fuente del Derecho, el cual podrá responder con plenitud al mejoramiento técnico del ordenamiento jurídico.

En este sentido, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, estatuye directrices sobre la forma del proceso legislativo; concretamente, las etapas de tal proceso. Los proyectos de ley o decreto que envía el Congreso de la Unión al Presidente de la República para su promulgación o publicación son el resultado de la suma, de la coincidencia de dos voluntades expresadas separada y sucesivamente, sobre un mismo texto, mediante lo que se conoce como proceso legislativo⁴⁸⁴, el cual busca que la presentación, estudio, dictamen, discusión y aprobación de las

⁴⁸³ Cfr. Zapatero Gómez, Virgilio, "De la jurisprudencia a la legislación", *Doxa*, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Madrid (España), 1994, Núm. 15-16, Vol. II. pp. 769-789.

⁴⁸⁴ Cfr. Arteaga Nava, Elisur, *Derecho Constitucional*, México, Ed., Harla, 1998, pp. 238-266.

iniciativas se haga en forma independiente; separada, sucesiva, adecuada, y oportunamente, con el fin de que la ley sea justa y sin vicios de constitucionalidad; busca además, que cuando las cámaras expresan su voluntad lo hagan en forma libre, informada y responsable⁴⁸⁵. Como lo afirma el maestro Elisur Arteaga Nava “el orden normativo, fundamental y secundario, está estructurado con vista a garantizar la operatividad de dicho proceso legislativo”⁴⁸⁶, dichas etapas están estructuradas con el objetivo de permitir el estudio serio de las iniciativas, evitar precipitaciones, economizar tiempo, permitir mayor información sobre las materias a discutir, entre otras. Empero, hemos avanzado en los aspectos formales del proceso legislativo, pero, el estado de nuestra legislación, tanto en su forma, como en su contenido normativo, deja mucho que desear.

La actividad legislativa del Estado en el proceso de formulación técnica de la legislación, ya sea en su preparación acorde con directrices políticas o administrativas, que reciba, en el informe técnico sobre las mismas, o residualmente, en conexión con las instancias que intervengan originalmente en la iniciativa legislativa; precisa de una prudente instrumentación para recuperar la calidad técnica y social de las normas jurídicas, formal y substantivamente.

En el ámbito de la racionalidad se distinguen las etapas: Prelegislativa, legislativa y postlegislativa. Los mecanismos establecidos en cada una, preferentemente, son el resultado de la eficaz formulación y aplicación de las técnicas legislativas, en el contenido y forma de lo que constituye la materia prima: la iniciativa. No es el propósito exponer las técnicas del derecho parlamentario, sino el preámbulo que arroje el resultado de algunas técnicas legislativas. Resulta aplicable el criterio siguiente:

De una buena iniciativa deriva, por lo general, una buena ley. De un mal proyecto, por mas mejoras que se le hagan durante su estudio y discusión, es factible que derive una mala o, en el mejor de los casos, una mediocre ley. En el mundo del deber ser tan importante es que la obra del Congreso sea ley, como que parezca ley. El que parezca o no depende que se observen ciertos principios (...). Para el particular es importante la claridad de la ley; frecuentemente también lo es para la autoridad que la aplica; es preciso reconocer que en ciertos casos a esta ley le es conveniente y necesaria cierta ambigüedad y obscuridad. Se impone la claridad cuando se prohíbe o limita al

⁴⁸⁵ *Ibidem*, p. 238.

⁴⁸⁶ *Loc. cit.*

que manda; conviene la indefinición cuando se le faculta o autoriza. La técnica legislativa, quiérase o no, estará al servicio de los intereses que se procuran salvaguardar con la iniciativa y, finalmente, con la ley. El mayor riesgo no es emitir mal las leyes, sino en el no saber que se quiere cuando se elaboran, aprueban y promulgan. Es peligroso expedir leyes perfectas. La sabiduría del legislador no está en saber una buena ley; está en hacer una ley adecuada a los tiempos, las circunstancias, los intereses y los agentes pasivos y activos, de ella. Las reglas de la técnica legislativa deben ser observadas en mayor o menor grado, en función de prioridades y de oportunidad política⁴⁸⁷.

El desarrollo de la ciencia de la legislación se orienta, principalmente, a los aspectos formales, a las directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de ley. Pero, sustancialmente, el tratamiento prelegislativo exige entre otros aspectos:

- a) Asegurar la economía de las normas;
- b) La consecuencia de los fines y la efectividad de la aplicación de las normas;
- c) El costo de las diferentes alternativas que puede ofrecer la norma;
- d) La inteligibilidad o grado de acercamiento a los destinatarios de las normas;
- e) La determinación de los mecanismos de autogobierno y la ampliación del campo de contingencia en el aspecto sistémico, a partir de las estructuras normativas⁴⁸⁸.

De lo anterior se deduce que la función legislativa en su ejercicio, debe observar y discernir, a través del legislador, dotes constitucionales para alcanzar su madurez, se afirma que:

Tres cosas parecen necesitarse: espíritu legal, afición y talento para la ley. Además es necesario un temperamento conservador, es decir, cierta cautela frente a los cambios —a no ser que surjan necesidades claras para realizarlos— de tal manera que éstos no se realicen repentinamente, sino lentamente, poco a poco. La tercera cosa es esa lozanía intelectual y esa actividad que rechaza la petrificación por respeto a la ley o por aversión a los cambios⁴⁸⁹.

Ahora bien, el legislador ha de observar y meditar cuidadosamente las circunstancias de hecho que dan origen a la disposición legal; ha de adecuar, la

⁴⁸⁷ *Ibidem*, pp. 310-311.

⁴⁸⁸ Cfr. Habermas, Jürgen, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, trad. de José Luis Etcheverry, Buenos Aires (Argentina), Ed., Amorrortu, 1998, p. 20.

⁴⁸⁹ Cfr. Bryce, James, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, Madrid (España), Ed., Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 52.

norma a la realidad, deber partir de una exacta valoración de los presupuestos fácticos. El ejercicio de la función legislativa ha de contar con las reacciones del medio a que se destina y prever, alternativas de vigencia y proyecciones de futuro.

Resulta indispensable, por tanto, no caer en la tentación de un ejercicio incoercible de la facultad de legislar. Estas observaciones son especialmente oportunas, porque “no más leyes que las necesarias; limpias y sobrias en su articulado; ejemplos de concisión, de precisión, de claridad; expresión acabada de sensatez y buen sentido; llenas de verdad persuasiva; obra de un legislador con formación e información jurídica”⁴⁹⁰.

8.4.3. La técnica legislativa en concreto

8.4.3.1. Consideración inicial

En otro apartado se hemos afirmado que el contenido de la norma jurídica debe radicar en la regulación de las relaciones entre los hombres, que en su aspecto lógico-formal aspira a fijar los parámetros determinando técnicamente las conductas esenciales para alcanzar los fines del hombre (destinatario irrevocable de las normas), quien goza con su bondad o padece con su desacierto. Por otro lado, la tarea de legislar implica reflexión y fundamentación en la producción del texto legal.

Por consiguiente, el legislador ha de ser el integrante de un cuerpo realmente legislativo, al que tengan acceso, por algún conducto, quienes conocen la técnica legislativa, porque no se tiene en cuenta, pero es muy alto el precio que una sociedad tiene que pagar cuando no cuida su sistema normativo jurídico⁴⁹¹.

⁴⁹⁰ Risolía, Marco Aurelio, *Grandeza y desprestigio de la ley*, op. cit., nota 306, p. 57.

⁴⁹¹ Esta observación y advertencia, ha sido manifestada con conocimiento de causa, y exhaustivo análisis por el maestro Máximo Gámiz Parral, en su cátedra “Técnicas legislativas”, en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. En este mismo sentido, véase, Gámiz Parral, Máximo, *Legislar: quién y cómo hacerlo*, México, Ed., Noriega, 2000.

8.4.3.2. Concepto de técnica legislativa

La determinación del concepto de "técnica legislativa" es una de las cuestiones más importantes que se deben elucidar al tratar el tema relativo a la producción normativa. En efecto, las circunstancias de profusión y complejidad que rodean la producción normativa del Estado contemporáneo agudizan la necesidad de los mecanismos de la técnica legislativa, como medio imprescindible para el logro o aproximación a la seguridad jurídica y racionalidad de la norma jurídica. Las técnicas jurídicas que favorezcan la tarea jurídica aplicativa; en este sentido, la generalidad, racionalidad, abstracción, claridad, entre otros, atributos de la norma jurídica; constituyen la parte medular cuya función es posibilitar las metas legislativas en el plano formal (intensivo y permanente), a partir de su contenido, tal como lo hemos afirmado con antelación. Por consiguiente, la especificación del concepto de técnica legislativa, tomando la acepción del término "técnica" en su sentido amplio, esto es, comprendiendo cualquier técnica, bien sea en la vertiente práctica de la ciencia, o bien que constituya un hacer o un obrar concreto de la realización del Derecho, es una cuestión de suma trascendencia para el desarrollo del tema que nos ocupa.

La comprensión conceptual del término o idea "técnica legislativa" corresponde a una especie del género "técnica jurídica", en otras palabras, el concepto que tratamos no es sino una calificación específica de la idea genérica de "técnica". En vista de ello, y para proceder lógicamente, es absolutamente necesario delimitar la connotación de esta idea, de tal manera que, una vez fijado su alcance conceptual, lo podamos referir a la legislación; es decir, estableciendo el concepto de técnica legislativa.

Desde luego, antes de entrar al tema central de análisis conviene hacer algunas consideraciones sobre la relación ciencia-técnica y relación ciencia-arte. Estos términos están estrechamente unidos en su origen, pero modernamente han sido objetos de una diversificación que no cabe olvidar, y que tiene relevancia para el panorama de la producción normativa, y concretamente para la racionalización del Derecho. Tratándose de la determinación del sentido y connotación de un concepto general como es el de "técnica", solo intentaremos aclarar que, la palabra griega *techne* adquiere un sentido definido en los diálogos socráticos de Platón (429-347 a.

C.), especialmente en el "Gorgias", donde se discute si la Retórica es o no una *techne*. Según esta primera concepción, la técnica es lo mismo que la ciencia, pero en cuanto sirve para un hacer o un obrar en la vida, algo así como una "teoría práctica" que tiene carácter científico, y, en este sentido, coincide con la episteme o ciencia⁴⁹². La vertiente práctica de esta ciencia hizo que se considerara como esencial de la *techne* la posibilidad de su comunicación; es decir, la enseñanza fácil de la misma. Se podría decir así que una ciencia que no puede ser aprendida con cierta facilidad no es una *techne*.

Este concepto antiguo de *techne* alcanza un especial desarrollo en la época helenística, en los reinos griegos que se organizan en Oriente a la muerte de Alejandro Magno (323 a. C.). A partir de ese momento, florece una civilización de especialistas para diversas aplicaciones prácticas; las mismas necesidades de la guerra entre los nuevos reinos y las de su interior administración fiscal. Por eso se habla del hombre helenístico como un *homo technicus*, bastante distante del hombre sabio y virtuoso del ideal socrático-platónico.

De ese giro dado al concepto de *techne* en el mundo helenístico deriva el concepto moderno de técnica, cuyo acento carga más sobre la utilidad práctica que sobre el fundamento teórico.

La relación de la ciencia con el arte, también ha tenido diversificación de sentidos por una desviación del lenguaje moderno. La palabra latina *ars* es la traducción exacta de la griega *techne*. Pero la orientación semántica de *ars* ha sido distinta, pues no se ha acentuado aquí el aspecto práctico de la ciencia, sino el de la intervención creadora de la operación humana. En la versión moderna en el "arte" existe un último fundamento de conocimiento adquirido, que supone un aprendizaje, pero el acento del término recae, más sobre ese conocimiento preparatorio, en la misma acción humana más libre de reglas, y adecuada para expresar la invención de

⁴⁹² Véase, *verbigracia*, el pasaje de Platón a cerca del problema de definir qué es verdaderamente el saber (episteme), especialmente el diálogo "Teeteto", destacándose los siguientes apartados: a) primera definición: el saber es percepción (151 d-186 e). b) segunda definición: el saber es opinión verdadera (187 a-201 c). c) Tercera definición: el saber es opinión verdadera acompañada de una explicación (201 c-210 b). Cfr. Platón, *Diálogos*, Vol. 5: *Parménides, Teeteto, Sofista*, Madrid (España), Ed., Gredos, 1985, pp. 192-266, 266-296, 296-316.

una sensibilidad creadora, sea mediante formas o sonidos, sea incluso de pura creación verbal.

Aunque la técnica y el arte se han apartado, por esta respectiva desviación semántica, del primer sentido de ciencia, se conserva aún un parentesco de los tres términos entre sí, que permite la estimación de una misma actividad como ciencia, técnica y arte a la vez. Así ocurre, *verbigracia*, con la Jurisprudencia, con el Derecho.

Ante las discusiones que reiteradamente aparecen en torno de tales estimaciones, conviene recordar siempre la equivalencia primigenia de estos términos y la relatividad de su ulterior diversificación, la cual puede reducirse en muchos casos a diferencias de aspecto más que esenciales. Entonces, si el término de "técnica legislativa" se puede subsumir dentro de dicho concepto genérico de técnica ¿cuál es la distinción de la especie y del género?. Siguiendo la distinción tradicionalmente aceptada, que la técnica es un conjunto de procedimientos y recursos de que se sirve una ciencia o un arte. El procedimiento, es un elemento distintivo, cuya realización va encaminada a la obtención de un fin determinado, lo que no es sino la realización eficiente de algo.

La definición que podamos elaborar, tomando en consideración las notas expresadas, no tiene la pretensión de ser perfecta; sólo nos puede servir de medio lógico para establecer el concepto de "técnica legislativa" que es lo que nos interesa por ahora. Hecha la anterior aclaración, nos es dable decir que la técnica legislativa trata de conseguir como resultado la optimización de la producción de las normas provenientes del Poder legislativo y de ciertos órganos administrativos⁴⁹³, que desde la perspectiva de sus efectos se limita a la eficiencia del Derecho.

Ahora bien, la técnica legislativa es, desde luego, el conjunto de mecanismos y medidas orientadas a que las disposiciones jurídicas se ajusten a determinados criterios previos, para favorecer de este modo, el respeto a ciertos valores como, la claridad y certidumbre de las normas, la seguridad jurídica; se trata de lograr la calidad de las leyes, en el entendido de que ésta depende no sólo de sus propiedades internas sino, sobre todo, de su idoneidad para alcanzar sus objetivos, integrados en el ordenamiento jurídico. Con todo propósito hemos formulado una

⁴⁹³ Atienza, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, op. cit., nota 201, p. 19.

definición amplia, pues dada la diversidad de factores formales y sustantivos, cualquiera de ellos, en su aspecto concreto y específico, puede subsumirse dentro de ella.

Desde luego, la determinación del concepto de técnica legislativa, está íntimamente ligada con la idea de calidad, coherencia sistemática y directriz. Pues bien, el concepto de técnica legislativa se establecerá, consiguientemente, atendiendo a dichos elementos. De lo anterior, resulta que se entiende por técnica legislativa *un conjunto de conocimientos que se incluyen dentro de la denominada ciencia, teoría o doctrina de la legislación, trata de la composición y redacción de las leyes, disposiciones jurídicas y documentos que no son normas y disposiciones como los contratos y las resoluciones judiciales. Es el estudio de fórmulas o métodos destinadas a mejorar la calidad de la estructuración y sistematización de los instrumentos normativos, así como el uso del lenguaje de tales instrumentos* (cuidado y atención por el lenguaje legal como especie del género más amplio que es la lengua o el idioma).

Como lo afirma Ihering, el Derecho es una idea práctica, no existe sino para realizarse, para instituir el orden y la paz. La técnica jurídica es, precisamente, la suma de nociones y recursos que aseguran la realización del Derecho. La técnica legislativa, rama de aquélla, tiende a la elaboración perfecta de ese instrumento de revelación y realización del Derecho que es la ley escrita, es una técnica de formulación; la otra especie, la técnica de aplicación del Derecho. Habiendo delimitado el concepto de técnica legislativa, que es de capital importancia para el estudio de la ciencia de la legislación⁴⁹⁴, podemos abordar ahora bajo otro aspecto, una referencia breve sobre sus antecedentes conceptuales.

⁴⁹⁴ Realizadas las anteriores consideraciones conceptuales generales y específicas sobre la ciencia, técnica y arte; incluyendo la técnica legislativa, podemos agregar una nota extrínseca sobre la cuestión: "Por ello, la preocupación tan generalizada en nuestros días de mejorar el ordenamiento jurídico se refleja, sobre todo, en nuevas reglas sobre la elaboración del derecho positivo. El desarrollo de la técnica legislativa ha adquirido especial relieve en los últimos años. Aunque los precedentes del arte de legislar son muy antiguos, la expresión y el contenido de lo que hoy llamamos técnica legislativa es relativamente reciente. Suele atribuirse a GENY la acuñación de ese término (<<La technique législative dans la codification civile moderne>> publicado en <<Le Code Civil>> 1804-1904, Volumen II), pero la especulación teórica sobre la técnica de legislar es muy posterior, pues su razón de ser se encuentra en la explosión legislativa de nuestros días (...). La técnica legislativa está dejando de ser una especulación teórica para convertirse en un conjunto de reglas de derecho positivo sobre la preparación de las leyes y de los reglamentos". Véase Sainz Moreno, Fernando,

Se dispone de dos grandes tradiciones⁴⁹⁵ sobre la materia: 1) la anglosajona (legal Drafting); y 2) la germánica (gesetzgebungslehre). Caracterizadas por las siguientes notas distintivas:

1) *Anglosajona*:

- Lo peculiar es la redacción centralizada de los proyectos de ley, que se encomienda a un órgano dependiente del Gobierno (Parliamentary Counsel Office, PCO), creado en 1869, con el objeto de centralizar la redacción de los proyectos, está compuesto por funcionarios especializados en la redacción de Leyes (Draftsmen: constituyen un cuerpo prestigioso de redactores, su formación pasa por ocho años de juniority, durante los cuales se preparan bajo la tutoría de un senior);
- La institución traduce en términos de técnicas legislativas la tradición del *Common Law*: no hay catálogos o códigos de directrices, sino una institución de gran prestigio y una literatura sobre redacción de leyes que, es probablemente la más antigua y documentada del mundo;
- La doctrina del *Common Law*, según la cual el juez decide conforme a los precedentes (Stare decisis) salvo que la Ley escrita (statute) establezca otra cosa, obliga al legislador británico a redactar cuidadosa y analíticamente los textos legales. De lo contrario, el Common Law se filtrará por los intersticios que el draftsman se haya dejado.

2) *La germánica*:

- es el modelo de redacción descentralizada (ministerial) de anteproyectos de Ley, que no se encargan a los miembros de una oficina central, sino a funcionarios de cada ministerio responsable de la materia objeto del proyecto;
- Se sigue un procedimiento reglado que contiene reglas sustantivas.

8.4.3.3. Objeto de la técnica legislativa

De acuerdo con el criterio formal, que únicamente atiende a la naturaleza funcional de la técnica, la técnica jurídica de formulación se orienta a la estructuración y sistematización de los instrumentos normativos. Este criterio es por sí mismo insuficiente, excluye la naturaleza intrínseca de la norma jurídica. Desde la

"Antecedentes necesarios para pronunciarse sobre un proyecto de ley (ART. 88 C.E.)", *La calidad de las leyes*, op. cit., nota 231, p. 20.

⁴⁹⁵ Cfr. Salvador Coderch, Pablo, "Elementos para la definición de un programa de técnica legislativa", *Gretel, Curso de Técnica Legislativa*, Cuadernos y Debates, Madrid (España), Ed., Centro de Estudio Constitucionales, 1989, Núm. 14, pp. 12 y 13.

perspectiva material atiende al contenido y función de la regulación; es decir, a la referencia básica de la conceptualización del contenido normativo, manifestado a través del lenguaje legal.

Por tanto, el objeto de la técnica legislativa es una cuestión de grado, se limita a regularizar, aclarar, armonizar y formular los preceptos de la legislación (concretamente, la redacción de las disposiciones jurídicas); esto es, a dar una ordenación sistemática al conjunto normativo, y depurar el lenguaje, o, para decirlo con un término más exacto, el lenguaje tiene que ser enteramente retocado, puro, claro, breve, inteligible por todos y de una precisión algebraica.

Ahora bien, el objeto de la técnica legislativa, se concreta en las dimensiones siguientes:

- 1) formalmente:
 - a) Parte general: lenguaje legal, la estructuración de las leyes y demás disposiciones jurídicas;
 - b) Partes especiales: criterios propios para la elaboración de cada tipo de disposiciones.
- 2) materialmente:
 - a) Simplificación;
 - b) Sistematización;
 - c) Clarificación.

Las preocupaciones formales de la técnica legislativa también denominada legística, atienden principalmente a la estructura formal de la ley, a las modificaciones normativas, y las cuestiones lingüísticas.

8.4.3.4. Principios para su funcionamiento

El legislador actual se encuentra hoy, en su camino, ante una bifurcación: 1) toma el *iter* de la proliferación legislativa, que conduce a la complejidad creciente; 2) toma el *iter* de la racionalidad legislativa, que conduce a la simplificación creciente. Se trata no solo de sistematizar el Derecho, sino también de una formulación global con detenimiento.

A esa realidad substancial corresponde, desde luego, una técnica congruente. La ley de nuestros días pretexto la noción de orden público para imponerse la decisión de los particulares: participa la delegación de las más delicadas atribuciones de gobierno; cae en derogaciones implícitas (...). Por lo demás, el método, la lógica jurídica, las precisiones del lenguaje no preocupan mayormente al legislador contemporáneo. Con frecuencia un solo cuerpo resuelve sobre los puntos más disímiles, en colisión con los principios aceptados por otros ordenamientos, sin pruritos sintácticos, en largos períodos llenos de cláusulas incidentales, servidas incluso por una puntuación caprichosa. Dos artículos de calco forman el epílogo de costumbre: "Esta ley es de orden público y serán nulas y sin ningún valor las convenciones que se aparten de sus términos". Y a renglón seguido: "Quedan derogadas todas las disposiciones que se opusieren a la presente ley". Son textos que no buscan persuadir ni por la razón ni por el modo. Son fórmulas de una legislación agresiva y desmañada (...). Sin duda es difícil hacer de la ley una cosa estable y expectable mientras se discute airadamente sobre el fundamento del Derecho, sobre los fines del Estado, sobre la eficacia de las asambleas, y mientras se somete la elaboración de la ley ala urgente presión de factores políticos y económicos, capaces de hincar un prejuicio en la tierra blanda donde se asienta la obra del legislador⁴⁹⁶.

Es simplemente cuestión de reflexionar sobre la necesidad de recuperar la calidad técnica de la legislación, armonizando el plano material, sustantivo o ideológico del fenómeno jurídico. Más, como apuntamos líneas atrás, la formulación de los instrumentos normativos comprende ciertas virtudes (racionalidad, claridad, exactitud), que, desde luego, se manifiestan a través de ciertos principios aplicables⁴⁹⁷ para el desarrollo de las técnicas legislativas, de los cuales se proponen los siguientes:

1. *Sistematización de la práctica*: La comparación y valoración de criterios, la mejor alternativa práctica no será, normalmente, la mejor alternativa teórica, sino la más cercana a la práctica histórica⁴⁹⁸.
2. *Primado de la política* (limitación de la técnica): La técnica legislativa debe tratarse con separación de las otras ramas de la ciencia o doctrina de la legislación, porque incluye el conjunto de criterios sobre la composición y redacción de las disposiciones sobre el que es más fácil crear consenso entre

⁴⁹⁶ Cfr. Risolía, Marco Aurelio, *Grandeza y desprestigio de la ley*, op. cit., nota 306, pp. 40-42.

⁴⁹⁷ Véase Salvador Coderch, Pablo, "Elementos para la definición de un programa de técnica legislativa", *Gretel, Curso de Técnica Legislativa*, op. cit., nota 494, p. 15-16.

⁴⁹⁸ Véase Castiñeira Palou, M. Teresa, "Sistemática y división de las leyes", *Gretel, Curso de Técnica Legislativa*, op. cit., nota 197, pp. 115-133.

disposiciones políticas dispares. El técnico en legislación asume, el primado de la política.

3. *Tratamiento colectivo* (necesidad de recursos y organización): Decidir aplicar a su creación y puesta en práctica recursos humanos y materiales organizados en una empresa con ese objetivo, así como sujetar su realización a un calendario concreto, que vele por el sistema jurídico en su conjunto.
4. *Educación del jurista* (humanidades y ciencias sociales aplicadas): El jurista recibe una educación basada en la idea de que su actividad profesional fundamental es, la interpretación de los textos jurídicos, normativos o no normativos. El técnico legislativo es, en cambio, un experto en su redacción o elaboración, aspecto que implica conocer las consecuencias y condicionamientos materiales de cualquier decisión normativa, que ha de incorporar los contenidos humanísticos (de lengua y estilo) que le permitan redactar correctamente esa decisión.
5. *Estricta constancia o uniformidad y un mínimo de coherencia*: exigir al legislador la estructuración de toda la legislación, que debe poseer la misma coherencia y unidad interna del sistema jurídico. Es decir, uniformidad (mismo orden entre las categorías, que estas categorías tengan siempre el mismo contenido; que se respete el mismo orden de preceptos dentro de cada categoría), y coherencia (que las categorías se construyan a partir de criterios homogéneos y uniformes de definición capaces de darles unidad interna)⁴⁹⁹.
6. *Promoción y regulación jurídicas*: la técnica jurídica orientada a la ruptura definitiva de las barreras que separan el Estado y la sociedad. La sociedad penetra en el aparato estatal y el Estado hace lo propio en la sociedad. La aspiración de que exista una ordenación jurídica articulada con base en reglas generales y abstractas, claras y precisas, entendibles con facilidad, que ordenen bajo las fuentes técnicas, grandes zonas de las relaciones entre particulares, por un lado, y entre particulares y los poderes públicos, por otro. Es decir, la fórmula jurídico-política ha de promocionar, los valores jurídicos que son propios del Estado.

⁴⁹⁹ Véase Viver Pi-Sunyer, Carles, "La parte final de las leyes", *Gretel, Curso de Técnica Legislativa, op. cit.*, nota 197, pp. 135-171.

Se trata fundamentalmente de decirle al legislador⁵⁰⁰ que haga mejor lo que ya hace, más que de proponerle modelos supuestamente perfectos construidos con base en genéricas definiciones doctrinales.

8.4.3.5. Algunos modelos de técnica legislativa

La técnica legislativa incide sobre la forma y estructura de las leyes, y al integrar los criterios doctrinales analizados y expuestos, se infiere el planteamiento de metodologías para el estudio y aplicación en la creación de normas jurídicas.

Ahora bien, las circunstancias de profusión y complejidad que rodean la producción normativa del Estado agudizan la necesidad de los mecanismos de la técnica legislativa como medios imprescindibles para el logro o aproximación a la claridad y certidumbre de las normas jurídicas. La técnica legislativa en su tratamiento y desarrollo jurídico-científico, se encuentra en fase embrionaria a fines del siglo XX. Empero, el uso intensivo y permanente de las reglas de la técnica legislativa que reclama una producción normativa posibilitan la actitud jurídica del Estado en el siglo XXI, ante el fenómeno de la opacidad e ignorancia del Derecho.

La respuesta a esto no conduce a las técnicas como el mejor cauce para la inteligibilidad del Derecho por una de sus manifestaciones: la norma jurídica. Las técnicas jurídicas como instrumentos, en todas sus vertientes se transforman en fuente promotora de la certidumbre de las normas jurídicas e instrumentos de seguridad jurídica. La implementación de las técnicas legislativas, por consecuencia, requiere la colaboración científica a título de mecanismo eficaz a su servicio. En el fondo de la anterior consideración se advierten teóricamente diferentes hipótesis, que a continuación planteamos:

- a) Para que la ley en su estructura y redacción se atenga a la claridad, racionalidad, inteligibilidad, requiere precisión y estructura adecuadas;

⁵⁰⁰ Es importante que el legislador domine, o al menos tenga la oportunidad de estar asesorado sobre técnica legislativa. "¿Cómo lograr la eficiencia?. Una perspectiva es la técnica, la técnica denota creatividad, mejoramiento, esfuerzo y superación. Para alcanzar nuevas máximas prestaciones en la adquisición de capacidades, la cual no puede detenerse nunca, precisamente por los dobles efectos de la técnica. En pocas palabras, el progreso técnico es necesario ya para la corrección de sus propios efectos". Cfr. Jonas, Hans, *Técnica, medicina y ética. Sobre la práctica del principio de responsabilidad*, Barcelona (España), Ed., Paidós, 1996, p. 51.

- b) La claridad y precisión normativas y una estructura formal que combata la contradicción y las incongruencias, benefician al principio de legalidad. Por tal razón las técnicas legislativas se constituyen como herramientas del logro de tal principio⁵⁰¹.

⁵⁰¹ Véase, *verbigracia, infra*, Apéndice II. Algunas técnicas y modelos analizados.

CAPITULO NOVENO

ELEMENTOS PARA UNA PROPUESTA ALTERNATIVA

SUMARIO: 9.1. Introducción. 9.2. Consideración jurídico-funcional. 9.3. Perspectiva filosófica. 9.4. Perspectiva científica. 9.5. Perspectiva pragmática.

9.1. Introducción

La realidad social, la convivencia de los hombres en grupos, ha estado siempre propuesta al conocimiento humano y, de hecho, ha sido objeto material de conocimiento desde que existen hombres sobre el planeta. Igual que la naturaleza animada e inanimada. Lo que a través del tiempo ha ido cambiando ha sido el método o el modo de acercarse al objeto, y las pretensiones de conocimiento y explicación del mismo. Con todos los riesgos que entrañan las generalidades, las disciplinas formales de la filosofía, de la teoría del conocimiento, y de la pragmática, además de la aparición de ideas evolucionistas en el dominio de la ciencia, resulta cada vez más apremiante la necesidad de apoyarse en datos concretos que permitan hacer comparaciones entre distintos fenómenos relacionados con los factores humanos.

Cualquiera que sea el cuadro bosquejado, lo que no se discute es que el tema desarrollado acerca del sistema normativo jurídico y la certeza del Derecho, es el resultado de una actividad residual y el papel pretendido ha sido el de llenar los espacios no ocupados por el interés de otras investigaciones. Vamos, pues, a aludir a algunos de los más relevantes factores que condicionan el origen y desarrollo de la tesis que se sustenta. Este es el momento, para nosotros, de preocuparnos por buscar soluciones adecuadas para las cuestiones fundamentales del Derecho.

En el ámbito de la reflexión jurídica, la opacidad o falta de transparencia del Derecho moderno, con todo su riesgo y sus improbabilidades, se realiza como una función institucionalizada, predispuesta a objetivos y consecuencias en el sistema normativo jurídico, y, en el interior del sistema de justicia.

Sin negar, en absoluto racionalidad y eficacia a los métodos de publicidad y aprendizaje de las leyes, su radio de acción es tan breve y minúsculo, que apenas si alcanza a afectar al sentido cuando se le compara con las amplitudes que el derecho positivo reviste en los tiempos modernos.

Lo que puede hacer la <<justicia del hombre>> es resolver, o intentar resolver, problemas concretos de la vida del individuo o de la sociedad: promulgar y aplicar normas, crear instituciones, diseñar procedimientos, todo ello con un objetivo final: resolver los problemas existentes. Pero los problemas del hombre cambian continuamente y lo mismo ocurre en las normas, los procedimientos y las instituciones. La justicia del hombre está cambiando a la justicia, haya o no haya al final de todo algo permanente que nos abarque, un Absoluto que nos dé serenidad y significado, e ilumine todo este agitarse, luchar y pasar fugazmente que es la vida del hombre⁵⁰².

La base del enfoque de los elementos propuestos tiene como referencia el estudio analítico del sistema normativo jurídico, la consideración, contraste y síntesis, de una valoración crítica que contienen las aportaciones doctrinales incluidas, sobre las estructuras jurídicas, siendo examinadas a la luz de la función que cumplen como elementos formales y materiales.

9.2. Consideración jurídico-funcional

Si se observa con detenimiento, el problema de la determinación de las funciones y límites de la actuación de los órganos de producción del Derecho dentro del esquema de las funciones del Estado, tiene un aspecto material, institucional y funcional. En una perspectiva jurídico material, la necesidad de una relativización de la pretensión de eficacia de la decisión jurídica se desprende de la amplitud, apertura y el carácter complejo del Derecho. Existen condicionantes funcionales

⁵⁰² Cappeletti, Mauro, "¿renegar de Montesquieu?. La expansión y la legitimidad de la justicia Constitucional", trad. de Pablo de Luis Durán, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid (España), 1986, Núm. 17, p. 10.

(procedimiento, organización, adquisición de información, tratamiento del problema, hallazgo de la decisión, legitimación) que conducen al ordenamiento jurídico al ámbito del sistema normativo que, por su estructura y composición, inevitablemente provoca problemas lógicos, reflejados en la sistematización de los elementos que aparecen en el discurso jurídico⁵⁰³: 1) Materia, consistente en determinar el status normativo que el derecho confiere a ciertas conductas (Universo de acciones) en ciertas circunstancias (Universo de discurso); 2) enunciados válidos de derecho, constituyen la base axiomática del sistema jurídico y las consecuencias normativas; 3) reglas de inferencia para determinar las consecuencias del conjunto de enunciados (la lógica del discurso normativo).

Los elementos citados determinan el contenido del sistema, la tarea científica consiste en formularlo explícitamente y, a lo más reorganizarlo (la ciencia no crea, sólo conoce o describe el Derecho). Pero, esta tarea se realiza al menos siguiendo los siguientes pasos:

1. Determinación del universo de casos y el universo de soluciones;
2. Derivar las consecuencias de la base; consistente en descubrir las propiedades formales del sistema (coherencia y completitud) y las de la base (independencia). Es decir, responder a la cuestión ¿cuáles son las consecuencias normativas?;
3. Reformulación del sistema, consistente en la sustitución de la base originaria por otra, es decir, al señalar defectos del sistema se proponen remedios para las fallas.

Tratar de reflexionar acerca de las posibles interrelaciones entre racionalidad técnico-científica, responsabilidad ético-social, y comunicación jurídica, es algo que se orienta y tiene desde una perspectiva preferentemente jurídica más que nada, a la propia utilidad; es decir, como aportación tendente a proporcionar al jurista investigador su propia certidumbre en cuanto al objeto de su investigación. En este

⁵⁰³ “Los filósofos del derecho parecen estar de acuerdo en que la tarea o, por lo menos, la más importante tarea de la ciencia jurídica consiste en la descripción del derecho positivo y su presentación en forma ordenada o “sistemática”, mediante lo cual se tiende a facilitar el conocimiento del derecho y su manejo por parte de los individuos sometidos al orden jurídico y, en especial, por quienes deben hacerlo por razones profesionales (abogados, jueces, funcionarios)”. Alchourrón, Carlos E., y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., nota 72, p. 113.

sentido, el conjunto doctrinal es un proceso de desarrollo, no un término, no una forma única y cristalizada. Tres caminos se abren a tal reflexión y propósito⁵⁰⁴:

- Las partes concretas;
- La comunidad jurídica en sentido estricto compuesta por los juristas prácticos y, en general, los expertos en derecho;
- La comunidad jurídica en sentido amplio que abarca a toda la sociedad.

La operatividad del sistema normativo jurídico implica: legitimidad, eficacia, y validez. Aspectos relacionados con el cumplimiento u observancia de la legalidad; la cultura institucionalizada de los expertos, representada por los que participan en la toma de decisiones jurídicas y por los juristas teóricos; la obediencia al Derecho⁵⁰⁵; la cultura del jurista; y la función educadora de la ley⁵⁰⁶.

Mi punto consiste simplemente en advertir que el presupuesto fundamental de la certeza del Derecho radica en la necesaria transparencia del sistema normativo jurídico; la apreciación presente en el pronóstico sobre la certeza, consistente en la ausencia de la sana conciencia jurídica, que está íntimamente conturbada y desorientada, que se concreta en el descrédito creciente de la ley misma; cuando el Derecho introduce con su norma la certeza de la vida social, garantizando la calificación de los comportamientos posibles. Este pronóstico deriva en gran medida de la adopción acrítica de esquemas teóricos y conceptuales producidos en otros aspectos y para dar cuenta de otras realidades. Quede claro, empero, que no asumo una posición culturalista a ultranza ni mucho menos rechazo las mediaciones

⁵⁰⁴ Cfr. Tuori, Kaarlo, *Positivismos crítico y derecho moderno*, op. cit., nota 30, p. 110.

⁵⁰⁵ "¿Obligan las leyes injustas?, ¿existe un derecho a la desobediencia simplemente porque "alguien" considere en conciencia que no debe obedecerlas?. Véase, especialmente, Falcón y Tella, María José, *La desobediencia civil*, Madrid (España), Ed., Marcial Pons, 2000, pp. 133-301. "No hay una exposición suficientemente clara de los tres puntos clave sobre los que se monta la polémica, puntos que, en su formulación casi unánimemente aceptada por la doctrina, pueden enunciarse así: - No existe obligación moral absoluta para obedecer todas las normas jurídicas por el hecho de serlo. - En todo sistema político pueden aducirse razones de peso a favor de la obediencia, razones que son especialmente fuertes en sistemas democráticos constitucionales. - Sean cuáles sean esas razones, pueden existir razones (morales) más fuertes que en ciertos casos justifiquen la desobediencia. La obligación de obediencia se define como "obligación *prima facie*". Ibidem, p. 162.

⁵⁰⁶ "No se pretende decir nada nuevo, pues estos elementos son bien conocidos. Pero es el conjunto lo que destaca. De la visión general se obtiene una idea del derecho que parece exigir una profunda renovación de numerosas concepciones jurídicas que hoy operan en la práctica: Se pone en cuestión lo que hay detrás del derecho de los textos oficiales, es decir, las ideas generales, la mentalidad, los métodos, las expectativas, las estructuras de pensamiento y los estilos jurídicos heredados del pasado y que ya no encuentran justificación en el presente". Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho dúctil, Ley, derechos, justicia*, op. cit., nota 159, pp. 9-10.

teóricas con fines heurísticos. Básicamente pretendo llamar la atención en que los hombres tienen necesidad para su acción presente de poder contar con su acción futura, con el alcance de la propia acción futura y, por tanto, también con la acción de otros hombres.

A partir de esta premisa, me propongo a continuación sugerir unos elementos alternativos para pensar en la previsibilidad de la construcción del Derecho. Obviamente, al señalar esto, estoy proponiendo una forma distinta de concebir al propio Derecho. Hay muchas razones para adscribirse a una postura metodológica ante el objetivo perseguido: Capacidad reflexiva, explicativa y normativa, con orientación fenomenológica, es decir, según el proyecto fenomenológico presentado con tres elementos fundamentales: 1) reducción; 2) construcción; y 3) destrucción.

Para el efecto, consideraré tres grandes líneas de discusión largamente dominantes, que han suscitado los debates más influyentes; en primer lugar, la perspectiva filosófica; en segundo lugar, la perspectiva científica; y finalmente, la perspectiva pragmática.

9.3. Perspectiva filosófica

9.3.1. Generalidades

Los planteamientos epistemológicos están dados en función del análisis de la experiencia en términos de sujeto y objeto. Este análisis, de significación pragmática, es indiscutible. Por consiguiente, la problemática epistemológica ha de considerarse envolviendo a la teoría de la ciencia. Y esto se deduce simplemente del hecho de que las ciencias mismas (sobre todo, la ciencia moderna, contribuye masivamente a los procesos de constitución de los objetos del mundo y de su estructura). Dicho de otro modo: El mundo no puede considerarse como una realidad perfecta dada previamente a la constitución de las ciencias, una realidad siempre presente. Por el contrario, el mundo heredado, en las diversas culturas, visto desde la ciencia del presente, es un mundo infecto, no terminado. Las ciencias, aun partiendo

necesariamente de los lineamientos arcaicos del mundo, contribuyen decisivamente a desarrollarlo y, desde luego, a ampliarlo.

Ahora bien, damos también por supuesto que la disyuntiva filosófica, y el dilema consecutivo, entre el realismo y el idealismo dependen del análisis de la experiencia en términos de sujeto y de objeto. Pues la experiencia, así analizada, comporta, por un lado, la organización apotética y discreta de los objetos constitutivos del mundo (árboles, Luna,...) y, desde luego, de los otros sujetos, sobre todo animales; y, por otro lado, la necesidad (postulada contra cualquier pretensión mágica de acción a distancia de un contacto (de naturaleza electromagnética o de cualquier otro tipo) de los objetos apotéticos en el sujeto corpóreo, por tanto, la necesidad de que los objetos del mundo afecten a los órganos de los sentidos. El empirismo, desde esta perspectiva, se nos impone como una exigencia ontológico-causal, antes que como una premisa epistemológica. De donde la distinción entre un objeto-en-el-sujeto (objeto intencional, objeto de conocimiento, re-presentación) y un objeto-fuera-del-sujeto (objeto real, objeto conocido, presencia absoluta de la cosa).

En este supuesto, podemos afirmar que solamente disponemos de dos esquemas primarios utilizables para dar cuenta de la conexión entre las afecciones (sensaciones) del sujeto y los objetos apotéticos que les correspondan: El esquema que considera a las sensaciones (al sujeto) -a los objetos intencionales, si se quiere- como determinados (con-formados) por objetos preexistentes (esquema encarnado en la metáfora óptica del espejo: el ojo refleja los objetos exteriores, según Aristóteles, y el entendimiento es el ojo del alma), o bien, el esquema que considera a los objetos apotéticos como determinados (con-formados) por las sensaciones (esquema encarnado en la metáfora óptica de la proyección del fuego del ojo, que recorta la sombra de sus formas interiores en el exterior, usada por pitagóricos y platónicos). El primer esquema es el núcleo del *realismo* (con sus variantes: espejo plano, cóncavo, quebrado...); el segundo es el núcleo del *idealismo* (con sus variantes: idealismo material, idealismo subjetivo, idealismo trascendental). El idealismo, por ello, está muy cerca del acosmismo y aun del nihilismo (de hecho, la palabra *nihilismo* fue acuñada por Hamilton para diagnosticar el empirismo escéptico de Hume).

Estos dos esquemas, antes que respuestas, son el principio de sendas preguntas, prácticamente insolubles. El realismo, en efecto, equivale a un desdoblamiento del mundo (objeto conocido/objeto de conocimiento) y, por tanto, al planteamiento del problema de la trascendencia del conocimiento del mundo exterior: ¿cómo puedo pasar de mis sensaciones (inmanentes a mi subjetividad corpórea) al mundo apotético trascendente, que permanece fuera de mí?. Berkeley, mediante una reducción geométrica de la cuestión (en términos de puntos y líneas), formulaba con toda su fuerza el problema de la trascendencia de este modo: Todo el mundo conviene, creo yo, que la distancia no puede ser vista por sí misma y directamente. La distancia, en efecto, siendo una línea dirigida derechamente al ojo, tan solo proyecta un punto en el fondo del mismo.

Pero el idealismo, por su parte, aun cuando orilla el problema de la trascendencia, propio del realismo (al identificar el objeto intencional con el objeto conocido, desde Fichte a Husserl), lo hace abriendo otro problema que puede considerarse como sustitutivo del problema de la trascendencia, a saber, el problema de la hipóstasis o constitución del objeto respecto del sujeto: ¿cómo puedo segregar del sujeto los objetos construidos y proyectados por las facultades cognoscitivas?. Pues sólo tras un proceso de hipostatización del objeto (que lo emancipe del sujeto que lo proyecta) cabría dar cuenta de la independencia que los objetos muestran respecto de la subjetividad proyectante (los objetos se me imponen, incluso como dados fuera de mí, en un período precámbrico, es decir, anterior a la existencia de toda subjetividad orgánica proyectante). Ahora bien, son las ciencias las que *constituyen* y *proyectan* objetos tales (nebulosas transgalácticas, estados ultramicroscópicos, rocas precámbricas,...) que piden una emancipación e hipóstasis mucho más enérgica de la que se necesita para dar cuenta de la percepción ordinaria precientífica de nuestro entorno actual.

En este sentido, cabe afirmar que los intentos de superar el realismo y el idealismo, manteniéndose en el mismo marco binario (Sujeto/Objeto) de análisis que determina estas dos opciones, sólo pueden tener lugar a título de variantes de una síntesis por yuxtaposición del realismo y del idealismo. Pero la síntesis de los dos miembros del dilema no lo desborda; la síntesis del dilema queda aprisionada por sus tenazas. La síntesis, por lo demás, suele acogerse a la forma de una

codeterminación de sujeto y objeto, bien sea según el patrón de los escolásticos medievales, bien sea según el patrón de los gestaltistas de nuestro siglo (la distinción entre el yo y el mundo exterior es un hecho de organización del campo total), bien sea de cualquier otro modo.

Por nuestra parte reconocemos, desde luego, la necesidad de volver una y otra vez al análisis de la experiencia dentro del marco binario, pero constatamos también la necesidad de desbordar dialécticamente el dilema en el cual el marco binario encierra el fenómeno jurídico⁵⁰⁷.

9.3.2. La concepción iusfilosófica hegeliana

No es oportuno exponer aquí, ni siquiera en resumen, todos los grandes, certeros y minuciosos fundamentos de la Filosofía; empero, lo que importa a nuestro propósito es subrayar con énfasis muy acentuado la probable actualidad de la concepción iusfilosófica hegeliana, aún ante la carga del gran error cometido por algunos cultivadores de la filosofía de las ciencias del espíritu, consistente en querer reducir lo humano a estructuras ideales objetivas⁵⁰⁸.

Al respecto, Alicia Farinati realiza un trabajo espléndido para un conocimiento de Georg Wilhelm Friedrich Hegel (Hegel) más seguro y más profundo, para un reconocimiento vivo y actual de uno de los más grandes filósofos clásicos alemanes⁵⁰⁹. Puesto que un abordaje perspicaz de la filosofía del Derecho de Hegel (1770-1831), permite situar al filósofo en las controversias de su tiempo y del

⁵⁰⁷ "Es la filosofía la que tradicionalmente establecía los presupuestos para la comprensión de la dogmática prudencial. Pero ahora se trata de poner en cuestión esos presupuestos. ¿Qué entendemos por filosofía?. Pensemos en horizontes indefinidos de cuestiones, que ponemos en movimiento precisamente al plantearnos esas cuestiones. Sin embargo, pensemos más bien en el procedimiento de la filosofía misma de los problemas radicales concernientes a los presupuestos de la ciencia y de la jurisprudencia: Es decir, no se debe tener precisamente a la vista una filosofía de carácter ideológico. Es necesario cobrar conciencia de que todo el pensamiento actual se halla condicionado por la civilización científica; y cobrar conciencia del hecho de que debemos encontrar las respuestas a esta situación, y de que las respuestas también están condicionadas por la civilización científica. Ahora también se debe tener presente que, por virtud del cambio de las situaciones, la comprensión de la ciencia se halla también sometida a un cambio". Recaséns Siches, Luis, *Experiencia Jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica "razonable"*, op. cit., nota 89, pp. 447-448.

⁵⁰⁸ *Ibidem*, p. 525.

⁵⁰⁹ Véase, Farinati, Alicia, *En torno a la Filosofía jurídica de Hegel*, Buenos Aires (Argentina), Ed., Estudio, 1998.

nuestro, y de encuadrarlo -comprometerlo- orgánicamente en el contexto mundial del pensamiento: Todo esto a fin de que nuestra época lo aproveche, lo usufructúe. La autora citada recuerda lo que él decía (Introducción a la Historia de la Filosofía), no sin cierta brusquedad, de los sistemas que habían precedido el suyo:

Hoy no sabría haber Platónicos, Aristotélicos, Estoicos, Epicúreos. Animar otra vez esas filosofías, querer inculcarles el espíritu que estaba penetrado a fondo, sería imposible y una estupidez parecida a aquella del hombre que se esforzase en ser de nuevo un joven, o la del joven que querría volver a ser un muchacho, un niño, a pesar de que el hombre, el joven y el niño sean el mismo individuo (...). Momias que se introducirían en lo viviente no pueden mantenerse allí dentro (...).

Naturalmente a esta lista de proscripción, estaríamos bien tentados en agregarle los hegelianos, tantos años después de su muerte. Su doctrina se vuelve a su vez un objeto de estudio arqueológico. No se puede permanecer integralmente hegeliano en nuestra época. Pero no se trata del envejecimiento de una filosofía. La de Hegel, como muriendo, nos introduce en la modernidad. Aún si se debiera sacrificar su sistema enteramente, lo que está lejos de ser su caso, quedaría el impulso intelectual que él nos da como ejemplo de aproximación concreta. Por una parte, un tesoro de ideas que el filósofo ha concebido y expresado positivamente. Por otra parte, nuevos descubrimientos cuya discusión que generan provocan la invención por el desarrollo o eventualmente por la negación de las tesis que aproxima. Se trata, en su movimiento mismo, ir más allá de los errores y las unilateralidades, y de los límites que su época le imponía.

De hecho, la obra de Hegel, revela su superioridad prodigando más riquezas que las que hubiese querido. Cada uno encuentra su parte, al contrario de la famosa posada en la cual el cliente no puede consumir sino lo que lleva.

La filosofía de Hegel es de una tal exuberancia que aún sus errores son instructivos y que los espíritus más diversos pueden gracias a ella comprenderse mejor y desplegar más vigorosamente su propia originalidad. Cada uno progresa en ella según esta "dirección de la curiosidad" que sospechaba Max Weber. Con Hegel, sin renegar de sí mismo. No hay filosofía, por alejada que pueda parecer de entrada, ni teoría jurídica, que pretenda estar lejana, que no le deba algo, histórica o

temáticamente, a veces sin ni siquiera tener conciencia. Y todas pueden prosperar aún más gracias a una familiaridad adquirida con su contenido y su forma⁵¹⁰.

Muchos otros aspectos de esta inmensa herencia son inventariados aquí; el Estado, el individuo, la familia, la sociedad civil, la historia, la vida política antigua y actual. No son sino elementos sutiles de su filosofía que pretendemos mostrar y proponer.

En primer término, la filosofía del derecho de Hegel se halla expuesta básicamente en dos escritos: *Sobre las maneras de tratar científicamente el derecho natural* (1802-1803) y la *Filosofía del derecho* (1821). En el primero plantea la crítica de las doctrinas del derecho natural vigentes en su tiempo, entendidas éstas como auténticas filosofías del derecho, y la relación que las mismas guardan con las ciencias jurídicas positivas. Es éste un escrito metodológico, que prepara el terreno para su propia concepción iusfilosófica madura, expuesta más tarde en el segundo escrito citado y, de forma resumida, en la parte correspondiente al Espíritu objetivo en la *Enciclopedia* (1817). Ahora bien, la crítica al método científico de las doctrinas del derecho natural se apoya en un concepto sustantivo, el de *eticidad*, que es la clave de su teoría social y que elabora justamente en esos años de su estancia en Jena.

Para los intérpretes de Hegel, su ensayo sobre el derecho natural representa un lugar privilegiado de su pensamiento, una especie de ruptura con su pasado y el momento en que plantea el tema central de su filosofía, a saber, la concepción de la sustancia como sujeto⁵¹¹. Esta expresión significa que las cosas, cuya realidad se halla contenida íntegramente en los conceptos (idealismo), evolucionan constantemente por el juego de las negaciones y oposiciones, por lo cual hay que concebir las cosas (y los conceptos) como seres con vida propia. El despliegue de esta vida o evolución de las cosas es lo mismo que el desarrollo de sus respectivos

⁵¹⁰ "Para Hegel, la filosofía trata de conceptos, no trata directamente ni de las cosas ni de la experiencia, sino que vuelve con el pensamiento sobre ellas; es pensamiento, consiste en repensar las representaciones, es una reflexión segunda. Obviamente esta reflexión segunda presupone experiencia y el contacto directo con la realidad y pretende una vuelta a la realidad. Así, lo viene a expresar la famosa <<reconciliación con la realidad>>". Cfr. Amengual Coll, Gabriel, *La moral como derecho. Estudio sobre la moralidad en la Filosofía del Derecho de Hegel*, Madrid (España), Ed., Trotta, p. 22.

⁵¹¹ Cfr. Bourgeois, Bernard, *Le droit naturel de Hegel (1802-1803)*, Paris (Francia), Ed., J. Vrin, 1986, pp. 631-632.

conceptos. Por tanto, los conceptos tienen vida real y la comprensión de esa vida o evolución es la tarea de la razón por medio de la lógica. Racionalidad y realidad, lógica e historia se confunden. La sustancia, que es el sustrato y objeto de los cambios y del conocimiento de esos cambios, es al mismo tiempo sujeto, es decir, el agente que realiza los cambios y el sujeto que los conoce.

Ahora bien, este esquema general de su filosofía lo aplica Hegel a todos los ámbitos de la realidad: Ideas, cosas naturales y seres humanos. Pero los entes en los que mejor podemos estudiar aquella identificación entre sustancia y sujeto son los seres humanos, tanto considerados en sí mismos como en sus relaciones mutuas y en las obras que realizan colectivamente. Es decir, el terreno privilegiado para desarrollar su filosofía, su concepción de la sustancia como sujeto, lo encuentra en el ámbito de la realidad denominado "espíritu". El espíritu es, según sus palabras, "lo absoluto"; "la esencia del espíritu es formalmente la libertad"⁵¹². El espíritu es el conocimiento completo de sí mismos que tienen los hombres en su acción libre; es la autoconciencia de su libertad. Hegel divide el estudio del espíritu en tres partes, que se corresponden con los grados de su desarrollo: El espíritu subjetivo, el objetivo y el absoluto. Ésta es la terminología que empleará más tarde en la *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*. Por su parte, la *Filosofía del derecho* desarrollará ampliamente todo lo relativo al espíritu objetivo.

El espíritu objetivo es el ámbito de lo social o de la interrelación humana. La ciencia que lo estudia, la Filosofía del derecho, es una especie de Sociología general construida desde el punto de vista de la libertad. Los temas fundamentales que estudia esta ciencia filosófica, según Hegel, son el derecho, la moralidad y la eticidad, temas que están conectados dialécticamente; es decir, el Derecho está presente en los tres estadios, transformando progresivamente su concepto, y la eticidad es la síntesis de los tres. Por tanto, la eticidad está presente en germen ya en el Derecho, dotando a éste, y, a la moral de significado pleno. La eticidad representa, el grado máximo de unión y organización de los individuos en un grupo social; las formas concretas que adopta la eticidad son, sucesiva y progresivamente, la familia, la sociedad civil y el Estado.

⁵¹² Véase, Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, Madrid (España), Ed., R. Valls, Alianza, 1997, pp. 436 y 437.

Todo lo anterior se desarrolla plenamente en las obras de madurez, pero el escrito donde Hegel plantea por primera vez el concepto de eticidad es el ensayo sobre el derecho natural, cuyo texto fue publicado en el *Kritische Journal der Philosophie*, fundado por Schelling (1802-1803). Por la misma época escribió otro estudio, que permaneció inédito, con el título específico de *Sistema de la eticidad*.

Como hemos afirmado, en el ensayo sobre el derecho natural, el concepto de eticidad le sirve a Hegel para criticar y superar las filosofías del Derecho anteriores, vigentes en su época, que no eran otras que las doctrinas del derecho natural formuladas desde Hobbes hasta Fichte. Para entender esta crítica hemos de precisar algunos conceptos.

La figura concreta última que representa la eticidad es para Hegel el pueblo⁵¹³. Éste es la unidad efectiva de los hombres en un grupo, unidad que contiene tanto a esos hombres como las múltiples conexiones que se dan entre ellos, desde la base natural (clima, geografía), pasando por las determinaciones psicológicas de los individuos, sus relaciones económicas, jurídicas, morales, políticas. Esta totalidad ética que constituye cada uno de los pueblos que hay en la tierra es la figura de la eticidad absoluta. Cada pueblo constituye así una individualidad y se relaciona con los otros pueblos de dos maneras: En forma de paz y en forma de guerra. Hegel no plantea aquí la diferencia entre pueblo, nación y Estado, como hace en otros escritos. Una nación es un pueblo en tanto se reconoce como tal o tiene conciencia de sí mismo. Un Estado es una nación organizada políticamente para defender su propiedad: "Para que una multitud constituya un Estado, hace falta que organice una defensa y una autoridad política comunes"⁵¹⁴. Pero en el ensayo sobre el derecho natural, el pueblo es la forma máxima de la eticidad y, por tanto, se supone que se identifica con el Estado. Desde esta realidad total que es el pueblo, unidad e identidad concreta de una pluralidad de individuos y de sus relaciones, aborda Hegel su propuesta de lo que debe ser la filosofía del Derecho, si ésta quiere ser una ciencia filosófica verdadera.

⁵¹³ "La absoluta totalidad ética no es sino un pueblo". Hegel, G.W.F., *Sobre las maneras de tratar científicamente el derecho natural*, trad. de D. Negro, Madrid, España), Ed., Aguilar, 1979, p. 58.

⁵¹⁴ Hegel, G.W.F., *La Constitución de Alemania*, trad. de D. Negro, Madrid, (España), Ed., Aguilar, 1972, p. 23.

La transformación que se va a operar a principios del siglo XIX en la filosofía del Derecho, tanto en lo relativo al nombre de la disciplina, como en cuanto a su contenido y método, está resumido en las primeras palabras de los dos escritos de Hegel aquí citados:

1. El ensayo sobre el derecho natural se abre con la consideración de que la Ciencia del derecho natural es ya desde hace tiempo una ciencia filosófica y, por tanto, una parte de la Filosofía. Empero, esta consideración sólo sirve para comprobar de inmediato que esta parte de la Filosofía ha tomado el mismo camino que las demás ciencias; es decir, se ha apartado de su origen filosófico y ha abandonado sus señas de identidad como saber metafísico. La doctrina del derecho natural es, o pretende serlo, cuando Hegel escribe estas líneas, un saber meramente científico, no filosófico. En este ensayo se plantea la crítica de dicha situación y la solución a la misma, llevando de nuevo la reflexión sobre el derecho natural al campo filosófico, restaurando así el método y los contenidos que son propios de la filosofía. Esta tarea se completa más tarde con la inclusión del Derecho en el sistema, dentro de la *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, bajo el rótulo de "Espíritu objetivo". Finalmente, en su tratado de 1821, Hegel le cambia el nombre a la disciplina del derecho natural y la llama definitivamente "Filosofía del derecho".
2. Ahora bien, en este último libro el derecho natural no sólo pasará a segundo plano como nombre y como teoría científica. También como objeto, Hegel no le atribuye ya al derecho natural, cuya ciencia pertenece al pasado, nada más que un papel subordinado, como un momento parcial del conjunto de la realidad jurídica. Su filosofía tratará entonces del Derecho en su totalidad, como realidad efectiva; tratará de todo aquello que está contenido bajo la palabra y el concepto de "Derecho", que en el lenguaje hegeliano se expresa como la "Idea del Derecho".

La transformación operada por Hegel en la filosofía jurídica se aprecia ya en las primeras palabras de este tratado: "La ciencia filosófica del derecho tiene por objeto la Idea del Derecho, es decir, el concepto del derecho y su realización"⁵¹⁵. De

⁵¹⁵ Hegel, G.W.F., *Principios de la Filosofía del Derecho*, trad. de J.L. Vermal, Buenos Aires (Argentina), Ed., Sudamericana, 1975, p. 27.

esta afirmación se desprende la concepción hegeliana de la filosofía y de las ciencias, basada a su vez en su concepción de las ideas y de los conceptos.

Simplificando el lenguaje utilizado por Hegel, podemos decir que las diversas ciencias tienen como fin elaborar conceptos relativos a su ámbito particular de objetos. El concepto es una determinación del pensamiento que se pone a sí misma, afirmando una propiedad de las cosas; el concepto es una realidad que está en las propias cosas, pero esta realidad sólo existe concretamente cuando ella es puesta por el pensamiento (así se produce la identidad entre ser y pensar, realidad y racionalidad, que es el núcleo del idealismo absoluto hegeliano).

Pero cada vez que el pensamiento pone una determinación, cada vez que se afirma una propiedad de una cosa, se pone simultáneamente otra determinación contraria; es decir, se niega la propiedad contraria de esa misma cosa "Omnis determinatio est negatio". Cualquier afirmación implica la negación de lo contrario; *verbigracia*, si se afirma que "este individuo es un hombre", simultáneamente estamos diciendo que "este individuo no es un perro (o que no es un no-hombre)". Los conceptos son afirmaciones limitadas (y contrastadas) por sus negaciones correspondientes; son verdades limitadas, finitas.

Como el concepto es una determinación del pensamiento que se pone a sí mismo en las cosas, este acto de ponerse en las "cosas" significa el comienzo de su "realización". La posición sucesiva de conceptos en todos los estados de cosas y hechos de un ámbito científico, que es tarea de una ciencia, lleva a una constante realización de dichos conceptos: La cosa y el pensamiento se funden, a esto lo llama Hegel "realidad efectiva" (*wirklichkeit*). Pero aquí se funde tanto el movimiento real de las cosas, porque son diferentes unas de otras y porque evolucionan constantemente, como el movimiento real del conocimiento científico, que descubre nuevos aspectos de la realidad y avanza constantemente.

La ciencia está poniendo siempre conceptos, verdades limitadas por sus negaciones, verdades parciales o unilaterales, a esta actividad la llama Hegel la realización (parcial, limitada) de los conceptos. Este movimiento de realidades finitas, considerado en su totalidad, es un movimiento infinito, porque no está nunca acabado y porque tiende a proseguir indefinidamente. Esta perspectiva global del movimiento infinito de los conceptos y de su realización es lo que Hegel llama Idea.

La Idea es la infinitud concreta: Es el conjunto de los conceptos puestos y realizados en un momento dado dentro de un ámbito particular de objetos estudiados por una ciencia⁵¹⁶. También se puede hablar de la Idea absoluta, que es la misma visión global, pero aplicada a la totalidad de los objetos y de todas las ciencias que los estudian; dicha visión total es el objeto de la Filosofía, con la cual culmina el sistema hegeliano en su última fase, el Espíritu absoluto. Pero aquí nos interesa sólo la relación entre una ciencia concreta, la Ciencia del derecho, y su filosofía correspondiente, la Filosofía del derecho.

La tarea de las diversas ciencias es elaborar conceptos particulares de su propio ámbito de objetos. La tarea de las diversas filosofías o partes de la filosofía, según Hegel, es elaborar la Idea de su parcela propia de la realidad; es decir, comprender y exponer en una visión global, pero integrada previamente de todas las determinaciones conceptuales elaboradas por sus ciencias respectivas, el concepto y la realización de todos sus objetos. La ciencia produce verdades parciales, pero concretas, obtenidas de la actividad del pensamiento sobre el material de la experiencia sensible.

La filosofía toma como suyas todas las verdades de la ciencia, pero les añade algo más: Primero, el reconocimiento de que esas verdades son sólo una parte de la realidad efectiva, tanto por su negatividad como por su inacabamiento; segundo, configura el sistema de la ciencia, construyendo y reformando continuamente el armazón total, descubriendo la conexión lógica entre las diversas verdades,

⁵¹⁶ Como prueba solamente, aportamos algunas definiciones de Hegel: "El concepto es, en su identidad consigo, lo determinado en y para sí". Cfr. Hegel, G.W.F., *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, op. cit., nota 512, Núm. 160. "El concepto es lo simplemente concreto". Ibidem, Núm. 164. "El concepto (...) es lo único que posee realidad (Wirklichkeit), precisamente porque se la da así mismo". Cfr. Hegel, G.W.F., *Principios de la Filosofía del Derecho*, op. cit., nota 515, Núm. 1. Sobre la Idea: "Idea est synthesis infiniti et finiti et philosophia omnis est in idea". *De orbitis planetarum*, citado por Hegel, G.W.F., *Sobre las maneras de tratar científicamente el derecho natural*, op. cit., nota 513, p. 119. "La idea es lo verdadero en y para sí, la unidad absoluta del concepto y de la objetividad (...). La idea es la verdad, ya que la verdad es esto (precisamente), que la objetividad se corresponda con el concepto, no que las cosas exteriores se correspondan con mis representaciones". Cfr. Hegel, G.W.F., *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, op. cit., nota 512, Núm. 213. Finalmente, "la idea (es) aquello que constituye la razón de un objeto". Cfr. Hegel, G.W.F., *Principios de la Filosofía del Derecho*, op. cit., nota 515, Núm. 2. Véase, sobre las nociones de concepto e idea en Hegel, Glockner, Hermann, *El concepto en la filosofía hegeliana: Intento de una introducción lógica al básico problema metalógico del hegelianismo*, trad. de Guillermo Floris Margadant, México, Ed., UNAM, 1965, pp. 67-87.

ordenándolas y conectándolas entre sí por medio de una necesidad lógica⁵¹⁷. Ésta es la distinción que hace Hegel entre la Filosofía del derecho y las ciencias jurídicas particulares.

Por consiguiente, su solo planteamiento ya significó un paso adelante en la situación que había vivido la filosofía del Derecho, al menos desde la Edad Media hasta principios del siglo XIX, conocida todavía entonces como Ciencia del derecho natural. En efecto, las diversas doctrinas del derecho natural anteriores poco tenían que ver con la ciencia jurídica y con la realidad efectiva del derecho que los juristas estudiaban. En la Edad Media la filosofía jurídica era una parte de la Teología moral. Entre los autores modernos, la filosofía jurídica era elaborada como parte de la filosofía política; en concreto, como el punto de partida para justificar una determinada concepción del Estado, del origen y naturaleza del poder político. Sólo algunos autores, de manera ocasional, reflexionaron en sus escritos sobre la realidad del Derecho en la vida social y sobre el estado de la ciencia jurídica de su tiempo (Grocio, Leibniz).

La tarea anunciada por Hegel radica en que: La filosofía del Derecho ha de crear el sistema de la Ciencia jurídica, dando unidad lógica y necesidad interna a los conceptos que ésta elabora. Es decir, la filosofía del Derecho debe exponer la Idea, el concepto, y la realización del Derecho, exponer lo que es en su totalidad infinita, incluyendo su efectiva realización en la vida social.

Secuencialmente, Hegel criticó a las teorías modernas del derecho natural (esta tarea la había asumido en parte la Ciencia del derecho natural), consideró que las doctrinas que componían dicha ciencia no lo habían hecho con el método filosófico adecuado. Agrupó estas doctrinas en dos clases: Las que utilizan un método *empirista* y las que utilizan un método *formalista*. Ninguna de estas dos escuelas ha conseguido dotar a las ciencias jurídicas positivas de la unidad racional

⁵¹⁷ "Lo que es verdaderamente fundamental, por el mero hecho de serlo nunca puede ser puesto, sino que debe ser siempre presupuesto. Por ello, los grandes problemas jurídicos jamás se hallan en las constituciones, en los códigos, en las leyes, en las decisiones de los jueces o en otras manifestaciones parecidas del <<derecho positivo>> con las que los juristas trabajan, ni nunca han encontrado allí su solución. Los juristas saben bien que la raíz de sus certezas y creencias comunes, como la de sus dudas y polémicas, está en otro sitio. Para aclarar lo que de verdad les une o les divide es preciso ir más al fondo o, lo que es lo mismo, buscar más arriba, en lo que no aparece expreso". Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho dúctil, Ley, derechos, justicia, op. cit.*, nota 159, p. 9.

que éstas demandaban y, por eso, tales ciencias se han mantenido al margen de los desarrollos de la Filosofía jurídica. Ésta no les ha proporcionado el verdadero concepto del Derecho, apto para dotar a todo el sistema jurídico de unidad y necesidad lógica.

El empirismo (la ciencia empírica del derecho natural, donde se incluyen las teorías de autores como Hobbes, Locke, Rousseau) se fija, como es obvio, en las cosas y en los hechos jurídicos observables, en la empiria pura. Y descubre ahí una multivariiedad enorme de tales hechos: Principios jurídicos, leyes, fines, deberes, derechos⁵¹⁸. Como el criterio para dotar de unidad científica a este material es sólo la propia experiencia, resulta que todos estos hechos tan variados tienen en sí mismos igual valor y, por tanto, unos no pueden prevalecer sobre otros. Ninguno puede ser tomado como criterio universal que fundamente y unifique a los otros. Además de esta variedad, los hechos están sometidos también a movilidad y, así, unos sustituyen a otros y les suceden, según el cuadro que pinta la experiencia. Entonces, surge la cuestión de ¿cómo resuelve la ciencia empírica del derecho natural el problema de dotar de unidad a este material jurídico variado y cambiante?. Evidentemente, lo hace de manera arbitraria porque la observación empírica no puede distinguir entre lo accidental y lo necesario, lo que hace el empirismo es elegir un hecho al azar, el que en cada momento se le aparece como más importante, y lo eleva a principio para constituir sobre ese fundamento la unidad científica.

En las doctrinas precedentes, ese principio unificador ha sido la noción del estado de naturaleza. Pero ni siquiera esta noción ha servido para unificar la ciencia del Derecho, toda vez que cada autor ha concebido las determinaciones del estado de naturaleza de manera diferente. Para unos, el individuo humano es sociable, para otros no lo es en absoluto; para unos existe la justicia en dicho estado, para otros no hay en él justicia ni injusticia. La conclusión es que el propio principio racional que debería unificar la multivariiedad de fenómenos jurídicos varía constantemente, la ciencia empírica pone *a posteriori* un principio al cual le atribuye luego la función de

⁵¹⁸ Hegel, G.W.F., *Sobre las maneras de tratar científicamente el derecho natural*, op. cit., nota 513, p. 13.

unificar *a priori* la experiencia⁵¹⁹. La noción del estado de naturaleza termina siendo un caos, porque sus determinaciones se oponen según los diversos autores y, por consiguiente, carecen de necesidad interna. A este método empirista, que actúa de manera irracional, porque toma arbitrariamente cualquier fenómeno empírico y lo convierte en principio racional y fundamento de todos los demás fenómenos, se le ha llamado -dice Hegel- no solamente "teoría", sino incluso "filosofía" del Derecho⁵²⁰.

La segunda manera de construir la Ciencia del derecho natural ha sido el formalismo (en el cual se incluyen las teorías de Kant y de Fichte). Este método incurre en el defecto contrario al empirismo, aunque sus resultados vienen a ser los mismos: Arbitrariedad e irracionalidad en la fijación de un concepto unitario del Derecho. Si el empirismo partía de las determinaciones finitas todas iguales y, para dar unidad a la realidad jurídica, tomaba al azar una determinación y la colocaba como fundamento racional de todo el sistema, ahora el formalismo parte de la infinitud pura (vacía de experiencia) para dar unidad a ese vacío tiene que tomar al azar una determinación finita cualquiera, un dato empírico, y ponerlo como fundamento de dicha vaciedad. El papel unificador que en el empirismo jugaba la noción de estado de naturaleza lo juega ahora en el formalismo la noción de coacción. La ciencia formalista del derecho natural no parte de una pluralidad de leyes; es decir, de cosas y de hechos jurídicos. La única ley que reconoce, que es además su punto de partida, es la voluntad pura, la cual no tiene determinaciones o materia, ya que es pura forma. Pero como toda ley ha de tener por fuerza alguna materia (si no, no podría obligar a nada concreto), entonces cualquier material empírico vale para rellenar de contenido aquella ley universal. Se refiere Hegel, obviamente, al imperativo categórico kantiano, que es la ley de la voluntad pura.

Estamos, por tanto, en la misma arbitrariedad que con el empirismo. En el formalismo aparece una oposición entre la autoconciencia pura y la conciencia real del sujeto, entre la libertad universal de todos y la libertad singular de cada uno⁵²¹. Esta oposición se resuelve sistemáticamente con el recurso a la coacción (o

⁵¹⁹ "La determinación directora no puede ser aquí sino lo que se necesita para la descripción de aquello que se encuentra en la realidad efectiva (*Wirklichkeit*); el principio rector es, para aquel *a priori*, lo *a posteriori*". *Ibidem*, p. 17.

⁵²⁰ *Ibidem*, p. 23.

⁵²¹ *Ibidem*, p. 46.

compulsión), que es la que fija arbitrariamente en cada momento lo que es de derecho y lo que no lo es. En la teoría formalista de Immanuel Kant (1724-1804), en efecto, el Derecho es definido como la facultad de coaccionar, porque "derecho y facultad de coaccionar significan una y la misma cosa"⁵²². Por tanto, el requisito esencial que se le exige a una norma para que ésta constituya derecho en sentido estricto es que dicha norma incluya el recurso a la coacción con la garantía del propio Estado.

El modo como tratan el derecho natural tanto los empiristas como los formalistas lleva a una misma conclusión, que se puede resumir en la fórmula siguiente: El derecho positivo ocupa finalmente el lugar que en principio estaba asignado al derecho natural. Es decir, que la ciencia filosófica del Derecho, que debía construir la unidad de la ciencia jurídica sobre la Idea del derecho (o el concepto real del mismo), finalmente acaba siendo sustituida por las ciencias jurídicas positivas, las cuales se limitan simplemente a exponer en cada momento cuál es el derecho positivo vigente y continuamente variable. La razón jurídica *-ratio iuris-*, que es el objeto de la filosofía, es así sustituida por la pura empiria de las leyes vigentes (empirismo, como en el caso de Hobbes), o por la pura formalidad de la coacción, que está presente en todas las normas jurídicas (formalismo kantiano).

Por eso Hegel afirma que "la moderna definición del concepto del derecho natural (...) depende de la oposición descrita", es decir, de la oposición entre la infinitud y lo absoluto⁵²³. Esto significa que las doctrinas empiristas y formalistas del derecho natural separan el concepto abstracto del Derecho, un concepto *a priori*, elaborado exclusivamente por la razón, sin contenido ni referencia empírica (esto sería la infinitud), del concepto real del Derecho, el que se determina constantemente

⁵²² Kant, Immanuel, *La Metafísica de las costumbres*, trad. A. Cortina y J. Conill, Madrid (España), Ed., Tecnos, 1989, p. 42. Aunque Hegel cita en el texto expresamente a Fichte y su obra *Grundlage des Naturrechts*, la teoría de la coacción como nota definitoria del Derecho es de Kant. Compárense los siguientes textos: "El derecho estricto, es decir, aquél que no está mezclado con nada ético, (...) se apoya en el principio de la posibilidad de una coacción exterior (*äusseren Zwanges*), que puede coexistir con la libertad de cada uno según leyes universales". *Ibidem*, p. 41. Hegel, por su parte, dice que en el sistema de la legalidad "pese a la separación del concepto y del sujeto de la eticidad, empero, justamente por ello, sólo deben reunirse ambos formal y externamente, relación esta a la que (el formalismo) llama la compulsión (*dieses Verhältnis heisst der Zwang*)". Cfr. Hegel, G.W.F., *Sobre las maneras de tratar científicamente el derecho natural*, *op. cit.*, nota 513, p. 47.

⁵²³ Cfr. Hegel, G.W.F., *Sobre las maneras de tratar científicamente el derecho natural*, *op. cit.*, nota 513, p. 44.

y evoluciona en la realidad jurídica (esto sería lo absoluto). Es decir, las doctrinas modernas del derecho natural construyen el concepto del Derecho, llamado derecho natural, al margen de la racionalidad concreta e histórica del propio Derecho, el que conocemos como derecho positivo. Aunque, en realidad, lo que ellas presentan como derecho natural no es otra cosa que la abstracción del derecho positivo vigente en su época.

Frente a las doctrinas empiristas y formalistas, Hegel plantea su propia visión de la Ciencia del derecho natural, teniendo por objeto esta ciencia filosófica dar unidad y necesidad a todas las determinaciones de lo jurídico; crear el sistema científico de la realidad jurídica, ese fin no se consigue poniendo una pura forma *a priori*, desligada de las determinaciones empíricas, ni tampoco tomando al azar una determinación empírica cualquiera y poniéndola como principio unitario y necesario de todos los demás hechos jurídicos. Hegel piensa que la realidad infinita del Derecho es una fluidez múltiple, pero que se concreta en momentos necesarios, y que el resultado de esta concreción son las figuras éticas. La eticidad es esa fusión de lo infinito y lo finito, de lo ideal y lo real, del concepto y su realización, todo ello regido por la necesidad lógica inserta en la propia historia de los hechos. La eticidad se va plasmando en cada momento histórico en figuras concretas, que son los pueblos. Cada pueblo que existe es una figura de la eticidad. En cada pueblo se fija aquella múltiple fluidez de los hechos jurídicos; así, el concepto ético de pueblo dota a todos esos hechos de sentido, de necesidad lógica y de unidad científica.

Lo primero que caracteriza a un pueblo es su unidad interna, que es la unidad de los diferentes individuos que lo componen y que llevan una coexistencia tranquila. Lo segundo es su oposición a los otros pueblos, la exclusión que un pueblo aplica a los otros y que se manifiesta sobre todo en la guerra. Otras características de un pueblo se refieren a las necesidades físicas de los individuos, que forman un sistema de dependencia recíproca entre ellos, el sistema de las necesidades, que es el objeto propio de la ciencia de la economía política, donde aparecen cuestiones como la posesión, la propiedad, el comercio, los tributos, las penas. Aquí surge el tema de la legislación positiva. Las leyes son normas generales y fijas que, por tener un contenido universal y estático, no pueden adaptarse perfectamente a cada caso particular ni al cambio constante de las circunstancias producido por el paso del

tiempo. Por eso las leyes no pueden ser totalmente justas, como ya decía Platón⁵²⁴. El cambio continuo de la legislación para adaptarla a lo concreto y variable tampoco resuelve el problema. Por eso *la justicia sólo se consigue cuando el juez interpreta las leyes aplicándolas al caso concreto, según el espíritu ético del pueblo*. Estas reflexiones llevan a una conclusión obvia: No es posible concebir la existencia de un derecho natural en sí o inmutable, afirma Hegel "en la medida en que es en sí, está vacío o bien no hay nada en él de absoluto, a no ser justamente la abstracción pura, el pensamiento completamente falto de contenido de la unidad"⁵²⁵. Por otro lado, el verdadero carácter del derecho positivo también se revela en estas reflexiones. En la vida ética de un pueblo, que es el verdadero objeto de una filosofía del Derecho, las leyes positivas no constituyen nada más que el aspecto formal de dicha vida: Ellas sólo le dan la forma a los cambios materiales que se producen en la vida del pueblo. Según las palabras de Hegel: la legislación "no posee ninguna verdad, sino solamente lo formal de una cultura en crecimiento"⁵²⁶.

Para completar su visión de la totalidad ética, concretada en la figura de un pueblo, Hegel analiza las relaciones entre los individuos y el pueblo al que pertenecen. Cada individuo es una realidad en la que se condensa la realidad del pueblo: "La eticidad absoluta constituye tan esencialmente la eticidad de todos, que nada se puede decir de ella que no se refleje como tal en el individuo singular"⁵²⁷. El individuo con sus virtudes particulares (valor, moderación, ahorro, liberalidad, *verbigracia*), contribuye a la formación de la cultura o de la vida de su propio pueblo. Las virtudes pertenecen a la esfera subjetiva de los individuos y componen el dominio de la moral.

Por otro lado, las normas objetivas que encuentra dadas, a las que se somete todo individuo dentro de un pueblo componen el dominio del derecho natural, un derecho que se llama natural porque es lo que se halla ya previamente dado a su experiencia antes de que el individuo intervenga en su elaboración. Así es como se encuentran, frente a frente y en relación dialéctica, la moralidad, que es subjetiva,

⁵²⁴ Ibidem, p. 63.

⁵²⁵ Ibidem, p. 64.

⁵²⁶ Ibidem, p. 65.

⁵²⁷ Ibidem, p. 85.

con el derecho natural, que es objetivo; la vida privada de los individuos con la vida pública. Estos hechos y relaciones las estudian, respectivamente, la Ciencia moral y la Ciencia del derecho natural. Pero la Ciencia moral no estudia solamente la moralidad de los individuos, sino también las relaciones de esta moralidad individual con el todo ético. Por un lado, la vida moral de cada individuo alimenta la vida de su pueblo y, por otro, la eticidad del pueblo, uno de cuyos componentes esenciales es el Derecho, alimenta a su vez la moralidad de los individuos. Este proceso se realiza por medio de la educación, a través de ella la moral individual se incorpora a la vida ética del pueblo, y las normas de derecho (derecho natural en un principio) se incorporan a la vida de los individuos, transformándose éste último en derecho viviente. Por eso, el Derecho real de un pueblo es la fusión de la moralidad y del derecho natural efectivamente vividos, lo cual constituye su sustancia ética.

Los antiguos griegos expresaban esto diciendo que "lo ético consiste en vivir de acuerdo con las costumbres éticas del propio país"⁵²⁸. En conclusión, la expresión máxima de la eticidad es, para Hegel, el sistema de legislación, en la medida en que las leyes de un país reflejan perfectamente la realidad ética de ese país, es decir, "las costumbres éticas vivientes actualmente" en dicha sociedad.

La afirmación precedente contiene el sentido de la filosofía del derecho hegeliana: ésta es una ciencia filosófica que estudia el Derecho de un Estado como el sistema de leyes vigentes en un momento dado, pero entendidas éstas como leyes vivientes, efectivamente asumidas y observadas, que expresan, por tanto, toda la cultura del pueblo, tanto la moralidad subjetiva como la legalidad objetiva realizada en cada individuo y, por consiguiente, en la totalidad social. Por eso la eticidad (*Sittlichkeit*), las costumbres (*Sitten*) plasmadas en leyes y realmente vividas, son la fusión de la moralidad y del derecho abstracto, llamado aún en este escrito derecho natural.

Como se desprende del análisis que antecede, la Ciencia del derecho natural estudia la legislación, pero ésta, al reflejar las costumbres éticas de un pueblo, está imbuida de contenidos y relaciones morales entre los individuos, que son objeto de

⁵²⁸ *Ibidem*, p. 89. Hegel cita la respuesta que dio un pitagórico a alguien que le preguntó cuál podría ser la mejor educación para su hijo: "que hagas de él un ciudadano de un pueblo bien organizado", en Diógenes Laercio, *Vidas de filósofos ilustres*, VIII, p. 16.

estudio de la Ciencia moral. Ahí se da, por tanto, una relación estrecha, aunque diferenciada, entre ambas ciencias filosóficas. Ahora se pretende analizar la relación que mantiene la Ciencia filosófica del derecho natural con las ciencias particulares que estudian el derecho positivo. Con ello Hegel plantea cuál es la naturaleza y función de esta disciplina que más tarde él mismo denominará "Filosofía del derecho".

Al construir la Idea de la eticidad absoluta, Hegel ha unificado, con sus respectivas diferencias, la moralidad y la legalidad. De la misma manera, ahora intenta hacer ver que en esa Idea de la eticidad están unidas, también con sus diferencias respectivas, el derecho natural y el derecho positivo y esta unificación ha de llevarla a cabo la Ciencia del derecho natural o Filosofía del derecho.

Las doctrinas del derecho natural anteriores habían opuesto los conceptos abstractos del derecho natural, que representan una justicia inmutable, al derecho positivo vigente en la sociedad, destacando en muchos casos la imperfección e injusticia de éste. Pero esta escisión y oposición entre ambos tipos de derecho es tan falsa como la separación que se da entre la Ciencia del derecho natural y las ciencias jurídicas positivas. Hegel precisa muy claramente cuáles son las tareas específicas de uno y otro tipo de ciencias. Por un lado, la filosofía acota libremente sus objetos de estudio en un determinado ámbito científico, a partir de ahí construye la Idea de esos objetos, es decir, sus conceptos fundamentales y la realización de los mismos. La Idea construida por la filosofía se convierte así en la guía lógica que da forma al conjunto de objetos estudiados por las ciencias positivas. Por su parte, la ciencia se dedica a exponer las determinaciones empíricas de sus propios objetos, profundizando en los detalles y desarrollos particulares. Digamos que la filosofía deja a las ciencias el estudio detallado de todo el material empírico, pero ella se reserva la tarea de guiar a las ciencias en sus investigaciones, construyendo sus conceptos desde la Idea, por tanto, indicándoles a través de ellos qué datos de la experiencia son reales y cuáles no, qué es lo significativo en la experiencia para el conocimiento científico y lo que no lo es. La filosofía construye la Idea de los objetos de cada ciencia y esta Idea es la ley lógica de la totalidad de esos objetos, es la unidad de ese campo de objetos según las conexiones necesarias establecidas por la razón. La

filosofía pone la forma de la necesidad lógica en la totalidad de objetos de un campo científico determinado.

Hegel se queja en otro escrito⁵²⁹ del divorcio que se había producido en los últimos tiempos entre la filosofía y las ciencias, después de que durante mucho tiempo éstas hubiesen andado juntas y acompañadas por la educación. Ese divorcio se había producido, según él, a causa del prejuicio de creer que "la filosofía se opone al conocimiento experimental sensible, a la razonable realidad efectiva del derecho" y de otros campos de la realidad empírica. Pero, en realidad, continúa Hegel, la filosofía reconoce y justifica el material empírico, se sumerge en él y aprende de ello, pues en ese contenido empírico, en tanto que es pensado, se encuentra "la idea especulativa misma"⁵³⁰. Esto quiere decir que la filosofía sólo puede construir su saber íntegramente a partir de la experiencia, la cual es elaborada conceptualmente con detalle por las ciencias particulares, pero sólo si éstas se dejan guiar a su vez por los conceptos reales que elabora la filosofía. Se puede decir que el saber científico es intermediario entre la filosofía y la realidad empírica, de manera que la filosofía se sirve de las ciencias para conocer su parcela de objetos detalladamente y las ciencias necesitan de la filosofía para conducir según la razón sus investigaciones.

Volviendo al tema del Derecho, la filosofía del derecho forma una unidad con las ciencias jurídicas, integrándose ambos tipos de saber en un solo cuerpo de conocimiento, y manteniendo en esa unidad sus diferencias específicas. La propuesta de Hegel consiste en: "Una buena parte de eso que se llama ciencias positivas del derecho -quizá su totalidad- debiera caer dentro de la filosofía perfectamente desarrollada y generalizada y que, por el hecho de que se constituyan como ciencias propias, ni se excluyen de la filosofía ni se oponen a ella"⁵³¹. Es cierto que estas ciencias son empíricas, que su objetivo es conocer los sistemas jurídicos existentes en un tiempo y en un lugar determinados (el sistema de legislación de un pueblo), y aplicar esos conocimientos a los casos particulares existentes, pero esto

⁵²⁹ Cfr. Hegel, G.W.F., *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, op. cit., nota 512, p. 61.

⁵³⁰ Ibidem, pp. 61-62.

⁵³¹ Cfr. Hegel, G.W.F., *Sobre las maneras de tratar científicamente el derecho natural*, op. cit., nota 513, p. 92.

no es un óbice para que la filosofía integre a esas ciencias, ya que, añade Hegel, "nada puede ser más aplicable a la realidad efectiva y nada se justifica más ante el modo universal de representación, es decir, de lo auténticamente universal (...), que lo que proviene de la filosofía"⁵³².

Sentada esta conclusión, seguiremos al análisis de cómo se constituye la Ciencia jurídica positiva bajo la tutela de la Filosofía del derecho. Por un lado está el aspecto formal, y por otro, el material. En cuanto a la *forma*, la Ciencia jurídica elabora los conceptos, principios y relaciones que permiten entender los sistemas jurídicos dados en la experiencia. Pero en los hechos empíricos se hallan mezclados y confundidos los elementos esenciales con los accidentales y la tarea de reconocer lo que es esencial en esos hechos para elevarlo a concepto no se puede hacer desde el simple entendimiento, que es parcial, sino desde la razón, que es omnicomprendiva. Por tanto, esta función conceptual sólo puede realizarla la ciencia con la ayuda de la filosofía; *verbigracia*, en la teoría de la coacción (Zwang), que sostiene que ésta es una característica esencial del Derecho. Esta teoría ha sido formulada tanto en la Ciencia del derecho natural como en la Ciencia jurídica penal. Hegel demuestra con varios argumentos que la coacción (o compulsión) no es determinante en la concepción científica del Derecho, ya que ante la pena prevista en una norma jurídica el sujeto no actúa de una determinada manera por el hecho de verse coaccionado externa o internamente, sino que actúa así realmente porque lo quiere su voluntad, es decir, haciendo uso de su libertad. Por tanto, en vez de ser esencialmente un mecanismo coactivo, el Derecho es real y efectivamente una exteriorización o manifestación de la libertad. Pues el sujeto puede representarse la coacción y actuar teniéndola en cuenta o no, pero en cualquier caso lo que siempre determina su acción es el uso de su libertad⁵³³. Hegel pone otros ejemplos de construcción arbitraria (irracional) de conceptos por parte de la Ciencia jurídica, que se manifiestan como meras opiniones, ya que cada doctrina destaca un aspecto diferente. Es el caso de aquellas doctrinas que construyen el concepto del sistema jurídico basándose sólo en una parte del conjunto; *verbigracia*, las que toman como base de todo el Derecho la categoría de contrato (teoría del contrato social), o las

⁵³² *Ibidem*, p. 93.

⁵³³ Para el desarrollo completo de la argumentación, véase, *ibidem*, pp. 95-99.

que lo fundamentan sobre principios morales, derivando unilateralmente de dichos principios todo el derecho (político, privado, internacional), por mencionar algunos.

En cuanto a la *materia*, la Ciencia jurídica es positiva en la medida en que estudia los hechos empíricos en sí mismos, como elementos que constituyen el sistema jurídico. No se trata ya, como antes, de elaborar los conceptos generales que articulan la forma del sistema, sino de entender los hechos como elementos vivos del sistema. El primer conjunto de hechos que asume la legislación de un país es el clima y la geografía, como ya observara Montesquieu, asumido todo ello en su historia. Y en esta historia están también las formas políticas y jurídicas anteriores, tales como el feudalismo, *verbigracia*. Pero esto que ha ocurrido en la historia de un pueblo no es sólo cosa del pasado, sino que Hegel lo concibe también como algo que está presente actualmente en sus leyes.

De manera que estudiando la totalidad ética actual o el "carácter concreto de un pueblo (...) cabe conocer cómo se concretan todas las partes de la constitución y de la legislación, todas las determinaciones de las relaciones éticas, y cómo forman sin más un edificio a través del todo, en el cual ninguna vinculación ni ninguna decoración se hayan presentado para sí a priori, sino que cada una lo ha sido a través del todo y sometida a él"⁵³⁴. Conociendo esta totalidad ética, el todo concreto de un pueblo, es posible para la Ciencia jurídica deducir la estructura del derecho actual de un país y la relación entre sus partes, desde lo más alto, el derecho constitucional, hasta las instituciones y normas más concretas del derecho civil, como la regulación del matrimonio, los testamentos. El derecho positivo no nace de un derecho natural inmutable y abstracto o de un derecho de la razón *a priori*, sino de la "individualidad viviente de un pueblo, una individualidad cuyas más elevadas determineidades cabe concebirlas a su vez a partir de una necesidad más universal"⁵³⁵. Esta visión de la totalidad concreta constituye la Idea del derecho, que la Filosofía construye para orientar el trabajo de la Ciencia jurídica positiva.

Hegel concluye su ensayo sobre el derecho natural con una constatación que pone de relieve la necesidad de la unidad y del trabajo conjunto entre la filosofía y las ciencias jurídicas. Se trata de la escisión producida entre leyes y costumbres éticas.

⁵³⁴ *Ibidem*, p. 108.

⁵³⁵ *Ibidem*, p. 109.

En la polis antigua y en las formaciones políticas medievales, cuando el individuo aún no había emergido frente a la sociedad y el Estado, las costumbres y las leyes eran una sola cosa. Pero en los pueblos modernos el individuo se ha afirmado y pone sus intereses por delante de los del conjunto social. Por un lado, las costumbres representan las normas del pasado que rigen la colectividad; por otro, los intereses de los individuos exigen e impulsan la creación de leyes que ya no coinciden con aquellas costumbres.

Este fenómeno de creación de nuevas leyes lo llama Hegel "lo positivo", y de hecho coincide con la denominación un tanto peyorativa de "derecho positivo", que significa que se ha producido una crisis o una ruptura con el derecho tradicional de un pueblo, que estaba plasmado en sus costumbres. Antiguamente la legislación y la costumbre coincidían, pero hoy ambas se separan y el derecho escrito avanza en parte al margen de la costumbre. Pues bien, esta novedad exige más aún el esfuerzo de la Filosofía del derecho para comprender la legislación actual en su relación con las costumbres éticas; es decir, como un Derecho que debe corresponderse con la sustancia ética del pueblo.

En resumen, la filosofía del Derecho debe partir del estudio de las leyes actuales de un Estado, del derecho positivo, en relación con sus costumbres. Debe partir de la letra de las leyes actuales y debe realizar la interpretación de las mismas, construyendo los grandes conceptos reales que conforman la estructura general del sistema jurídico. Esto, en el aspecto formal. Por otro lado, debe encontrar en esas leyes, también en relación con las costumbres, los contenidos de la vida actual de un pueblo, pues las leyes y costumbres son normas que regulan todas las acciones de los hombres en sociedad y expresan, por ello, la cultura del pueblo. Esto, en el aspecto material. Así, la filosofía del Derecho dirige y unifica el trabajo de las ciencias jurídicas en los dos aspectos.

Por otra parte, siendo la eticidad (o mundo humano social) el ámbito de lo real donde Hegel podía desarrollar mejor su propia concepción de la filosofía; empero, se produce un cambio en su concepción de lo ético desde el ensayo sobre el derecho natural hasta el tratado de madurez de la *Filosofía del derecho*. En su escrito de juventud lo ético está representado concretamente por la figura del pueblo "como potencia ética natural"; en su escrito de madurez, lo ético concreto está representado

por la figura del Estado "como saber legal de sí"⁵³⁶. Por tanto, en este último escrito el eje de su pensamiento gira en torno al Estado y sus leyes. En torno a esta idea construye su filosofía del derecho como un saber referido al Derecho en su totalidad, que abarca el concepto y la realización del mismo en todos los ámbitos en los que está presente. En realidad, su filosofía del derecho es también una filosofía moral y, sobre todo, una filosofía política.

La posición de Hegel supone un salto adelante, transformando la filosofía del derecho tradicional que, bajo el nombre de Ciencia del derecho natural, estudiaba sólo los fundamentos morales o políticos del derecho y dejaba a un lado el análisis del derecho positivo. Por su parte, Hegel crea una Ciencia filosófica del derecho, que unifica dialécticamente el derecho natural y el derecho positivo. Respecto a la situación actual, Hegel adopta una postura que no coincide con las concepciones iusnaturalistas, positivistas o realistas contemporáneas, aunque se halle más próxima al realismo que a las otras dos⁵³⁷.

Hegel se separa en dos aspectos de las corrientes actuales: 1) En su concepción de la filosofía como ciencia de la razón, omnicompreensiva, con un contenido sustantivo, como ciencia general que contiene a las ciencias particulares, con las cuales comparte los mismos objetos, diferenciándose de ellas sólo por su método; mientras que la filosofía trabaja desde el plano de la razón, las ciencias lo hacen desde el plano del entendimiento. Por contra, la filosofía actual es concebida como un saber epistemológico, no sustantivo, cuya tarea principal consiste en la depuración del lenguaje de las ciencias y del conocimiento en general. En esta tarea; empero, la filosofía continúa su función tradicional, consistente en crear conceptos de totalidad, aunque ahora se limite sólo al ámbito del lenguaje; esta tarea es, además, fundamental, ya que el lenguaje es el vehículo y el sustrato de todo conocimiento y, en especial, del conocimiento científico. 2) En su concepción del Derecho, acorde

⁵³⁶ Cfr. Bourgeois, Bernard, *Le droit naturel de Hegel (1802-1803)*, op. cit., nota 511, p. 639.

⁵³⁷ Según Huntington Cairns, la filosofía del Derecho ha sido realista desde sus inicios y Hegel culmina esta tradición. Pero ya en la época moderna se inició una tradición nominalista, cuyo máximo representante sería Hobbes, que es continuada hoy por el llamado "realismo jurídico" contemporáneo. Pues bien, si se interpreta adecuadamente, la posición de Hegel está más cerca de este "nominalismo" científico que del idealismo, formal o material, de los positivistas y iusnaturalistas actuales. Cairns, Huntington, *Legal Philosophy from Plato to Hegel*, Baltimore (EUA), The Johns Hopkins Press, 1949, p. 549.

con lo anterior, es también omnicomprendiva, no meramente analítica. El Derecho para Hegel no es una realidad separable dentro del mundo social, con fronteras definibles respecto de otros fenómenos sociales, como la economía, la moral, la política. El Derecho se halla confundido e interrelacionado en la dinámica de la vida social con múltiples hechos que, por cierto, también son estudiados por otras ciencias y partes de la Filosofía. Frente a esta concepción hegeliana, el rápido desarrollo de la especialización científica en los dos últimos siglos ha ido delimitando esferas que todavía cuando Hegel escribe su obra no estaban asignadas a ninguna ciencia concreta. La Economía con Adam Smith, la Ciencia jurídica con Savigny, la Sociología, la Psicología y, en nuestros días, la propia Política se han independizado como ciencias, trazando sus fronteras y adoptando el método del "entendimiento", basado en el análisis y el recurso a la experiencia. Actualmente, el Derecho es estudiado como un fenómeno particular del mundo social, tratando de eliminar en lo posible las interferencias de aquellos fenómenos que no son estrictamente jurídicos⁵³⁸. El Derecho se constituye como un subsistema social.

Esta diferencia de la concepción hegeliana con la concepción actual se debe, sobre todo, al cambio radical que se ha producido desde el siglo XIX hasta hoy en el campo filosófico, y que Martín Heidegger ha denominado "el final de la filosofía", al respecto, entiende este "final" como que la filosofía ha cumplido ya en nuestros días la tarea que se propuso cuando se convirtió en metafísica (con Platón), que era el estudio, no del ser, sino de todos los entes particulares del universo. Pues bien, esta tarea la han asumido hoy como suya las ciencias particulares y la metafísica ha perdido así sus antiguos objetos de estudio, quedando relegada a una mera función

⁵³⁸ A esto hay que añadir un cambio más radical aún en el plano de los hechos. El concepto del derecho varía sustancialmente por obra de la codificación moderna y Hegel se halla en el momento crucial de dicho cambio. Luhmann señala cómo desde finales del XVIII se produce una revolución en el pensamiento que lleva hacia la positivización completa de la validez jurídica. La legislación termina siendo la única expresión del Derecho y éste se convierte, a partir de ese momento, en un asunto rutinario de la vida del Estado. Como prueba aporta el precepto contenido en el artículo 9 del Código civil austríaco de 1811: "Las leyes mantienen su vigencia hasta que el legislador las cambia o las deroga expresamente". Luhmann, Niklas, *A sociological theory of law*, London (UK), Routledge and Kegan Paul, 1985, p. 151. Hege! apoya y asume ya esta realidad en su *Filosofía del derecho*; véase especialmente su defensa de la codificación y la necesidad de la legislación en su polémica contra von Haller. Cfr. Hegel, G.W.F., *Principios de la Filosofía del Derecho*, op. cit., nota 515, p. 286.

de vigilancia del conocer (epistemología)⁵³⁹. Por tanto, también en el ámbito de los entes jurídicos la ciencia del Derecho ha sustituido a la metafísica del Derecho. Y la filosofía del derecho debería quedar reducida a una especie de epistemología, o, a una filosofía del lenguaje jurídico.

En el ámbito del Derecho algunas peculiaridades hacen de nuestra disciplina algo singular. La Ciencia del derecho trata exclusivamente de entidades lingüísticas: Su objeto son los enunciados jurídicos o normas jurídicas, agrupados en cuerpos legales (leyes, reglamentos, normatividades), y éstos agrupados a su vez en un conjunto organizado que es el ordenamiento jurídico de una sociedad determinada unida bajo la forma de Estado. Por tanto, existen tantas ciencias del derecho al menos como ordenamientos jurídicos estatales. Esta circunstancia ha provocado que se haya puesto en duda el propio carácter científico de las ciencias jurídicas, dispersas en múltiples recintos particulares y ligadas al estudio de los detalles concretos de la legislación de cada Estado. Por ello, desde el siglo pasado surgió un intento de ciencia general del Derecho, cuyo objeto era la estructura y rasgos comunes de todos los ordenamientos jurídicos de las diversas sociedades: La teoría general del Derecho. En cambio, para las ciencias que estudiaban el derecho de cada Estado se reservó el nombre de dogmática jurídica. Ambas serían, por tanto, respectivamente, la ciencia general del Derecho y las ciencias jurídicas particulares.

El objeto de ambas sería la interpretación de los enunciados jurídicos, es decir, la legislación de todos los Estados o de cada uno de ellos. La teoría general del Derecho trataría de una interpretación de la legislación, extrayendo lo que tienen de común los diversos ordenamientos jurídicos. Cada uno de éstos sería estudiado, a su vez, de una manera particular por las dogmáticas respectivas.

Por tanto, la teoría general del Derecho es: a) Una ciencia de ciencias, un saber metacientífico, en cuanto tiene como objeto lo que dicen las dogmáticas jurídicas, y realiza una síntesis abstracta de los objetos particulares estudiados por ellas; b) una ciencia sobre enunciados normativos, es un saber metalingüístico, en cuanto tiene por objeto los enunciados jurídicos (o normas) y su interpretación. En

⁵³⁹ Cfr. Heidegger, Martín, "El final de la filosofía y la tarea del pensar (1966)", *¿Qué es filosofía?*, trad. de J.L. Molinuevo, 2ª ed., Madrid (España), Ed., Narcea, 1980, pp. 97-120. Otra cosa es el camino que, según Heidegger, deba seguir la filosofía como saber no metafísico.

esa tarea interpretativa va incluida también la aplicabilidad o relación de los enunciados jurídicos con la práctica social (aplicación del Derecho).

En ambos sentidos, la teoría general del Derecho es una ciencia filosófico jurídica, es una parte de la Filosofía del derecho, y lo que esta ciencia realiza hoy es similar a lo que hizo Hegel en su Filosofía del derecho. Como prueba véanse los análisis que realiza en la primera parte de su tratado: "El derecho abstracto: la propiedad, el contrato, la injusticia", y en la tercera parte del mismo: "La eticidad", sobre todo en los capítulos de la sociedad civil (*verbigracia*, la administración de justicia) y del Estado (derecho político interno, derecho político externo). En todos esos lugares Hegel desarrolla una teoría general del sistema jurídico común a todos los Estados de su tiempo, articulado en torno a sus conceptos fundamentales.

Por otro lado, además de la dogmática jurídica hay actualmente otras ciencias que estudian el Derecho desde una perspectiva diferente, y entre ellas destaca la sociología jurídica. Aunque ésta tiene un menor desarrollo, a lo cual no es ajeno el hecho de que comparta áreas y métodos con otra ciencia distinta, como es la sociología general, también esta ciencia tiene como objeto el Derecho, pero desde el punto de vista de su relación con la sociedad. Su estatuto no está muy definido, pero al menos sabemos que la sociología del derecho no parte de los enunciados jurídicos (o leyes) para su interpretación y aplicación, sino que mira a los hechos sociales para ver como éstos influyen y son influidos por el ordenamiento jurídico de un Estado, y cuestiones parecidas⁵⁴⁰. También se realizan estudios del Derecho desde la perspectiva económica, trasladando los métodos y conceptos de esta ciencia a los temas jurídicos (análisis económico del Derecho). Desde perspectivas morales y políticas se siguen abordando también los temas clásicos del Derecho, *verbigracia*, la teoría de la justicia, la legitimidad del poder, la soberanía política. Todas estas ciencias, teorías y problemáticas cubren un aspecto esencial de la realidad jurídica, que es su relación con el entorno social en el que el Derecho interviene.

Pero este sector científico carece de un orden como el que tienen la dogmática jurídica y la teoría general del Derecho. Todas estas investigaciones

⁵⁴⁰ Cfr. Luhmann, Niklas, *A sociological theory of law*, *op. cit.*, nota 538, p. 11, donde expone los temas de la sociología del Derecho clásica. Su propuesta es que esta ciencia debe tratar básicamente del Derecho como estructura de un sistema social.

parciales deberían ser unificadas desde la Filosofía del derecho a través de una teoría general que trate los aspectos comunes a todos, o, a la mayoría, de los ordenamientos jurídicos en relación con sus respectivas sociedades y Estados. Esta teoría general podría llamarse teoría social del Derecho o teoría jurídico social, englobando bajo esta denominación el estudio de las múltiples relaciones entre el derecho y la sociedad, donde ocuparían un lugar preeminente los hechos políticos y, en segundo lugar, los hechos morales, económicos y todos los pertenecientes a las distintas esferas de la vida social. Mientras estas ciencias operan en general con métodos de observación empírica y análisis conceptual, la teoría jurídica social se encargaría de unificar dichas investigaciones desde el lado del derecho y elaborando una red de conceptos básicos para la comprensión de la interrelación señalada (entre el derecho y la sociedad en general)⁵⁴¹. Esta segunda tarea también la desarrolla Hegel en su Filosofía del derecho.

De acuerdo con el método dialéctico, Hegel no separa los aspectos formales y materiales del Derecho, o la estructura del sistema jurídico y el contenido real, o la existencia de normas por un lado y de conductas por otro. Esta separación le habría llevado a hacer una filosofía del derecho dividida en dos partes: Una teoría general del sistema jurídico y una teoría general de su relación con la sociedad. En lugar de eso, Hegel contempla el Derecho como un concepto que es primero abstracto y que a partir de ahí se va haciendo concreto, es decir, se va realizando progresivamente. Este desarrollo o realización del concepto del Derecho consiste en pasar de ser una pura forma a ser una forma que va llenándose de contenidos en la vida social. Su libro expone con todo detalle esta realización social del Derecho a partir de su concepto de derecho abstracto. Allí vemos cómo el Derecho se realiza: Primero, en las relaciones exteriores puras de un sujeto con otro (propiedad, contrato, injusticia); segundo, en la autoconciencia del individuo que ha asumido esas relaciones y las ha

⁵⁴¹ Rafael Hernández Marín distingue entre una "filosofía del derecho en sentido estricto", que es la Teoría general del derecho y de la ciencia jurídica, y una "filosofía socio-jurídica", que trata del derecho en relación con la sociedad; pero no establece la unidad de ambas como partes de una misma disciplina. Al respecto afirma que ambas "caminan separadas, cada una por su lado". Cfr. Hernández Marín, Rafael, "Concepto de la Filosofía del Derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid (España), 1993, Núm. X, p. 175. Más tarde llama a esta segunda materia con el nombre de "filosofía del derecho socio-política" y dice que debe quedar relegada a una posición secundaria respecto de la teoría general del Derecho. Hernández Marín, Rafael, *Dos lecciones de Filosofía del Derecho*, Murcia (España), Ed., DM, 1996, p. 15.

interiorizado en su mente, atribuyéndoles un sentido moral (propósito, intención, bien y conciencia moral); tercero, en la formación de grupos sociales, regidos por costumbres, que son normas jurídicas interiorizadas también como morales y que se expresan en forma de leyes; estos grupos son, progresivamente, la familia, la sociedad civil, que incluye las corporaciones, y el Estado, culminando con las relaciones entre Estados, que constituye la historia universal.

Se pueden localizar las diversas ramas del Derecho en cada una de estos sectores de la vida social en los que aquéllas se realizan preferentemente: El derecho civil, según sus contenidos, afecta a la familia y a la sociedad civil; el derecho mercantil se desarrolla en la sociedad civil; el derecho penal y procesal afecta a estas dos partes y también al Estado; el derecho constitucional, administrativo, financiero, se extienden desde el Estado a todas las partes de la sociedad; el derecho internacional afecta sobre todo a las relaciones entre Estados.

Por otro lado, el Derecho, según Hegel, está presente como costumbre (jurídica y moral) en todos los rincones de las sociedades humanas; pero estas costumbres se manifiestan externamente en forma de leyes. La legislación, el derecho positivo, es la publicación del Derecho, que antes podía preexistir o no como costumbre. Pero como la publicidad es un requisito esencial del Derecho, la posición final de Hegel es que sólo es Derecho el derecho positivo, es decir, el que es promulgado y publicado. De aquí, su defensa a ultranza de la necesidad de codificar el derecho consuetudinario⁵⁴². Empero, el concepto de Derecho no se agota en esta simple determinación de ser derecho positivo. La riqueza del Derecho se manifiesta en los múltiples avatares de su desarrollo real, bajo la forma de las leyes y de la realización de las mismas a través del tiempo y el espacio en las diversas sociedades.

⁵⁴² "Lo que el derecho es en sí está puesto en su existencia objetiva, es decir, determinado para la conciencia por medio del pensamiento y conocido como lo que es justo y tiene validez: es la ley. Por esta determinación el derecho es derecho positivo. (...). Por el hecho de que se reúnan y escriban las leyes vigentes de una nación, no dejan de ser su costumbre". Hegel, G.W.F., *Principios de la Filosofía del Derecho*, op. cit., nota 515, pp. 248-249.

9.3.3. Conclusión

Con las anteriores observaciones hemos tratado de responder la pregunta por la actualidad y utilidad de la Filosofía del derecho de Hegel. Hemos visto, que los temas fundamentales que estudia (el Derecho, la moralidad, y la eticidad), están conectados dialécticamente. Por lo que, para terminar el presente epígrafe, haremos una síntesis de la doctrina iusfilosófica hegeliana, que nos lleva a las siguientes consideraciones:

- 1) En sus escritos sobre filosofía jurídica, Hegel supera definitivamente los planteamientos unilaterales de las doctrinas del derecho natural y la propia concepción iusnaturalista, que separaba el derecho natural del derecho positivo y exigía que éste se adecuase plenamente a aquél. Su crítica al empirismo y al formalismo de aquellas doctrinas vale también para las posiciones contemporáneas del derecho natural y del positivismo jurídico, respectivamente.
- 2) El concepto del Derecho no se puede reducir sólo a principios extraídos de una situación humana concreta y elevados al plano de lo general, como hacen las doctrinas del derecho natural; ni tampoco a principios puramente formales de carácter ideal, como el concepto de deber ser o el de coerción, sin ningún contenido factual social, como hace el positivismo⁵⁴³.
- 3) La filosofía jurídica de Hegel abarca todo el dominio que corresponde actualmente, a la Filosofía del derecho y, además, en su tratado del mismo nombre lo hace de una manera sistemática, manteniendo el equilibrio entre las dos grandes áreas de estudio de esta disciplina. Una Filosofía del derecho actual se compone de dos partes complementarias: La teoría general del Derecho (incluida la epistemología jurídica), y la teoría social del Derecho (que incluye ética y política jurídicas, entre otros temas). En la obra de Hegel estas dos partes se hallan entrelazadas dialécticamente, como aspectos de una realidad común, el Derecho.

⁵⁴³ Ibidem, pp. 28-29.

- 4) El cambio profundo ocurrido desde la época de Hegel hasta nuestros días tanto en el ámbito social (codificaciones, dominio absoluto de la legislación, hiperdesarrollo de los entes estatales y supraestatales), como en el de las ciencias y la filosofía (dominio absoluto del saber científico, desaparición de la metafísica), hacen inviable una actualización de la Filosofía del derecho de Hegel en sus mismos términos, es decir, como sistema equilibrado, cerrado y con su mismo método.
- 5) La filosofía del Derecho actual debe abarcar el mismo contenido, pero se impone la división de la disciplina en las dos partes citadas, que deben operar cada una con el método científico adecuado a sus propios objetos.

La teoría general del Derecho ha experimentado un amplio desarrollo en nuestros días, aunque la metodología empleada por los distintos autores difiere excesivamente. Se impone, entonces, concebir esta parte como una ciencia interpretativa general de las normas jurídicas, lo cual significa que el Derecho es sólo la letra de los enunciados jurídicos, pero además, como la letra requiere interpretación, el Derecho es también la interpretación de dichos enunciados, con las consecuencias que se derivan de ahí respecto a su aplicación a la realidad social. Por tanto, el método empleado por la teoría general del Derecho es eminentemente de naturaleza lingüística, incorporando todas las técnicas disponibles en este campo.

La teoría social del Derecho ha tenido un desarrollo menor y, sobre todo, desigual por parte de los cultivadores de la filosofía del Derecho. Las investigaciones en este campo provienen de áreas científicas y filosóficas colindantes, como la sociología, la filosofía, la teoría, o, ciencia política, y la ética. Este campo debe ser asumido también como propio por los juristas y ser desarrollado con una metodología adecuada, que combine técnicas de inducción y análisis propias de las ciencias sociales con las técnicas interpretativas propias de la Ciencia jurídica. Una teoría social del Derecho sólo puede construirse desde el propio desarrollo de las ciencias socio-jurídicas que operan en ese sector y, en primer lugar, de la sociología jurídica.

9.4. Perspectiva científica

9.4.1. Lugar sistemático y delimitación

El sistema jurídico es un sistema complejo, abierto y cambiante. Los cambios de valoraciones que se producen en la dinámica social hacen que esté en permanente revisión interna. Esta afirmación provoca discusión y resucita cuestiones largamente tratadas por juristas y plantea otras nuevas, cuya resolución viene a contestar a qué debe responder la certeza del Derecho, actualmente. Si requiere un tratamiento específico y en tal caso, cómo ha de configurarse. Además, cuando existe cierta unanimidad en afirmar que la ignorancia legis no constituye una figura distinta a la opacidad. En realidad pronunciarse sobre todos aquéllos planteamientos implica adoptar una posición sobre la naturaleza y la función que en los ordenamientos se asigna a la certeza del Derecho. De esto derivan varias situaciones:

1. La actitud de legislador, que pretende regular esta materia propiamente hacia la publicidad de las normas, pero su precisión en el ámbito jurídico responde a otras razones.
2. La actitud de los destinatarios de las normas jurídicas, que eluden su responsabilidad expresando conductas en subculturas jurídicas específicas (positivas y negativas) conectadas con el sistema social.
3. La cultura jurídica de los especialistas del Derecho que carecen de competencia y formación, y que desempeñan una función institucionalizada, independiente y de alta responsabilidad social. Éstas premisas inciden en los sujetos jurídicos, plantean el problema del establecimiento de modelos, *verbigracia*, de hombre, de sociedad, de racionalidad. Asimismo, niveles de disparidad del Derecho, porque no se asume, se crítica, se ignora o no se comprende.

La perspectiva científica aporta una especial aptitud, para auscultar los fenómenos y hechos sociales, habilita a estudiar y comprobar personalmente las dificultades de aplicación práctica de las leyes y la inocuidad de las que fueron

excesivamente idealistas, sin base en la realidad social, o bien, el inesperado sesgo grave de sus consecuencias.

Después de madura reflexión y de contrastar, en cuanto ha sido posible, lo que es el sistema normativo jurídico, lo que es la certeza del Derecho, y la determinación del presupuesto de transparencia que hemos dejado consignado en este trabajo, procederá indicar las influencias señaladas por la doctrina jurídica en la configuración de la ciencia del Derecho. El examen de esta situación muestra al menos dos contraposiciones: 1) La contraposición del Derecho a la ley, aun en el ámbito de un sistema positivo; 2) La contraposición entre legalidad y adhesión al Derecho.

Aspectos del pensamiento moderno que inciden en la certeza, en el conocimiento; es decir, el Derecho introduce con su norma la certeza de la vida social, garantizando la calificación de los comportamientos posibles. Según Georges Kalinowski, estos postulados se manifiestan en el derecho positivo:

Para el filósofo polaco, el derecho positivo propiamente dicho es el resultado, no de una mera creación mental, sino de la percepción de la racionalidad de una conducta social, habida cuenta de ciertas circunstancias de tiempo, lugar e historia; para él, <<es también conocer el constatar que tales o cuales reglas de conducta son necesarias, teniendo en consideración las circunstancias históricas en medio de las cuales conviene dictarlas, para el bien común de tal o cual sociedad⁵⁴⁴.

En este contexto, la falta de certeza significa ausencia de Derecho. La ciencia del Derecho es la más válida colaboración de la ley en la lucha por la certeza, tiende a eliminar la duda y el arbitrio, esta función de la Ciencia se hace posible mediante la construcción que ella hace del sistema, organizándolo científicamente.

Inferido a través de la indagación del valor de la certeza de la norma, el valor y el fundamento ético del Estado. Resulta necesario aclarar cómo puede justificarse en la realidad, frente a la exigencia de justicia, la exigencia de la certeza. En efecto, para la conciencia común y para la experiencia que se abandona inmediatamente a la realidad y reacciona con instantáneo acto de sentimiento a la fenomenología, la

⁵⁴⁴ Massini, Carlos Ignacio, "Una contribución contemporánea a la filosofía de la ley: Las investigaciones de Georges Kalinowski", *Persona y Derecho, Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, op. cit., nota 71, p. 117.

exigencia que preside idealmente a la actuación de los órganos del Estado, más aún, a la creación del Derecho, es exclusivamente la de justicia.

En el ámbito de las funciones del Estado, el Poder ejecutivo es el poder *operativo* en cuanto capacidad de actuar en la capa conjuntiva. Es decir, operar en el ámbito de la capa conjuntiva, es tanto poder aproximar a sujetos o bienes (reunirlos en asamblea, convocar a los ciudadanos, retribuirlos), como separar a los ciudadanos entre sí (disolver asambleas, disociar, por exacciones, ciudadanos y bienes). Operar es poder de obligar (poder coercitivo) a los ciudadanos según unas rutas y no otras; incluso cancelar a un ciudadano ejecutando una sentencia de muerte. La ejecución de una sentencia es un ejercicio del Poder ejecutivo, porque aunque emane del Poder judicial ella quedaría sin efecto si el poder ejecutivo no la hace cumplir. La morfología del Poder ejecutivo, actuando en la capa conjuntiva, toma figuras muy heterogéneas dependientes del nivel tecnológico, histórico y social. Pero éstas mantienen siempre ciertos hilos constantes; *verbigracia*, una organización policiaca como brazo ejecutor del poder operativo en su capa interior o conjuntiva.

El Poder legislativo es el poder *estructurativo* en cuanto capacidad de actuar en la capa conjuntiva. El poder estructurativo, dentro de la capa conjuntiva, es la capacidad de establecer relaciones normativas estables, regulares, en la perspectiva de la eutaxia (relación circular) entre los términos (individuos o grupos). Son las leyes, a las que nos referimos aquí son las leyes pensadas desde la perspectiva política, fundamentalmente las leyes constitucionales. Las constituciones se establecen una vez que las normas de primer orden están ya dadas; y aunque aquéllas tengan la pretensión de ser una axiomatización de las leyes empíricas esta pretensión no se logra plenamente.

El Poder judicial es el poder *determinativo* aplicado al tejido conjuntivo de la sociedad política, en cuanto poder clasificador (sujetos operatorios) dados en el marco de las clases asociadas a las relaciones. La censura, que la república romana instituyó en el año 416 a.C., podría ser un ejemplo clásico de poder determinativo: El censor no tiene imperium (poder ejecutivo) pero tiene que clasificar a los individuos en ciudadanos y no ciudadanos; a los ciudadanos en categorías fiscales o militares. La capacidad que las mayorías tienen en las democracias parlamentarias para derribar gobiernos o elegirlos (capacidad que también podría estar detentada por minorías, por

el mecanismo del golpe de Estado), podría considerarse conceptualmente como un ejercicio del Poder judicial; el pueblo actúa aquí no como legislador ni como ejecutor sino como jurado.

Se ha dicho que el derecho es norma técnica y se ha creído luego integrar esa doctrina, concibiendo el derecho como norma técnica para la disciplina de la juridicidad, entendida esta última como *juridicidad natural*. Y es verdad que el derecho es una técnica, pero no en el sentido indicado: es la técnica de la acción porque lleva la acción al mundo social, porque revela la acción en lo que es para el mundo social y para sí misma.

Se ha dicho también agudamente que en la certeza del derecho está su equidad, y es una intuición que debe tomarse en cuenta; pero verdaderamente en la certeza del derecho hay que ver más bien su carácter técnico, esto es, su correspondencia al fin, o sea el medio para plegar la acción a que se presente en su universalidad y en su verdad⁵⁴⁵.

En este contexto, para situar la tesis que propongo mediante el esquema de un silogismo, para que sea dable y posible, es preciso que el fenómeno jurídico sea examinado en el nivel teórico (propio de toda relación de conocimiento) sobre la experiencia jurídica concreta. En este punto, el análisis del lenguaje general, y en la especie; el lenguaje jurídico, representa el criterio que distingue la tarea de las ciencias en el conocimiento en sus distintas categorías: Teóricas, normativas y aplicadas o técnicas. Existe prioridad epistemológica en las distintas disciplinas teóricas respecto de las normativas y prácticas, cuestión que no es fácil deslindar, en forma precisa, sus respectivas órbitas de vigencia. Hay algo que conviene aclarar en relación con el intento clasificatorio del modelo adoptado; es decir, que el fin perseguido por la tarea de conocimiento es siempre el mismo. Este aspecto debe presentarse en los operadores jurídicos, especialmente, en los ámbitos: Operativo, estructurativo y determinativo. El siguiente modelo pretende explicarlo:

⁵⁴⁵ Véase, López de Oñate, Flavio, *La certeza del derecho*, op. cit., nota 8, p. 181.

PLANOS Y NIVELES DEL LENGUAJE				
GENERAL		INVESTIGACION FILOSOFICA DEL LENGUAJE JURIDICO		
PLANOS	OBJETO	NIVELES	OBJETO	VINCULACION
SINTAXIS	El estudio de la estructura formal del lenguaje por medio del análisis lógico-lingüístico	TEORIA DEL DERECHO	Análisis lógico-formal de las proposiciones jurídicas	<ul style="list-style-type: none"> • Teoría del sistema jurídico • Teoría de las reglas jurídicas • Teoría de la reconstrucción hermenéutica de las reglas: proposiciones deónticas.
SEMANTICA	Averiguar el sentido de las proposiciones	TEORIA DE LA DOGMATICA JURIDICA	Investigación de los contenidos de las proposiciones jurídicas, en cuanto configuran el orden jurídico determinado	<ul style="list-style-type: none"> • Teoría de la interpretación dogmática • Teoría de la sistematización jurídica • Teoría de la justicia intrasistemática • Lógica hermenéutica: lógica argumentativa de la decisión.
PRAGMATICA	Investigar el uso de las preferencias (pronunciaciones) lingüísticas	TEORIA DE LA DECISION JURIDICA	Indagación del lenguaje utilizado en el proceso de decisión	<ul style="list-style-type: none"> • Teoría de la Técnica jurídica • Teoría de los valores • Teoría de la Justicia • Lógica de la argumentación jurídica • Lógica retórica

La tarea de la decisión es propia de los juristas situados en el proceso de creación y aplicación del Derecho. Es una tarea propiamente técnica, si por tal se entiende la aplicación de lo ya creado a la realidad. La teoría de la decisión jurídica es una teoría de la técnica jurídica. Se presenta el problema de la confusión con la función propia de la dogmática, estadio en que no son conscientes de ordinario los autores⁵⁴⁶.

En primer término, la decisión puede ser extrasistemática e intrasistemática. La primera, es el objeto del poder constituyente. La segunda, es el objeto de los órganos

⁵⁴⁶ "Se ha producido, pues, una grave confusión entre la técnica como saber y la técnica como hacer, confusión que del nivel lingüístico se trasladó al nivel de las significaciones; el saber es una actividad teórica, propia de la razón pura, para utilizar la terminología Kantiana; mientras que el hacer es un acto de la razón práctica, o lo que es lo mismo, una intervención efectiva de la voluntad que tiende a la consecución de un objetivo concreto". Cfr. Delgado Ocando, José Manuel, "Arte y ciencia del Derecho", Revista del Colegio de Abogados del Estado de Zulia, Maracaibo (Venezuela), Enero 1953-Diciembre 1958, Año XVIII, Núm. 123, p. 12.

del orden jurídico (legislador, juez, funcionario), y de los ciudadanos en el ejercicio de principio de la autonomía de la voluntad. Lo que implica un procedimiento y, por consiguiente, está vinculada a la teoría del procedimiento. Para concretar lo anterior, proponemos el siguiente esquema:

TEORIA DE LA DECISION JURIDICA O TEORIA DE LA TECNICA JURIDICA				
DECISION	CREACION DEL DERECHO	Extrasistemática	1. Poder Constituyente	1. Legislador originario
	Vinculo con la Teoría del Procedimiento	Intrasistemática	1. Organos del orden jurídico	1. Legislador 2. Juez 3. Funcionario
	APLICACION DEL DERECHO		2. Ciudadanos	Principio de autonomía de la voluntad

El sentido y alcance de la técnica como saber no puede esclarecerse sino sobre la base de una connotación real de la perspectiva que representa, por una parte, y por otra, de la posibilidad de insertarla en el universo de valores válidos para el momento en que se practica la connotación. Por eso la temporalidad efectiva, en doble sentido, la persistencia de la norma; en cuanto conexión prospectiva de ésta con la conducta normada, porque la norma es un proyecto de ajuste entre la voluntad real y la voluntad prescrita; en cuanto acuerdo efectivo, porque la realización del proyecto en el que consiste la norma exige la connotación real de su sentido. Hemos afirmado que construir el Derecho no es legislarlo, esto implica, un análisis de elaboración creadora.

El proceso de creación o producción del orden jurídico positivo va desde el acto constituyente, a través de la Constitución, de las leyes, de los reglamentos, hasta la norma individualizada en la sentencia judicial o en la decisión administrativa, sin solución de continuidad.

Lo que equivocadamente se llamó "aplicación del derecho", no es algo que le sobrevenga a una norma después de haber sido emitida, antes bien, es una parte integrante del Derecho mismo el cual se hace patente a través de la individualización por los órganos jurisdiccionales. Es una parte tan necesaria del Derecho tan sólo en la medida en que hemos aprendido el modo cómo opera y cuáles son los efectos que

produce en las realidades humanas existentes. Una norma jurídica es lo que ella hace, si no opera real y efectivamente, no puede ser llamada Derecho, ya que, se reduce a letra muerta, o, a voces en el desierto. En este sentido es correcto hablar de técnica científica⁵⁴⁷.

Ahora bien, el aspecto operativo, estructural y determinativo, en que la decisión jurídica se manifiesta, está determinado en un sistema jurídico formal, real o ideal, constituido por elementos de los cuales sólo pueden inferirse aproximaciones, según el lenguaje normal del Derecho:

LENGUAJE DE DECISION JURIDICA O LENGUAJE NORMAL DEL DERECHO			
Tipo	Quiénes	Cómo	Función
1. Lenguaje del legislador	<ul style="list-style-type: none"> • Constituyente • Ordinario 	Es el lenguaje de la decisión abstracta y general, dirigida a ordenar el Estado como una totalidad armónica. Es el objeto de la teoría de la legislación	Creación del Derecho
2. Lenguaje de los órganos jurisdiccionales y administrativos	<ul style="list-style-type: none"> • Juez • Funcionario 	Es lenguaje de la decisión concreta, dirigida a particularizar el contenido de la decisión abstracta, poniéndola en contacto con la vida real. Es el objeto de la teoría de la decisión	
3. Lenguaje de las partes en los procesos de decisión	<ul style="list-style-type: none"> • Abogado • Ministerio Público • Partidos Políticos 	Este lenguaje no crea la decisión, aunque ayuda a ella representando una de las partes, un punto de vista dentro del diálogo que constituye el proceso. Su objeto es convencer	Coadyuvante de decisión
Lenguaje paradigmático	<ul style="list-style-type: none"> • Legislador • Juez • Abogado 		

En estas condiciones, la tarea del jurista se vincula con la tradición, ésta transmite nuestro oficio, es una tarea que consiste en el análisis del contenido de los textos legales (conocemos y aplicamos), esto exige la conexión texto/interprete, el

⁵⁴⁷ "Lo que el logos de lo humano o lógica de lo razonable enseñará mejor al jurista es a conocer auténticamente cuál es el orden jurídico positivo, qué es lo que el orden jurídico quiere respecto de una determinada situación, así como lo enseñará también cuál es la función, aunque limitada, importantísima, que le corresponde al órgano jurisdiccional en la elaboración de ese orden jurídico positivo, a saber en la elaboración de las normas individualizadas o concretas de la sentencia y de la resolución administrativa. Le enseñará a interpretar mejor, diríamos en términos metafóricos, la auténtica voluntad del orden jurídico positivo en referencia con cada uno de los casos concretos o singulares sometidos a su conocimiento". Recaséns Siches, Luis, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica "razonable"*, op. cit., nota 89, pp. 529-540.

hacer compatible la historia y la dogmática. El hacer y ejercer el Derecho implica la consciencia de lo sistemático (enlace de datos normativos con distinciones); empero, esto ya no basta, el jurista debe ser multi e interdisciplinario. Por lo tanto, existen problemas metodológicos, porque las normas jurídicas exigen operaciones que están más allá del Derecho (extrajurídicos), el jurista se ve forzado a conocer otras realidades pragmáticas; por ello, su buen sentido debe apelar a encontrar y hacer un Derecho que no esté alejado de la realidad social.

Ya hemos visto en el epígrafe 2.5 que el Derecho se presenta a través de un complejo conceptual abstracto, frecuentemente, mediado por consideraciones indiferentes a cualquier clase de compromiso ético. La teoría de sistemas propone el análisis estructural del sistema jurídico⁵⁴⁸, y las relaciones fundamentales de las disposiciones jurídicas en sus momentos de creación (estructura genética) y sus efectos mientras éstas existen (estructura operativa). Asimismo, en el epígrafe 3.3 que en el marco de los sistemas normativos, el Derecho, posee un tipo de orden sistemático; la sistematización u ordenación de las disposiciones jurídicas es tradicionalmente considerada como una tarea importante, que compete tanto al legislador como al científico. El Derecho en cuanto sistema de normas, debe adecuarse a ciertas pautas de racionalidad; la coherencia interna de las normas jurídicas, así como su compatibilidad mutua, son exigencias básicas del mismo.

9.4.2. Fundamentos teóricos

Aclarado lo anterior, podemos afirmar que dar respuesta al problema principal que se sustenta a cerca de la certeza del Derecho, implica adicionar algunos fundamentos teóricos⁵⁴⁹, partiendo de unos principios previos y superiores dentro de la construcción filosófica sistemática antecedente, de modo que el estudio de esta zona de deliberación y argumentación razonables constituye un apartado de las teorías filosóficas de John Austin (Austin), H.L.A. Hart (Hart), y Jürgen Habermas (Habermas), relacionados y necesarios al concepto de sistema jurídico.

⁵⁴⁸ Cfr. Raz, Joseph, *El concepto de sistema jurídico*, op. cit., nota 38, p. 221.

⁵⁴⁹ Cfr. Aarnio, Aulis, "El significado del elemento teórico en la investigación jurídica", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Buenos Aires (Argentina), Ed., Abeledo-Perrot, 1982, pp. 223-240.

Para los efectos mencionados, el análisis de la teoría del sistema jurídico de John Austin, implica división sistemática en cuatro apartados que son: 1) Soberanía; 2) Criterio de Existencia; 3) Criterio de Identidad; 4) Estructura de un sistema jurídico. Austin define "disposición jurídica" como mandato general de un soberano dirigido a sus súbditos. Desglosando la definición en: Un mandato general (emitido por una persona establecida o dada); él es un soberano (que es habitualmente obedecido por una cierta comunidad y no presta obediencia habitual a ninguno). De la segunda parte de la definición que es (emitido por alguna persona), se puede derivar un criterio de identidad, así como un criterio de membresía:

1. *Criterio de identidad:* un sistema jurídico contiene todas y solo las disposiciones jurídicas por una persona (o cuerpo de personas).
2. *Criterio de membresía:* Una disposición jurídica pertenece al sistema jurídico que contiene disposiciones jurídicas emitidas por el legislador que produjo tal disposición. Esta es la respuesta de Austin al problema de identidad.
3. *Criterio de existencia:* 1) Un sistema jurídico existe si el legislador común de sus disposiciones es un soberano. Por lo tanto, 2) un sistema jurídico existe si este es generalmente eficaz. La transición de 1 y 2 es garantizada por el hecho de que una persona es soberano únicamente si es habitualmente obedecido, y es habitualmente obedecido, sí, y solo sí, sus mandatos son generalmente obedecidos.

Austin nunca abordó el problema directamente pero dijo suficiente sobre el significado del término mandato general para permitimos reconstruir una doctrina rudimentaria de las disposiciones jurídicas (demuestra que su teoría es virtualmente un subproducto de la definición de disposición jurídica). Tanto la teoría como su definición presuponen la aplicabilidad de un concepto: El de soberanía.

El concepto de soberanía lo retoma Austin de su maestro Bentham, y dice "Si un determinado superior humano, que no se encuentra en hábito de obediencia hacia otro superior semejante, recibe obediencia habitual, del grueso de una sociedad dada, tal superior determinado es soberano en esa sociedad y la sociedad (incluyendo al superior) es una sociedad política e independiente". De esto se desprenden dos importantes innovaciones introducidas por Bentham y, adoptadas por Austin:

1. La soberanía no se deriva ni se explica en referencia con la moral o con principios morales. La soberanía se basa exclusivamente en el hecho social del hábito de obediencia;
2. Los conceptos de hábito de obediencia y de obediencia personal, se convierten en conceptos claves en el análisis.

La teoría de la soberanía de Austin presenta argumentos un tanto diferentes a los de Bentham que radican en lo siguiente: Primero, Austin incluye en su definición dos condiciones, una positiva (el grueso de la población habitualmente obedece al soberano) y una negativa (el soberano no está en hábito de obedecer a nadie); segundo, Bentham menciona solo la condición positiva.

Lo relevante es que la condición negativa determina la independencia de una sociedad política, es decir, propone que la soberanía del soberano tiene cuatro atributos: 1) *No subordinada*: El poder legislativo soberano no puede ser conferido por una disposición jurídica y éste poder legislativo no puede ser revocado jurídicamente; 2) *Limitada*: El poder legislativo soberano es jurídicamente ilimitado, es el poder para legislar cualquier disposición jurídica cualquiera que sea esta y el soberano no puede ser sometido a deberes jurídicos en el ejercicio de su poder legislativo; 3) *Única*: para todo sistema jurídico hay uno y solo un poder legislativo no subordinado e ilimitado; 4) *Unitaria*: Ese poder legislativo se encuentra en las manos de una persona, o, de un cuerpo de personas.

Respecto a la soberanía de Bentham es ciertamente no subordinada o única, pero nunca dijo que la soberanía fuera ilimitada o unitaria. En el concepto propuesto de soberanía el soberano puede ser limitado. Al parecer nunca esclareció la cuestión entre limitaciones jurídicas y limitaciones de facto de soberanía. Existe confusión en cuanto a los conceptos de Bentham respecto a que concibe una soberanía dividida y después la posibilidad de una soberanía limitada. Es decir, no tiene una explicación de la soberanía dividida; empero, pensó que la soberanía era divisible y limitable. No obstante, Austin como primer jurista analítico propuso una respuesta a los problemas de identidad y de existencia, y con ello, contribuyó a la teoría del sistema jurídico.

Sobre el criterio de *existencia*, Austin afirma que un sistema jurídico existe si sus disposiciones jurídicas existen. El criterio de existencia de Austin no se basa únicamente en el principio de eficacia, insiste también en la superioridad e

independencia del legislador supremo, pero la eficacia del sistema es relevante sólo en tanto que contribuye a la obediencia personal de la población hacia el legislador supremo⁵⁵⁰.

Respeto, al criterio de *identidad*, el soberano según Austin, es el legislador directo o indirecto de todas las disposiciones jurídicas en un sistema. Los criterios de membresía y de identidad propuestos son una variante del llamado principio de origen, según el cual, la membresía de las disposiciones jurídicas en un sistema y la identidad del sistema son completamente determinados por el origen de las disposiciones jurídicas, por lo que este principio tiene tres rasgos característicos:

1. El origen de toda disposición jurídica incluye un acto de legislación; esto es, una conducta deliberada que expresa un deseo de que algunas personas se comporten de cierta forma;
2. El origen último de toda disposición jurídica, es un acto legislativo de una misma persona o cuerpo de personas;
3. La existencia continua de la fuente última es una condición necesaria para la existencia de las disposiciones jurídicas del sistema.

El criterio de identidad se base en el principio de origen legislativo y asume que todas las disposiciones jurídicas del sistema tienen, únicamente, una fuente última persistente. En este contexto, la legislación directa del soberano consiste en concebir el deseo de que algunas personas se comporten en cierta forma y la intención de causarles algún daño o pena si ellos no se comportan de esta manera; expresar el deseo y la intención (inclusive en la legislación delegada).

Severas críticas han sido realizadas a la teoría de Austin, porque no desarrolló en detalle el tópico sobre la estructura de un sistema jurídico, lo que, se infiere que para Austin una teoría de un sistema jurídico se basa en el principio de independencia si, conforme a él, no existe ninguna necesidad lógica para que un sistema jurídico tenga una estructura interna.

⁵⁵⁰ Propone varios criterios para su existencia respecto del cumplimiento de deberes y el ejercicio de facultades: 1) Su legislador supremo es habitualmente obedecido, es decir, las disposiciones jurídicas del sistema son en general eficaces; 2) su legislador supremo no obedece habitualmente a nadie; 3) su legislador supremo es superior a los sujetos de cada una de sus disposiciones jurídicas en relación con la sanción de tal disposición; 4) que todas las disposiciones jurídicas del sistema sean efectivamente legisladas y sean legisladas, en última instancia, por una persona o grupo de personas.

Por otra parte, H.L.A. Hart, pretende encontrar y exponer los elementos que conforman la estructura de un sistema jurídico. El Derecho tiene mecanismos individualizados de imposición de conductas (técnica de generalidad). Pero no sólo funciona así. Al respecto, los elementos⁵⁵¹ propuestos por Hart, para la reconstrucción del sistema jurídico son:

1. Generalidad de las normas;
2. Perdurabilidad de las normas;
3. La regla de reconocimiento;
4. Limitación a la creación de normas;
5. Ordenación jerárquica de las normas;
6. Recapitulación.

La *generalidad de las normas*, en lo que respecta a la conducta que se pretende imponer, como lo que se refiere a los sujetos de quienes se espera realicen tal conducta. La *perdurabilidad de las normas*, es decir, la permanencia de sus mandatos en el tiempo (obediencia generalizada de sus mandatos), esto permite que sus destinatarios puedan conocer qué conductas han de seguir para cumplir con lo dispuesto por las mismas. A través de este conocimiento en un segundo momento, podrá generarse una creencia generalizada de que los males o sanciones contenidas en las normas serán aplicados en caso de que se contraríen los imperativos de las mismas. La *regla de reconocimiento*, consiste en la existencia de una creencia generalizada por parte de los destinatarios de las normas de que, si no se actúa conforme a lo dispuesto en la orden concreta de que se trate, se cumplirá la amenaza y, por tanto, se infringirá el mal o sanción prevista. Es decir, se concibe como "una práctica compleja, pero normalmente concordante de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el Derecho por referencia a ciertos criterios"⁵⁵². Se sustenta en la idea de hábito general de obediencia (teoría imperativista de Austin), o en las dificultades señaladas por Hart a esta teoría, respaldas; *verbigracia*, en el tipo de normas que contienen estipulaciones difícilmente asumibles por amplios sectores de la población. Otro inconveniente, es que en toda sociedad se producirá tarde o temprano, pero necesariamente en todo caso, un cambio respecto de los sujetos creadores de

⁵⁵¹ Escudero Alday, Rafael, *Positivismo y Moral Interna del Derecho*, op. cit., nota 33, p. 41.

⁵⁵² Cfr. Hart, Herbert Lionel Adolphus, *El concepto de Derecho*, op. cit., nota 133, p. 137.

las normas (empezarán a dictar normas en cuanto tengan tal facultad, puesto que la complejidad de la organización de las sociedades, no permite vacíos temporales de regulación normativa). De acuerdo con la teoría de John Austin, hasta que no se produzca y constate una obediencia habitual a las órdenes emanadas de este sujeto por parte de los destinatarios de las mismas, no se estará en presencia de un sistema jurídico, y tales órdenes, no serán Derecho. Al no haber hábito de obediencia, atributo del que obviamente no puede gozar un sujeto que acaba de acceder al poder de dictar normas, no hay sistema jurídico.

En opinión de Hart, esta hipótesis es insatisfactoria, no se ajusta fielmente a lo que es un sistema jurídico, a su dinámica de funcionamiento, puesto que los sistemas para evitar situaciones de indeterminación o indefinición, recogen normalmente la sucesión de los sujetos creadores de normas jurídicas, mediante el establecimiento de normas que contengan la sucesión del soberano, por este supuesto, es necesario acudir a otros tipos de normas.

Existen diversos factores, entre ellos: Falta de normatividad de los hábitos sociales, porque, del hecho de que se sigan generalmente, las órdenes de un sujeto, no cabe deducir, en ninguna medida que su sucesor tenga el derecho de dictar nuevas órdenes obligatorias para los sujetos. Para que pueda existir el Derecho, resulta necesario la existencia de la otra norma que, efectivamente, confiera a este nuevo soberano la potestad de dictar órdenes respaldadas por amenazas.

La realidad de los sistemas jurídicos muestra una cierta continuidad de sus normas, con independencia de si el sujeto u órgano concreto que las dictó sigue existiendo, o, por el contrario, fue sustituido por otro. Así, el cambio de las normas no esta directamente relacionado con el sujeto que las dictó. Para Hart, la estructura de un sistema jurídico⁵⁵³ gira, no sobre un supuesto o pretendido hábito de obediencia a las órdenes del llamado soberano, sino *sobre una práctica de los sujetos integrantes del mismo*; práctica que consiste en la aceptación, en todo sistema, de una norma que

⁵⁵³ *Ibidem*, p. 83. "Hasta aquí hemos venido asumiendo de forma implícita que cada sistema jurídico tiene una y sólo una regla de reconocimiento (la cual suministra el criterio de identidad del sistema). Esta regla de reconocimiento puede, sin embargo, remitir a más de una fuente última; tal ocurre, por ejemplo, en relación con el sistema jurídico inglés, en el que tanto la legislación como el precedente constituyen fuentes del Derecho, sin que ninguna de ellas fundamente tal estatus en criterios de validez contenidos en la otra". Véase, Atienza, Manuel, Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona (España), Ed., Ariel, 1996, p. 160.

establece los criterios para identificar cuáles son las normas del grupo. Se trata de aceptar una norma que permite a los sujetos conocer las conductas que han de ser seguidas por ellos, si es que pretenden que su actuación sea conforme a las normas.

*Es una práctica de aceptación a una norma y no un hábito de obediencia*⁵⁵⁴.

Sólo un instrumento privilegiado como la citada *regla de reconocimiento* ofrece el cauce necesario para predecir, con alto grado de objetividad, cuándo un imperativo alcanzará el estatus de norma jurídica. Asimismo, otorga a una serie de sujetos u órganos la facultad de dictar normas; lo que significa, que establece las fuentes de producción normativa. Desde esta perspectiva, el criterio que unifica a todas las normas; es decir, el que transforma un conjunto de normas, en un sistema, es la regla de reconocimiento, que se manifiesta en el hecho de que la validez o carácter obligatorio, de todas ellas, puede ser reconducida, en última instancia, a aquélla.

Respecto, a la *limitación a la creación de normas*, el soberano (órgano o sujeto) con potestad creadora de normas es ciertamente ilimitada. Lo que de él emane alcanzará el carácter jurídico, y, como tal, habrá de ser obedecida por los sujetos, bajo la amenaza de la imposición de una sanción para el que no lo haga. En el sistema jurídico en los que el llamado Poder legislativo, al que deben someterse todos los restantes centros de producción de normas que pudieran existir en una determinada sociedad, se encuentra a su vez limitado en su actividad. Esto sucede en los sistemas de normas presididos por una Constitución, que es el cuerpo normativo que establece, entre otros aspectos, los requisitos que toda norma que pretenda ser jurídica debe respetar; requisitos que son igualmente aplicables, al Poder legislativo, por mucho que éste pueda ostentar una fuerte potestad creadora de normas en el interior de ese sistema. Pone de manifiesto la existencia de un sujeto que ostenta el supremo poder de dictar normas y las posibles limitaciones a ese poder. La Constitución marca las

⁵⁵⁴ Austin, propuso un hábito de obediencia por parte de los sujetos a las órdenes emanadas de otro sujeto, que recibe el nombre de soberano, en este caso la explicación debe hallarse en una práctica de los sujetos de aceptar y utilizar esta norma de identificación de las normas del sistema. Por otro lado, Hart propuso la práctica generalizada de los sujetos de aceptar la norma que dispone que ha de hacerse todo lo que emane de su voluntad (especifica lo que debe hacerse, tendrá el derecho o facultad de hacerlo, será generalmente aceptado que es correcto obedecerlo), dicha norma garantiza la continuidad de la producción normativa en un sistema.

pautas, con mayor o menor rigidez, las pautas para el desarrollo de su función, sin apartarse de ellas, en su actividad legislativa⁵⁵⁵.

En cuanto a la *ordenación jerárquica de las normas*; éstas otorgan competencias para crear normas de conducta a los poderes públicos (permiten la creación, derogación o aplicación de normas de conducta por parte de una serie de sujetos u órganos), una cierta potestad a los particulares par que éstos puedan llevar a cabo determinadas actividades. En este elemento destaca la característica de coherencia entre las normas de un sistema (imposibilidad de regular conductas de forma contraria o contradictoria entre sí, es decir, solucionar los casos de normas incompatibles entre sí). El reconocimiento de la necesidad de respetar el principio de no contradicción entre las normas del sistema. Debido a la existencia de órganos intermedios creadores y aplicadores del Derecho, es necesario el cumplimiento del principio de congruencia entre las normas y su aplicación. Lo anterior, significa que los órganos o sujetos aplicadores de normas están subordinados a lo dispuesto por aquéllos creadores de normas, de ahí que pueda predicarse una cierta relación de jerarquía, o subordinación, entre ellos.

La *recapitulación* en el sistema jurídico, ser refiere a los principios de legalidad, que se manifiestan en la necesidad de que se articule de tal forma que los sujetos puedan ordenar sus conductas sobre la base de sus normas, de manera que puedan, realmente cumplir su objetivo de regular las conductas o actividades de sus destinatarios. Esto exige que tales normas sean inteligibles, puedan ser obedecidas, por la mayor parte de los sujetos, y que, en circunstancias normales, no sean retroactivas.

En consecuencia, las ideas de Jürgen Habermas en su obra "Teoría de la acción comunicativa"⁵⁵⁶, sostiene que: 1) Los problemas filosóficos no pueden reducirse a la epistemología, es decir, al estudio de la razón; 2) El interés emancipatorio, en contra de lo que había sostenido antes, no puede reducirse a los otros dos intereses. Elabora una nueva teoría en la que vuelve a planteamientos de

⁵⁵⁵ Escudero Alday, Rafael, *Positivismo y Moral Interna del Derecho*, op. cit., nota 33, p. 123.

⁵⁵⁶ Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa. Racionalidad de la acción y racionalización social*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid (España), Ed., Taurus, 1987, Tomo I. Véase, Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa. Crítica de la razón funcionalista*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid (España), Ed., Taurus, Tomo II, 1987.

Immanuel Kant, pero considerando varios desarrollos del conocimiento del siglo XX, como la gramática generativa de Chomski, la psicología cognitiva de Piaget, y los estudios de Kohlberg como punto de referencia para interpretar a Kant. Lo que pretende demostrar con estos planteamientos es la posibilidad de una ciencia social crítica, a la vez que intenta realizar un análisis científico y crítico de la sociedad. Para Habermas la herencia de Kant se halla en lo que denomina *ciencias reconstructivas*, que son las que estudian la "gramática profunda" y las reglas del conocimiento preteórico. Estas ciencias reconstructivas tienen que diferenciarse de las ciencias analítico-empíricas, que suelen ser los paradigmas de las ciencias naturales contemporáneas.

Habermas considera reconstructivas la psicología cognitiva de Piaget, la gramática generativa de Chomski y la teoría de Kohlberg sobre las etapas del desarrollo moral. Distingue en estas ciencias reconstructivas el hecho de que estudian una realidad estructurada simbólicamente; además, son comprobables experimentalmente; pretende realizar una teoría de la acción comunicativa que se constituya en una ciencia reconstructiva, pero con una meta más ambiciosa que las de aquellas ya que su intención es "aislar, identificar y aclarar las condiciones que se requieren para la comunicación humana"; es decir, persigue una ciencia reconstructiva que domine a todas las demás y que por lo tanto investigue los presupuestos simbólicos de la comunicación humana en general.

A esta nueva ciencia reconstructiva le denomina pragmática universal, basándose en la distinción de la semiótica en: 1) Sintaxis: estudio de la relación de los signos entre sí; 2) Semántica: estudio de la relación entre los signos y su significado; 3) Pragmática: estudio de la relación de los signos con el hablante.

Lo primero que encuentra Habermas es el problema kantiano de la investigación trascendental sobre las condiciones universales del uso de la razón. La hipótesis de Kant de que estas condiciones son *a priori*, porque las generaba espontáneamente el entendimiento. Habermas rompe con esta tradición al afirmar que la investigación sobre las condiciones de racionalidad es empírica y está fundamentada en lo que denomina competencia comunicativa intersubjetiva, que

quiere decir algo como las facultades o posibilidades de comunicación entre los seres humanos⁵⁵⁷.

Al formular su teoría de la acción comunicativa se fundamenta en los planteamientos sobre la filosofía del lenguaje, y más concretamente, en la teoría de los actos del habla, al constatar que las interacciones comunicativas tienen un campo más amplio que los actos del habla expreso.

Pero si enfocamos la comunicación desde la perspectiva del habla, podemos alcanzar una comprensión de los rasgos distintivos de la comunicación. Así nos encontramos con que un hablante y un oyente tienen como meta la comprensión mutua, renunciando a los fines egoístas del éxito, o, la imposición violenta. Esta "comprensión" de los hablantes en un "acuerdo" permite una confianza mutua y un conocimiento compartido. Así, la acción comunicativa sólo es posible sobre un fondo de consenso sobre los conceptos de verdad, veracidad, exactitud y comprensibilidad. Este es el ideal del discurso científico, en el que los conflictos se resuelven por argumentaciones no manipuladas ni coercitivas.

Jürgen Habermas extiende estas nociones a las disputas prácticas, sean estas morales, legales o políticas, en las que también surgen de un modo implícito estas pretensiones universales que se establecen en las estructuras generales de la comunicación posible. Así denomina "proceso de racionalización" a aquel mediante el cual se fijan y cambian los tipos de acción y de racionalidad discursiva en las instituciones sociales e históricas. La acción social puede darse de dos formas:

1. Mediante una acción racional deliberada, la cual puede considerarse bajo dos aspectos:
 - a) La eficiencia empírica de los medios técnicos;
 - b) La consistencia de la elección entre los medios adecuados.
2. Mediante una acción comunicativa.

⁵⁵⁷ "El trasplante no mediado del saber especializado a las esferas privadas y públicas de la cotidianidad puede, vistas las cosas desde un lado, poner en peligro la autonomía y la lógica interna de los sistemas de saber, y, vistas las cosas desde el otro, vulnerar la integridad de los contextos del mundo de la vida. Un saber especializado en una sola pretensión de validez, al percutir, sin prestarse atención al contexto, sobre toda la latitud del espectro de validez de la práctica cotidiana, desequilibra la infraestructura comunicativa del mundo de la vida". Habermas, Jürgen, *El discurso filosófico de la modernidad (Doce lecciones)*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid (España), Ed., Taurus, 1989, p. 401.

Es preciso diferenciar entre ambas formas. Además *hay que estilpar aquellas relaciones de fuerza que están establecidas en las mismas estructuras de comunicación, y que evitan el establecimiento consciente de los conflictos y el acuerdo.* La racionalización significa superar esta distorsión. Asimismo, pretende explicar y demostrar que la teoría de la acción comunicativa y la teoría sociológica que explique los procesos sociales están relacionadas profundamente entre sí y no son dos procesos diferentes como podría pensarse, porque entre otras cosas ninguna teoría sociológica sería puede dejar de confrontarse con el problema de la racionalidad. Para probar esta afirmación sostiene que pensadores como Mark, Horkheimer y Adorno contribuyen a una teoría sociológica que tiene sus raíces en el entendimiento total de los procesos de racionalización.

Hay dos conceptos fundamentales que son estudiados en la teoría de la Acción Comunicativa:

- El concepto de *sistema*, unido al de estructura subyacente y determinante de la sociedad, minimizando la importancia de los factores sociales de los sujetos humanos que se consideran como simplemente dentro de un sistema total;
- El concepto de *mundo vital*, que otorga mayor importancia a la realidad individual, llegando a afirmarse desde esta perspectiva sociológica que el concepto de sistema es un invento inservible.

En la actualidad se corre el peligro, según Habermas de que el mundo vital sea anulado por procesos de racionalización, es decir, que las personas sean eliminadas por los mecanismos de racionalidad, que la posibilidad de comunicación sea abolida por la racionalización sistemática. Al final, presenta en la teoría de la acción comunicativa la noción del filósofo como el guardián de la razón, que debe estar alerta para hacernos ver que la necesidad de incrementar la racionalidad comunicativa *se renueva con cada acto de comprensión libre, con cada momento de convivencia en solidaridad, con cada momento de individuación de éxito y de emancipación salvadora.*

Es necesario elaborar un modelo de análisis del Derecho para observar el fenómeno jurídico desde una perspectiva más amplia, en este sentido, tendría funciones descriptivas; y al mismo tiempo representaría un modelo ideal hacia el cual debiera tender el Derecho (con una función orientadora y normativa). Para la

construcción de este modelo es necesario abandonar el presupuesto según el cual el Derecho es meramente un conjunto de normas y poner de manifiesto el papel que los principios ejercen en los ordenamientos jurídicos. El análisis de los principios, de los estándares, y su justificación debe ocupar un lugar muy importante en la consideración del fenómeno jurídico.

9.5. Perspectiva pragmática

9.5.1. Consideración previa

Se ha propugnado por una disciplina sobre la legislación, referida a cada una de las fases del *iter* legislativo, en la perspectiva de la racionalidad ética. La practicabilidad o viabilidad de las normas se refiere a la máxima probabilidad de eficiencia real; ponderación y estimación de los efectos ulteriores que pueden causar las leyes que se emiten o las decisiones que se tomen.

Hemos afirmado que la técnica legislativa es el conjunto de mecanismos y medidas orientadas a que las disposiciones jurídicas se ajusten a determinados criterios previos, para favorecer de este modo, el respeto a ciertos valores como: La claridad y certidumbre de las normas, la seguridad jurídica; se trata de lograr la calidad de las leyes, en el entendido de su idoneidad para alcanzar sus objetivos integrados en el ordenamiento jurídico⁵⁵⁸.

Existen leyes que logran su objetivo y otras no, el estudio de los medios para alcanzar su finalidad es el problema fundamental, razón por la cual la hipótesis principal de la tesis que sostengo, se prueba ante la ambigüedad del Derecho, las causas y efectos de la ignorancia legis, porque muchas veces las medidas óptimas desde la perspectiva de la justicia son inadecuadas e ineficaces para conseguir los

⁵⁵⁸ "El objeto de la técnica legislativa es mejorar la calidad de las normas, pero teniendo en cuenta dos datos obvios: el primero, que cada norma no vive aislada, sino inserta en un sistema normativo cuya coherencia global es presupuesto ineludible para que la norma tenga sentido. El segundo, que no basta con que el ordenamiento esté bien estructurado para que sea real y efectivo. Es necesario que sea viable económica y psicológicamente. Debe generar confianza y aceptación". Acosta Romero, Miguel, "Consideraciones acerca del principio de claridad en las leyes", *Experiencia y expectativas al filo del milenio, revista Quórum*, México, Instituto de Investigaciones Legislativas, Cámara de Diputados, LVIII Legislatura, 2000, Año IX, Núm. 70, enero-febrero, pp. 111-112.

objetivos que se pretenden, otras veces la leyes con inadecuadas para conseguir el objetivo, es decir, la *ratio legis*, siendo los presupuestos de certeza jurídica. En este sentido, Luis Recaséns Siches afirma que: "El Derecho es una empresa de realización práctica. Por tanto, no obsta conocer tan sólo las necesidades que se trata de colmar y el criterio estimativo para hacerlo, según principios valiosos. Hay, además un problema de eficacia, es decir, de saber elegir los medios adecuados de realización para las finalidades establecidas como valiosas"⁵⁵⁹.

En el epígrafe 7.1.1. hemos destacado que la eficacia normativa puede lograrse mediante el mecanismo de la implementación de normas; es decir, en la promoción de las conductas conformes, en la respuesta a las desviaciones, en dotar a los órganos judiciales y administrativos de las estructuras e infraestructuras precisas; que en lo que se refiere a su proyección en el ámbito normativo, la eficacia se manifiesta en la capacidad de innovación respecto de unas normas y de resistir a la innovación de otras. Así, las instituciones jurídicas no plantean sólo un problema de finalidad justa, sino la cuestión de saber realizar eficientemente esta finalidad.

(...), a lo largo de la historia jurídica muchos de los cambios que van sufriendo las instituciones no significan una sustitución del fin, sino una rectificación de los medios, para lograr más adecuadamente la misma finalidad; porque la experiencia ha ido mostrando que los medios que trataron de articularse al servicio de una finalidad fracasaron, y, entonces, hay que buscar nuevos medios, nuevas estructuras institucionales, para realizar con mayor eficacia aquella misma finalidad⁵⁶⁰.

9.5.2. Condicionantes técnicos

La teoría de la legislación, en su aspecto operativo y pragmático debe tener apertura. El Derecho es un instrumento para alcanzar unos fines determinados, tal instrumento puede ser más o menos adecuado. Precisamente, para complementar este aspecto, las técnicas legislativas permiten la sistematización del Derecho en los aspectos de contenido, forma, y reglas generales de sistemática. Al respecto, entre los requisitos y reglas destacan los siguientes:

⁵⁵⁹ Cfr. Recaséns Siches, Luis, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica "razonable"*, op. cit., nota 89, p. 183.

⁵⁶⁰ *Ibidem*, p. 184.

REQUISITOS DE CONTENIDO	REQUISITOS DE FORMA	REGLAS GENERALES DE SISTEMÁTICA
<ol style="list-style-type: none"> 1. Uso del lenguaje técnico solo si es preciso, sino es preferible el lenguaje común. 2. Atenuar el carácter impersonal del lenguaje técnico: Especificar los sujetos destinatarios y funcionarios. 3. Preferir la voz activa a la pasiva. 4. Concretar lo abstracto sin caer en el casuismo. 5. Exactitud. 6. Huir del lenguaje burocrático. 7. Procurar que los textos puedan ser comprendidos por sí mismos: evitar remisiones, citar las fuentes a las que se aluda. 8. Evitar cambios de registro: Ser llano pero no coloquial ni castizo. 9. Usar frases cortas pero no telegráficas. 10. No sobrecargar una oración, utilizar oraciones subordinadas. 11. No nominalizar si se puede usar un verbo. 12. Evitar cadenas de genitivos. 13. No exceder el número de oraciones subordinadas. 14. Poner lo fundamental en la oración principal. 15. Usar las palabras que se usan pero no usar modas, evitar barbarismos y neologismos. 16. Explicar el sentido de los términos técnicos (legales o científicos), si pueden plantearse cuestiones de interpretación. 17. No usar falsos términos técnicos. 18. Orden. 19. Brevedad. 20. Acercamiento al destinatario. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Configuración armónica. 2. Visualidad. 3. Presentación digna. 4. Expresión de un lenguaje legal sencillo: <ul style="list-style-type: none"> • Un esquema o un sumario claro, ordenado y fácil de seguir. • Denominación apropiada de las partes del texto. • Frases razonablemente cortas. • Voz activa. • Forma positiva. • Ordenación sujeto-verbo-predicado. • Construcción paralela. • Términos concisos. • Términos sencillos. • Términos precisos. 	<p>El texto legal debe de ser una secuencia ordenada de temas según un criterio de ordenación claro. La construcción de la ley debe facilitar su uso.</p> <p>Para la buena ordenación de la ley hay reglas mínimas, y en la redacción de una disposición se irá:</p> <ol style="list-style-type: none"> A. De lo general a lo particular. B. De lo abstracto a lo concreto. C. De lo más importante a lo menos. D. De lo normal a lo excepcional. E. De lo sustantivo a lo procesal. <p>Dentro de la ley los temas deben desarrollarse de una manera jerárquica y ordenada, por lo tanto, hay que evitar que la regulación deje lagunas o huecos indeseados.</p>

La ciencia de la legislación propone la relación técnica y estética del Derecho, en las siguientes líneas:

1. Técnica normativa *in genere*:
 - ◆ Técnicas informáticas aplicadas al Derecho.
 - ◆ Directrices sobre la forma y estructura de los proyectos de legislación.
2. Técnica normativa en particular:

- ◆ Complejidad de los sistemas de participación en la elaboración de las normas.
 - ◆ Técnica normativa de derecho externo y su repercusión en el ordenamiento jurídico interno.
3. Técnica del dictamen:
- ◆ Análisis formal y material en la fase constitutiva y operativa de la función legislativa.
 - ◆ Control de calidad de las normas jurídicas por órgano específico.
4. Técnica en el proceso interpretativo jurisdiccional:
- ◆ Aspecto metodológico: itineración jurídica⁵⁶¹.
 - ◆ Estructura secuencial de la técnica interpretativa: 1) Análisis de los hechos; 2) doctrinas generales; 3) extracción de principios jurídicos aplicables; y la 4) decisión final⁵⁶².
5. Técnica de evaluación del cumplimiento.

⁵⁶¹ "El método quedará de la siguiente manera: 1) Interpretación literal o filológica; 2) elemento lógico o racional; 3) extracción de los principios generales de las normas en cuestión que deben ser aplicadas. Aquí se engloban, a modo de subapartado, tanto los principios constitucionales, como los principios normativos extraídos de la legalidad ordinaria; 4) estudio de la *ratio legis* o finalidad del sistema interpretado; 5) elemento sistemático, como faceta independiente en unos casos y que encontrará en combinación con los anteriores frecuentemente; 6) la realidad social del momento en que las normas son interpretadas, como paso previo a su aplicación. También denominado método sociológico". Véase, Sánchez Melgar, Julián, "Técnica legislativa e interpretación judicial", *La técnica legislativa a debate*, op. cit., nota 170, pp. 313-314.

⁵⁶² Véase, en este sentido, la obra de Manuel Marroquín Zaleta, cuyo objetivo es enseñar a elaborar una sentencia que pone fin a un juicio de amparo directo; asimismo, resulta útil para aprender a elaborar las sentencias definitivas, laudos y resoluciones que ponen fin a un juicio natural. El libro se divide en dos partes: En la primera, se explica el proceso de elaboración de una sentencia de amparo directo. Los seis capítulos que la componen, corresponden a cada una de las etapas de dicho proceso, las cuales son las siguientes: a) primera revisión de los autos para determinar si guardan estado para dictar sentencia; b) revisión previa de la demanda de amparo; c) captación de los problemas jurídicos que serán materia de análisis; d) formulación previa de una hipótesis de trabajo; e) verificación de dicha hipótesis; f) redacción de la sentencia. Cada uno de los cuatro últimos capítulos se divide en dos secciones; en la primera de éstas se exponen diversos temas de carácter teórico y otros íntimamente vinculados con la correspondiente sección segunda, que es en la que se explica con detalle la etapa del proceso a la que se refiere el capítulo. En la segunda parte de la obra se explica, en forma gráfica, el mencionado proceso de elaboración de una sentencia de amparo directo; asimismo, se explican gráficamente otros temas importantes que se tratan en la primera parte. La lectura de ésta facilitará la comprensión de los diagramas. Esta obra pretende también contribuir al desarrollo del Derecho Judicial Mexicano en una de sus partes más importantes, que es la técnica para la elaboración de las resoluciones pronunciadas por los tribunales federales. Marroquín Zaleta, Jaime Manuel, *Técnica para la elaboración de una sentencia de amparo directo*, 3ª ed., México, Ed., Porrúa, 1999. Asimismo, Gascón Abellán, Marina, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid (España); Ed., Tecnos 1993, pp. 30-49, 94-107.

9.5.3. Mecanismos y modelos de solución

Llegado este punto, debemos prestar atención al modo de desarrollo de la técnica legislativa en el ordenamiento jurídico⁵⁶³. Un sistema normativo jurídico que tenga estructura que le permita ser coherente, racional, eficaz y accesible, implica fundamentos en su formulación, formación, defensa, evaluación y difusión. Es decir, la racionalización del Derecho vigente, dirigido a lograr la coherencia y sencillez del ordenamiento.

En la difusión ofrecerá información oportuna y veraz, respecto de: 1) Las iniciativas legislativas en curso; 2) la legislación vigente y su correcta aplicación (devenir en la aplicación y evaluación); y 3) la divulgación de los cambios normativos.

El mecanismo radica en el establecimiento institucional⁵⁶⁴ de un órgano del Estado (cuya naturaleza jurídica se definirá en función de la sistematización de competencias) que desarrolle al menos las siguientes funciones:

1. Buscar mecanismos que permitan la simplificación de la formulación normativa y la presentación de proyectos de ley, decretos o resoluciones con el fin de racionalizar razonablemente el sistema normativo jurídico;
2. Elaborar documentos de intervención ante un órgano que se designe en la defensa del sistema normativo jurídico;
3. Elaborar los proyectos de ley o decreto correspondientes al Poder legislativo y al Poder ejecutivo;
4. Realizar el seguimiento del trámite de los proyectos de ley;
5. Hacer el seguimiento y actualización de la evolución normativa y jurisprudencial;
6. Buscar mecanismos para difundir las modificaciones introducidas a la legislación, y la determinación de principios generales de la publicación oficial de las normas⁵⁶⁵,

⁵⁶³ Sobre este punto, véase, González Vergara, Paulina, "Codificación y técnica legislativa", Revista Chilena de Derecho, Santiago (Chile), 1998, Vol. 25, Núm. 4, octubre-diciembre.

⁵⁶⁴ Véase, Zapatero Gómez, Virgilio, "De la jurisprudencia a la legislación", *Doxa*, op. cit., nota 483, pp. 774-777.

⁵⁶⁵ "Como principios generales de la publicación oficial de las normas pueden enunciarse los siguientes, - publicación en boletín oficial, - publicación inteligible, - publicación y difusión inmediatas, - publicación exacta sin errores ni erratas, y - publicación adecuada de modificaciones, interpretaciones vinculantes, derogaciones y nulidades". Cfr. Sainz Moreno, Fernando, "La publicidad de las normas", *La protección jurídica del ciudadano*, op. cit., nota 197, pp. 124-145.

7. Establecer medidas eficaces de protección del sistema normativo jurídico;
8. Evaluar el grado de cumplimiento de las obligaciones estatales.

En el aspecto técnico este mecanismo se funda en la necesidad de detener la proliferación de normas, que no toma en cuenta la legislación vigente (discordante y desarticulada); y de otra, en revisar el actual ordenamiento jurídico, para lograr en el futuro, la certeza sobre la vigencia de la legislación, en la existencia de normas claras y funcionales.

Con relación a los mecanismos de solución del problema fundamental de la certeza del Derecho, se pueden dar en tres dimensiones:

DIMENSION	OBJETO
Metodología jurídica	El análisis de las diferentes perspectivas que integran el pensamiento jurídico premoderno, moderno y posmoderno, a partir de aquí se analizará las propias corrientes, el estudio de los precedentes históricos, caracterización de los modos de entender el Derecho: formalismo y realismo. Comprender que tras un problema metodológico se esconde un problema sustantivo. Las categorías de: validez y eficacia, derecho formal y derecho material.
Teoría del Derecho	Determinar el cómo se ha entendido el Derecho, cuál es la estructura y función del Derecho, las diversas articulaciones estructura-fin. Relación teoría moral y política normativa.
Teoría de la Justicia	Determinar las funciones y la legitimación del Derecho, el problema de la legitimación del Derecho y del Estado, los derechos fundamentales como fundamentación ético-normativa del Derecho actual.

Pero, una filosofía jurídica que sea buena en la teoría debe propugnar, servir para la práctica. Por ello, insistir en la necesidad de la cultura idónea para el jurista que realmente se comporte como tal, no en cuanto hombre concreto; es decir, que tenga un conocimiento del Derecho adecuado y no deformado. *Verbigracia*, una formación teórico-pragmática que se le deberá dar a los operadores jurídicos según participen de la *ratio legis* y *ratio decidendi*, elementos de la estructura lógica de los diferentes tipos de razonamiento jurídico: 1) Dentro de un cuerpo legislativo, que conduce a la formulación de un texto legislativo; 2) dentro del sistema judicial, que conduce a una decisión; 3) dentro de una disposición administrativa, que concluye en la formulación de una regulación de menor rango o una regla derivada.

Aplicando las ideas anteriormente expuestas, el conocimiento del Derecho, tarea asignada a la gnoseología jurídica, es como afirma Antonio Enrique Pérez Luño:

Un cometido que debe contar con el auxilio indispensable de las herramientas de construcción metódica que proporciona la evolución de las ciencias, sin que ello implique el adoptar una postura científicista. Dice, considero al respecto del mayor interés las aportaciones del análisis del

lenguaje, encaminadas a depurar los dominios lingüísticos del derecho, de expresiones inútiles y ambiguas desde el punto de vista teórico, de nociones destinadas a deformar la realidad en el plano ideológico. Para cumplir tal misión es preciso que el análisis lingüístico de la experiencia jurídica surja de un compromiso crítico desde el que pueda rescatar a la experiencia jurídica de la distorsión y falsificación de su lenguaje⁵⁶⁶.

El conocimiento del Derecho es por esencia un conocimiento abstracto⁵⁶⁷, aunque puede no serlo el paso ulterior de su utilización, que llamamos precisamente aplicación jurídica. En consecuencia, después de proponer la teoría de la legislación, en su aspecto operativo y pragmático, resulta de interés proponer algunos aspectos concretos sobre el logro de la eficiencia del Derecho, consistente en la adquisición de capacidades, por medio de la iniciación a la instrucción o socialización jurídica (el pueblo ignora las leyes fuera de aquello que vive en sus prácticas), de introducir la enseñanza del Derecho en las escuelas, de la practicabilidad del modelo de comunicación jurídica, para el efecto de actualizar la función educadora de la ley, reflejada en la espontánea observancia después del racional conocimiento.

La racionalidad del Derecho puede examinarse al menos en tres dimensiones diferentes: 1) Racionalidad interna del Derecho; 2) Racionalidad del objeto del Derecho; 3) Racionalidad normativa del Derecho. Éstas dimensiones pueden utilizarse para dar cuenta de la discusión actual sobre la supuesta crisis del derecho moderno. En este sentido, la certeza del Derecho se manifiesta en la sistemática interna del ordenamiento jurídico; en las relaciones entre el Derecho y su objeto de regulación; y en legitimidad, en su connotación de aceptación real de las normas jurídicas o con su aceptabilidad, respectivamente. Se trata de la lucha por la certeza, por medio de la vinculación entre la moral interna del Derecho y la producción de certeza⁵⁶⁸, cuyos

⁵⁶⁶ Pérez Luño, Antonio Enrique, "Problemas abiertos en la filosofía del Derecho", *DOXA, Instituto Juan Gil-Albert, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante*, Madrid, (España), 1984, p. 199.

⁵⁶⁷ Sobre el derecho abstracto en Hegel, véase, Amengual Coll, Gabriel, *La moral como derecho. Estudio sobre la moralidad en la Filosofía del Derecho de Hegel*, op. cit., nota 509, pp. 59, 39-42, 83-86.

⁵⁶⁸ Los elementos de la moral interna del Derecho propuestos por Rafael Escudero Alday, son: 1) La generalidad de las normas jurídicas; 2) La exigencia de congruencia entre la creación y aplicación de normas jurídicas; 3) la publicidad de las normas; 4) La claridad de las normas; 5) La coherencia normativa; 6) La irretroactividad de las normas; 7) La estabilidad de las normas; 8) La inexistencia de normas que requieran lo imposible a sus destinatarios. Cfr. Escudero Alday, Rafael, *Positivismo y Moral Interna del Derecho*, op. cit., nota 33, pp. 202-210.

elementos ofrecen instrumentos para que los destinatarios puedan conocer las consecuencias jurídicas de sus actos, y así poder plantearse la obediencia o desobediencia a tales normas jurídicas.

Hemos propuesto la practicabilidad del modelo de comunicación jurídica, para el efecto de actualizar la función educadora de la ley. Con este propósito, desde las facultades de Derecho debe partir la renovación del Derecho, la conversión educativa del jurista y la formación jurídica de toda la sociedad civil. Como señala Gustav Radbruch "para esta tarea me parece que deben ser decisivos los siguientes principios"⁵⁶⁹:

1. Ante la arbitrariedad y antiderecho (cuando el Poder estatal admite todo lo que le parece útil y salta sobre las leyes válidas), debemos retornar al imperio de la ley, y, al Estado de Derecho, crear conciencia y educar;
2. La prevalencia de las leyes respetuosas de los derechos fundamentales, que sanciona la injusticia;
3. Retomar el contenido del Derecho y no solo a la forma, que se traduce en un discurso opaco (que refleja un sistema no coherente, redundante e incompleto);
4. Retomar la comparación de las culturas jurídicas para conocer cada una de ellas sincrónica y diacrónicamente, en su peculiaridad y valorarlas en sus insuficiencias y ventajas;
5. Retornar a la formación humanística en la aplicación del Derecho, no juristas rutinarios sino cultivados;
6. Trascender a la reconstrucción de la ciencia jurídica.

9.5.4. Las intenciones educativas

La función educadora de la norma jurídica implica el proceso de enseñanza – aprendizaje por parte de la comunidad jurídica, bajo criterios sustanciales, que le permitan tomar decisiones razonables en el marco de las fuentes del Derecho. Esta tarea esta relacionada con las intenciones educativas, que se refieren a los

⁵⁶⁹ Radbruch, Gustav, *El hombre en el Derecho: Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del Derecho*, op. cit., nota 254, pp. 123-126.

enunciados de los efectos esperados en un plazo más o menos largo por los educadores, alumnos y responsables educativos, sin olvidar a la sociedad en la que tiene lugar el proceso, y por lo tanto, con los diferentes problemas metodológicos de la situación particular de los métodos de aprendizaje, se trata de una operación interrelacionada, en que todos somos alumnos en un proceso de adaptación (estudiante-docente) a los métodos de enseñanza activa, con previos diseños de tareas de aprendizaje⁵⁷⁰. Esto supone una tarea compleja en que se integran: Los conocimientos de las disciplinas, la teoría del aprendizaje, la pedagogía sistemática y la teoría social.

El proceso enseñanza-aprendizaje responde a la pregunta ¿cómo se construye el conocimiento?. La respuesta no es sencilla. Empero, puede situarse en tres dimensiones críticas: Primero, en la necesidad de pensar agudamente sobre problemas complejos; segundo, en la necesidad de una acción innovadora y coordinada; y tercero, en el papel de los miembros de una comunidad en otra comunidad. La disciplina del aprendizaje implica dominar las prácticas del diálogo y la discusión. En el diálogo, existe la exploración libre y creativa de asuntos complejos y sutiles, donde se "escucha" a los demás y se suspenden las perspectivas propias. En cambio, en la discusión se presentan y defienden diferentes perspectivas y se busca la mejor para respaldar las decisiones que se deben tomar. El diálogo y la discusión son potencialmente complementarios, pero muchas veces, la comunidad jurídica carece de aptitud para distinguirlos y moverse conscientemente entre ambos.

El aprendizaje comunitario también implica aprender a afrontar creativamente las poderosas fuerzas que se oponen al diálogo y la discusión productivas, *verbigracia*, las rutinas defensivas y evasivas que crean conflicto individual y social. El pensamiento sistemático tiende a provocar actitudes defensivas a causa de su mensaje central, que nuestros actos crean nuestra realidad. El pensamiento sistemático, más que otros marcos analíticos, requiere madurez, capaz de indagar temas complejos y conflictos. Así, el proceso en el cual aprenden las comunidades jurídicas consiste en un vaivén continuo entre la práctica y el desempeño, pero no aisladamente, sino en cooperación, lo cual puede culminar en resultados científicos de suma importancia, basados en las

⁵⁷⁰ Sobre la enseñanza en el campo del Derecho, véase, Gordillo, Agustín, *El método en Derecho. Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer*, Madrid (España), Ed., Civitas, 1995.

fuentes y análisis sociológico (determinar las formas culturales o contenidos – conocimiento, valores, normas); psicopedagógico (informaciones relativas a los factores y procesos que intervienen en el crecimiento personal de los sujetos jurídicos); epistemológico (para separar los conocimientos esenciales de los secundarios, buscar la estructura interna y las relaciones entre ellos). Por otro lado, la percepción del fenómeno jurídico dimensional se presenta en un triple plano: 1) de orientación (metas, tiempo, sociales); 2) actitudes (competitivas, cooperativas); y 3) diferencias de estatus. Así, el trabajo del educador no es de adquisición de conocimientos sino de selección. Para dar este paso es importante disponer de un modelo orientado al aprendizaje para clarificar las dimensiones que se van a desarrollar en los sujetos a través del trabajo docente. Definido esto se puede influir educativamente en las siguientes cinco dimensiones del sujeto: Información, habilidades intelectuales, estrategias cognitivas, actitudes, habilidades psicomotrices.

El aprendizaje de la comunidad jurídica sobre el conocimiento del Derecho implica, además, otros factores, entre ellos:

1. Partir de que los sujetos jurídicos piensan;
2. La lógica por la cual se puede observar la verdad es otra;
3. No importa por donde empieza uno, importa iniciar, trabajar de manera múltiple con el contenido del conocimiento jurídico;
4. La construcción de un programa de estudio: Formular objetivos educativos, para que sean una guía eficaz de la práctica, considerando las hipótesis, la experiencia previa, y la concepción del conocimiento orientado a la práctica;
5. La actitud docente: Profesionalización (creatividad, valores, técnicas pedagógicas), y el propio perfil;
6. Identificar niveles relacionados con el trabajo: Metodológico, técnico (obstáculos en el aprendizaje, observación, pertinencia y uso)⁵⁷¹;
7. Los criterios de evaluación: Sentido crítico sobre aspectos específicos metodológico ¿cuánto aprendemos los demás?;

⁵⁷¹ Véase, *infra*, Apéndice III. Relación entre diferentes niveles de intenciones educativas y sus componentes.

8. Evitar el modelo de acumulación (atrofia el pensamiento y conmina al gregarismo); evitar la racionalidad formal instrumental (maquinismo); evitar la atrofia burocrática (todo es fácil y los problemas de cada uno no importan);
9. Un método pedagógico basado en la construcción de conocimiento, con referencia al aprendizaje, no a la enseñanza;
10. Una vía de acceso simultánea para resultados de aprendizaje de la comunidad jurídica, definida en términos cognitivos y por contenidos de la enseñanza; es decir, incorporar conocimientos, procedimientos y actitudes.

Finalmente, la necesidad de intentar extensas y profundas reformas es, pues, evidente. Pero una actitud reformista, atrevida e innovadora, no puede sorprender actualmente. La misma orientación se mantiene años después, se trata de enfrentar el problema de encontrar un cauce adecuado a estas preocupaciones sobre el sistema normativo jurídico y la certeza del Derecho, de forma institucionalizada y permanente⁵⁷².

⁵⁷² "No nos debe desalentar el hecho de que nuestras ideas caigan en el vacío y de que, por ende, no se traduzcan en normas jurídicas positivas. Estamos conscientes de que nuestra intención reformativa tropezará con muchos escollos y oposiciones que la harán infactible, pero a pesar estas predicciones nos quedará la satisfacción de haber luchado por el mejoramiento de nuestro Sistema (...), que es el núcleo estructural dentro del que y en torno al cual se mueve la vida jurídica de México". Burgoa Orihuela, Ignacio, "La reforma judicial federal", *La Justicia*, México, 1982, Tomo XXXVI, Núm. 612, abril, p. 60.

CONCLUSIONES

Las aseveraciones expuestas acentúan la importancia de garantizar el conocimiento de la norma jurídica y de explicar su contenido inteligiblemente, de manera estable, cierta y objetivamente. Lo que conduce a las siguientes conclusiones:

PRIMERA.- Los Estados crean los ordenamientos jurídicos y en el ámbito de la efectividad del Derecho estructuran un sistema jurídico, mediante la fórmula del Derecho como sistema abstracto, lo convierte en un sistema experto, y por tanto, las pretensiones de corrección y de justificación del Estado, sitúan al sujeto jurídico en una situación objetivo-subjetiva de ignorancia iuris, resultando el sistema fuente institucionalizada de ignorancia legis, por sus defectos (ausencia de solución y soluciones incompatibles), y los problemas de subsunción (falta de información fáctica, e, indeterminación semántica).

SEGUNDA.- Dependiendo del tipo de definición del Derecho que se opte, en el aspecto científico y técnico, la definición del Derecho, no puede soslayar otros ámbitos del saber, cuyo concepto plantea una serie de implicaciones morales y políticas. El Derecho es: a) un conjunto de mandatos coactivos que proceden de quien tiene el poder en la sociedad; b) un factor para la integración social; c) el conjunto de reglas que garantizan la convivencia ordenada y pacífica de los hombres.

TERCERA.- Las vertientes del Derecho, son meras formas de concebir el orden social, su fundamento y sus fines; en que se dan cuestiones básicas para la convivencia como: a) la participación popular en la creación del Derecho; b) el deber de obediencia al Derecho; c) la integración de convicciones morales en la sociedad



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.

en el orden jurídico. De esta manera, el término Derecho no posee sentido unívoco, dejando de lado su significación extrajurídica (idea de rectitud), en el ámbito estricto de lo jurídico asume una pluralidad de acepciones que en el devenir histórico ha acumulado complejas y multiformes realidades experienciales y tangibles.

CUARTA.- El proceso de adopción de decisiones admite el problema de determinar el criterio reconocido por las instituciones de un sistema y por las normas jurídicas. Es una cuestión de elucidar la noción de decisión y de justificación. Las decisiones institucionales, como género, tienen como resultado la enunciación de una norma, general o particular, se refieren al acto lingüístico en principio, que consiste en promulgar una norma. Dentro de la clase de estas decisiones, las decisiones judiciales pertenecen a la subclase cuyos resultados son normas particulares. La intersección entre organización y Derecho, se presenta dentro del sistema de justicia, se trata de una exigencia de predecibilidad, porque sólo decisiones predecibles permiten una planeación social con sentido.

QUINTA.- El legislador establece una serie de mecanismos tendientes a reducir la arbitrariedad, algunas veces intenta proponer normas objetivas, otras, finge demencia valorando subjetivamente, que su tarea creadora del Derecho es susceptible de equívocos, emite normas defectuosas, insuficientes, erróneas, oscuras e inadecuadas, originando una tipología de las normas, e implantando una jurisdicción obligatoria.

SEXTA.- La *ratio legis*, en el aspecto lógico-racional, reflejado en el contenido, aspira a proponer un modelo de análisis del Derecho (funciones descriptivas), y al mismo tiempo un modelo ideal (función orientadora y normativa). La *ratio legis* y la *ratio decidendi*, se presentan en la doble exigencia de regulación y la preservación del contenido esencial del Derecho, vinculan tanto al legislador como al aplicador del Derecho.

SÉPTIMA.- La creación del Derecho y su complejidad, atañe en las modernas sociedades, a la determinación de los alcances de la decisión jurídica en la elaboración de leyes generales y abstractas; en las particulares y concretas. Decisiones dirigidas a los órganos del Estado, a los ciudadanos, a la doctrina científica, integrados en los programas legislativos, en la opinión pública, e inclusive,

en la conciencia individual inmersa en el complejo espectro de destinatarios; por otro lado, en el interior de la propia estructura de la decisión jurídica.

OCTAVA.- Los variados núcleos legislativos y la custodia de principios generales del ordenamiento jurídico, en el plano de las normas constitucionales y de las normas realizadoras, implican diversas categorías teóricas e instrumentos racionales, que forman microsistemas, que en el ámbito del jurista implican competencia específica en un sector de normas, se constituye como garantía de seguridad; introducir racionalidad en el modo de las normas, desarrollando su lectura técnica y ordenándolas en microsistemas, permite al destinatario de las normas determinar el significado jurídico de la conducta, según pautas de razonable previsibilidad.

NOVENA.- La rigidez del criterio de que no existe excusa para incumplir la norma basándose en la presunción de que todos la conocen choca frontalmente con la evidencia, de que, en ocasiones es imposible, tanto por razones objetivas como subjetivas, llegar a conocer todas las normas jurídicas. El fundamento más fuerte se basa en la idea de la seguridad jurídica obtenida según el criterio axiológico-jurídico (objetivo), de la necesidad social de que las normas jurídicas tengan incondicionada y general aplicación, dándose el deber jurídico de observancia de una determinada conducta o comportamiento.

DÉCIMA.- El planteamiento del problema ontológico del Derecho reclama una congruente rectificación que extienda la perspectiva del conocimiento jurídico, haciéndola corresponder con una esfera más amplia, más comprensiva, como es la que integra en una misma y única realidad la regulación normativa de la conducta y, a la vez, la conducta normativamente regulada.

DÉCIMO PRIMERA.- La seguridad no deriva de la estabilidad de las normas y de la concentración o desconcentración de las mismas, sino de la debida aplicación del carácter rígido de la Constitución (norma Fundamental) y del esfuerzo sistemático de los intérpretes. La doctrina jurídica juega un papel importante, tiene la responsabilidad de vincular los principios de seguridad y certeza jurídica, en todos los microsistemas de la fragmentación y del particularismo legislativo, resolviendo las antinomias, colmando las lagunas, hacer de la legislación un conjunto orgánico.

DÉCIMO SEGUNDA.- Existe el problema de las normas jurídicas injustas, las que permiten u obligan a llevar a cabo acciones discursivamente imposibles, o prohíben acciones discursivamente obligatorias. Cuando una decisión judicial aplica correctamente la ley irracional o injusta no satisface, por tanto, en todos sus aspectos, la pretensión de corrección planteada con ella, este tipo de decisión no es perfecta jurídicamente, sino en él se niega el segundo aspecto de pretensión de la corrección.

DÉCIMO TERCERA.- Cualquiera que sean las diferencias derivadas de las formas del pensamiento jurídico, sea legalista, funcionalista, dirigido por intereses u orientado por sistemas, nada logra ocultar que, en el Derecho, los hechos son descritos o expresados con palabras y conceptos, marcados por el uso de la pragmática. La regla del juego en esto es un papel continuo, ya que determina el sistema jurídico como sistema de reglas. Esta determinación no sólo atañe a las actuaciones, expresiones y conceptos jurídicos, sino también al mundo no jurídico pero ya juridiforme.

DÉCIMO CUARTA.- La manifestación de las actuaciones jurídicas bajo la forma de una frase gramaticalmente bien formada es enteramente congruente con el carácter del Derecho como sistema social. No la función comunicativa de esas actuaciones jurídicas, sino su legitimación mediante la Constitución, es el propósito primordial de esa congruencia.

DÉCIMO QUINTA.- La actividad calificadora del Derecho encuentra una dificultad especial que consiste en que debe ser vista como una estrategia discursiva que encuentra su topos en la aplicación lingüística y en el interés por insertar lo dado en el Derecho. Pocas veces es una actividad que se descubre a sí misma en su verdadera naturaleza. Por lo que, no sorprende que continuamente se tilde al jurista de mago del lenguaje, especialmente en lo que concierne al lenguaje cotidiano. Este mago se distingue mediante su trabajo integrativo, mediante articulaciones especiales u otorgamiento de nombres y no por el anuncio público de las implicaciones, y consecuencias jurídicas de su actividad lingüística especial.

DÉCIMO SEXTA.- La supremacía de la voluntad popular, elevada a principio supremo al interior de la jerarquía de normas constitucionales conlleva enormes implicaciones ético-políticas, cuyo estatus está definido por una actitud preferencial

hacia el principio de mayoría, el cual, en coyunturas históricas poco felices, podría plantear la hipótesis de un retorno a actitudes autoritarias que conllevarían la conculcación de derechos fundamentales lo cual también supone reconocer que una generación puede decidir el futuro de las subsiguientes y no sólo el propio. Cabe discutir en este sentido sobre la necesidad de fortalecer la existencia de la sociedad civil, entendida ésta, como grupo social organizado, informado, reflexivo, crítico, propositivo, es decir, deliberativo.

DÉCIMO SÉPTIMA.- La realidad de los sistemas jurídicos muestra cierta continuidad de sus normas, con independencia de sí el sujeto u órgano concreto que las dictó sigue existiendo, o, por el contrario, fue sustituido por otro. El cambio de las normas no esta directamente relacionado con el sujeto que las dictó.

DÉCIMO OCTAVA.- En el ámbito operativo y pragmático del sistema normativo jurídico, las teorías de John Austin y H.L.A. Hart, continúan vigentes y coexisten, a través de los postulados de “Un hábito de obediencia y una práctica de aceptación a una norma”. Para Hart, la estructura de un sistema jurídico gira, no sobre un supuesto o pretendido hábito de obediencia a las órdenes del llamado soberano, sino sobre una práctica de los sujetos integrantes del mismo; práctica que consiste en la aceptación, en todo sistema, de una norma que establece los criterios para identificar cuáles son las normas del grupo. Se trata de aceptar una norma que permite a los sujetos conocer las conductas que han de ser seguidas por ellos, si es que pretenden que su actuación sea conforme a las normas.

DÉCIMO NOVENA.- La sintaxis, la semántica, y la pragmática, son el modelo del lenguaje general más idóneo en la tarea técnica de la investigación filosófica del lenguaje jurídico, permite delimitar la teoría del Derecho, la dogmática jurídica, y la teoría de la decisión jurídica, y sus respectivas vertientes.

VIGÉSIMA.- El aspecto operativo, estructural y determinativo, en que la decisión jurídica se manifiesta, está determinado en un sistema jurídico formal, real o ideal, constituido por elementos de los cuales sólo pueden inferirse aproximaciones, según el lenguaje normal del Derecho, que exige la participación activa de la comunidad jurídica (sociedad civil, operadores jurídicos, y las partes en un proceso).

VIGÉSIMO PRIMERA.- El concepto del Derecho no se puede reducir sólo a principios extraídos de una situación humana concreta y elevados al plano de lo

general, como hacen las doctrinas del derecho natural; ni tampoco a principios puramente formales de carácter ideal, como el concepto de deber ser o el de coerción, sin ningún contenido factual social, como hace el positivismo.

VIGÉSIMO SEGUNDA.- De acuerdo con el método dialéctico, Hegel no separa los aspectos formales y materiales del Derecho, o la estructura del sistema jurídico y el contenido real, o la existencia de normas por un lado y de conductas por otro, sino contempla el Derecho como un concepto que es primero abstracto y que a partir de ahí se va haciendo concreto, se va realizando progresivamente. Este desarrollo o realización del concepto del Derecho consiste en pasar de ser una pura forma a ser una forma que va llenándose de contenidos en la vida social. En el ámbito de la certeza, la expresión del Derecho significa su concreción de la norma, objetivamente existente y cierta. La norma es preordenada a la sociedad.

VIGÉSIMO TERCERA.- La pragmatidad de las normas jurídicas implica un proceso cognoscitivo del Derecho, en que se manifiestan las fases del conocimiento y comprensión del discurso jurídico; la aplicación de los mecanismos de la positivización del Derecho; el análisis de las condiciones de corrección estructural; la evaluación de la construcción de un sistema racional de conceptos jurídicos; y la síntesis de la previsibilidad de las conductas probables de la comunidad jurídica general, eliminando paulatinamente, la paradoja del conocimiento jurídico.

VIGÉSIMO CUARTA.- En definitiva, una vez estudiado el principio de transparencia del sistema normativo jurídico como presupuesto fundamental de la certeza del Derecho, y las distintas consecuencias que produce, conviene reiterar la necesidad de que se articule una teoría normativa de la certeza del Derecho; es decir, que el legislador como sujeto activo de la producción del Derecho, dé respuesta a la compleja labor de racionalización razonable. En la dinámica de los hechos debe crear certidumbre, aplicar el derecho preventivo respecto de los problemas futuros entre los destinatarios, y la claridad de nuevos mecanismos, nuevas tendencias, en el marco de las propiedades del sistema jurídico (existencia, identidad, estructura y contenido), para que pueda predicarse que su decisión legislativa es normativa, institucionalizada y coactiva.

VIGÉSIMO QUINTA.- La certeza del Derecho requiere de cuatro condiciones: Que el Derecho sea positivo; que la norma preexista a la conducta regulada por ella;

que la norma sea conocida, así como las consecuencias de su incumplimiento; y que la norma sea inteligible, es decir, carezca de ambigüedad que pueda dar lugar a equívocos.

VIGÉSIMO SEXTA.- La exigencia de certeza del Derecho es la más ineludible exigencia ética, de su específica eticidad, que el Derecho experimenta actualmente. Es el esfuerzo de la experiencia jurídica que mediante la certeza y la constancia de la ley, impide la arbitrariedad y la discordia, es el encuentro del valor fundamental que el Derecho garantiza, y no el trámite de la legalidad.

VIGÉSIMO SÉPTIMA.- Surge la discusión acerca de los criterios sustanciales para las decisiones razonables, a través de una nueva doctrina de las fuentes del Derecho, así como un análisis de las tendencias de crisis que se identifican en los órdenes jurídicos: Complejidad del orden, excesiva especialización de la profesión jurídica, y como resultado de este fenómeno la alienación de la comunidad jurídica de la realidad jurídica.

VIGÉSIMO OCTAVA.- Subsisten algunos problemas derivados del análisis, tales como meditar con especial cuidado en la forma básica del discurso jurídico; en la teoría de la operatividad y pragmaticidad de las normas jurídicas; en la reflexión sobre la evolución de las normas y los mecanismos de creación del Derecho; en la enseñanza del Derecho como método apropiado de resolución de la no comprensión del Derecho y la indeterminación normativa; y finalmente, en la construcción de la teoría comunicativa de las normas jurídicas.

VIGÉSIMO NOVENA.- Existen tareas pendientes en la razón jurídica actual, los juristas como técnicos, debemos explorar y trabajar nuevos campos de juridicidad aun pendientes. Como portadores de una conciencia jurídica ilustrada que en el terreno social puede proponer la intervención de los demás ciudadanos, eliminando zonas anómicas y construyendo normas en las que pueda convivir una humanidad más autoconsciente y menos autocomplacida: La información jurídica y los medios para acceder a ella deben ser parte de su objeto de estudio, para determinar que posibilidades tienen los ciudadanos de conocer la normativa que los rige.

**APÉNDICE I. ORGANOS CON INICIATIVA LEGISLATIVA EN
LOS ESTADOS EXTRANJEROS.**

Ordenamiento jurídico constitucional	Fecha de promulgación	Preceptos	Organo o sujetos con reconocimiento constitucional de iniciativa legislativa
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	5 de febrero de 1917	Artículo 50.	- El Poder legislativo depositado en un Congreso General, dividido en dos Cámaras, una de Diputados y otra de Senadores.
		Artículo 71.	- El derecho de iniciar leyes o decretos compete: I. Al Presidente de la República. II. A los diputados y senadores al Congreso de la Unión. III. A las legislaturas de los Estados.
Constitución para los Estados Unidos de América.	17 de septiembre de 1787	Artículo 1, sección 1.	- Los Poderes legislativos corresponderán a un Congreso de los Estados Unidos, compuesto de un Senado y una Cámara de Representantes.
Constitución Federal de la Confederación de Suiza.	29 de mayo de 1874	Artículos 71 y 85.	- Bajo reserva de los derechos del pueblo y de los cantones, la autoridad suprema de la Confederación es ejercida por la Asamblea Federal, que se compone de dos secciones o Consejos, a saber: A. El Consejo Nacional. B. El Consejo de los Estados.
		Artículo 89.1.	Las leyes y los decretos federales no pueden ser establecidos más que con el acuerdo de ambos Consejos.
		Artículo 95.	La autoridad directorial y ejecutiva suprema de la Confederación es ejercida por un Consejo federal compuesto de siete miembros.
		Artículo 102.4.	- Las atribuciones y las obligaciones del Consejo federal son: a) Presentar proyectos de leyes o de decretos a el Asamblea Federal.
		Artículo 121.1.	La reforma parcial puede tener lugar por la vía de la iniciativa popular, bien en las formas establecidas por la legislación federal.
		Artículo 121.2.	La iniciativa popular consiste en una petición presentada por 100.000 ciudadanos suizos con derecho a voto, solicitando la adopción de un nuevo artículo constitucional o la abrogación o modificación de determinados artículos de la constitución en vigor.
Constitución de la República Italiana.	27 de diciembre de 1947	Artículo 55.	- El Parlamento se compone de la Cámara de los Diputados y del Senado de la República.
		Artículo 70.	- La función legislativa es ejercida colectivamente por las dos Cámaras.



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.

Constitución de la República Italiana.	27 de diciembre de 1947	Artículos 71 y 50	- La iniciativa de las leyes corresponde: I. Al Gobierno. II. A cada uno de los miembros de las Cámaras. III. A los órganos y entidades a quienes se haya conferido esta prerrogativa por ley constitucional. Al pueblo mediante la propuesta por al menos 50.000 electores, de un proyecto redactado en artículos.
		Artículo 76.	- El ejercicio de la función legislativa no puede ser delegado en el Gobierno si no es con determinación de principios o criterios directivos y sólo para asuntos determinados.
Ley Fundamental de la República Federal de Alemania.	23 de mayo de 1949	Artículo 20, (2) y (3)	- Todo poder público emana del pueblo. Ese poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por medio de órganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. - El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial a la ley y al derecho.
		Artículo 38.1.	- Los Diputados del Bundestag alemán son elegidos por sufragio universal y directo, libre, igual y secreto. Los diputados serán representantes del pueblo en su conjunto, no ligados a mandatos ni instrucciones y sujetos únicamente a su conciencia.
		Artículo 50.	- Los Länder participarán en la legislación y administración de la Federación y en los asuntos de la Unión Europea.
		Artículo 50.1.	- El Bundesrat se compone de miembros de los Gobiernos de los Länder, que los designan y los cesan.
		Artículo 70.1.	- Los Länder tienen competencia legislativa en cuanto la Ley Fundamental no la confiera a la Federación.
		Artículo 76.1.	- La iniciativa para presentar proyectos de ley en el Bundestag corresponde: a) Al Gobierno Federal. b) A los miembros del Bundestag. c) Al Bundesrat.
		Artículo 80.1.	- El Gobierno Federal, un Ministro federal o los Gobiernos de los Länder, podrán ser autorizados mediante ley a dictar decretos. En la ley deberá determinarse el contenido, el objeto y el alcance de la autorización otorgada. En tales actos se mencionará su fundamento jurídico. Cuando la ley prevea que una autorización para dictar decretos podrá ser delegada, la delegación deberá efectuarse por decreto.

Constitución de la Quinta República Francesa.	4 de octubre de 1958	Artículo 24.	- El Parlamento está formado por la Asamblea Nacional y el Senado. Los diputados de la Asamblea nacional se eligen por sufragio directo. - El senado se elige por sufragio indirecto. Asegura la representación de las colectividades territoriales de la República. Los franceses establecidos fuera de la República estarán representados por el senado.
		Artículo 39.	- La iniciativa legislativa pertenece conjuntamente al Primer Ministro y a los miembros del Parlamento.
		Artículo 89.	- La iniciativa de la revisión de la Constitución pertenece conjuntamente al Presidente de la República, a propuesta del Primer Ministro, y a los miembros del Parlamento.
Constitución de la Federación Rusa.	12 de diciembre de 1993	Artículo 77.1.	- El sistema de órganos del poder estatal de las repúblicas, krai, oblast, ciudades de carácter federa, oblast autónoma y distrito autónomos serán establecidos por los sujetos de la Federación Rusa de manera autónoma de acuerdo con las bases del sistema constitucional de la Federación Rusa y con los principios comunes a la organización de los órganos representativos y ejecutivos del poder federal, establecidos por la ley federal.
		Artículo 94.	- La Asamblea Federal, el Parlamento de la Federación Rusa, es el órgano representativo y legislativo de la Federación Rusa.
		Artículo 95.	- La Asamblea Federal se compone de dos Cámaras, el Consejo de la Federación y la Duma Estatal.
		Artículo 104.1.	- El derecho de iniciativa legislativa corresponde: a) Presidente de la Federación Rusa. b) Consejo de la Federación. c) Miembros del Consejo de la Federación. d) Diputados de la Duma Estatal. e) Gobierno de la Federación Rusa. f) Tribunal Constitucional de la Federación Rusa. g) Tribunal Superior de Arbitraje de la Federación Rusa en las cuestiones de su competencia.
Constitución Española.	27 de diciembre de 1978	Artículo 66.1.	- Las Cortes Generales representan al pueblo español y están formadas por el Congreso de Diputados y el Senado.
		Artículo 66.2.	- Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado.

Constitución Española.	27 de diciembre de 1978	Artículo 82.1.	- Las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas no incluidas.
		Artículos 87.1. y 166.	- La iniciativa legislativa corresponde: a) Gobierno. b) Congreso de Diputados. c) Senado.
		Artículos 87.2. y 150.	- Las Asambleas de las Comunidades Autónomas podrán solicitar del Gobierno la adopción de un proyecto de ley o remitir a la Mesa del Congreso una proposición de ley.
		Artículos 87.3.	- Una ley orgánica regulará las formas de ejercicio y requisitos de la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley. En todo caso se exigirá no menos de 500.000 firmas acreditadas.

APÉNDICE II. ALGUNAS TÉCNICAS Y MODELOS ANALIZADOS.

MATRIZ DE TÉCNICAS LEGISLATIVAS			
EDGAR ELIAS AZAR (1)	LUCRECIA MAISCH VON HUMBOLDT (2)	MARTIN D. FARRELL Y ENRIQUE OLIVERA (3)	MANUEL ATIENZA (4)
<p>EL EDIFICIO JURIDICO</p> <p>A. Un sólido cimiento constitucional: estructura legal básica, suficientemente elástica, perfectamente relacionada con aquél y con toda una superestructura funcional que se adecue a las necesidades del servicio que debe prestar a la colectividad.</p> <p>B. Legislar de forma programada.</p> <p>C. Identificación de problemas en la técnica de la elaboración de la norma: factores externos (duración del período legislativo, la regulación de la labor de las comisiones, el funcionamiento interno de las Cámaras).</p> <p style="text-align: center;">LEGISLADOR EFICAZ:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Interacción con los demás campos de la actividad social. 2. La norma jurídica se debe programar: evitar la incorporación coherente de los factores normativos (avances técnicos no incorporados); a través de un Organismo Planificador de la Estructura Jurídica a nivel Federal y Estatal. 3. La norma jurídica debe auxiliarse de la tecnología: regulación de su propia naturaleza, autorregulación, o de un ordenamiento superior, necesariamente constitucional. El Congreso regulado con líneas mínimas de trabajo. 4. Programación de la legislación con un fin concreto. 	<p style="text-align: center;">FINALIDAD:</p> <p>A. Los problemas de la técnica legislativa frente a la dinámica del cambio socio-económico.</p> <p>B. La racionalización del sistema legislativo a través de un proceso lógico y fundamentado para la formulación de las leyes.</p> <hr/> <p style="text-align: center;">PROCESO DE FORMULACION DE LA LEY:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Concreción de la política legislativa: por qué y para qué de la norma. La política legislativa. Iniciativa. 2. Estudio doctrinario de la institución jurídica: la esencia. 3. Examen del derecho y la legislación comparada: unicidad del derecho, estudiar, analizar, establecer ventajas y desventajas de una institución, investigar sus fuentes, funcionamiento, evaluar resultados. 4. Inserción de la norma en el contexto legislativo vigente: certeza jurídica. 5. Construcción de la estructura del proyecto: leyes claras, específicas, comprensivas, autónomas, abarcar lo estático y dinámico. 6. Formulación de los preceptos dentro de la estructura acordada: conceptualización. 7. Revisión, concordancia y sistematización del texto en sí mismo y con las prescripciones paralelas, análogas y opuestas. 8. Sometimientto del proyecto para sugerencias y observaciones. Examen de las mismas: escuchar al sujeto pasivo. 9. Eventual modificación o reformulamiento del proyecto, con base en las sugerencias recibidas. <ul style="list-style-type: none"> • 1-4 Preparatorias. • 1-7 Calidad y tecnicismo de la ley. <hr/> <p style="text-align: center;">POSIBILIDADES DE FORMULACION</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. A cargo de un parlamento. 2. A cargo de una comisión de juristas: conocimiento y especialización. 3. El sistema de un jurista designado al efecto. 4. El sistema de una comisión interdisciplinaria. <hr/> <p style="text-align: center;">PROPUESTAS PARA LA RACIONALIZACION DE UN SISTEMA LEGISLATIVO:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Convocatoria de un Congreso de Juristas. 2. Fundación de una escuela para la capacitación legislativa: posgrado. 3. Designación de un cuerpo colegiado encargado de la labor legislativa. 	<p style="text-align: center;">FINALIDAD:</p> <p>A. Aplicación de recursos técnicos para la superación completa de las imperfecciones de la técnica legislativa; es decir, obtener una mayor correspondencia entre la norma general dictada por el legislador y la especial sancionada por la autoridad judicial.</p> <p>B. Herramienta idónea para la acción gubernativa.</p> <p>C. Instrumento apropiado para regular las complejas relaciones sociales.</p> <hr/> <p style="text-align: center;">IMPERFECCIONES TECNICAS</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Lenguaje natural: ambigüedad, uso simbólico de las palabras (formulación, registro, conservación, organización, comunicación de referencias), Stevenson (lenguaje descriptivo y el dinámico); Copi (función expresiva, informativa, directiva); Ross (expresiones de aserción, exclamaciones, directivas). 2. El postulado jurídico de la prohibición: las lagunas del derecho, normas casuísticas que componen un sistema jurídico no pueden ofrecer por sí solas soluciones a todos los casos que podrían presentarse a consideración del juez. Le permite al juez siempre dictar su fallo. <hr/> <p style="text-align: center;">RECURSOS TECNICOS:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Reglas sintácticas y semánticas: analizar el sentido o significado de las expresiones. Reglas de formación y de transformación del lenguaje básico utilizado. 2. Los Principios Generales del Derecho: perspectivas naturalista y positivista; pueden ser normativos y no normativos. Objeto: inferir las normas jurídicas. 3. Los Métodos de Interpretación: cuando la aplicación de tales normas al caso concreto no resulta factible mediante una simple operación lógica. Implica presuponer que la norma general contiene dentro de sí la solución, por lo que, en consecuencia, la cuestión estaría en desentrañar su sentido. <p>Las modalidades de la interpretación comprenden: Reglas que deberá respetar el juez.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Las decisiones judiciales que tienen como fundamento único, uno o varios principios generales del derecho. • Aquellas en que el juez debe decidir por sí dentro de la zona de penumbra. • Aquellas en que el juez debe enfrentarse con contradicciones intrasistemáticas. 	<p style="text-align: center;">FINALIDAD:</p> <p>Tres observaciones sobre el concepto de racionalidad categorizando y estructurando cada premisa según la lógica deductiva, lo que, genera siete problemas sobre las premisas y la conclusión; es decir, no se emplean las reglas de inferencia.</p> <p>Por lo tanto, se llega a dos conclusiones:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Para debilitar el concepto de inferencia se debe argumentar racionalmente; la racionalidad es una capacidad que va más allá del discurso. 2. Existe la racionalidad teórica y la práctica (técnico-instrumental) que necesariamente servirá para juzgar el derecho positivo y como modelo para la reconstrucción y justificación de un cierto tipo de derecho. <p>Por consiguiente, el problema de la legislación puede entenderse según varias perspectivas (R1-R5); función, producción, racionalidad; aspectos que inciden en la producción normativa, tales como:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Editores. 2. Destinatarios. 3. Sistema jurídico. 4. Fines. 5. Objetivos. 6. Valores. <hr/> <p style="text-align: center;">Niveles de racionalidad:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Lingüística. 2. Jurídico-formal. 3. Pragmática. 4. Teleológica. 5. Ética. <p>Las anteriores consideraciones permiten caracterizar un sistema jurídico que intenta materializar el cumplimiento de las normas con base en la racionalidad legislativa en sus momentos de creación, desarrollo y evolución.</p>

MATRIZ DE TECNICAS LEGISLATIVAS

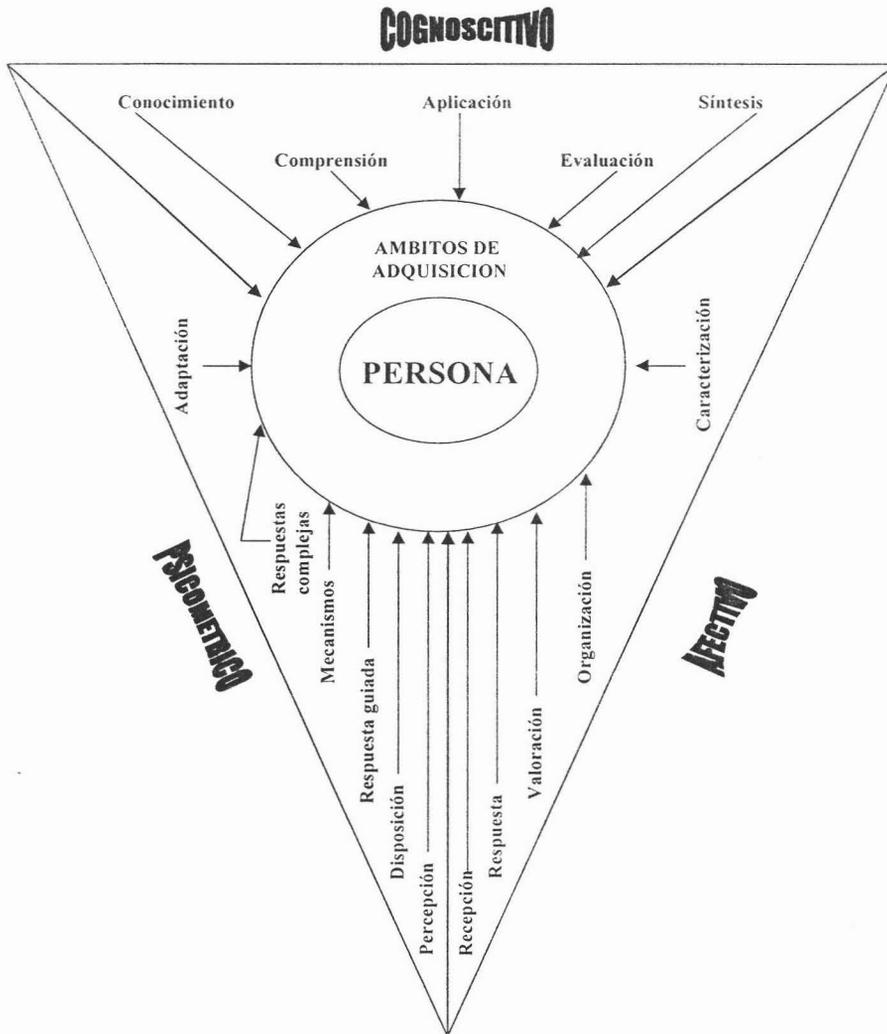
CARLOS SEMPE MINIVIELLE (5)		EUGENIO BULYGIN (6)
Elaboración de la iniciativa:	ESTRUCTURA DE LA INICIATIVA	FINALIDAD:
<ol style="list-style-type: none"> 1. Fundamento para formular anteproyectos: artículo 12 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. 2. Artículo 10 de la Ley de Planeación, Plan Nacional de Desarrollo. 3. Participación: Juristas y técnicos en las ramas de que se ocupa la iniciativa. 4. Consultar a los órganos involucrados: competencia y atribuciones. 5. Definir órgano al que corresponde la facultad de iniciativa: Poder Ejecutivo (Artículo 27 LOAPF) corresponde a SEGOB. 6. Estudio de los antecedentes legales. 7. Revisión del marco jurídico vigente. 8. Depurar lo relacionado con la materia de la iniciativa, en caso necesario, reformarlo o derogarlo: congruencia. 9. Determinar con precisión la materia de la ley que va a expedirse y evitar regular lo ya previsto: denominación (Código, Ley o Decreto) 	<ol style="list-style-type: none"> 1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS. <ol style="list-style-type: none"> I. Cámara a la que se dirige la INICIATIVA. II. Materia Federal: Cámara a la que va dirigida. Las iniciativas presidenciales pueden enviarse indistintamente a cualquier Cámara. (Según las facultades exclusivas de cada una). III. Presentación de la iniciativa: IV. Objetivos buscados en ella. V. Espíritu que anima a la iniciativa. VI. Las razones del contenido de las disposiciones. VII. La explicación de las medidas propuestas. VIII. Los alcances. IX. Expresar las razones por las que se somete a la consideración del Poder Legislativo. (No repetir el texto de la iniciativa). X. Desarrollo de los principales temas: exposición temática, capitular, o por artículos. XI. Debe ser clara y accesible al ciudadano medio. XII. Hacer una reseña histórica sobre la evolución de los preceptos y una referencia al marco jurídico vigente y a las modificaciones que se proponen. XIII. Repetir brevemente al final, los puntos más sobresalientes de la iniciativa, y en su caso, las metas por alcanzar de aprobarse la ley. XIV. Citar en la parte final el fundamento constitucional de la facultad de iniciativa. XV. Incluir al final mención: "Sufragio Efectivo No Reelección" XVI. Firmar la Iniciativa. 2. CUERPO DE ARTICULOS. <p style="margin-left: 20px;">Denominación del texto legal:</p> <ol style="list-style-type: none"> I. Disposiciones permanentes. II. Disposiciones transitorias. 	<p style="text-align: center;">FINALIDAD:</p> <p style="text-align: center;">Los problemas de la legislación son:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Políticos en su esquema valorativo (resolver conflictos sociales, pero en función del sistema jurídico que prevalece por vía de equidad y justicia o dogmática en la aplicación de normas generales). 2. Técnicos: <ol style="list-style-type: none"> A. Lingüísticos: ambigüedad (sintáctica y semántica) de los términos, y Conceptuales: vaguedad. B. Lógicos: sistemáticos (contradicciones, lagunas y redundancias) y dinámicos. • Dinámicos: sistematización en la creación y derogación de normas, consideradas en el contexto de la función política y técnica. • La creación de normas atiende a una lógica normativa (Coherencia, completitud, independencia); sin embargo, el derecho moderno enfrenta el problema técnico (Sistemático y dinámico) como el casuismo que pone en duda el esfuerzo y la capacidad del legislador, la incoherencia que provoca la desobediencia del derecho, y las cláusulas que generan conflictos de normas. • Se replantea la noción del derecho como sistema en el contexto del orden jurídico y la producción normativa. <hr/> <p style="text-align: center;">Las bases de la teoría de la legislación:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Son la metodología y la sistemática cuyo objeto es dar pautas al legislador. 2. El proceso de creación y eliminación normativa debe ser un concurso interdisciplinario. 3. Para la elaboración de la ley deben considerarse a especialistas en teoría y técnica de legislación sin representatividad política. 4. La objetividad debe prevalecer en la separación de los problemas técnicos y políticos dado que son funciones diferentes.
<p style="text-align: center;">ESTRUCTURA DE LA INICIATIVA</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS. 2. CUERPO DE ARTICULOS. 		

Referencias:

1. ELÍAS AZAR, Edgar, "Breves reflexiones sobre algunas técnicas legislativas", *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, México, 1984, Año 8, Núm. 8, Tomo II.
2. MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia, "Necesidad de una nueva técnica legislativa que regule adecuadamente el fenómeno socio-económico de la actualidad", *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Lima (Perú), 1973, Vol. 37, Núm. 3, sep-dic.
3. FARRELL, Martín D., y OLIVERA, Enrique, "Consideraciones sobre aspectos de la técnica legislativa", *Jurisprudencia argentina*, Buenos Aires (Argentina), 1969, Núm. 3457, diciembre.
4. ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel, "Razón práctica y legislación", *Revista Mexicana de Estudios Parlamentarios, Instituto de Estudios Legislativos, Cámara de Diputados*, México, 1991, Primera Época, Vol. I, Núm. 3, septiembre-diciembre.
5. SEMPE MINIVIELLE, Carlos, *Técnica legislativa y desregulación*, México, Ed., Porrúa, 1998.
6. BULYGIN, Eugenio, "Teoría y técnica de legislación", *Revista Mexicana de Estudios Parlamentarios, Instituto de Estudios Legislativos, Cámara de Diputados*, México, 1991, Primera Época, Vol. I, Núm. 3, septiembre-diciembre.

APÉNDICE III. RELACIÓN ENTRE DIFERENTES NIVELES DE INTENCIONES EDUCATIVAS Y SUS COMPONENTES.

Apéndice: Relación entre diferentes niveles de intenciones educativas y sus componentes.



ANEXO I. "ACTIVIDAD LEGISLATIVA".

ACTIVIDAD LEGISLATIVA ENTRE 1978-1982 *				
PAIS	PROYECTOS		PROPOSICIONES	
	PRESENTADOS	APROBADOS	PRESENTADOS	APROBADOS
ALEMANIA	396	400	139	80%
AUSTRALIA	1025	917	46	2%
AUSTRIA	370	355	200	100%
BELGICA	276	380	934	66%
CANADA	222	133	838	18%
DINAMARCA	855	757	444	25%
ESPAÑA	400	323	286	38%
EE.UU. *		1496	29878	322%
FRANCIA	467	384	1638	57%
GRECIA	639	491	94	0%
IRLANDA	209	188	20	2%
ITALIA	1672	858	4021	371%
HOLANDA	1690	1431	25	4%
LUXEMBURGO	317	320	25	5%
PORTUGAL	630	86	273	130%
INGLATERRA	287	265	502	49%
SUECIA	1000	1000	12000	1%

* Los datos se refieren a la Cámara Baja, salvo (s) Senado. En EE.UU. los proyectos los presenta el Parlamento.



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.

ANEXO II. “PROGRAMA DE MEJORA REGULATORIA”.

I. Objetivo

El objetivo del programa es crear y mantener un marco regulatorio transparente y eficiente que transforme a México en un país más atractivo para el crecimiento de las empresas existentes y el establecimiento de nuevas empresas. Al eliminar obstáculos y costos innecesarios impuestos por normatividad federal anacrónica o inadecuada y, al diseñar normatividad, servicios gubernamentales o promocionales efectivos, la mejora regulatoria propicia la competitividad de las empresas, alienta la inversión productiva y permite la creación de más y mejores empleos.

II. Acciones principales

El programa es diseñado y coordinado por la Comisión Federal de Mejora Regulatoria (COFEMER) con el apoyo de la SECODAM, la SHCP, STPS, la PROFECO, la Consejería Jurídica y el Banco de México, así como de los sectores empresarial, en particular el Consejo Coordinador Empresarial (CCE), social y académico, en el seno del Consejo para la Mejora Regulatoria, y consta de cuatro acciones principales:

- i. la eliminación de trámites empresariales innecesarios y la simplificación de los que son necesarios u otorgan servicios o promociones a las empresas (el "acervo");
- ii. la revisión y mejora de proyectos de disposiciones jurídicas que pudieran tener impacto en la actividad económica nacional (el "flujo"), haciendo uso de las manifestaciones de impacto regulatorio que elaboren las dependencias;
- iii. la elaboración de propuestas de reformas a disposiciones legislativas y administrativas con impacto general en la actividad empresarial; y
- iv. el apoyo a los estados y municipios en sus respectivos programas de mejora regulatoria.

Cada dependencia instrumenta las mejoras regulatorias en el ámbito de su competencia tanto en trámites y servicios vigentes como en proyectos y nuevas disposiciones normativas. La SECODAM, a través del Programa de Modernización de la Administración Pública (PROMAP), verifica el cumplimiento de las medidas ya instrumentadas.

III. Responsables (titulares) de la mejora regulatoria en las diversas dependencias del Gobierno Federal:

1. Oficial Mayor, Secretaría de Gobernación
2. Oficial Mayor, Secretaría de Relaciones Exteriores
3. Oficial Mayor, Secretaría de Hacienda y Crédito Público
4. Subsecretario de Fomento y Normatividad Ambiental, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales
5. Oficial Mayor, Secretaría de Energía
6. Oficial Mayor, Secretaría de Economía
7. Oficial Mayor, Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural y Pesca
8. Subsecretario de Transporte, Secretaría de Comunicaciones y Transportes
9. Subsecretario de Planeación y Coordinación, Secretaría de Educación Pública

10. Subsecretario de Regulación y Fomento Sanitario, Secretaría de Salud
11. Oficial Mayor, Secretaría del Trabajo y Previsión Social
12. Subsecretario de Desarrollo Turístico, Secretaría de Turismo

IV. Revisión y mejora de proyectos de disposiciones normativas federales

Durante el sexenio presidencial 1994-2000, se dictaminaron más de quinientos anteproyectos de disposiciones legislativas y administrativas con impacto en el establecimiento y operación de empresas, con la participación activa del Consejo para la Mejora Regulatoria y de los representantes de los sectores productivos interesados, y haciendo uso de la información pública contenida en las manifestaciones de impacto regulatorio correspondientes. Esta revisión y dictaminación constituye una práctica fundamental para propiciar un marco normativo más congruente y eficiente. Entre los principales anteproyectos de leyes revisados y mejorados se encuentran:

- a. *Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario (DOF 12-V-95)*. Se abrió la construcción, operación y explotación de vías férreas a la participación de los sectores social y privado, con el fin de resolver las necesidades de infraestructura y permitir el desarrollo de un sistema ferroviario eficiente, competitivo, y que proporcione un servicio no discriminatorio.
- b. *Ley Federal de Telecomunicaciones (DOF 7-VI-95)*. Se especificaron las condiciones para concesionar el espectro radioeléctrico así como el otorgamiento de concesiones sobre redes públicas de telecomunicaciones. Se definieron los criterios para acreditar la capacidad financiera, técnica, jurídica y administrativa por parte de los interesados en obtener una concesión sobre redes públicas de telecomunicaciones y se establecen las bases para emitir regulación.
- c. *Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (DOF 13-XII-96)*. Las atribuciones en materia ambiental entre la federación, los estados y los municipios se delimitan y se precisa el listado de las obras y actividades, de competencia exclusiva de la federación, que para su realización requerirán previamente de autorización de la Manifestación de Impacto Ambiental (MIA). Se fortalecieron los instrumentos de política ambiental, particularmente lo que se refiere a normalización, ordenamiento ecológico del territorio y regulación ecológica de asentamientos humanos. Estas reformas permitieron además, revisar y mejorar las disposiciones de los reglamentos en la materia.
- d. *Ley de Cámaras Empresariales (DOF 20-XII-96)*. Se eliminó la figura de asociación obligatoria a una cámara y se creó el sistema de información empresarial mexicano como instrumento de apoyo a las empresas.
- e. *Ley Federal del Derecho de Autor (DOF 24-XII-96)*. Se permitió la entrada de importaciones paralelas, así como mejorar el sistema de persecución en contra de los infractores de la ley y proteger la decodificación de las señales de satélites. Además, se estableció la posibilidad de cobrar regalías sin necesidad de pertenecer a una sociedad de gestión colectiva, y se incorporaron en la legislación disposiciones de protección para adecuar la ley conforme a los distintos tratados internacionales en la materia y promover la investigación.
- f. *Reforma a la Ley General de Salud (DOF 7-V-97)*. Se liberaron giros que requerían licencia o aviso sanitario (de 106, actualmente sólo veinte actividades requieren de licencia o aviso), como la edición de libros. Se legalizó la producción y comercialización de medicamentos genéricos en el mercado nacional, lo que propició la reducción de hasta 30% en los precios de algunos medicamentos libres de

patentes y bioequivalentes. Se permite que terceros autorizados (profesionales) sean corresponsables con los particulares en el cumplimiento de la regulación sanitaria.

- g. *Ley Forestal (DOF 20-V-97)*. Se estructuró la autorización para establecer una plantación forestal comercial, dando certeza jurídica al plantador sobre el rendimiento de su inversión. Se definieron los criterios para negar las autorizaciones o condicionar los planes de manejo forestal, eliminando la discrecionalidad por parte de la autoridad en el otorgamiento de autorizaciones.
- h. *Ley de Organizaciones Ganaderas (DOF 6-I-99)*. Se permitió a los ganaderos establecer diversas organizaciones ganaderas en sus municipios o estados, lo que eliminó la afiliación restringida a organizaciones ganaderas para poder participar en programas oficiales de apoyo o llevar a cabo la gestión de peticiones de asistencia.

V. Principales reglamentos revisados y mejorados

- *Reglamento de la Ley Aduanera (DOF 6-VI-96)*.
- *Reglamento Federal de Seguridad, Higiene y Medio Ambiente de Trabajo (DOF 21-I-97)*.
- *Reglamento de la Ley de Aguas Nacionales (DOF 10-XII-97)*.
- *Reglamento de Insumos para la Salud (DOF 4-II-98)*.
- *Reglamento General para la Inspección y Aplicación de Sanciones por Violaciones a la Ley Laboral (DOF 6-VII-98)*.
- *Reglamento de la Ley Forestal (DOF 25-IX-98)*.
- *Reglamento de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica en Materia de Aportaciones (DOF 10-XI-98)*.
- *Reglamento de la Ley de Aviación Civil (DOF 7-XII-98 y 5-X-00)*.
- *Reglamento de Gas Licuado de Petróleo (DOF 7-VI-99)*.
- *Reglamento de Control Sanitario de Productos y Servicios (DOF 9-VIII-99)*.
- *Reglamento de la Ley de Pesca (DOF 29-IX-99)*.
- *Reglamento de Televisión y Audio Restringidos (DOF 29-II-00)*.
- *Reglamento de la Ley General de Población (DOF 14-IV-00)*.
- *Reglamento de Control Sanitario de la Publicidad (DOF 4-V-00)*.
- *Reglamento de la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en Materia de Evaluación del Impacto Ambiental (DOF 30-V-00)*.

VI. Propuestas de reformas a disposiciones administrativas y legislativas del marco regulatorio de la actividad económica

La mejora regulatoria, no sólo revisa, mejora o deroga proyectos o disposiciones vigentes, sino también propone proyectos de disposiciones nuevas con el fin de subsanar vacíos jurídicos o problemas que impiden un funcionamiento adecuado para los particulares.

a) Reformas administrativas

La Comisión, en colaboración estrecha con las dependencias competentes y la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal, ha impulsado la reforma o expedición de los

reglamentos de gas natural (DOF, 8-XI-95), de inversión extranjera (DOF, 89-IX-98), de metrología y normalización (DOF, 14-I-99), y de minas (DOF, 15-II-99), con el fin de complementar las reformas legislativas referidas en la siguiente sección (2.3.2). Otras mejoras significativas a disposiciones administrativas son:

- *Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica, DOF 4-III-98.* Se precisaron los procedimientos para beneficio de los particulares. La Comisión Federal de Competencia se obligó a publicar en una gaceta informativa sus resoluciones.
- *Prontuario de Disposiciones Jurídicas Federales, disponible en Internet desde 1-VIII-98.* Se actualiza quincenalmente un compendio de las leyes y reglamentos federales, así como de acuerdos y decretos presidenciales de observancia general en vigor, lo cual reduce los costos de información para los usuarios.
- *Decreto Presidencial Abrogatorio, DOF 2-XII-97.* Se dejó sin efectos a 56 reglamentos, 69 decretos y 56 acuerdos obsoletos que fueron expedidos por el Gobierno Federal entre 1926 y 1995. La abrogación expresa de las normas da seguridad jurídica y propicia un marco normativo claro, preciso y congruente.

b) Reformas legislativas

El expresidente Ernesto Zedillo Ponce de León envió a consideración del H. Congreso de la Unión veintiséis iniciativas propuestas por el consejo y la comisión, apoyados y mejorados por la Consejería Jurídica, que los congresistas tuvieron a bien a su vez enriquecer y aprobar. Entre las que destacan:

- *Reformas a la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo, DOF 11-V-95, en colaboración con la Secretaría de Energía.* Permitió la inversión privada en el transporte y distribución del gas natural, con lo que el número de usuarios de gas natural aumentará de 570,000 en 1995 a más de 2 millones en 2002. Algunas ciudades que ya cuentan inversiones significativas en esta alternativa energética limpia son Monterrey, Ciudad Juárez, Mexicali, Nuevo Laredo, Querétaro y Chihuahua.
- *Reformas a los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en materia común, y para toda la República en materia federal y de comercio, DOF 24-V-96.* Establecieron que tratándose de la cesión de créditos hipotecarios entre instituciones del sistema bancario mexicano, no se requiere de notificación al deudor, de escritura pública ni de inscripción en el Registro Público de la Propiedad, para realizar la citada cesión. Ello hizo legalmente viable el desarrollo del mercado de créditos hipotecarios en el Distrito Federal, con el fin de abaratar el costo del financiamiento respectivo. También estableció que ninguna de las excepciones procesales podrá suspender un procedimiento judicial. Con la misma finalidad se redujeron considerablemente los términos para que opere la caducidad de la instancia y para la tramitación de apelaciones. Lo anterior desincentiva la presentación de promociones frívolas y de mala fe, así como prácticas indebidas que se utilizaban para alargar los procedimientos judiciales.

La gran mayoría de las figuras, términos, modificaciones y adiciones en materia de procedimientos civiles fueron también incorporadas en el Código de Comercio.

Como resultado de las reformas al Código de Comercio y al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en 1999 se presentaron 95,000 juicios menos en el Distrito Federal que en 1995, una reducción de 54 por ciento, lo que

implicó un ahorro para la sociedad de por lo menos 2 mil millones de pesos. Además, al eliminar la posibilidad de dilatar los procesos mediante promociones de mala fe, se redujo sustancialmente la duración promedio de los juicios.

- *Reforma a la Ley de Inversión Extranjera, DOF 24-XII-96, en colaboración con la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.* Se permitió la capitalización de sociedades mexicanas sujetas a límites máximos de participación extranjera con la inversión que se realice de manera indirecta, por medio de otras sociedades mexicanas, siempre que estas últimas sean controladas por el capital mexicano. Se establecieron plazos máximos para la autorización de inversión neutra y la inscripción de personas morales extranjeras en el Registro Público de Comercio.
- *Reformas a la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, DOF 24-XII-96 y 20-V-97.* Se estableció que cuando una norma oficial mexicana (NOM) obliga al uso de tecnologías específicas, los particulares pueden solicitar a la dependencia competente utilizar o aplicar dispositivos alternativos que cumplen con los fines de la NOM.

Para facilitar la desregulación de NOMs, se permitió a las dependencias, por iniciativa propia o a solicitud de la Comisión Nacional de Normalización, de la Comisión Federal de Mejora Regulatoria o del comité consultivo nacional de normalización correspondiente, modificar o cancelar una norma sin seguir el procedimiento para su elaboración, salvo cuando se pretende crear nuevos requisitos o bien incorporar especificaciones más estrictas.

Adicionalmente, con el fin de evitar la permanencia de NOMs y NMXs obsoletas o ineficaces, se estableció que éstas deben ser revisadas cada cinco años a partir de la fecha de su entrada en vigor. De no hacerse la revisión, las normas perderán su vigencia.

- *Reformas a la Ley del Seguro Social y al Reglamento de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, DOF 10-X-96, en colaboración con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Secretaría de Salud.* Se crearon cuentas individuales de pensión, fortaleciendo la correspondencia entre las contribuciones de los trabajadores y los beneficios recibidos, con lo cual se contribuye a reducir los incentivos al fraude fiscal o a la sub-declaración de los ingresos por parte de los trabajadores. Se obtienen ganancias de eficiencia como resultado del aumento de la competencia y de la transparencia que implica la gestión privada de los fondos de pensión. La posibilidad de depositar un ahorro voluntario en dichas cuentas estimula el ahorro privado.
- *Reforma a la Ley Minera, DOF 24-XII-96, en colaboración con la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.* Se estableció un procedimiento claro, transparente y eficiente para las licitaciones de lotes mineros propiedad de la federación. Asimismo, los procedimientos de solicitud de concesiones, de caducidad, nulidad e insubsistencia de derechos, quedan regulados con los correspondientes plazos.
- *Ley de Concursos Mercantiles, DOF 12-V-00, y reformas a los artículos 144, 146 y 146B del Código Fiscal de la Federación, DOF 31-XII-00, en colaboración con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.* Se creó un nuevo marco jurídico en materia de insolvencias que tiene como objetivo central maximizar el valor de una empresa en crisis y, cuando sea viable, preservar los empleos que genera, así como conservar el equilibrio entre el comerciante y sus acreedores. Lo anterior requirió una modificación al tratamiento fiscal para los casos de concursos mercantiles en el Código Fiscal de la Federación.

- *Miscelánea de Garantías (reformas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, al Código de Comercio y a Ley de Instituciones de Crédito), DOF 24-V-96, DOF 23-V-00, en colaboración con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.* Con las reformas, se promueve el acceso al crédito por parte de las pequeñas y medianas empresas, y se propicia el desarrollo equilibrado de deudores y acreedores a través del establecimiento de términos y condiciones concretas. Mediante la inclusión y perfeccionamiento de las figuras de la prenda sin transmisión de posesión al acreedor o a un tercero, y el fideicomiso de garantía, se ofrecen a los acreedores mecanismos baratos, rápidos y confiables, para hacer efectivas las garantías a su favor.
- *Reformas al Código de Comercio en Materia del Registro Público de Comercio, DOF 29-V-00, en colaboración con la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.* Se creó el marco jurídico para implementar un sistema de registro automatizado a través de una base de datos central que estará interconectada a los registros públicos estatales, con el fin de dar certeza jurídica a quienes contraten créditos garantizados al facilitar la consulta y verificación del estado que guardan los actos mercantiles.
- *Reformas y Adiciones al Código Civil Federal, al Código de Comercio y a la Ley Federal de Protección al Consumidor en Materia de Comercio Electrónico, DOF 29-V-00, en colaboración con la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.* Se dio plena validez legal a las transacciones comerciales y contratos celebrados a distancia por medios electrónicos. Esto facilitará las transacciones por Internet.

En México, el Congreso de la Unión aprobó de manera unánime en marzo de 2000, una iniciativa de mejora regulatoria que responde a una demanda generalizada de los sectores social y productivo. La reforma a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo propicia la transparencia en la elaboración de regulaciones por parte del Ejecutivo, promueve una mayor certidumbre jurídica para los ciudadanos en la aplicación de trámites y requisitos, y evita que los costos del cumplimiento de la normatividad sean mayores a los beneficios que ésta pretende.

- *Creación de la Comisión Federal de Mejora Regulatoria.* Sin burocracia adicional y con los mismos recursos presupuestales anteriormente dedicados a la materia, se creó la COFEMER como desconcentrado de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial con autonomía técnica y operativa. La Comisión evalúa el marco regulatorio federal, propone sectores a desregular y elabora propuestas al titular del Ejecutivo Federal en materia regulatoria. El mandato de la Comisión es garantizar la transparencia en la elaboración y aplicación de las regulaciones, y que éstas logren beneficios mayores a sus costos. Además, la Comisión cuenta con un Consejo presidido por el Secretario de Comercio que es el enlace entre los sectores público, social, académico y privado.
- *Ampliación del ámbito de aplicación de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.* Las reformas ampliaron el ámbito de la mejora regulatoria a los trámites que realizan los ciudadanos, además de los trámites empresariales ya previstos, y a materias como adquisiciones y obras públicas, seguridad social y normas oficiales mexicanas. Las disposiciones se extienden a los organismos descentralizados respecto de sus actos de autoridad y de los servicios que presten de manera exclusiva (v.g. las reglas para otorgar franquicias de Pemex y los términos para la interconexión de alta tensión con la CFE). Las autoridades financieras distintas al Banco de México ahora están sujetas a las disciplinas de transparencia. En particular, deben inscribir sus trámites en el Registro Federal de Trámites y

Servicios y preparar manifestaciones de impacto regulatorio para las disposiciones que propongan.

- *Revisión de anteproyectos de regulaciones y de sus manifestaciones de impacto regulatorio.* Para promover la calidad, la transparencia y la participación de los sectores interesados, incluso la ciudadanía, se estableció como obligación que los anteproyectos y las manifestaciones de impacto regulatorio sean públicos y que se sometan a revisión al menos treinta días hábiles antes de la emisión o envío del anteproyecto al Poder Legislativo. Esto permite lograr una mayor congruencia y compatibilidad en las acciones gubernamentales en el orden federal. Las manifestaciones de impacto regulatorio permiten a los interesados conocer las razones por las que se proponen proyectos de regulación, las alternativas consideradas en su diseño, los esquemas de instrumentación y aplicación previstos, las consultas llevadas a cabo, así como los costos y beneficios potenciales.
- *Registro Federal de Trámites y Servicios.* Las reformas dan sustento legislativo al registro, el cual incluirá además de los trámites empresariales, los que se aplican exclusivamente a ciudadanos (por ejemplo, pasaportes o certificados escolares). Cada dependencia u organismo descentralizado deberá completar el universo íntegro de sus trámites y publicarlos antes de mayo de 2003. A partir de esa publicación, no podrá exigir ningún trámite que no esté inscrito en el registro. Adicionalmente, los trámites que las dependencias hayan incorporado de manera gradual a su registro no pueden aplicarse en forma distinta a como están ahí inscritos, y cualquier inscripción o modificación de un trámite en el mismo debe hacerse de manera transparente, con el pleno conocimiento de los sectores productivos, el consejo, y la previa opinión de la comisión. La ley permite oponerse jurídicamente a una dependencia cuando esta aplica un trámite de manera distinta a lo inscrito en el registro.
- *Registro de Personas Acreditadas.* Con las reformas se obliga a las dependencias y organismos descentralizados, antes de mayo del 2003, a la creación de un Registro de Personas Acreditadas único para la presentación de trámites federales. Las empresas y los ciudadanos que opten por solicitar su número de inscripción en el registro, sólo volverán a presentar documentos de identificación (credencial de elector, RFC, acta constitutiva de empresa, etc.) ante las secretarías de estado, e incluso ante organismos como PEMEX y la CFE, cuando dicha información cambie. El número de registro ante una dependencia de gobierno será válido para todas las demás dependencias y organismos federales, porque los registros deberán estar interconectados electrónicamente antes de mayo del 2003.

VII. Apoyo a los estados y municipios en sus respectivos programas de mejora regulatoria

La mejora regulatoria no se ha circunscrito al ámbito federal. El nuevo federalismo ha llevado a las entidades federativas a acciones concretas para la consecución de los acuerdos de coordinación en la materia que firmaron cada uno de los ejecutivos estatales con la federación, en 1995. En estos acuerdos, los estados ofrecieron instrumentar programas orientados a los objetivos que se persiguen con el federal, y el gobierno federal a brindar apoyo técnico a los estados que lo soliciten. Por lo tanto, el Ejecutivo Federal, a través de la ahora Comisión Federal de Mejora Regulatoria y su consejo, ha mantenido una estrecha colaboración con las autoridades estatales y municipales para coadyuvar a la construcción de un marco regulatorio eficiente y congruente en los tres órdenes de gobierno.

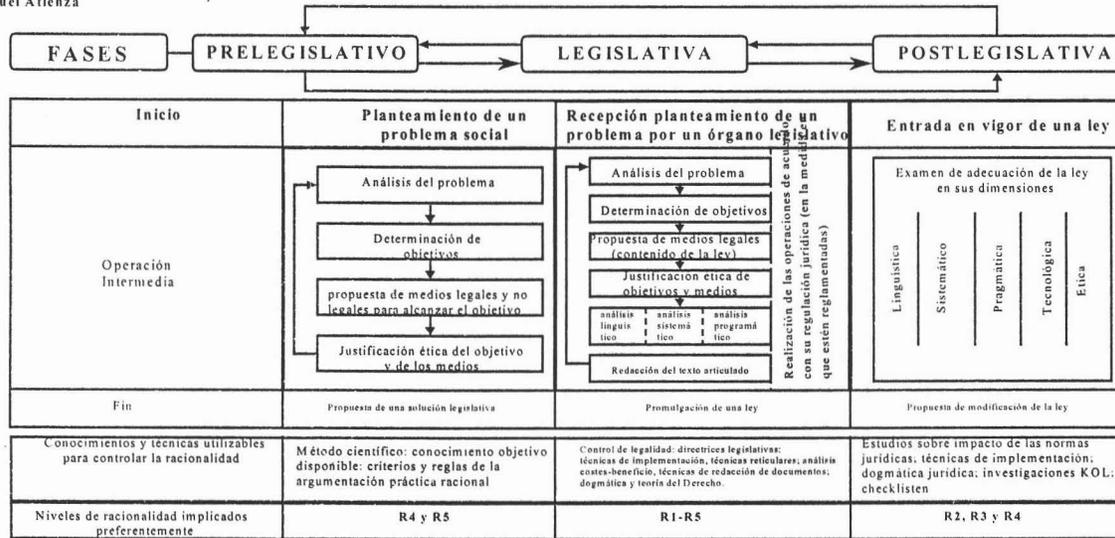
- a. Todas las entidades federativas expedieron instrumentos jurídicos análogos al Acuerdo para la Desregulación de la Actividad Empresarial y 23 estados celebraron convenios de coordinación con sus principales municipios.
- b. La Comisión ha brindado apoyo técnico a los gobiernos de 17 estados para la creación de sus registros estatales de trámites empresariales y a 22 estados en la elaboración de reformas legislativas y administrativas para agilizar juicios, permitir la cesión de créditos hipotecarios, abrogar disposiciones obsoletas, y en general, para mejorar la calidad del marco regulatorio.
- c. En julio de 1997, el Congreso del Estado de Nuevo León aprobó reformas a los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles del Estado (basadas en las instrumentadas en el ámbito federal y en el Distrito Federal), con el fin de eliminar y simplificar trámites y requisitos procesales innecesarios y permitir la cesión de hipotecas sin aviso notarial, lo cual hace legalmente viable su bursatilización.
- d. Además del Distrito Federal, 15 estados han reformado sus respectivos códigos civiles para hacer legalmente viable la bursatilización de hipotecas.
- e. El Consejo Coordinador Empresarial tiene a disposición del público en Internet los estudios comparativos de 1998 y 1999 sobre la calidad del marco regulatorio en las entidades federativas mexicanas.
- f. El Consejo Coordinador Empresarial publicó en este año su primer estudio sobre la administración de justicia en los estados de la república.

VIII. Reporte de la OCDE sobre reforma regulatoria en México

Durante 1998 y 1999, el programa de mejora regulatoria federal fue objeto de una revisión detallada e imparcial por parte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). En su reporte *Reforma Regulatoria en México*, publicado en diciembre de 1999, dicha institución señala que la mejora regulatoria en México ha permitido que la Administración Pública Federal sea más ágil, transparente y eficiente en sus funciones, y que ha comenzado a producir beneficios para las empresas y los consumidores.

ANEXO III. "RACIONALIDAD DE LA LEGISLACIÓN".

Propuesta de Manuel Atienza



338

RACIONALIDAD		EDITORES	DESTINATARIOS	SISTEMA JURIDICO	DATOS	VALORES
Lingüística	R1	Emisor	Receptores del mensaje (legal)	Conjunto de enunciados (mensajes) y de canales para transmitirlos	Claridad; precisión	Comunicación
Jurídico-formal	R2	Órgano al que se atribuye capacidad de producir D. legislado	Individuos y órganos a los que se dirigen las leyes	Conjunto de normas (en sentido amplio) válidamente establecidas	Sistematicidad; plenitud y coherencia	Seguridad; previsibilidad
Pragmática	R3	Órgano al que se presta obediencia (Soberano)	Burocracia e individuos que prestan obediencia (súbditos)	Conjunto de normas eficaces o (bien de comportamientos)	Cumplimiento del D. (traducción de las normas en acciones)	Mantenimiento del orden; eficacia
Teleológica	R4	Portadores de intereses sociales (particulares, grupos de presión, etc.)	Afectados por la regulación del interés o necesidad social	Conjunto de medios para conseguir fines sociales	Cumplimiento de objetivos sociales; redistribución de la riqueza; aumento o disminución de la protección social; reducción del desempleo; mantenimiento de ventajas políticas, económicas, etc.	Eficiencia social
Ética	R5	Autoridad legítima	Obligarlos moralmente a obedecer las leyes	Conjunto de normas, acciones e instituciones evaluables éticamente	Libertad, igualdad, justicia	Naturaleza, dignidad humana, consenso, etc.

FUENTES DE INFORMACIÓN

BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis, Derecho, Racionalidad y Comunicación Social. Ensayos sobre Filosofía del Derecho, trad. de Pablo Larrañaga, México, Ed., Fontamara, 1995.

AARNIO, Aulis, **GARZÓN VALDÉS**, Ernesto, y **UUSITALO**, Jyrki, La normatividad del derecho, Barcelona (España), Ed., Gedisa, 1997.

AGINSKY de Iribarne, Esther, Fenomenología y Ontología Jurídica, Buenos Aires (Argentina), Ed., Pannedille, 1971.

ALCHOURRÓN, Carlos E., y **BULYGIN**, Eugenio, Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, 2ª reimpresión, Buenos Aires (Argentina), Ed., Astrea, 1993.

-----, Análisis lógico y Derecho, pról. de Georg H. von Wrigth, Madrid (España), Ed., Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

-----, Sobre la existencia de las normas jurídicas, México, Ed., Fontamara, 1997.

ALEXY, Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid (España), Ed., Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

-----, " Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral", Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo, Barcelona (España), Ed., Gedisa, 1998.

-----, El concepto y la validez del Derecho, Barcelona (España), Ed., Gedisa, 1994.

ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, **GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ**, Ignacio, y Jorge **RODRÍGUEZ ZAPATA**, Derecho Político Español, Madrid (España), Ed., Centro de Estudios Ramón Areces, 1997, Tomo I.



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.

- AMENGUAL COLL**, Gabriel, La moral como derecho. Estudio sobre la moralidad en la Filosofía del Derecho de Hegel, Madrid (España), Ed., Trotta, 2001.
- AÑÓN ROIG**, María José, Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación, Ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid (España), 1995.
- AÑÓN ROIG**, María José, y **RUÍZ SANZ**, Mario, "Creación del derecho y necesidades sociales", Derecho y Sociedad, coord. María José Añón, Roberto Bergalli, Manuel Calvo y Pompeu Casanovas, Valencia (España), Ed., Tirant lo Blanch, 1998.
- ARAGON**, Manuel, "Gobierno y Administración", Filosofía Política II. Teoría del Estado, Madrid (España), Ed., Trotta, 1996.
- ARELLANO GARCÍA**, Carlos, Métodos y técnicas de la investigación jurídica, México, Ed., Porrúa, 1999.
- ARNAIZ AMIGO**, Aurora, Apuntes de la clase de Teoría Jurídica Contemporánea II, División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM, México, 1999, semestre febrero-junio.
- ARTEAGA NAVA**, Elisur, Derecho Constitucional, México, Ed., Harla, 1998.
- ASIS ROIG**, Rafael de, Deberes y obligaciones en la Constitución, Madrid (España), Ed., Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ATIENZA RODRÍGUEZ**, Manuel, Contribución a una teoría de la legislación, Madrid (España), Ed., Civitas, 1997.
- , "Lógica y argumentación jurídica", Calculemos...Matemáticas y libertad (homenaje a Miguel Sánchez-Mazas), Madrid (España), Ed., Trotta, 1996.
- , Tras la Justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico, 2ª. reimpresión, Barcelona (España), Ed., Ariel, 1995.
- , Introducción al Derecho, Barcelona (España), Ed., Barcanova, 1994.
- ATIENZA**, Manuel, **RUIZ MANERO**, Juan, Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos, Barcelona (España), Ed., Ariel, 1996.
- BARCELONA**, Pietro, **HART**, **DIETER**, y **MÜCKENBERG**, Ulrich, La formación del jurista. Capitalismo Monopolístico y cultura jurídica, trad. de Carlos Lasarte, 3ª ed., Madrid (España), Ed., Civitas, 1993.
- BASCUÑAN VALDES**, Anibal, Manual de Técnica de la Investigación Jurídica, Manuales jurídicos, 4ª ed., Santiago (Chile), Ed., Jurídica de Chile, 1971, Núm. 15.

- BIGLINO CAMPOS**, Paloma, La publicación de la ley, Madrid (España), Ed., Tecnos, 1993.
- BOBBIO**, Norberto, El Positivismo Jurídico, trad. de Rafael de Asis y Andrea Greppi, Madrid (España), Ed., Debate, 1993.
- , Contribución a la teoría del Derecho, trad. de Alfonso Ruíz Miguel, Madrid (España), Ed., Debate, 1990.
- BOCHÉNSKI**, J.M., Introducción al pensamiento filosófico, trad. de Daniel Ruíz Bueno, 12ª ed., Barcelona (España), Ed., Herder, 1986.
- BOURGEOIS**, Bernard, Le droit naturel de Hegel (1802-1803), Paris (Francia), Ed., J. Vrin, 1986.
- BRYCE**, James, Constituciones flexibles y constituciones rígidas, Madrid (España), Ed., Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- BRUCE**, Ackerman y **ROSENKRANTZ**, Carlos F., Tres concepciones de la democracia constitucional. Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad, Ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid (España), 1991.
- BURGOA ORIHUELA**, Ignacio, El Jurista y el Simulador del Derecho, 9ª ed., México, Ed., Porrúa, 1999.
- , Derecho Constitucional Mexicano, 14ª ed., México, Ed., Porrúa, 2001.
- , El Juicio de Amparo, 37ª ed., México, Ed., Porrúa, 1998.
- , Las Garantías Individuales, 24ª ed., México, Ed., Porrúa, 1992.
- , "El Maestro de Derecho (Magister-Juris)", El papel del abogado, 4ª ed., México, Ed., Porrúa, 1999.
- CABO MARTÍN**, Carlos de, Sobre el concepto de ley, Madrid (España), Ed., Trotta, 2000.
- CAIRNS**, Huntington, Legal Philosophy from Plato to Hegel, Baltimore (EUA), The Johns Hopkins Press, 1949.
- CALVO HORNERO**, Antonia, Organización de la Unión Europea, 2ª ed., Madrid (España), Ed., Centro de Estudios Ramón Areces, 1999.
- CANO BUESO**, Juan, "Cuestiones de técnica jurídica en el procedimiento legislativo del Estado Social", La técnica legislativa a debate, Madrid (España), Ed., Tecnos, 1994.

- CAPELLA**, Juan Ramón, Elementos de análisis jurídico, Madrid (España), Ed., Trotta, 1999.
- , El Derecho como lenguaje, Barcelona (España), Ed., Ariel, 1968.
- CARACCILO**, Ricardo A., "Sistema Jurídico", El Derecho y la Justicia, Madrid (España), Ed., Trotta, 1996.
- , Sistema jurídico. Problemas actuales, Madrid (España), Ed., Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- CÁRCOVA**, Carlos María, La opacidad del Derecho, Madrid (España), Ed., Trotta, 1998.
- CARNELUTTI**, Francesco, Metodología del Derecho, trad. de Angel Ossorio, Buenos Aires (Argentina), Ed., Valletta, 1990.
- CASCAJO CASTRO**, José Luis, y **GARCIA ALVAREZ**, Manuel, Constituciones Extranjeras Contemporáneas, 3ª ed., Madrid (España), Ed., Tecnos, 1994.
- CAZORLA PRIETO**, Luis María, **ARNALDO ALCUBILLA**, Enrique, y Román **GARCÍA FERNANDO**, Temas de Derecho Constitucional, Navarra (España), Ed., Aranzadi, 2000.
- CEJUDO Y ORMAECHEA**, Ignacio, Reglas del Derecho, México, Ed., Carranza e hijos, 1917.
- COLOM GONZÁLEZ**, Francisco, "Legitimidad Política", Filosofía Política I, Ideas políticas y movimientos sociales, Madrid (España), Ed., Trotta, 1997.
- COSTA**, Joaquín, El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre, Barcelona (España), Ed., Sucesores de Manuel Soler, s.a.
- DEL VECCHIO**, Giorgio, Filosofía del Derecho, trad. de Luis Legaz y Lacambra, 9ª ed., Barcelona (España), Ed., Bosch, 1991.
- DÍAZ** Elías, "Estado de Derecho", Filosofía Política II, Teoría del Estado, Madrid (España), Ed. Trotta, 1996.
- , Sociología y Filosofía del Derecho, 2ª ed., Madrid (España), Ed., Taurus, 1992.
- D'ORS**, Alvaro, Nueva Introducción al estudio del derecho, Madrid (España), Ed., Civitas, 1999.

- , Una introducción al estudio del derecho, presentación de Jorge Adame Goddard, México, Ed., Escuela Libre de Derecho, 1989.
- , Nuevos papeles del oficio universitario, Madrid (España), Ed., Rialp, 1980.
- , Sistema de la Ciencia I. Las Ciencias. Concepto, Clasificación, Definiciones, Pamplona (España), Ed., Universidad de Navarra, 1969.
- , Sistema de la Ciencia II. Los científicos: Tipología, Trabajo, Publicaciones, Pamplona (España), Ed., Universidad de Navarra, 1970.
- , Sistema de la Ciencia III. Excursos a los fascículos I y II, Pamplona (España), Ed., Universidad de Navarra, 1974.
- DWOKIN**, Ronald M., ¿Es el Derecho un sistema de Reglas?, trad. de Javier Esquivel y Juan G. Rebolledo, México, Ed., UNAM, Cuadernos de Crítica, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1977.
- , A matter of Principle, Cambridge (EEUU), Harvard University Press, 1985.
- , Law's Empire, Cambridge (EEUU), The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.
- , Reply to Hart Draft, 1994.
- ESCRICHE**, Joaquín, Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense, México, Ed., UNAM, 1996.
- ESCUADERO ALDAY**, Rafael, Positivismos y moral interna del Derecho, prologado por Gregorio Peces-Barba, Madrid (España), Ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- FALCON Y TELLA**, María José, Concepto y fundamento de la validez del Derecho, Madrid (España), Ed., Civitas-Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1994.
- , La desobediencia civil, Madrid (España), Ed., Marcial Pons, 2000.
- FARINATI**, Alicia, En torno a la Filosofía jurídica de Hegel, Buenos Aires (Argentina), Ed., Estudio, 1998.
- FERNÁNDEZ-GALIANO**, Antonio, y **CASTRO CID**, Benito de, Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural, 2ª ed., Buenos Aires (Argentina), Ed., Universitas, 1995.
- FERNÁNDEZ GARCÍA**, Eusebio, La obediencia al Derecho, Madrid (España), Ed., Civitas, 1994.

- FERRARI**, Vincenzo, Acción Jurídica y Sistema Normativo. Introducción a la Sociología del Derecho, trad. de Andrea Greppi, Madrid (España), Ed., Dykinson, 2000.
- FLORENCE**, Malbran-Labat, Gilgamés, Estella, Navarra (España), Ed., Verbo Divino, 1983.
- FRANK**, Jerome, Derecho e Incertidumbre, trad. de Carlos M. Bidegain, 2ª ed., México, Ed., Fontamara, 1993.
- FROSINI**, Vittorio, La letra y el espíritu de la ley, trad. de Carlos Alarcón Cabrera y Fernando Llano Alonso, Barcelona (España), Ed., Ariel, 1995.
- FUCITO**, Felipe, Sociología del Derecho: El orden jurídico y sus condiciones sociales, Buenos Aires (Argentina), Ed., Universidad, 1993.
- FUSTEL DE COULANGES**, Numa Denis, La Ciudad Antigua. Estudios sobre el culto, el Derecho y las Instituciones de Grecia y Roma, estudio preliminar de Daniel Moreno, 6ª ed., México, Ed., Porrúa, 1986.
- GADAMER**, Hans-Georg, Verdad y Método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica, 6ª ed., Salamanca (España), Ed., Sígueme, 1996.
- GÁMIZ PARRAL**, Máximo, Legislar: quién y cómo hacerlo, México, Ed., Noriega, 2000.
- GARCÍA DE ENTERRÍA**, Eduardo, Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas, Madrid (España), Ed., Civitas, 1999.
- GARCÍA MARZA**, Domingo V., Ética de la Justicia. J. Habermas y la ética discursiva, Madrid (España), Ed., Tecnos, 1992.
- GARCÍA MÁYNEZ**, Eduardo, Ensayos Filosófico-Jurídicos (1934-1979), 2ª ed., México, Ed., UNAM, 1984.
- , "Validez formal y validez material en sentido jurídico-positivo, y validez objetiva o intrínseca en sentido axiológico", Symposium sobre Derecho Natural y Axiología, colab. Luigi Bagolini, Norberto Bobbio, Helmuth Coig, Eduardo García Máynez, Luis Recaséns Siches, México, Ed., UNAM, Centro de Estudios Filosóficos, 1963.
- , Positismo jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo, México, Ed., UNAM, 1997.
- , Introducción al Estudio del Derecho, 53ª ed., México, Ed., Porrúa, 2002.

- GARCÍA ROCA**, Javier, **SANTOLAYA**, Pablo, **PERELLO**, Isabel, et. al., Legislación Constitucional Básica, 2ª ed., Madrid (España), Ed., Lex Nova, 2000.
- GARGARELLA**, Roberto, La justicia frente al gobierno, Barcelona (España), Ed., Ariel, 1996.
- GASCÓN ABELLÁN**, Marina, La Técnica del precedente y la argumentación racional, Madrid (España), Ed., Tecnos, 1993.
- GIL CREMADES**, Juan José, "La motivación de las decisiones jurídicas", Estudios jurídicos en honor del doctor Luis Recaséns Siches, México, Ed., UNAM, 1980.
- GLOCKNER**, Hermann, El concepto en la filosofía hegeliana: Intento de una introducción lógica al básico problema metalógico del hegelianismo, trad. de Guillermo Floris Margadant, México, Ed., UNAM, 1965.
- GÓMEZ ORFANEL**, Germán, **BASTERRA MONSERRAT**, Daniel, **CABO**, Antonio de, et. al., Prontuario de Derecho Constitucional, comp. Pablo Lucas Verdú, Granada (España), Ed., Comares, 1996.
- GORDILLO**, Agustín, El método en Derecho. Aprender, Enseñar, Escribir, Crear, Hacer, Madrid (España), Ed., Civitas, 1988.
- GUASTINI**, Ricardo, "Ley", Elementos de Técnica Legislativa, coords. Miguel Carbonell y Susana Thalía Pedroza de la Llave, México, Ed., UNAM-I.I.J., serie Doctrina Jurídica, núm., 94, 2000.
- HABERMAS**, Jürgen, Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos del discurso, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid (España), Ed., Trotta, 1998.
- , Problemas de legitimación en el capitalismo tardío, trad. de José Luis Etcheverry, Buenos Aires (Argentina), Ed., Amorrortu, 1998.
- , Teoría de la acción comunicativa. Racionalidad de la acción y racionalización social, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid (España), Ed., Taurus, 1987, Tomo I.
- , Teoría de la acción comunicativa. Crítica de la razón funcionalista, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid (España), Ed., Taurus, 1987, Tomo II.
- , Morale, Diritto, Política, trad. italiana de L. Ceppa, Turin (Italia), Ed., Einaudi, 1992.
- , El discurso filosófico de la modernidad (Doce lecciones), trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid (España), Ed., Taurus, 1989.

- HART**, Herbert Lionel Adolphus, El Concepto de Derecho, trad. de Genaro R. Carrio, 2ª ed., Buenos Aires (Argentina), Ed., Abeledo-Perrot, 1992.
- HEGEL**, Georg Wilhelm Friedrich, Enciclopedia de las ciencias filosóficas, Madrid (España), Ed., R. Valls, Alianza, 1997.
- , Sobre las maneras de tratar científicamente el derecho natural, trad. de D. Negro, Madrid, España), Ed., Aguilar, 1979.
- , La Constitución de Alemania, trad. de D. Negro, Madrid, (España), Ed., Aguilar, 1972.
- , Principios de la Filosofía del Derecho, trad. de J.L. Vermal, Buenos Aires (Argentina), Ed., Sudamericana, 1975.
- HEIDEGGER**, Martin, Ontología. Hermenéutica de la facticidad, versión de Jaime Aspivoza, Madrid (España), Ed., Alianza, 1999.
- , ¿Qué es filosofía?, trad. de J.L. Molinuevo, 2ª ed., Madrid (España), Ed., Narcea, 1980.
- HERNÁNDEZ GIL**, Antonio, Metodología de la Ciencia del Derecho, Madrid (España), Ed., Uguina-Meléndez, 1971, Vol. II.
- HERNÁNDEZ MARÍN**, Rafael, Dos lecciones de Filosofía del Derecho, Murcia (España), Ed., DM, 1996.
- IGLESIAS VILA**, Marisa, El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico, Madrid (España), Ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.
- IRTI**, Natalino, La edad de la descodificación, trad. de Luis Rojo Ajuria, Barcelona (España), Ed., José María Bosch, 1992.
- JONAS**, Hans, Técnica, medicina y ética. Sobre la práctica del principio de responsabilidad, Barcelona (España), Ed., Paidós, 1996.
- KELSEN**, Hans, La garantía jurisdiccional de la Constitución (la Justicia Constitucional), trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Ed., UNAM-I.I.J, serie Ensayos Jurídicos, Núm., 5, 2001.
- KIRCHMANN**, Julius Hermann Von, La Jurisprudencia no es ciencia, 3ª ed., trad. de Antonio Truyol Serra, Madrid (España), Ed., Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- LAVEAGA RENDON**, Gerardo Felipe, La cultura de la legalidad, México, Ed., UNAM, 2000.

- LARENZ**, Karl, Metodología de la Ciencia del Derecho, Barcelona (España), Ed., Ariel, 1994.
- LE FUR, DELOS, RADBRUCH, CARLYLE**, Los fines del Derecho (Bien común, Justicia, Seguridad), 3ª ed., trad. de Daniel Kuri Breña, México, Ed. UNAM, 1997.
- LEGENDRE**, Pierre, **ENTELMAN**, Ricardo, **KOZICK**, Enrique, *et. al*, El Discurso jurídico, perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos, Buenos Aires (Argentina), Ed., Hachette, 1982.
- LÓPEZ DE OÑATE**, Flavio, La certeza del Derecho, trad. de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin, Buenos Aires (Argentina), Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953.
- LOSANO**, Mario G. Los grandes sistemas jurídicos. Introducción al Derecho europeo y extranjero, trad. de A. Ruíz Miguel, Madrid (España), Ed., Debate, 1982.
- , Los grandes sistemas jurídicos. Introducción al Derecho europeo y extranjero, trad. de Alfonso Ruiz Miguel, Madrid (España), Ed., Debate, 1993.
- , La informática y el análisis de los procedimientos jurídicos, trad. de A. Elvira, Cuadernos y Debates, Madrid (España), Ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991.
- , Introducción a la informática jurídica, trad. de Manuel Atienza, serie ensayos, Mallorca (España), Ed., Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, 1982.
- LUHMANN**, Niklas, El Sistema Jurídico y la Dogmática Jurídica, Madrid (España), Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- , A sociological theory of law, London (UK), Routledge and Kegan Paul, 1985.
- MARTÍNEZ VERA**, Rogelio, "Apuntes de clase", Legislación Comparada de Comercio Exterior, Licenciatura en Derecho, ITESM, Monterrey, Nuevo León (México), 1995, semestre agosto-diciembre.
- MARROQUÍN ZALETA**, Jaime Manuel, Técnica para la elaboración de una sentencia de amparo directo, 3ª ed., México, Ed., Porrúa, 1999.
- MASSINI**, Carlos Ignacio, Sobre el Realismo Jurídico, el concepto de Derecho, su fundamento, su concreción judicial, prol. de German J. Bidart Campos, Buenos Aires (Argentina), Ed., Abeledo-Perrot, 1978.
- MUÑOZ MACHADO**, Santiago, Cinco estudios sobre el poder y la técnica de legislar, Madrid (España), Ed., Civitas, 1986.

- NIETO**, Alejandro, "El dorso metalegal de las resoluciones judiciales", La Protección Jurídica del Ciudadano, Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez, Madrid (España), Ed., Civitas, 1993, Tomo I.
- NINO**, Carlos Santiago, La validez del derecho, Buenos Aires (Argentina), Ed., Astrea, 1985.
- OJESTO MARTÍNEZ PORCAYO**, José Fernando, "Apuntes de clase", Teoría Jurídica Contemporánea I, División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM, México, 1998, semestre agosto-diciembre.
- ORTÍZ URQUIDI**, Raúl, Derecho Civil, 3ª ed., México, Ed. Porrúa, 1986.
- OSÉS ABANDO**, Josu, "El control del cumplimiento de las normas", La técnica legislativa a debate, Madrid (España), Ed., Tecnos, 1994.
- PÉREZ LUÑO**, Antonio Enrique, La seguridad jurídica, Barcelona (España), Ed., Ariel, 1991.
- , "Sistemas Expertos. Premisas para un balance", Calculemos...Matemáticas y libertad (homenaje a Miguel Sánchez-Mazas), Madrid (España), Ed., Trotta, 1996.
- , Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica, Madrid (España), Ed., Tecnos, 1997.
- , "Seguridad jurídica", Filosofía Política II, Teoría del Estado, Madrid (España), Ed., Trotta, 1996.
- PETIT**, Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, trad. de José Fernández González, 6ª ed., México, Ed., Porrúa, 1990.
- PIETRO SANCHIS**, Luis, Ideología e interpretación jurídica, Madrid (España), Ed., Tecnos, 1987.
- PLATÓN**, Diálogos, Vol. 5: Parménides, Teeteto, Sofista, Madrid (España), Ed., Gredos, 1985.
- PRECIADO HERNÁNDEZ**, Rafael, Lecciones de Filosofía del Derecho, 1ª reimpresión, México, Ed., UNAM, 1986.
- PRIETO DE PEDRO**, Jesús, "Los vicios del lenguaje legal. Propuestas de Estilo", La calidad de las leyes, coord. Fernando Sáinz Moreno y Juan Carlos Da Silva Ochoa, Vitoria-Galsteiz (España), Ed., Eusko Legebiltzarrá Parlamento Vasco, 1989, p. 126.

- RADBRUCH**, Gustav, El hombre en el Derecho: Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del Derecho, trad. de Aníbal del Campo, Buenos Aires (Argentina), Ed., Depalma, 1980.
- RAWLS**, John, Teoría de la Justicia, trad. de María Dolores González, México, Ed., FCE, 1997.
- , El derecho de gentes y (una revisión de la idea de razón pública), trad. de Hernando Valencia Villa, Madrid (España), Ed., Paidós, 2001.
- , The Law of peoples with "The Idea of Public Reason Revisited", Cambridge, Massachusetts (EUA), Harvard University Press, 2001.
- RAZ** Joseph, El Concepto de Sistema Jurídico, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Ed., UNAM, 1986.
- , La autoridad del Derecho, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Ed., UNAM, 1982.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA**, Diccionario de la Lengua Española, Madrid (España), Ed., Espasa-Calpe, 1992, Tomos I y II.
- REALE**, Miguel, Teoría Tridimensional del Derecho. Una visión integral del Derecho, trad. de Angeles Mateos, Madrid (España), Ed., Tecnos, 1997.
- RECASÉNS SICHES**, Luis, Experiencia Jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica "razonable", México, Ed., FCE, 1971.
- RESTA**, Eligio, La certeza y la esperanza. Ensayo sobre el derecho y la violencia, trad. de Marco Aurelio Galmarini, Barcelona (España), Ed., Paidós, 1995.
- RISOLÍA**, Marco Aurelio, Grandeza y desprestigio de la ley, Buenos Aires (Argentina), Ed., Abeledo-Perrot, 1961.
- ROMANO**, Santi, El ordenamiento jurídico, trad. de Sebastián y Lorenzo Martín-Retordillo, Madrid (España), Ed., Instituto de Estudios Políticos, 1963.
- ROJAS SORIANO**, Raúl, Guía para realizar investigaciones sociales, 8ª ed., México, Ed., UNAM, 1985.
- RUIZ DAZA**, Manuel, Los valores jurídicos en la metafísica del valor, Tesis doctoral, Facultad de Derecho de la UNAM, División de Estudios de Posgrado, México, 1967.
- SAINZ MORENO**, Fernando, "La publicidad de las normas", La Protección Jurídica del Ciudadano, estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez, Madrid, España), Ed. Civitas, 1993, Tomo I.

- , "Técnica normativa: visión unitaria de una materia plural", La técnica legislativa a debate, Madrid (España), Ed., Tecnos, 1994.
- SAINZ MORENO**, Fernando, y **DA SILVA OCHOA**, Juan Carlos, La calidad de las leyes, Vitoria-Galsteiz (España), Ed., Eusko Legebiltzarra Parlamento Vasco, 1989.
- SÁNCHEZ MELGAR**, Julián, "Técnica legislativa e interpretación judicial", La técnica legislativa a debate, Madrid (España), Ed., Tecnos, 1994.
- SARTORI**, Giovanni, La Política. Lógica y método en las ciencias sociales, 4ª reimp., trad. de Marcos Lara, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1996.
- , Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados, trad. de Roberto Reyes Mazzoni, México, Ed., FCE, 1996.
- SCHELER**, Max, Ética, trad. de Hilario Rodríguez Sanz, Madrid (España); Ed., Caparrós, 2001.
- SEMPE MINIVIELLE**, Carlos, Técnica legislativa y desregulación, México, Ed., Porrúa, 1998.
- SEUX, BRIEND, GITTÓN, CUNCHILLOS**, La creación del mundo y del hombre en los textos del Próximo Oriente Antiguo, Navarra (España); Ed., Verbo Divino, 1982.
- SEUX Marie-Joseph**, Leyes del Antiguo Oriente, Navarra (España), Ed., Verbo Divino, 1987.
- SIMITIS**, Spiros, "Crisis de la información en el Derecho y sistemas automatizados de documentación jurídica", trad. de Antonio Enrique Pérez Luño, Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica, Madrid (España), Ed. Tecnos, Fundación Cultural Enrique Luño Peña, 1987.
- SOBRAL FERNÁNDEZ**, Jorge, y **PRIETO EDERRA**, Angel, Psicología y Ley. Un examen de las decisiones judiciales, Salamanca (España), Ed., Eudema, 1994.
- STAMMLER**, Rudolf, El Juez, trad. de Emilio F. Camus, México, Ed., Nacional, 1974.
- STEIN**, Edith, Ser finito y Ser Eterno. Un ensayo de una ascensión al sentido del ser, México, Ed., Fondo de Cultura Económica, 1996.
- SUÁREZ**, Francisco, Tratado de la leyes y de Dios Legislador, trad. de José Ramón Equillor Muniozgueren, Madrid (España), Ed., Instituto de Estudios Políticos, 1967. 6 volúmenes, 10 libros e índices.

- TAMAYO Y SALMORÁN**, Rolando, Elementos para una Teoría General del Derecho (introducción al Estudio de la Ciencia Jurídica), 1ª reimpresión a la 2ª ed., México, Ed., Themis, 2001.
- , "El Sujeto del Derecho", El derecho y la justicia, Madrid (España), Ed., Trotta, 1996.
- , El Derecho y la Ciencia del Derecho. Introducción a la ciencia jurídica, México, Ed., UNAM, 1986.
- TENA RAMÍREZ**, Felipe, Derecho Constitucional Mexicano, 23ª ed., México, Ed., Porrúa, 1989.
- TRUYOL Y SERRA**, Antonio, La integración europea. Análisis histórico-institucional contextos y documentos, Madrid (España), Ed., Tecnos, 1999.
- TUDELA ARANDA**, José, "La legitimación competencial de las leyes y la técnica normativa", La técnica legislativa a debate, Madrid (España), Ed., Tecnos, 1994.
- TUORI**, Kaarlo, Positivismo crítico y derecho moderno, trad. de David Mena, México, Ed., Fontamara, 1998.
- , "Validez, legitimidad y revolución", La normatividad del Derecho, comps., Aulis Aarnio, Ernesto Garzón Valdés, Jyrki Uusitalo, Barcelona (España), Ed., Gedisa, 1997.
- WESTFALL**, Richard S., Never at rest. A biography of Isaac Newton, Cambridge (UK), Cambridge University Press, 1988.
- WOLLMANN**, Helmut, Programa de la metodología legislativa o el análisis del procedimiento interno de legislación, Berlín (Alemania), Ed., Universidad de Berlín, 1982.
- VANDERBILT**, Arthur T., La justicia emplazada a reformarse, trad. de Carlos Alberto Benites y Javier Clavell Borrás, Buenos Aires (Argentina), Ed., Depalma, 1959.
- VIGNUDELLI**, Aljs, Diritto Costituzionale. Prolegómeni principi dinamiche, Torino (Italia), G. Giappichelli Editore, 1999.
- VILLORO TORANZO**, Miguel, Lecciones de Filosofía del Derecho. El proceso de la razón y el Derecho, 3ª ed., México, Ed., Porrúa, 1996.
- , Introducción al Estudio del Derecho, 16ª ed., México, Ed., Porrúa, 2000.
- , Metodología del trabajo jurídico. Técnicas del Seminario de Derecho, 4ª ed., México, Ed., Limusa, 1982.

-----, Teoría General del Derecho, 2ª ed., México, Ed., Porrúa, 1996.

VON SAVIGNY, Friedrich Karl, Textos clásicos, estudio preliminar de Agustín Squella, México, Ed., UNAM, 1981.

ZAGREBELSKY, Gustavo, El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, trad. de Marina Gascón, 2ª ed., Madrid (España), Ed., Trotta, 1997.

ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio, "Producción de normas", Filosofía Política II. Teoría del Estado, Madrid (España), Ed., Trotta, 1996.

HEMEROGRÁFICAS

- AARNIO**, Aulis, "El significado del elemento teórico en la investigación jurídica", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Buenos Aires (Argentina), Ed., Abeledo-Perrot, 1982.
- ACOSTA ROMERO**, Miguel, "Consideraciones acerca del principio de claridad en las leyes", *Experiencia y expectativas al filo del milenio*, revista *Quórum*, México, Instituto de Investigaciones Legislativas, Cámara de Diputados, LVIII Legislatura, 2000, Año IX, Núm. 70, enero-febrero.
- ALMOGUERA**, Joaquín, "Problemas abiertos en la filosofía del Derecho", *Revista DOXA*, Instituto Juan Gil-Albert, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Madrid (España), 1984.
- ALVAREZ**, Norberto, "La obediencia al derecho como deber ético (Conclusiones de una polémica)", *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense*, Madrid (España), 1991, Núm. 78, curso 1990-1991.
- ARMACOST**, Barbara E., "Qualified Immunity: Ignorance Excused", *Vanderbilt Law Review*, Nashville, Tennessee (EUA), 1998, Núm. 3, abril.
- ATIENZA RODRÍGUEZ**, Manuel, "Razón práctica y legislación", *Revista Mexicana de Estudios Parlamentarios*, Instituto de Estudios Legislativos, Cámara de Diputados, México, 1991, Primera Época, Vol. I, Núm. 3, septiembre-diciembre.
- BULYGIN**, Eugenio, "Teoría y técnica de legislación", *Revista Mexicana de Estudios Parlamentarios*, Instituto de Estudios Legislativos, Cámara de Diputados, México, 1991, Primera Época, Vol. I, Núm. 3, septiembre-diciembre.
- BURGOA ORIHUELA**, Ignacio, "La reforma judicial federal", *La Justicia*, México, 1982, Tomo XXXVI, Núm. 612, abril.
- CÁCERES NIETO**, Enrique, "Pasos hacia una teoría jurídica comunicativa", *Crítica Jurídica*, México, 1995, Núm. 16.
- CAPPELETTI**, Mauro, "¿renegar de Montesquieu?. La expansión y la legitimidad de la justicia Constitucional", trad. de Pablo de Luis Durán, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid (España), 1986, Núm. 17.
- CARNELUTTI**, Francesco, "Carta de mis hijos", *Revista del Colegio de Abogados del Estado de Zulia*, Maracaibo (Venezuela), enero 1953-Diciembre 1958, Año XVIII, Núm. 123.

- CASTIÑEIRA PALOU**, M. Teresa, "Sistematica y división de las leyes", *Gretel, Curso de Técnica Legislativa*, Cuadernos y Debates, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid (España), 1989, Núm. 14.
- CHARBONNEAU**, "Norme juridique et norme technique", *Archives de Philosophie du Droit, XXVIII*, Paris (Francia), 1983.
- DELGADO OCANDO**, José Manuel, "Arte y ciencia del Derecho", *Revista del Colegio de Abogados del Estado de Zulia*, Maracaibo (Venezuela), enero 1953-Diciembre 1958, Año XVIII, Núm. 123.
- DÍAZ REVORIO**, Francisco Javier, "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas en el derecho comparado europeo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid (España), 2001, Año 21, Núm. 61, enero-abril.
- ELÍAS AZAR**, Edgar, "Breves reflexiones sobre algunas técnicas legislativas", *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, México, 1984, Año 8, Núm. 8, Tomo II.
- GALÁN JUÁREZ**, Mercedes, "Juridización y semántica legal", *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense*, Madrid (España), 1997, curso 1996-1997.
- GARCÍA DE ENTERRÍA**, Eduardo, "Los fundamentos constitucionales del Estado", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid (España), 1988, Núm. 52.
- GARCÍA-PELAYO**, Manuel, "El Status del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid (España), 1981, Vol. 1, Núm. 1, enero-abril.
- GONZÁLEZ SOLER**, María Dolores, "Coherencia lógica y lenguaje jurídico: Una aproximación al concepto ilegalidad", *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense*, Madrid (España), 1991, Núm. 78, curso 1990-1991.
- GONZÁLEZ VERGARA**, Paulina, "Codificación y técnica legislativa", *Revista Chilena de Derecho*, Santiago (Chile), 1998, Vol. 25, Núm. 4, octubre-diciembre.
- GUARNEROS**, Fabiola, "Si no propone leyes, la SCJN tiene que buscar padrinos: Castro", *El Universal*, México, 2001, lunes 14 de mayo.
- GUASP**, Jaime, "La cultura del jurista", *Revista del Colegio de Abogados del Estado de Zulia*, Maracaibo (Venezuela), enero 1953-Diciembre 1958, Año XVIII, Núm. 123.
- GUASTINI**, Ricardo, "En torno a las normas sobre producción jurídica", *Revista Concordancias, Guerrero (México)*, Centro de Investigación, Consultoría y Docencia en Guerrero, 2000, Año 5, Núm. 8, mayo-agosto.

- HUERTA OCHOA**, Carla, "Las normas oficiales mexicanas en el ordenamiento jurídico mexicano", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, 1998, nueva serie, Año XXXI, Núm. 92, mayo-agosto.
- KAHÁN**, Dan M., "Ignorance of Law is an excuse –but only for the virtuous", *Michigan Law Review*, Ann Arbor, Michigan (EUA), 1997, Vol. 96, Núm. 1, october.
- LIMA TORRADO**, Jesús, "El fundamento del principio "La ignorancia de la ley no excusa su cumplimiento" en la obra de Francisco Suárez Tractatus De Legibus ac Deo Legislatore", *Boletim da Faculdade de Dereito*, Coimbra (Portugal), 1989, Vol. LXV.
- LUCAS**, Javier de, **AÑÓN ROIG**, María José, "Necesidades, razones, derecho", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Madrid (España), 1990, Núm. 7.
- MAESTRO BUELGA**, Gonzalo, "Negociación y participación en el proceso legislativo", *Revista de Derecho Político*, Madrid (España), 1991, Núm. 32.
- MAISCH VON HUMBOLDT**, Lucrecia, "Necesidad de una nueva técnica legislativa que regule adecuadamente el fenómeno socio-económico de la actualidad", *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Lima (Perú), 1973, Vol. 37, Núm. 3, septiembre-diciembre.
- MANTEROLA MARTÍNEZ**, Ernesto, "Asesoramiento jurídico", *Justicia y Sociedad*, México, Ed., UNAM, 1994.
- MARQUET SANTILLAN**, Porfirio, "La penitid del Orden Jurídico", *Foro de México*, Núm., LXIX, diciembre de 1958.
- MASSINI**, Carlos Ignacio, "Una contribución contemporánea a la filosofía de la ley: las investigaciones de Georges Kalinowski", *Persona y Derecho, Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos*, Universiadd de Navarra, Pamplona (España), 1986, Núm. 15.
- MATTHEWS**, Paul, "Ignorance of the Law is no excuse?", *Legal Studies. The burnal of the Society of Public Teachers of Law*, Aberystudyth, Dyfed, Uk (Inglaterra), 1983, Vol. 3, Núm. 2, july.
- PACHECO ESCOBEDO**, Alberto, "La virtud de la Justicia y la Ciencia del Derecho", *Revista Ars Iuris*, Universidad Panamericana, México, 1991.
- PÉREZ LIÑAN**, Aníbal, "¿Juicio Político o Golpe Legislativo?. Sobre las crisis constitucionales en los años noventa", *América Latina Hoy, Revista de Ciencias Sociales*, Salamanca (España), Instituto de Estudios de Iberoamérica y Portugal, Universidad de Salamanca, 2000, Núm. 26, diciembre.

- PÉREZ LUÑO**, Antonio Enrique, "La seguridad jurídica: Una garantía del Derecho y la Justicia", *Boletín de la Facultad de Derecho*, Madrid (España), 2000, 2ª época, Núm. 15.
- , "Problemas abiertos en la filosofía del Derecho", *Revista DOXA, Instituto Juan Gil-Albert, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante*, Madrid (España), 1984.
- ROBLES**, Gregorio, "Problemas abiertos en la filosofía del Derecho", *Revista DOXA, Instituto Juan Gil-Albert, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante*, Madrid (España), 1984.
- SAINZ MORENO**, Fernando, "Técnica normativa: visión unitaria de una materia plural", *Técnica legislativa a debate*, Santander (España), 1993.
- SALVADOR CODERCH**, Pablo, "La publicación de las leyes", *Gretel, Curso de Técnica Legislativa, Cuadernos y Debates*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid (España), 1989, Núm. 14.
- , "Elementos para la definición de un programa de técnica legislativa", *Gretel, Curso de Técnica Legislativa, Cuadernos y Debates*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid (España), 1989, Núm. 14.
- SOTO**, Ma. Jesús, "Luz y opacidad. Una consideración de lo real desde el conocimiento humano", *Anuario Filosófico*, Universidad de Navarra, Pamplona (España), 1996, vol. XXIX/2.
- TUORI**, Kaarlo, "Ética discursiva y legitimidad del Derecho", trad. de Josep Aguiló, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Madrid (España), 1989, Núm. 5.
- VALADÉS RIOS**, Diego, "La no aplicación de las normas y el Estado de Derecho", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, 2002, nueva serie, Año XXXV, Núm. 103, enero-abril.
- VIANDER**, Alain, "La crise de la technique législative", *Droits. Revue Française de théorie juridique*, París (Francia), 1986, Núm. 4.
- VIDAL GIL**, Ernesto, J., "Ilustración y legislación. Los supuestos ideológicos, jurídicos y políticos", *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid (España), 1989, Vol. VI.
- VIVER PI-SUNYER**, Carles, "La parte final de las leyes", *Gretel, Curso de Técnica Legislativa, Cuadernos y Debates*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid (España), 1989, Núm. 14.

VON WRIGHT, Georg Henrik, "Problemas abiertos en la filosofía del Derecho", trad. de Josep Aguiló Regla, *Revista DOXA*, *Instituto Juan Gil-Albert, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante*, Madrid (España), 1984.

ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio, "De la jurisprudencia a la legislación", *Revista DOXA*, *Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante*, Madrid (España), 1994, Núm. 15-16, Vol. II.

CONFERENCIAS

BOVERO, Michelangelo, "¿se puede reforma al Estado?", *Seminario Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, Mesa I, jueves 6 de septiembre.

LEGISLACIÓN

- MÉXICO**, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Comentada, 9ª ed., Ed., Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1997, tomo I y II, Diario Oficial de la Federación, correspondiente al día 5 de febrero de 1917.
- MÉXICO**, *Código Civil Federal*, Diario Oficial de la Federación, correspondiente al día 16 de mayo de 1928.
- MÉXICO**, *Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos*, Diario Oficial de la Federación, correspondiente al día 3 de septiembre de 1999.
- MÉXICO**, *Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos*, Diario Oficial de la Federación, correspondiente al día 20 de marzo de 1934.
- MÉXICO**, *Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, de la Ley Federal de Radio y Televisión, de la Ley General que establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, de la Ley de la Policía Federal Preventiva y de la Ley de Pesca*, Diario Oficial de la Federación, correspondiente al día 30 de noviembre de 2000.
- FRANCIA**, *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789*.
- ESTADOS UNIDOS DE AMERICA**, *Constitución para los Estados Unidos de América*, promulgada el día 17 de septiembre de 1787.
- SUIZA**, *Constitución Federal de la Confederación de Suiza*, promulgada el día 29 de mayo de 1874.
- ITALIA**, *Constitución de la República Italiana*, promulgada el día 27 de diciembre de 1947.
- ALEMANIA**, *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, promulgada el día 23 de mayo de 1949.
- FRANCIA**, *Constitución de la Quinta República Francesa*, promulgada el día 4 de octubre de 1958.
- ESPAÑA**, *Constitución Española*, promulgada el día 27 de diciembre de 1978.
- RUSIA**, *Constitución de la Federación Rusa*, promulgada el día 12 de diciembre de 1993.

ÍNDICE ALFABÉTICO DE AUTORES

A

AARNIO, Aulis, 90, 110, 166, 287.
ACOSTA ROMERO, Miguel 298.
AGUINSKY, de Iribarne, Esther, 125.
ALCHOURRON, Carlos E., 53, 128, 131, 143, 144, 166, 247.
ALLEN, Louis, 107.
ALMOGUERA, Joaquín, 119
ALEXY, Robert, 36, 37, 41, 80, 128, 136, 138, 140, 141, 144, 150, 170.
ÁLVAREZ, Norberto, 36.
ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, 85.
AMENGUAL COLL, Gabriel, 254, 304.
ARAGÓN, Manuel, 208, 212.
ARELLANO GARCÍA, Carlos, 15.
ARISTÓTELES, 22, 56, 250.
ARMACOST, Barbara E., 46.
ARNAIZ AMIGO, Aurora, 127.
ARNALDO ALCUBILLA, Enrique 38.
ARTEAGA NAVA, Elisur, 230, 231.
ASIS ROIG, Rafael de, 63, 94.
ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, 57, 99, 121, 122, 134, 135, 154, 159, 228, 236, 292, 323, 338.
AUSTÍN, Jhon, 30, 127, 128, 130, 131, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 313.

B

BASCUÑAN VALDÉS, Anibal, 8.
BASTERRA MONSERRAT, Daniel, 218.
BIELSA, Rafael, 140.
BIGLINO CAMPOS, Paloma 98.
BOBBIO, Norberto, 11, 64, 65, 93, 94, 132, 133, 137, 157, 159, 164, 165, 208.
BOCHENSKI, J. M., 137.
BOVERO, Michelangelo, 206.
BOURGEOIS, Bernard, 254, 272.
BRIEND, Jacques, 44, 45.
BRYCE, James, 232.
BULYGIN, Eugenio, 53, 126, 128, 131, 137, 143, 144, 166, 167, 168, 247, 324.
BURGOA ORIHUELA, Ignacio, VIII, 2, 63, 70, 71, 76, 88, 100, 103, 115, 118, 119, 177, 187, 192, 195, 198, 201, 308.

C

CABO MARTÍN, Carlos de, 35, 51, 59, 75, 88, 112, 136, 152, 161, 176, 196.
CACERES NIETO, Enrique, 42.
CAIRNS, Huntington, 272.
CALVO HORNERO, Antonia, 205.
CANO BUESO, Juan, 89.
CAPELLA, Juan Ramón, 40, 158.
CAPPELETTI, Mauro, 246.
CARACCILO, Ricardo A., 109, 128, 168.
CARCOVA, Carlos María, 30, 31, 35, 36, 37, 48, 60, 118.
CARLYLE, 61.
CARNELUTTI, Francesco, 30, 31, 106, 113, 132.
CASTIÑEIRA PALOU, M. Teresa 240.
CASTRO CID, Benito de, 128.
CASTRO, Juventino, 100.
CAZORLA PRIETO, Luis María, 38.
CEJUDO Y ORMAECHEA, Ignacio, 124.
CHARBONNEAU, 99.
COSTA, Joaquín, 36, 50, 51, 57, 60, 111, 112, 113, 115, 116.
CUNCHILLOS, José Luis, 44.

D

DA SILVA OCHOA, Juan Carlos, 114, 137.
DEL VECCHIO, Giorgio, 54, 72, 73.
DELGADO OCANDO, José Manuel, 284.
DELOS, 61.
DESCARTES, René, 16.
DÍAZ, Elías, 59, 62, 84, 98, 118, 126, 158, 159, 163, 164, 172.
DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, 38.
DORADO MONTERO, Pedro, 57.
D'ORS, Alvaro, 228.
DWOKIN, Ronald M., 11, 30, 32, 78, 79, 82, 156.

E

ELIAS AZAR, Edgar, 323.
ENTELMAN, Ricardo, 39, 178.
ESCRICHE, Joaquín, 48.
ESCUADERO ALDAY, Rafael, 36, 291, 294, 304.

F

FALCÓN Y TELLA, María José, 164, 248.
FARELL, Martín D., 323.
FARINATI, Alicia, 252.
FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio, 128.
FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, 150.
FERNÁNDEZ SABATE, Edgardo, 70.
FERRARI, Vincenzo, 59, 73, 74, 118, 130, 132, 135, 158, 159, 160, 210.
FLORIS MARGADANT, Guillermo, 259.
FLORENCE, Malbran-Labat, 44.
FRANK, Jerome, 131.
FROSINI, Vittorio, 98.
FUCITO, Felipe, 224.
FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis, 43, 44, 45.

G

GADAMER, Hans-Georg, 17, 18, 40.
GALÁN JUÁREZ, Mercedes, 182, 184.
GAMIZ PARRAL, Máximo, 233.
GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, 87, 139.
GARCÍA FERNANDO, Román, 38.
GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, 54, 55, 59, 77, 82, 158, 159, 163, 171, 173, 174, 184.
GARCÍA-PELAYO, Manuel, 190.
GARZÓN VALDÉS, Ernesto, 36, 153, 166.
GASCÓN ABELLAN, Marina, 84, 301.
GIL CREMADES, Juan José, 121, 122.
GITTON, Michel, 44.
GLOCKNER, Hermann, 259.
GÓMEZ ORFANEL, Germán, 218.
GONZÁLEZ SOLER, María Dolores, 65.
GONZÁLEZ VERGARA, Paulina, 302.
GORDILLO, Agustín, 306.
GUARNEROS, Fabiola, 100.
GUASTINI, Ricardo, 157, 197.
GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, 85.
GREPPI, Andrea, 94.

H

HABERMAS, Jürgen, 11, 30, 36, 42, 147, 170, 179, 229, 232, 287, 294, 295, 296, 297.
HART, Herbert Lionel Adolphus, 30, 37, 75, 78, 128, 130, 156, 168, 287, 291, 292, 293.
HECK, Philipp, 106.
HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, 75, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 275, 276, 277, 278, 279, 304.
HEIDEGGER, Martín, 16, 18, 19, 273, 274.
HERNÁNDEZ GIL, Antonio, 94, 95, 127.
HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, 276.
HILDEBRAND, 74.
HONORE, A.M., 134.
HUERTA OCHOA, Carla, 99.

I

IGLESIAS VILA, Marisa, 78, 79.

IRTI, Natalino, 60, 63, 89, 90, 91.
IHERING, Rudolf von, 72, 110, 148, 237.

J

JONAS, Hans, 242.

K

KAHAN, Dan M., 46.
KANT, Immanuel, 6, 56, 75, 147, 149, 170, 172, 191, 262, 263, 295.
KALINOWSKI, Georges, 53, 132, 229, 281.
KELSEN, Hans, 37, 94, 125, 128, 129, 130, 156, 158, 163, 170, 173, 178, 194, 196.
KIRCHMANN, Julius Hermann Von, v, 181.
KOZICK, Enrique, 39, 178.

L

LAERCIO, Diógenes, 266.
LARENZ, Karl, 71, 72, 73, 117, 119, 121, 133, 138, 145, 148, 155, 158, 162, 165.
LAVEAGA RENDÓN, Gerardo Felipe, 64.
LE FUR, 61.
LEGENDRE, Pierre, 39, 178.
LIMA TORRADO, Jesús, 47.
LÓPEZ DE OÑATE, Flavio, 19, 30, 283.,
LOSANO, Mario G., 75, 97, 108, 109.
LOSCHAK, Mireille, 132.
LUCAS VERDU, Pablo, 218.
LUHMANN, Niklas, 11, 36, 273, 275.

M

MAESTRO BUELGA, Gonzalo, 91, 100.
MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia, 323.
MARQUET SANTILLÁN, Porfirio, 117.
MARTINEZ VERA, Rogelio, 217.
MARROQUIN ZALETA, Jaime Manuel, 301.
MASSINI, Carlos Ignacio, 53, 70, 73, 118, 132, 229, 281.
MATTHEWS, Paul, 46.
MONTESQUIEU, 89, 209, 246, 270.
MUÑOZ MACHADO, Santiago, 96, 138, 162, 173, 215.
MUÑOZ SABATE, 153.

N

NIETO, Alejandro, 120.
NINO, Carlos Santiago, 164, 173.

O

OLIVERA, Enrique, 323.
OSÉS ABANDO, Josu, 93.
OTTO APEL, Karl, 156.

P

PACHECO ESCOBEDO, Alberto, 73.

PÉREZ LIÑAN, Anibal, 226.
PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, 81, 92, 97, 99, 171, 172, 174, 303, 304.
PIETRO SANCHIS, Luis, 178.
PLATÓN, 16, 44, 56, 225, 234, 235, 265, 273.
PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael, 50, 61, 62, 69, 73, 75, 151.
PRIETO DE PEDRO, Jesús, 114.
PRIETO EDERRA, Angel, 153, 154.

R

RADBRUCH, Gustav, 37, 61, 82, 123, 305.
RAWLS, John, 11, 30, 52, 73, 156, 204, 220.
RAZ, Joseph, 11, 38, 128, 129, 130, 134, 155, 156, 167, 169, 279.
REALE, Miguel, 76, 77, 109, 126, 155, 158.
RECASENS SICHES, Luis, 60, 71, 72, 106, 122, 252, 286, 299.
RESTA, Eligio, 29, 30, 220.
RISOLIA, Marco Aurelio, 140, 143, 225, 233, 240.
ROBLES, Gregorio, 14.
RODRÍGUEZ ZAPATA, Jorge, 85.
ROMANO, Santi, 105.
RUÍZ DAZA, Manuel, 61, 62, 71, 74.
RUÍZ MANERO, Juan, 292.
RUÍZ MIGUEL, Alfonso, 64, 77.

S

SAINZ MORENO, Fernando, 97, 98, 237, 302.
SALVADOR CODERCH, Pablo, 98, 238, 240.
SÁNCHEZ MELGAR, Julián, 301.
SARTORI, Giovanni, 38, 39, 194, 217.
SCHELER, Max, 149.
SEMPE MINIVIELLE, Carlos, 324.
SEUX, Marie-Joseph, 44, 45.
SIMITIS, Spiros, 99.
SOBRAL FERNÁNDEZ, Jorge, 153, 154.
SOCRÁTES, 16, 44, 68.
SOTO, Ma. Jesús, 30.
STAMMLER, Rudolf, 139, 144.
STEIN, Edith, 16, 68.
SUÁREZ, Francisco, 47.

T

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, 35, 38, 39, 40, 113, 148, 155, 156, 178.
TROPER, Michel, 132.
TRUYOL Y SERRA, Antonio, 181, 205.
TUDELA ARANDA, José, 93.
TUORI, Kaarlo, 36, 41, 99, 150, 166, 184, 248.

W

WEBER, Max, 36, 37, 253.
WESTFALL, Richard S., 5.

V

VALADES RÍOS, Diego, 85, 193.
VANDERBILT, Arthur T., 46, 146.
VIANDER, Alain, 96.
VIDAL GÍL, Ernesto, J., 89.
VILORO TORANZO, Miguel, 49, 117.
VIVER PI.SUNYER, Carles, 241.
VON SAVIGNY, Friedrich Karl, 128, 131, 273.
VON WRIGHT, Georg Henrik, 59, 126, 135.

U

UUSITALO, Jyrki, 166.

Z

ZAGREBELSKY, Gustavo, 84, 90, 122, 248, 260.
ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio, 99, 101, 110, 205, 209, 213, 214, 215, 225, 230, 302.

ÍNDICE ALFABÉTICO DE MATERIAS

- ABSTRACTO**, 8, 13, 36, 126, 127, 137, 166, 224, 263, 266, 270, 275, 287, 300, 304.
- ACCIÓN COMUNICATIVA**, 31, 229, 294, 295, 296, 297.
- ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**, 146, 275.
- AMBIGÜEDAD**, 4, 23, 31, 74, 80, 145, 231, 298.
- ANOMIA**, 31, 34, 38, 210.
- APLICACIÓN DEL DERECHO**, 25, 80, 81, 150, 156, 168, 175, 228, 237, 275, 284, 285, 305.
- APRENDIZAJE**, 115, 235, 246, 305, 306, 307, 308.
- ARBITRARIEDAD**, 10, 59, 64, 110, 115, 117, 139, 144, 146, 211, 262, 305.
- ARTE**, 6, 14, 31, 96, 103, 120, 128, 234, 235, 236, 237, 284.
- CERTEZA DEL DERECHO**, 3, 4, 9, 11, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 36, 52, 60, 62, 64, 92, 127, 139, 152, 175, 190, 203, 245, 248, 280, 281, 283, 287, 303, 304, 308.
- CIENCIA**, 2, 4, 15, 16, 18, 20, 21, 39, 40, 48, 54, 62, 67, 70, 71, 72, 73, 82, 84, 93, 95, 113, 117, 119, 120, 121, 127, 128, 131, 133, 137, 138, 145, 148, 154, 155, 158, 162, 165, 175, 181, 229, 230, 232, 234, 235, 236, 237, 240, 245, 247, 249, 252, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 266, 267, 269, 270, 272, 275, 276, 279, 281, 284, 295, 300, 305.
- CIENCIA DE LA LEGISLACIÓN**, 93, 128, 154, 230, 232, 237, 300.
- CIENTÍFICO**, 3, 52, 53, 61, 81, 94, 117, 150, 153, 220, 235, 242, 254, 257, 258, 264, 267, 268, 272, 274, 275, 279, 287, 295, 296.
- CLARIDAD**, 23, 25, 33, 92, 105, 114, 128, 138, 145, 149, 160, 177, 211, 231, 233, 234, 236, 240, 242, 243, 298, 304.
- CONOCIMIENTO**, 2, 3, 6, 8, 9, 10, 15, 16, 17, 18, 21, 30, 32, 35, 36, 37, 38, 42, 47, 48, 49, 50, 54, 56, 60, 61, 62, 64, 69, 70, 71, 74, 75, 78, 92, 96, 98, 101, 116, 124, 125, 137, 142, 152, 156, 157, 159, 160, 176, 182, 226, 228, 233, 235, 245, 247, 250, 251, 252, 255, 258, 267, 268, 272, 281, 283, 286, 291, 295, 296, 303, 304, 306, 307, 308.
- COMPRENSIÓN**, 6, 10, 12, 18, 31, 38, 40, 48, 58, 60, 62, 68, 73, 76, 82, 98, 101, 141, 155, 172, 182, 214, 234, 252, 255, 276, 289, 296, 301.
- COMUNIDAD JURÍDICA**, 9, 12, 25, 79, 47, 155, 248, 305, 306, 307, 308.
- CONTENIDO MATERIAL**, 6, 19, 191.
- CREACIÓN DEL DERECHO**, 10, 53, 59, 81, 105, 106, 107, 110, 111, 113, 114, 118, 122, 138, 143, 167, 178, 197, 215, 226, 229, 282, 286.
- CRISIS**, 19, 21, 31, 95, 96, 99, 157, 176, 178, 179, 226, 271, 304.
- CONCEPTOS ABSTRACTOS**, 153, 267.
- CULTURA JURÍDICA**, 15, 33, 74, 117, 146, 214, 223, 280.
- CUMPLIMIENTO**, 9, 10, 12, 15, 46, 47, 56, 57, 61, 65, 82, 86, 87, 92, 93, 105, 107, 116, 144, 147, 159, 163, 171, 211, 214, 216, 248, 290, 294, 301, 303.
- DECISIÓN JURÍDICA**, 3, 14, 57, 112, 114, 121, 122, 210, 246, 284, 286.
- DELEGACIÓN NORMATIVA**, 206, 215.
- DERECHO POSITIVO**, 3, 9, 25, 29, 37, 53, 56, 61, 64, 71, 77, 92, 94, 112, 116, 124, 127, 140, 141, 145, 152, 164, 172, 173, 174, 182, 183, 187, 191, 222, 237, 246, 247, 260, 263, 264, 265, 267, 270, 271, 272, 277, 278, 281.
- DESCONOCIMIENTO**, 2, 10, 32, 33, 34, 38, 48, 59, 60, 70, 75, 138.
- DESOBEDIENCIA CIVIL**, 248.
- DESTINATARIO**, 6, 15, 21, 47, 75, 93, 123, 133, 147, 149, 150, 151, 233, 300.
- DISCERNIMIENTO**, 98.
- DISCURSO JURÍDICO**, 27, 28, 39, 40, 41, 42, 178, 182, 183, 247.
- DISPOSICIÓN JURÍDICA**, 15, 129, 133, 288, 289, 290.
- DOG MÁTICA JURÍDICA**, 4, 14, 40, 128, 230, 274, 275.
- EFICACIA**, 11, 30, 32, 35, 62, 77, 82, 93, 97, 98, 118, 157, 158, 159, 160, 161, 163, 164, 165, 166, 174, 177, 183, 184, 207, 240, 246, 248, 289, 290, 299, 303.
- ELEMENTOS**, 2, 3, 4, 9, 11, 12, 17, 18, 27, 33, 36, 46, 55, 63, 67, 68, 69, 71, 73, 76, 77, 83, 84, 85, 106, 112, 125, 132, 133, 135, 136, 152, 153, 156, 158, 160,

161, 162, 165, 190, 203, 221, 237, 245, 247, 249, 254, 269, 270, 286, 291, 303, 305.

ESPECIALISTAS DEL DERECHO, 9, 92, 99, 235, 280.

ESQUEMA JURÍDICO, 208.

ESTADO DE DERECHO, 8, 22, 29, 57, 65, 83, 84, 85, 87, 92, 95, 114, 117, 122, 138, 149, 155, 158, 176, 178, 190, 191, 192, 193, 194, 196, 219, 223, 305.

ESTADO CONSTITUCIONAL, 67, 89, 122, 190, 192, 193, 194, 218.

ESTRATEGIA LEGISLATIVA, 214.

ESTRUCTURALISMO, 94.

EXPERIENCIA JURÍDICA, 4, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 40, 57, 58, 60, 61, 76, 77, 81, 82, 83, 106, 113, 114, 165, 171, 172, 174, 190, 252, 283, 286, 299, 304.

FENOMENOLOGÍA, 16, 17, 18, 76, 125, 281.

FENÓMENO JURÍDICO, 5, 10, 12, 27, 69, 76, 151, 174, 202, 240, 252, 283, 297, 298, 307.

FORMAL, 6, 10, 13, 14, 19, 24, 54, 55, 57, 59, 65, 69, 77, 78, 91, 93, 94, 109, 112, 118, 125, 127, 140, 144, 146, 154, 160, 162, 170, 171, 172, 174, 176, 179, 191, 194, 198, 199, 204, 218, 222, 227, 228, 229, 230, 231, 233, 234, 238, 239, 243, 263, 265, 269, 272, 284, 286, 301, 303, 308.

FUNCIÓN DEL SISTEMA, 86, 131.

FUNDAMENTO, 10, 12, 21, 23, 24, 36, 37, 43, 46, 47, 54, 68, 70, 72, 73, 81, 95, 118, 122, 132, 164, 170, 205, 223, 225, 235, 240, 252, 261, 281.

HERMENEUTICA, 14, 18, 19, 40, 141, 284.

IDEALISMO, 250, 251, 254, 258, 272.

IGNORANCIA, 6, 10, 15, 27, 33, 43, 46, 47, 48, 49, 50, 52, 53, 55, 56, 57, 59, 62, 74, 97, 98, 103, 111, 113, 115, 116, 127, 140, 151, 211, 242, 280, 298.

IMPARTICION DE JUSTICIA, 145.

INICIATIVA LEGISLATIVA, 199, 200, 202, 206, 211, 212, 231.

INTERPRETACIÓN, 12, 13, 14, 19, 27, 39, 40, 41, 46, 55, 64, 78, 79, 81, 95, 113, 120, 138, 142, 143, 145, 152, 161, 175, 178, 183, 198, 221, 229, 230, 241, 271, 274, 275, 279, 284, 300, 301.

INSTITUCIONAL, 29, 121, 182, 183, 201, 202, 246.

ITER, 108, 109, 110, 189, 190, 196, 197, 198, 203, 230, 239, 298.

IUSNATURALISMO, 7, 8, 94, 158, 171, 172, 173, 174.

JUEZ, 3, 4, 27, 37, 38, 57, 78, 79, 106, 120, 121, 137, 139, 142, 143, 144, 145, 146, 150, 154, 156, 167, 174, 175, 176, 238, 265, 285, 286.

JURIDICIDAD, 157, 172, 182, 283.

JURIDIZACIÓN, 11, 29, 88, 157, 182, 183, 184.

JURISDICCIÓN, 145, 194, 208.

JURISPRUDENCIA, 13, 72, 85, 106, 110, 113, 115, 120, 121, 122, 123, 126, 128, 131, 145, 152, 166, 174, 181, 182, 230, 236, 252, 302.

JURISPRUDENCIA ANALÍTICA, 123, 126, 127, 128, 166.

JURÍSTA, 2, 13, 28, 40, 53, 70, 80, 99, 103, 115, 120, 131, 139, 148, 174, 183, 241, 247, 248, 286, 287, 289, 303, 305.

JUSTICIA, 6, 11, 13, 14, 20, 24, 35, 50, 52, 56, 57, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 70, 71, 73, 76, 77, 79, 82, 84, 87, 88, 90, 94, 96, 100, 106, 107, 110, 118, 120, 121, 122, 128, 137, 139, 141, 142, 144, 145, 146, 150, 152, 153, 154, 156, 157, 158, 162, 163, 164, 165, 171, 172, 174, 178, 184, 194, 204, 219, 222, 246, 248, 260, 261, 265, 267, 275, 281, 282, 284, 298, 303, 308.

LEGALIDAD, 5, 15, 20, 21, 24, 34, 48, 58, 64, 65, 79, 82, 83, 84, 85, 88, 112, 115, 118, 146, 152, 157, 165, 170, 174, 176, 177, 179, 194, 222, 223, 226, 243, 248, 263, 266, 267, 281, 294, 301.

LEGISLACIÓN, 5, 7, 10, 13, 15, 23, 43, 48, 58, 64, 65, 79, 89, 92, 93, 95, 96, 97, 99, 100, 105, 106, 111, 114, 115, 128, 140, 141, 142, 144, 147, 154, 157, 160, 166, 167, 177, 178, 181, 189, 192, 196, 198, 199, 200, 202, 204, 206, 208, 210, 217, 223, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 234, 236, 237, 239, 241, 248, 264, 265, 266, 268, 270, 271, 274, 277, 278, 279, 286, 290, 292, 298, 299, 300, 302, 303, 304.

LEGISLADOR, 12, 13, 23, 38, 41, 44, 47, 50, 51, 52, 53, 56, 57, 59, 65, 78, 89, 90, 94, 96, 105, 106, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 122, 124, 125, 128, 132, 137, 138, 139, 140, 141, 149, 150, 154, 155, 162, 175, 176, 177, 181, 184, 191, 192, 197, 199, 206, 214, 215, 218, 225, 229, 232, 233, 238, 239, 240, 241, 242, 273, 280, 283, 285, 286, 287, 288, 290.

LEGITIMIDAD, 32, 34, 37, 47, 51, 82, 84, 85, 87, 91, 112, 165, 170, 174, 179, 184, 194, 204, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 225, 226, 246, 248, 275, 304.

LENGUAJE JURÍDICO, 32, 41, 65, 113, 126, 140, 157, 274, 283.

LEY, 2, 5, 10, 12, 15, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 27, 32, 33, 35, 38, 40, 41, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 56, 59, 63, 67, 69, 70, 71, 73, 75, 84, 85, 86, 91, 93, 94, 96, 97, 98, 99, 101, 103, 108, 109, 111, 112, 113, 116, 117, 120, 121, 123, 124, 133, 136, 137, 138, 140, 142, 147, 151, 152, 153, 154, 155, 158, 160, 161, 167, 168, 173, 176, 181, 183, 189, 190, 191, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 200, 202, 203, 208, 211, 212, 218, 223, 262, 281, 300, 302, 304, 305.

METODO, 5, 13, 15, 16, 17, 18, 39, 40, 59, 82, 137, 174, 178, 191, 240, 254, 257, 260, 262, 272, 273, 276, 279, 301, 306, 308.

MODELO, 8, 25, 31, 32, 38, 41, 75, 79, 86, 88, 89, 118, 119, 127, 132, 140, 150, 152, 154, 190, 191, 194, 196, 199, 201, 205, 206, 208, 215, 238, 283, 297, 298, 304, 305, 307, 308.

NIVELES DE LENGUAJE, 57.

NORMA JURÍDICA, 4, 6, 10, 11, 12, 15, 21, 25, 35, 38, 47, 72, 73, 76, 78, 96, 106, 109, 118, 119, 125, 126, 128, 132, 133, 136, 139, 140, 142, 147, 148, 149, 150, 151, 157, 160, 161, 162, 163, 165, 167, 168, 176, 202, 212, 233, 234, 238, 263, 269, 286, 293, 305.

NORMATIVIDAD, 5, 11, 86, 95, 130, 148, 161, 164, 166, 176, 177, 184, 194, 215, 216, 217, 292.

OBEDIENCIA, 7, 15, 25, 36, 38, 81, 111, 112, 130, 139, 149, 150, 152, 156, 159, 161, 170, 184, 218, 219, 248, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 305.

OBSERVANCIA DE LA LEGALIDAD, 15, 248.

OFICIALIZACIÓN, 221.

OPACIDAD, 15, 27, 30, 31, 32, 33, 35, 36, 37, 39, 48, 49, 52, 55, 60, 63, 74, 92, 127, 138, 140, 151, 223, 242, 246, 280.

OPERADOR JURÍDICO, 15, 40, 93, 138.

OPERATIVIDAD, 11, 12, 103, 157, 158, 165, 183, 231, 248.

OSCURIDAD, 23, 120, 227.

ORDENAMIENTO JURÍDICO, 25, 35, 37, 38, 39, 57, 59, 60, 61, 64, 67, 88, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 97, 98, 99, 105, 116, 121, 122, 135, 137, 138, 141, 148, 161, 163, 164, 172, 173, 176, 177, 199, 202, 203, 208, 229, 236, 237, 247, 274, 275, 298, 302, 303, 304.

ORGANIZACIÓN, 7, 24, 25, 52, 56, 61, 83, 85, 87, 105, 106, 108, 110, 117, 124, 140, 143, 152, 191, 205, 207, 241, 247, 250, 252, 255, 282, 292.

ÓRGANOS, 10, 56, 57, 59, 61, 67, 71, 79, 84, 89, 92, 100, 110, 112, 113, 114, 115, 118, 122, 130, 138, 148, 159, 161, 173, 177, 178, 179, 190, 191, 193, 194, 195, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 206, 208, 212, 213, 215, 218, 225, 226, 236, 246, 250, 282, 284, 285, 286, 293, 294, 299.

PRAGMÁTICA, 6, 11, 14, 24, 31, 35, 57, 72, 83, 123, 137, 141, 145, 154, 155, 166, 169, 193, 229, 245, 249, 295, 298, 303.

PRECEDENTE, 41, 79, 122, 158, 166, 266, 292, 301.

PRINCIPIOS ABSTRACTOS, 224.

PROCESO, 10, 15, 23, 29, 32, 35, 36, 37, 46, 53, 56, 60, 64, 76, 88, 91, 96, 100, 105, 107, 109, 111, 113, 114, 117, 118, 120, 128, 138, 141, 175, 179, 189, 190, 195, 206, 209, 210, 212, 213, 217, 222, 223, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 251, 266, 284, 285, 286, 296, 301, 305, 306.

PROCEDIMIENTO, 12, 36, 37, 41, 70, 89, 91, 96, 108, 109, 110, 121, 140, 154, 182, 189, 195, 196, 197, 199, 208, 212, 215, 216, 217, 222, 230, 236, 238, 247, 252, 285.

PRODUCCIÓN DEL DERECHO, 10, 11, 51, 105, 108, 123, 140, 147, 160, 189, 190, 202, 227, 246.

PROLIFERACIÓN NORMATIVA, 211.

PUBLICACIÓN, 15, 56, 57, 98, 168, 230, 277, 302.

PUBLICIDAD, 15, 56, 57, 64, 92, 98, 246, 277, 280, 302, 304.

RATIO DECIDENDI, 56, 105, 117, 120, 122, 143, 145, 303.

RATIO IURIS, 263.

RATIO LEGIS, 105, 117, 119, 122, 143, 145, 152, 299, 301, 303.

REALISMO, 70, 73, 117, 118, 125, 131, 152, 153, 171, 173, 174, 175, 229, 250, 251, 272, 303.

REGLA DE RECONOCIMIENTO, 79, 156, 184, 291, 292, 293.

RESPONSABILIDAD, 35, 37, 46, 56, 85, 115, 117, 120, 122, 146, 223, 224, 225, 242, 247, 280.

SEGURIDAD JURÍDICA, 9, 22, 47, 60, 61, 62, 63, 64, 79, 85, 90, 93, 97, 98, 107, 114, 118, 139, 175, 227, 234, 236, 242, 293.

SISTEMA JUDICIAL, 303.

SISTEMAS JURÍDICOS, 54, 77, 97, 100, 128, 129, 131, 216, 227, 268, 269, 292.

SISTEMA NORMATIVO JURÍDICO, 3, 4, 8, 9, 10, 11, 25, 43, 52, 53, 92, 103, 126, 139, 151, 152, 189, 199, 202, 211, 230, 233, 245, 246, 248, 281, 302, 303, 308.

SUPUESTOS JURÍDICOS, 112.

TÉCNICA JURÍDICA, 13, 14, 89, 234, 237, 238, 241, 284.

TÉCNICA LEGISLATIVA, 4, 10, 30, 92, 139, 216, 217, 246, 248, 281.

TETRADIMENSIONAL, 4, 190.

TRANSPARENCIA, 23, 53, 89, 93, 96, 97, 98, 141, 157, 190, 232, 233, 234, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 298, 301, 302.

TRIDIMENSIONAL, 76, 77, 109, 155, 158.

VALIDEZ, 5, 11, 18, 21, 37, 42, 58, 65, 72, 77, 80, 82, 97, 107, 133, 145, 147, 151, 153, 157, 158, 159, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 172, 173, 174, 175, 176, 184, 192, 210, 222, 248, 273, 277, 292, 293, 296, 303.

UNIDAD INTERNA, 241, 264.

ÍNDICE GENERAL

	Pág.
ABREVIATURAS, SIGLAS Y LATINISMOS	IV
INTRODUCCIÓN	v- x

PRIMERA PARTE

ELEMENTOS DE ANÁLISIS Y EVALUACIÓN CRÍTICA DEL DERECHO

CAPÍTULO PRIMERO

FUNDAMENTOS PARA UNA COMPRESIÓN SISTEMÁTICA INTEGRAL

1.1. Aspectos elementales de la investigación.....	3
1.1.1. Introducción.....	3
1.1.2. La elección del tema, pregunta inicial y justificación.....	4
1.1.2.1. Tema.....	4
1.1.2.2. Pregunta inicial.....	4
1.1.2.3. Justificación del tema.....	4
1.1.3. Fase aporética: Planteamiento del problema.....	8
1.1.3.1. Formulación de hipótesis.....	8
1.1.3.1.1. Hipótesis de trabajo.....	8
1.1.3.1.2. Hipótesis general.....	9
1.1.3.1.3. Hipótesis específicas.....	10
1.1.3.2. Elementos del problema.....	11
1.1.4. Marco teórico.....	13
1.1.4.1. Teorías.....	13

1.1.4.2.	Conceptos, indicadores y variables.....	14
1.1.4.2.1.	Conceptos.....	14
1.1.4.2.2.	Indicadores.....	15
1.1.4.2.3.	Variables.....	15
1.2.	Adopción de los métodos y del plan de investigación.....	15
1.3.	Retrospectiva sobre el problema de la certeza del Derecho.....	19
1.3.1.	Acerca del concepto y fundamento de la certeza del Derecho.....	21
1.3.2.	Sobre las amenazas de hecho y las corrientes teóricas contra la certeza del Derecho.....	23
1.4.	Hacia una solución.....	25

**CAPÍTULO SEGUNDO
EL FENÓMENO JURÍDICO DIFERENCIADO DE LA
OPACIDAD E IGNORANCIA DEL DERECHO**

2.1.	Introducción.....	27
2.2.	Algunos esquemas para el análisis conceptual del fenómeno de la opacidad del Derecho.....	31
2.3.	Elementos, terminología y acepciones.....	33
2.4.	Notas distintivas.....	34
2.5.	Posición en la teoría de sistemas.....	35
2.6.	Interpretación del discurso jurídico.....	39

**CAPÍTULO TERCERO
LA DOCTRINA DE LA IGNORANCIA LEGIS**

3.1.	Consideraciones generales sobre la historicidad de la ley.....	43
3.2.	La importancia del significado del término ignorancia legis.....	46
3.3.	Presentación o formulación en el sistema normativo jurídico.....	52
3.4.	Etiología de la ignorancia legis.....	56
3.5.	Conceptos dialectizados en la síntesis del fenómeno.....	60

**CAPÍTULO CUARTO
PARADIGMAS EN EL ESTADO DE DERECHO**

4.1. Introducción.....	67
4.2. El término, el concepto y los límites de una definición del Derecho.....	69
4.3. Elementos del Estado de Derecho.....	83
4.4. La tesis del Estado Social.....	86
4.5. La transformación en la concepción de la ley.....	88
4.6. La complejidad del ordenamiento jurídico.....	94
4.6.1. Consideraciones generales.....	94
4.6.2. La hipertrofia normativa.....	95
4.6.3. La pluralidad de fuentes normativas.....	99

**SEGUNDA PARTE
ESTRUCTURA GENÉTICA Y OPERATIVIDAD DEL
SISTEMA NORMATIVO JURÍDICO**

**CAPÍTULO QUINTO
LA CREACIÓN DEL DERECHO**

5.1. Introducción.....	105
5.2. Como proceso de adopción de decisiones.....	107
5.2.1. Los órganos de creación jurídica y la jurisprudencia técnica.....	110
5.2.2. La resolución implícita del legislador.....	114
5.3. La ratio legis y ratio decidendi.....	117

**CAPÍTULO SEXTO
EL ÉTHOS LEX**

6.1. Introducción.....	123
------------------------	-----

6.2.	El Derecho como sistema abstracto: El enfoque de la jurisprudencia analítica.....	126
6.3.	Tipología de las normas en su delimitación sistémica: Objeto, función, estructura.....	132
6.4.	Aplicación o articulación práctica: Los operadores jurídicos.....	137
6.4.1.	Introducción.....	137
6.4.2.	El legislador como creador del Derecho.....	138
6.4.3.	El juzgador como aplicador del Derecho.....	143
6.4.4.	Identidad entre creador y destinatario del Derecho.....	147
6.4.5.	Psicología y ley.....	151

**CAPÍTULO SÉPTIMO
LA FUNCIÓN SUBSTANCIAL DE LA LEGISLACIÓN**

7.1.	La operatividad.....	157
7.1.1.	El problema de la eficacia.....	158
7.1.2.	El problema de la validez.....	162
7.2.	Actitudes proclives en torno de la función y fundamentación substancial.....	171
7.2.1.	La doctrina del Derecho natural.....	171
7.2.2.	El positivismo jurídico como concepción formal del Derecho.....	172
7.2.3.	El realismo jurídico como concepción sociológica del Derecho.....	174
7.3.	Hacia la crisis del principio de legalidad.....	176
7.4.	El conocimiento de su juridicidad y juridización.....	182

**TERCERA PARTE
PRAGMATICIDAD, VINCULACIÓN Y RECONSTRUCCIÓN
SUBSTANTIVA DEL DERECHO**

**CAPÍTULO OCTAVO
EL ITER LEGISLATIVO DE LA PRODUCCIÓN NORMATIVA**

8.1.	Ideas generales.....	189
------	----------------------	-----

8.2.	Cuestiones específicas con relación al iter legislativo.....	190
8.2.1.	Posición en el modelo Estado y el legítimo ejercicio de una función constitucional.....	190
8.2.2.	El procedimiento legislativo como acto jurídico complejo.....	196
8.3.	La denominada política normativa.....	203
8.3.1.	Soberanía orgánica y poder constituyente.....	206
8.3.2.	Las decisiones normativas.....	209
8.3.3.	La delegación normativa.....	215
8.3.4.	Límites en la estructura objetiva del sistema: La legitimidad.....	218
8.4.	La vinculación racional o razonable en la legislación.....	227
8.4.1.	Consideraciones preliminares.....	227
8.4.2.	El contexto de la función legislativa.....	230
8.4.3.	La técnica legislativa en concreto.....	233
8.4.3.1.	Consideración inicial.....	233
8.4.3.2.	Concepto de técnica legislativa.....	234
8.4.3.3.	Objeto de la técnica legislativa.....	238
8.4.3.4.	Principios para su funcionamiento.....	239
8.4.3.5.	Algunos modelos de técnica legislativa.....	242

CAPÍTULO NOVENO ELEMENTOS PARA UNA PROPUESTA ALTERNATIVA

9.1.	Introducción.....	245
9.2.	Consideración jurídico-funcional.....	246
9.3.	Perspectiva filosófica.....	249
9.3.1.	Generalidades.....	249
9.3.2.	La concepción iusfilosófica hegeliana.....	252
9.3.3.	Conclusión.....	278
9.4.	Perspectiva científica.....	280
9.4.1.	Lugar sistemático y delimitación.....	280
9.4.2.	Fundamentos teóricos.....	287
9.5.	Perspectiva pragmática.....	298
9.5.1.	Consideración previa.....	298

9.5.2. Condicionantes técnicos.....	299
9.5.3. Mecanismos y modelos de solución.....	302
9.5.4. Las intenciones educativas.....	305
CONCLUSIONES.....	309
APÉNDICES.....	317
I. Órganos con iniciativa legislativa en los Estados extranjeros.....	319
II. Algunas técnicas y modelos analizados.....	323
III. Relación entre diferentes niveles de intenciones educativas y sus componentes.....	325
ANEXOS.....	327
I. Actividad legislativa.....	329
II. Programa de Mejora Regulatoria.....	330
III. Racionalidad de la legislación.....	338
FUENTES DE INFORMACIÓN.....	339
- Bibliográficas.....	339
- Hemerográficas.....	340
- Legislación.....	358
ÍNDICE ALFABÉTICO DE AUTORES.....	359
ÍNDICE ALFABÉTICO DE MATERIAS.....	363
ÍNDICE GENERAL.....	367