

00761
11
24.

**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO

**TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE MAESTRIA EN DERECHO QUE
PRESENTA LA LIC. MARIA ISABEL GONZALEZ VILLASEÑOR**

**"LA INTERPRETACION DE LA NORMA JURIDICA
COMO UNA TECNICA EFICAZ EN LA ENSEÑANZA
-APRENDIZAJE DEL DERECHO"**

**(EL CASO DE LA ENSEÑANZA DE LA FIGURA
JURIDICA DE "LA AUSENCIA")**

**DIRECTOR DE LA TESIS
DR. JORGE WITKER VELAZQUEZ**

**CIUDAD UNIVERSITARIA
MEXICO
DISTRITO FEDERAL
1997**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



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.

INTRODUCCION	6
CAPITULO I	
EL DERECHO COMO CIENCIA	11
1.1 El concepto de Derecho como "Ciencia Jurídica".....	11
1.1.1 Qué es la ciencia?.....	11
1.1.2 La ciencia del Derecho.....	14
1.1.3 La sociología del Derecho.....	17
1.2 El Derecho y el Método.....	22
1.2.1 El concepto genérico de método.....	23
1.2.2 El Derecho y el método científico.....	25
1.3 Elección del método según el objeto del Derecho.....	27
1.3.1 El método tradicional en el plano "Normativo-Axiologista".....	28
1.4 Diferencia entre la interpretación jurídica y la interpretación del lenguaje de derecho.....	33
1.4.1 La Interpretación Jurídica.....	33
1.5 Perspectivas de una nueva Ciencia Jurídica?.....	37
CAPITULO II	
GENERALIDADES SOBRE LA INTERPRETACION DEL LENGUAJE DEL DERECHO Y LAS TECNICAS EN LA ENSEÑANZA-APRENDIZAJE DEL DERECHO	39
2.1 Los múltiples problemas en la Interpretación del Lenguaje del Derecho y su vinculación con la Dogmática Jurídica.....	39
2.2 La Voluntad del Legislador.....	46
2.3 Los Problemas de la Ley.....	48

2.3.1	El lusrealismo y el Pragmatismo Jurídico Norteamericano.....	50
2.3.2	La Eficacia de la Ley.....	54
2.4	El Proceso Interpretativo.....	55
2.4.1	El Lenguaje Jurídico y otras Concepciones.....	55
2.5	La Enseñanza.....	58
2.5.1	La Enseñanza del Derecho.....	60
2.5.2	El Actual Plan de Estudios de la Facultad de Derecho de la UNAM aprobados por el H. Consejo Universitario el 2 de Septiembre de 1993. Nivel licenciatura. Breves Comentarios.....	61
2.5.3	La Sociología Jurídica, una Asignatura Pendiente.....	64
2.6	Diferencia Epistemológica entre el Método y la Técnica.....	67
2.7	Los espacios de enseñanza-aprendizaje en donde es útil y eficaz el proceso interpretativo de la norma jurídica.....	69
2.8	Enseñar a pensar a los adultos en el proceso de enseñanza-aprendizaje por objetivos.....	70
2.9	Otros Procedimientos para la enseñanza-aprendizaje del Derecho.....	75
2.9.1	Aprendizaje Grupal (experiencia personal).....	78

CAPITULO III

LA INTERPRETACION DEL LENGUAJE DEL DERECHO.....	82
3.1 La Interpretación del Lenguaje del Derecho en lenguaje común.....	82
3.1.1 En torno a la Metodología Jurídica y la Técnica para la interpretación del lenguaje del Derecho.....	87
3.2 Los distintos planos de Interpretación tradicional del Lenguaje del Derecho.....	88
3.3 Distintas clases de Interpretación.....	91

3.3.1 El Valor de la Justicia en la Interpretación del Derecho.....	93
3.3.2 Dificultades que enfrenta la Interpretación del Lenguaje de las Leyes.....	94
3.3.3 El Problema de la Precisión y Claridad en el Lenguaje del Derecho.....	96
3.3.4 La Interpretación Lógica.....	98
3.3.4.1 La Lógica Deóntica.....	100
3.3.5 El Intérprete tiene que Elegir.....	103
3.3.5.1 El Sentido Amplio y el Sentido Estricto.....	103
3.3.5.2 La Doctrina del "Sens Clair".....	105
3.3.6 La "Autoridad" en la Interpretación del Derecho.....	106
3.3.6.1 La "Autoridad-Persona" y la "Autoridad-Idea".....	107

CAPITULO IV

LA INTERPRETACION DE LA FIGURA JURIDICA "DE LA AUSENCIA" EN EL CODIGO CIVIL PARA EL D.F. Y DERECHO COMPARADO.....	110
4.1 Por qué la figura jurídica "De la Ausencia".....	110
4.1.1 Los dos hechos trascendentes que motivaron la investigación.....	111
4.2 Breve Panorama de la figura jurídica "De la Ausencia" en la legislación civil mexicana.....	115
4.2.1 Antecedentes históricos de la Ausencia.....	115
4.2.2 Exceso de disposiciones y requisitos en el Código Civil para el Distrito Federal.....	116
4.2.2.1 Ejemplos de otros artículos en torno a la Ausencia, en donde el estudiante de Derecho, a través de la interpretación, puede advertir los errores, deficiencias, ineficacias, etc.....	118
4.3 La Ausencia en la teoría jurídica mexicana. El derecho sustantivo y el derecho adjetivo.....	126
4.3.1 El vacío teórico de los autores mexicanos sobre la Ausencia.....	126
4.3.2 Casuística y abandono en los escasos procedimientos de Ausencia.....	127
ante los Tribunales y averiguaciones previas de personas desaparecidas.	

4.3.2.1 El C.A.P.E.A. (El Centro de Apoyo de Personas Extraviadas y Ausentes.).....	130
4.4 Carencia de Jurisprudencia y antigüedad en las pocas Tesis pronunciadas....	133
4.5 Derecho comparado sobre "La Ausencia"	134
4.4.1 El Derecho Francés.....	135
4.4.2 El Derecho Español.....	137
4.4.3 El Derecho Suizo.....	139
4.6 Cómo se enseña la figura jurídica "De la Ausencia" en la Facultad de Derecho?.....	140
4.7 Conclusión del presente Capítulo IV.....	141
CONCLUSIONES GENERALES.....	143
BIBLIOGRAFIA GENERAL.....	149

INTRODUCCION

"Plantearse un problema de solución aparentemente fácil; o una situación de hecho de apariencia común, nos puede llevar como en Serendipity, a todo un mundo por descubrir del que apenas teníamos idea, no necesariamente por ignorancia, sino precisamente, porque ese mundo es tan amplio y tan interesante que no es fácil conocerlo ni menos, pretender abarcarlo: el mundo de la Ciencia del Derecho. Pero lo que importa, es seguir descubriéndolo hasta conocer, aun cuando sólo sea, una parte de ese universo.

Descubrí la figura jurídica de "La Ausencia" casi por azar. Es decir, ante dos hechos trascendentes en la vida de los mexicanos, tan distintos ambos, pero vinculados precisamente por dicha figura jurídica, aún cuando en el primer caso, fue de personas desaparecidas; y en el segundo, es sobre una "ausencia misteriosa".

El primer hecho, fueron los terremotos de 1985, que provocaron la desaparición de miles de personas de las cuales, no fue encontrado su cadáver, lo que obligó a la autoridad a legislar "al vapor", adicionando el párrafo tercero al artículo 705 del Código Civil, y poder declarar "la presunción de muerte" de dichas personas desaparecidas y presuntamente muertas en aquellas trágicas circunstancias.

El segundo hecho, fueron los asesinatos de prominentes figuras políticas, en particular, el asesinato del Lic. José Francisco Ruíz Massieu; que provocaron, entre otras insospechadas consecuencias de tipo político y jurídicas, más en materia penal, pero también de derecho civil. Porque entre estas consecuencias está, de que a pesar de que nadie puede afirmar con certeza y menos probar, si Manuel Muñoz Rocha, uno de los acusados como "operador técnico" en el asesinato del citado político, está vivo o muerto. O bien, sobre si está vivo o muerto, hay muchas dudas, rumores, afirmaciones, y "noticias". No obstante, y sólo para cubrir uno, de los varios requisitos legales que se exigen en el Código Civil en este caso para el Estado de Tamaulipas; Muñoz Rocha ha sido ya declarado por autoridad judicial "Formalmente Ausente".

Este último hecho, me recordó el de 1985, provocándome una gran inquietud (jurídica) para conocer y saber sobre esta figura jurídica de "la Ausencia" tan poco estudiada y analizada en nuestro medio jurídico, no obstante que el Código Civil para el Distrito Federal (1928), le dedica 75 artículos en su Título Undécimo y sin embargo, en el primer caso que cito de 1985, la autoridad se vió obligada a legislar "al vapor" para enfrentar la consecuencia del mismo. Y en el segundo caso, la ley se aplicó sólo aparentemente y en una conveniente "legalidad".

A partir de dicha inquietud, llevé a cabo, toda una investigación documental y de

campo en torno a esta figura jurídica que a continuación narro, y que junto con otras concepciones sobre la metodología, las técnicas de enseñanza-aprendizaje del Derecho y la Ciencia Jurídica, integran el capitulado del presente trabajo.

La investigación se inició desde el punto de vista documental, con la búsqueda de elementos teóricos y análisis jurídico por parte de autores mexicanos en los textos y encontré un vacío total. En cuanto a la Jurisprudencia y tesis pronunciadas, sólo hay 5 antiguas tesis. Posteriormente analicé algunos textos de autores extranjeros, de los que encontré abundante literatura y comparé tres significativas legislaciones europeas .

Desde el punto de vista de la investigación de "campo"; busqué en Tribunales Familiares inquiriendo a algunos Jueces, Secretarios de Acuerdos; así como a varios abogados postulantes, colegas y Profesores de Derecho sobre casos de ausencia , y salvo una caso irregular, también aquí hay un vacío práctico sobre la ausencia.

No obstante, una dependencia de la Procuraduría General para el D.F., como el C.A.P.E.A., me arrojó la impactante realidad mexicana sobre "las ausencias" , desapariciones y extravíos de cientos de personas en esta gran ciudad, que nada tienen que ver con las ausencias que el Código Civil prevéé y sus 75 artículos del Título Undécimo. Es decir, se pone en evidencia una vez más, como sucede en muchos casos, este divorcio entre la legislación mexicana y la impactante realidad.

Además de la anterior, también hay otra realidad que, finalmente fue el motor impulsor de toda esta tesis , y el hecho de investigar que la figura jurídica de "la Ausencia" está ausente en los seis cursos de Derecho Civil que integran el "Nuevo Plan de Estudios" de la carrera de Licenciado en Derecho en la Facultad de Derecho de la U.N.A.M., de fecha 2 de Septiembre de 1993.

Así entonces, y como consecuencia de aquella investigación , me llevaron a concluir, que: a) No solamente está la urgente necesidad de replantear y modificar toda la figura jurídica de "la Ausencia" en el Código Civil para el D.F. ; sino en particular; b) a seguir insistiendo en la ya imperiosa necesidad de replantear las técnicas de enseñanza-aprendizaje del Derecho, para que los estudiantes conozcan, por una parte y verdaderamente, nuestra realidad social ; y por la otra, conozcan también, sobre muchas instituciones jurídicas que, aún cuando son evidentemente obsoletas, absurdas, incongruentes y totalmente ajenas a aquella realidad social, sin embargo, están ahí: inamovibles, como monumentos pétreos, enterradas en la ley y en el tiempo, porque son figuras jurídicas copiadas de otras legislaciones producto a su

vez, de otras realidades sociales, políticas y jurídicas ya superadas y modificadas en aquellas legislaciones extranjeras. Y porque además, muy poco nos ocupamos de éstas en estudios jurídicos e investigación; en su interpretación judicial y doctrinaria y en consecuencia, su enseñanza en la Facultad de Derecho, es superficial o de plano, se ignora, porque también sabemos, de la inutilidad o agobiante tarea en su práctica forense y de que hay "otras formas" de enfrentar y resolver el problema legal que involucra a estas obsoletas figuras.

Con la presente Tesis, quiero demostrar, que de las instituciones jurídicas que carecen de sustento teórico, jurisprudencial y práctico en nuestro medio; una forma útil y eficaz de enseñarla y aprenderla y en consecuencia, conocerla como institución, es a través de abreviar en la única fuente que hay en estos casos y que es la norma jurídica.

Es decir, conocer e interpretar las normas que intentan regularla, llevará al estudiante de Derecho, no sólo a conocerla, sino a intentar desentrañarla en su origen, consecuencias y aplicaciones; a vincularla con otras trascendentes figuras jurídicas; y lo más importante, a conocer la realidad que la institución pretende regular. Ello le permitirá en consecuencia, aprender a pensar, a razonar, a argumentar, a cuestionar e investigar. Asimismo y ya metido en ese camino, lo impulsará a compararla con otras legislaciones y otras realidades. En suma, a iniciarse en el mundo de la investigación, de las metodologías, de las técnicas y aproximarse, por lo menos inicialmente, al complejo, pero interesante universo de la ciencia del Derecho.

Debo destacar, que aún cuando subrayo la necesidad de que los estudiantes de Derecho conozcan la realidad de las instituciones jurídicas en el momento de aplicar las leyes y normas que las regulan, no significa que prescindan de los elementos teóricos que las sustentan. Es decir, vincular el mundo de la teoría con la práctica, es algo que se ha reiterado hasta la saciedad, pero no está por demás acentuarlo, porque el mundo de la teoría, la dogmática y el mundo de los principios y valores del Derecho, como la justicia, la equidad, el bien común, la eficacia del Derecho etc. etc. están asociadas al mundo de la Filosofía del Derecho, una ciencia que alimenta el espíritu para poder enfrentar, precisamente con tenacidad y voluntad, esa feroz realidad que estamos intentando transformar.

A continuación, hago una breve explicación de los cuatro capítulos que integran esta Tesis, no sin hacer la advertencia, de que los tres primeros capítulos contienen temas que ya han sido suficientemente abordados en nuestro medio, tanto por expertos en la materia, como son: (sólo por mencionar algunos) al Doctor Jorge Witker Velázquez; el

Doctor Héctor Fix Zamudio; y muchos autores nacionales y extranjeros; a varios de ellos, los consulté para la elaboración del presente trabajo, según puede verse en la Bibliografía.

Asimismo, estos temas han sido tratados en diversas tesis y trabajos jurídicos. No obstante, es imprescindible insistir en ellos, aún cuando sea bastante complejo, porque no se puede llegar hasta los últimos escalones de la investigación, sino se aproxima, al vasto universo de la Ciencia Jurídica.

Así entonces, en el Primer Capítulo titulado, "**El Derecho como Ciencia**", inicio con los conceptos sobre este universo de la Ciencia del Derecho, intentando darle un marco teórico a la tesis, y en particular, abordar la ciencia y la metodología; así como diferenciar la Interpretación del Derecho, de la interpretación del lenguaje del Derecho. Porque la primera, significa todo el edificio teórico epistemológico que pertenece a la Filosofía del Derecho y requiere de la metodología, en tanto que la segunda, sólo es una parte del "objeto" de la ciencia del Derecho, que es el lenguaje del Derecho representado mayoritariamente en la norma jurídica. No obstante ambas están íntimamente relacionadas.

En el Capítulo Segundo, "**Generalidades Sobre los Métodos de Interpretación del Lenguaje del Derecho y la Técnica de Interpretación de la Norma Jurídica en la Enseñanza-Aprendizaje del Derecho**"; trata sobre los múltiples problemas en la interpretación del lenguaje del Derecho y su relación con la dogmática jurídica. Es decir, continúo con el tema complejo entre ciencia y método, pero enfocándola en algunos aspectos que a mi juicio son relevantes, como la eficacia jurídica, la voluntad del legislador, el pragmatismo jurídico norteamericano, etc. También abordo, la diferencia entre método y técnica; y empiezo a esbozar el análisis del proceso interpretativo de la ley y otras concepciones.

Por otra parte propongo, cómo introducir en el Plan de Estudios vigente de fecha 2 de Septiembre de 1993, de la Facultad de Derecho de la U.N.A.M. y al proceso de enseñanza-aprendizaje, las técnicas de interpretación; y para ello, hago un breve análisis de la enseñanza en general, en nuestra Facultad de Derecho y comento en forma general sobre el "Nuevo Plan de Estudios". Añado la necesidad de enseñar a pensar a los adultos, en una enseñanza-aprendizaje por objetivos y mis experiencias como docente.

Finalmente propongo, la urgente necesidad de incluir la "Sociología Jurídica" en el

plan de estudios de la carrera, porque sigue siendo aún, la gran ignorada en el mismo; sigue siendo: una asignatura pendiente desde hace muchos años.

En el Capítulo Tercero, **"La Interpretación del Lenguaje del Derecho"**, analizo los distintos planos de interpretación del lenguaje del Derecho, diversas corrientes de opinión; comento algunos métodos tradicionales y de vanguardia como la lógica deóntica, la doctrina del "Sens Clair" y entre otros; y concluyo con la necesidad de elección del intérprete, para no perderse en este amplio espectro, aún cuando haga uso de varias técnicas o métodos de interpretación.

El Capítulo Cuarto, **"La Interpretación de la Figura Jurídica "De la Ausencia" en el Código Civil para el D.F. y Derecho Comparado"**, está dedicado a exponer toda la investigación que en torno a esta figura jurídica llevé a cabo y que consistió en explicar el por qué de esta figura jurídica en particular; el de señalar sus antecedentes históricos en la teoría; el vacío en la doctrina, la práctica y la jurisprudencia mexicana; en compararla con tres Códigos Civiles europeos como son los de Francia, España y Suiza; en cuestionar el exceso de disposiciones y requisitos absurdos en el Código Civil de 1928 vigente para el Distrito Federal. Asimismo, en cuestionar a esta obsoleta figura jurídica que muy poco tiene que ver con la realidad mexicana en los casos de ausencia; en ejemplificar a través de la interpretación varios artículos del Código Civil donde se demuestran los absurdos, incongruencias y demás irregularidades, como por ejemplo los artículos 649, 704, 654, 656, 715, etc. y que sólo son una muestra ejemplificativa de la interpretación que hice de todos y cada uno de los 75 artículos que integran el Capítulo Undécimo del Código Civil y que son parte de un futuro trabajo de investigación que haré y con mayores herramientas jurídicas; ya que por ahora sólo intento demostrar el objeto de mi Tesis, es decir, que la Técnica de interpretación de la norma jurídica es una técnica eficaz en la enseñanza-aprendizaje del Derecho, en particular de aquellas figuras jurídicas que carecen de sustento teórico y práctico porque son obsoletas, irreales e incongruentes con la realidad mexicana porque fueron copiadas de otras realidades jurídicas ya superadas y porque nadie se ha encargado de estudiarlas, analizarlas y proponer su cambio, reforma y adecuación legal, precisamente interpretando los artículos del Código Civil y que son en este caso, la única fuente de conocimiento de la figura.

CAPITULO I

EL DERECHO COMO CIENCIA

1.1 El Concepto de Derecho como "Ciencia Jurídica"

1.1.1 Qué es la Ciencia?

Qué difícil es definir la Ciencia. Si, en efecto, y aunque aparentemente ésta se encuentra bien determinada en todo el universo del conocimiento y en consecuencia, tenga como base la abrumadora evidencia del quehacer científico concentrado en todas las Ciencias que conocemos, sean las llamadas exactas y naturales; técnicas y puras; ideales y reales; de la cultura y el conocimiento; de humanidades y sociales; y toda una extensa gama de clasificaciones metodológicas, históricas y morfológicas, ontológicas o meramente adjetivas; o siguiendo a Kant, según su objeto serán materiales y formales.

Sin embargo, cuando uno se adentra en dos de los ya clásicos ensayos sobre la ciencia como son: "Filosofía de la Ciencia" del filósofo y científico francés Henri Poincaré, el cual en su análisis sobre la propuesta de algunos para crear una "moral científica" en virtud de que se piensa que la ciencia pondría las verdades morales fuera de toda discusión como lo hace con los teoremas matemáticos o las leyes físicas, al respecto responde que: " La verdadera ciencia teme a las generalizaciones prematuras y a las deducciones teóricas, esto es a los determinismos" y se pregunta: "Qué ocurrirá el día en que la moral se convierta en objeto de la ciencia? se impregnará inevitablemente de determinismo, y eso, sin duda, será su ruina." ¹.

Por su parte, Ernst Cassirer en su libro "Las Ciencias de la Cultura" señala que en el mundo de la ciencia rige aquella frase de Heráclito de que el camino que conduce hacia arriba y el que lleva hacia abajo es uno mismo , y que el pensamiento humano asocia la concepción del universo físico con el mundo moral y que es bastante difícil separarlos cuando se ve,

¹ POINCARÉ Henri. "Filosofía de la Ciencia". Nuestros Clásicos 32. UNAM. Coordinación de Humanidades. México 1984 pp.266-267.

precisamente al universo como una unidad². Se concluye lo que es evidente: que la ciencia no tiene barreras y en consecuencia, que es bastante difícil someterla a cotos reductibles.

Y los pensamientos de los filósofos antes descritos, no son meras concepciones subjetivos y "propias de filósofos", porque cuando uno lee el sorprendente trabajo de un científico contemporáneo como Stephen W. Hawking, el cual, para explicarnos algo tan abstracto como el tiempo, pero clasificado como "ciencia pura" y que es el origen del universo en su libro titulado "La Historia del Tiempo" ³; haga sin embargo referencia, no sólo a científicos como lo fueron Laplace, Galileo, Newton y Einstein entre otros, sino a filósofos como Aristóteles y Kant; a los filósofos más famosos de este siglo: Bertrand Russell y Ludwig Wittgenstein como precursores de la filosofía analítica; y finalmente a Dios, como creador del Universo. Entonces, ya va uno más allá de la ciencia y se pregunta: ¿Dónde están los límites de la ciencia y hasta dónde los de la fé? y esto último a propósito de la pregunta que el propio Einstein se hizo: " Cuántas posibilidades de elección tenía Dios al construir el universo?" ⁴

Sin embargo, no es mi intención adentrarme en estas profundas e interesantes cavilaciones filosóficas que se inician en las preguntas anteriores, porque estoy muy lejos del conocimiento que las mismas requieren y porque no es el objeto de este trabajo. Ya mencioné líneas arriba algunos autores, entre otros muchos y que veremos más adelante, que se han ocupado de ello con profundidad y autoridad. No obstante, debe hacerse mención de estas cuestiones elementales para determinar, si algo, que es considerado como producto de la creación humana, es decir, objeto cultural como lo es el Derecho, tenga o deba tener una base científica; esto es, definir al Derecho como ciencia.

De primera intención y si partimos de la simple definición que nos arroja un diccionario para definir la ciencia, por ejemplo, la que señala el Diccionario Larousse: " Conocimiento exacto y razonado de ciertas cosas: la ciencia de las cosas exteriores". Concluiremos que el Derecho no es ciencia porque

² CASSIRER, Ernst. " Las Ciencias de la Cultura". Fondo de Cultura Económica. México-Buenos Aires. Segunda edición en español, 1955. p.31.

³ HAWKING, Stephen W. " Historia del Tiempo. Del big bang a los agujeros negros". Traducción de Miguel Ortuño. Editorial Crítica.Grijalbo. Barcelona. Octava edición 1989.

⁴ Ibidem. p.222.

algo, producto de la creación humana no es, ni puede ser exacto, precisamente porque es producto humano, es decir imperfecto aunque perfectible.

Sin embargo, volveríamos a caer en el resbaladizo terreno de las especulaciones y además, porque el mismo diccionario más adelante sigue definiendo a la ciencia como : "Conjunto de conocimientos fundados en el estudio...o Conjunto de conocimientos relativos a un objeto determinado..."⁶ y en éstas dos últimas definiciones bien puede caber el Derecho, al que también se le conceptualiza no como una disciplina exacta, sino como un objeto de conocimiento.

Claro que también una definición de ciencia, dada por un diccionario de filosofía puede provocarnos una gran confusión al indicar que: "Ciencia es un proceso metódico de representaciones en los nexos de fundamentación de los objetos en un sector restringido y al mismo tiempo, y como resultado de estas penetraciones....."⁶ para que seguir, si de todas formas es ininteligible. Así mismo, se queda uno igual cuando se define a la ciencia como "El conjunto de conocimientos científicos" o "conjunto de conocimientos adquiridos comprobados y organizados metódica y sistemáticamente."⁷ o cae uno en el asombro cuando en un diccionario "científico" no hay una definición de ciencia⁸.

Por otra parte, y aun cuando juristas, abogados, jueces, filósofos, sociólogos y en general, los estudiosos del Derecho sigan profundizando en el conocimiento de este azaroso tema, y del cual nos ocuparemos en el siguiente apartado, hay consenso mayoritario entre los juristas, para conceptualizar al Derecho como ciencia⁹, a pesar de todas sus profundas antinomias y complejos problemas, por ejemplo Mario Bunge quién parte de la división clásica de las ciencias a partir de la naturaleza de sus objetos (ciencias formales y ciencias fácticas), señala también que la diferencia más significativa entre esta clasificación, es que los ideales "no son objetivos",

⁶ LAROUSSE Diccionario. 1994. Ediciones Larousse. México. p. 224.

⁶ MULLER, Max y HOLDER, Alois. Breve Diccionario de Filosofía. Editorial Halder 1986. p.69

⁷ Diccionario Filosófico. Editorial Limusa. 1a edición 1994. pp.42-43

⁸ Diccionario Básico para la Actualidad Científica. Celeste Ediciones. Madrid.

⁹ Este consenso quedó de manifiesto en el Primer Congreso Internacional de Derecho Comparado, celebrado en París en 1900. Cfr. Fix, Zarnudio Héctor en Ensayos sobre Metodología, Docencia e Investigación Jurídicas. Centro de Documentación Legislativa Universitaria. U.N.A.M. México 1981 pp. 330-331.

aunque comparten con los "entes" reales las características de ser racionales, sistemáticos y verificables¹⁰.

1.1.2 La Ciencia del Derecho

Señalé que, aún cuando hay consenso entre los estudiosos del Derecho para establecerlo como ciencia (ver cita N 9), todavía hay muchísima confusión y gran diversidad de opiniones para darle una metodología propia en este sentido, y en esta ardua tarea están los juristas y más adelante nos ocuparemos de ello.

Pero lo que no vale es definir simplemente a la "Ciencia del Derecho, como una rama de la ciencia que tiene por objeto el derecho" ni afirmar sin más que el Derecho es : "... la mas antigua de todas las ciencias" ¹¹, porque si todavía no es posible darle una definición ni una metodología propias, menos debe dársele un pretensioso protagonismo que ignore todo un mundo cultural relacionado con el espíritu y la creación de hombres y dioses como bien lo señala Ernst Cassirer al preguntarse cuáles fueron los objetos que primero suscitaron el asombro del hombre y poder afirmar que "En casi todas las grandes religiones cultas nos encontramos con el fenómeno de la adoración de los astros" " Estos mitos culturales cruzan la mitología de todos los tiempos y todos los pueblos" ¹²

Asimismo, la historia de la humanidad registra que desde sus inicios, (de 3000 a 300 a.C.) la misma está marcada por el sello de la guerra ¹³ y del arte que se manifiesta en dos portentosas actividades que reflejaron su

¹⁰ Cfr. BUNGE, Mario. La Ciencia, su Metodo y su Filosofía. Nueva Imagen. 8a. edición. México 1993. pp. 10 y ss.

¹¹ DE PINA, Rafael. " Diccionario de Derecho". Editoria I Porrúa. México 1983. p.152. El mismo autor hace referencia a una definición que al parecer es de Norberto Bobbio sobre la ciencia del Derecho.

¹² CASSIRER. E. ob cit. n. (2) pp. Para abundar en este sentido, el autor señala que "Nada tiene de extraño que en el pensamiento de este hombre (el antiguo), la concepción del universo físico no pueda tampoco separarse de la del mundo moral y de la divinidad" p.7 y ss. La epopeya de Gildamés, los libros de los Vedas, la cosmogonía de los egipcios son sólo algunos ejemplos de asignar a la divinidad este doble papel y misión: de fundadora del orden astronómico y de creadora del orden moral. Y el citado Código de Hammurabi posee también esta dualidad al observarse en la parte superior del monolito como el Dios Shamash dicta el Código al Rey. (Museo de Louvre, París).

¹³ ATLAS HISTORICO UNIVERSAL. El Pais/ Edit. Aguilar Madrid 1996.

creatividad y deseo de trascendencia como fueron las pinturas y la escultura y finalmente, la agricultura , que impulsó el desarrollo de la humanidad.

En este sentido, nadie niega que El Código de Hammurabi hallado en Susa (Mesopotamia) en 1902 y que data del 1753 a.C. y que es el más antiguo llegado íntegro hasta nosotros, contiene leyes sistemáticas y no excesivamente crueles para la época, pero ello no significa que el Derecho ya se considere como ciencia desde entonces, porque el desarrollo de la escritura, la astronomía y las matemáticas ya era impresionante para esa época , mismas que desde siempre se han considerado como ciencias” .

Asimismo, y si bien es cierto que la mayoría de los juristas asocian el Derecho con la ciencia, y que genéricamente se refieren a la Ciencia del Derecho (ver Cap. I-1.1.1.), pero se insiste que son muy pocos los que definen a ésta como tal. Es cierto que hay infinidad de estudios que desarrollan y describen a la ciencia del derecho, la clasifican y le otorgan todas las connotaciones que la misma involucra como un valor; como norma y como hecho mismos que abarcan diversos conceptos como la moral; lo objetivo y subjetivo; la justicia, equidad, la coerción, etc. etc.

Es decir, el estudio del derecho se agrupa grosso modo en tres grandes clases: a) la normativa; b) la axiológica y 3) la sociológica , pero no deja de ser extraño, que de todas las definiciones conocidas , solo algunos autores definen conceptualmente al Derecho como ciencia, y curiosamente es la de aquellos autores que cuestionan al Derecho. Por ejemplo, el jurista chileno Eduardo Novoa Monreal dice que: “La expresión Derecho, no solamente sirve para designar al conjunto de preceptos obligatorios que conforman la organización de una sociedad, sino que es el conjunto de conocimientos teóricos que se aplica a la reflexión sobre la legislación existente y sus fundamentos”. Y más adelante define a la ciencia del Derecho como: “aquella que estudia los fenómenos jurídicos por la vía de su análisis racional y su ordenación sistemática, a fin de obtener una comprensión profunda de sus fundamentos, de sus características esenciales y de las relaciones que median entre ellas.” Posteriormente cuestiona al Derecho, al que considera “un obstáculo al cambio social” sin

¹⁴ ESCENARIOS DE LA HISTORIA. El País/ Edit. Aguilar Madrid 1996.

embargo, esto será visto en el Capítulo II de la presente tesis⁵.

Por ahora sólo hago notar, que, ya sea en las definiciones de los juristas o en las concepciones teóricas, al Derecho casi siempre se le define como "un conjunto de..." (normas , leyes, disposiciones, preceptos, reglas, valores , principios ; también puede ser un orden o sistema, etc.)¹⁶ Es decir, definen parte del contenido de la ciencia del Derecho pero no el universo que la misma abarca. Definen al Derecho pero no a la ciencia del Derecho. Describen los elementos característicos del objeto llamado "derecho" (lus: iure, iurisdicchio iustus, iudicium, IURISPRUDENTIA ; así como los nomina iuris: lex, actio, usucapio, etc.)

Así, la mayoría de los autores se inclina por sus dos usos prevalecientes como son: a) "el objetivo : complejo de normas e instituciones que imperan coactivamente en una comunidad estatal (orden o sistema jurídico)"; y b) " el subjetivo: permisiones y facultades; así como exigencias o reclamos que se consideran jurídicamente justificadas" ¹⁷.

Hay quien define al derecho como un conjunto de "hechos" ¹⁸, o también se dice que determinado derecho (dentro de la clasificación de mercantil, civil, laboral, etc.) es "una rama del Derecho" o bien, "una disciplina de la Ciencia del Derecho" pero insisto, a esta última casi nunca se la define como tal. Evidentemente que el estudio de la Ciencia del Derecho, corresponde más al campo de la filosofía del Derecho, pero también y como señalaba Kant sarcásticamente: "Todavía buscan los juristas una definición de su concepto de derecho".

¹⁵ NOVOA Monreal Eduardo. " El Derecho como Obstáculo al Cambio Social". Siglo Veintiuno Editores, S.A. 1a. Edición 1975. p.66

¹⁶ En cuanto a las definiciones del Derecho, la bibliografía es amplísima. Simplemente y a manera de ejemplo señalaremos algunas definiciones desde diversos puntos de vista. Por ejemplo: Kelsen en su Teoría Pura del Derecho, define al derecho como objeto de conocimiento, es decir: el deber ser. Para Hegel, el Derecho es el reino de la libertad realizada. Es decir, que hay una coordinación normativa según una valoración ética y excluyendo todo impedimento para que la libertad sea. Para del Vecchio y Savigny, el Derecho es obra humana. Sin embargo del Vecchio supera una antinomia que lastra toda la teoría jurídica anterior a él, es decir la división de las acciones internas y externas, según sea la moral y el Derecho entre el ser y el deber ser y define al Derecho como "Coordinación objetiva de acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que los determina con exclusión de todo impedimento".

¹⁷ DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Volumen D-H p. 928 Editorial Porrúa. 4a edición. México 1991.

¹⁸ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Tomo VI Defe-Dere p. 896

Y en efecto, "pocas cuestiones referentes a la sociedad humana han sido preguntadas con tanta persistencia y contestadas de forma tan diversa, extrañas e incluso paradójicas, como la cuestión : qué es derecho? " según se pregunta H.L.A. Hart . Asimismo, Eduardo García Maynez observa que cuando se trata de definir el Derecho, según cual sea el punto de vista que se adopte (ya sea el de la razón, los valores o la norma), se apunta a un objeto diferente¹⁹ .

1.1.3 La Sociología del Derecho

A partir del nacimiento de la Sociología como una de las ciencias más jóvenes en el campo del conocimiento, y que Augusto Comte incluyó en su famosa clasificación serial en donde por orden de complejidad creciente y generalidad decreciente aparecen desde las matemáticas, astronomía, física, química, la biología y la sociología, todo un mundo de estudiosos de esta ciencia buscó darle su carácter de independiente y para ello, la escuela formalista de sociólogos alemanes encabezada por Simmel y que buscó darle autonomía haciendo la distinción entre forma y contenido de la vida social, se extendió finalmente por Francia, Inglaterra, Italia y a los Estados Unidos²⁰ .

Sin embargo, esta gran corriente de estudiosos y que ya incluye al Derecho como ciencia, pero sin autonomía propia y dentro de la gran clasificación de las ciencias sociales a partir de la Sociología, empieza a ser un problema sostener su autonomía, debido al gran desmembramiento que sufre en diversas disciplinas particulares, que hace crecer el número de ciencias sociales hasta hacerlo muy elevado y su clasificación ya les presenta dificultades.

Maurice Duverger por ejemplo, en su libro "Método de las Ciencias Sociales" menciona que dentro de las diversas clasificaciones, "los juristas y moralistas consideran a la moral y el derecho dentro de las ciencias normativas" , mismas que cuestiona al indicar que éstas no existen y que solo hay "ciencias positivas", aclarando que : "la ciencia es positiva porque

¹⁹ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Tomo VI Defe-Dere. pp. 893-894

²⁰ GARCÍA, Maynez Eduardo " Introducción al Estudio del Derecho". Editorial Porrúa. México, 1980. 32a Edición. p. 157.

estudia lo que es, y no lo que debe ser”²¹.

Posteriormente, el mismo autor hace referencia a las llamadas “sociologías particulares”, sin embargo no incluye al Derecho como tal y si en cambio a la ciencia económica y a la ciencia política, y más adelante, y como en una subclasificación que titula “las demás sociologías particulares” donde junto a las sociologías religiosa, moral y del arte, incluye también a la sociología jurídica, afirmando que: “El Derecho y la sociología jurídica estudian exactamente lo mismo: las constituciones, los códigos, las leyes, los decretos, los textos e instituciones jurídicas en general, pero no lo estudian de igual manera.”²²

Sin embargo, concluye que en la práctica ambas disciplinas se confunden por lo que el jurista se ve forzado a hacer sociología y el sociólogo no puede descuidar el análisis jurídico.

En defensa de la existencia de la ciencia normativa, y a diferencia de Duverger que la niega, el filósofo contemporáneo Morris R. Cohen señala que si es posible su existencia, basa su afirmación, a partir de la vieja controversia entre quienes consideran que los juicios valorativos son puramente subjetivos, es decir, que son idénticos a la sensación producida por los hechos, y entre quienes vislumbran una diferencia real entre lo valioso y lo no valioso, pensando que hay fundamento para tal distinción, lo que es como decir que las normas son preferenciales.

Así, las preferencias pueden ser particulares de cada quien, pero las normas son generales, y para ser consecuentes deben ser racionales. De esta manera, las normas son aspectos significativos de la tarea humana de vivir, de conocer y de comprender. Por lo tanto, concluye Cohen “puede sostenerse la posibilidad de una ciencia normativa de los fenómenos sociales, la ética y el derecho.”²³

Por lo que respecta a la sociología del Derecho, que Eduardo García Maynez define como “una disciplina que tiene por objeto la explicación del

²¹ DUVERGER, Maurice. “Método de las Ciencias Sociales”. Colección Demos Editorial Ariel. México 1983. p. 49

²² Ibidem. p. 74

²³ COHEN, Morris R. “Introducción a la Lógica”. Fondo de Cultura Económica. Breviarios. México, 8a edición. pp. 199-204

fenómeno jurídico, considerado como hecho social" y de la cual deduce que claramente se diferencia de la ciencia del Derecho, porque "ésta última es simplemente un conjunto de normas"²⁴, revela el interés que el jurista dió a esta clasificación, al grado de reducir a toda la ciencia del Derecho en lo que ya señalé que hacen la mayoría al definir el Derecho, como "un conjunto de...." pero independientemente de que se esté o no de acuerdo con estos razonamientos, que ya fueron brevemente vistos; y sobre los que volveré al referirme a la interpretación jurídica; lo que también es cierto, es que ya no es posible la total autonomía e independencia de las ciencias sociales, porque como bien ya lo señalaba Karl Marx : "ningún fenómeno social puede ser válidamente analizado con exclusión de los demás" ²⁵ lo que nos lleva invariablemente a tomar en cuenta el aspecto interdisciplinario del conocimiento. Sin embargo, y dado el vasto campo de estas ciencias y de lo complejo de los fenómenos sociales, se hace necesaria también la especialización.

Esto, que parece ser una contradicción no lo es, si se aclara lo siguiente: Si se parte de la concepción de que el Derecho es un producto humano y por lo tanto un fenómeno histórico-cultural, se debe como bien señala el Dr. Jorge Witker, más que esclarecer qué es el derecho (problema ontológico), se hace necesario determinar desde qué perspectiva observamos el fenómeno jurídico²⁶ . Porque siguiendo a Miguel Reale, "Dondequiera que haya un fenómeno jurídico hay siempre, necesariamente, un hecho subyacente (hecho económico, geográfico-demográfico, político, de carácter técnico, etc.)²⁷ y todos estos fenómenos no están aislados ni se dan independientes, sino que coexisten en una realidad y unidad concreta. Por ello, al estudiar y analizar el fenómeno jurídico debe hacerse en un contexto interdisciplinario, es decir: analizarse como norma, como valor y como hecho, pero tampoco puedo perderme simplemente en las valoraciones sin aterrizar y especificar mi objeto de investigación; al final debo limitar el objeto de mi análisis y determinar cuál es el objeto de mi investigación.

²⁴ GARCIA, Maynez Eduardo. ob. cit. N.(20) p.159

²⁵ MARX citado por Duverger, Maurice. ob. cit. N.(21) p.29

²⁶ WITKER, Jorge y LARIOS, Rogelio. Metodología Jurídica. McGraw Hill - U.N.A.M. México 1997. p. 191

²⁷ idem

Así, y aún cuando estudie al fenómeno jurídico en su contexto, debo llevar a los hechos y a la aplicación objetiva esta realidad. Y esto también funciona para la interpretación del Derecho. Es decir, para analizar el fenómeno jurídico, voy a interpretar al Derecho en el terreno filosófico-jurídico, pero finalmente debo concretar esta interpretación en el lenguaje del Derecho que es la ley, y para ello debo interpretar la norma en el campo de la realidad objetiva que es su aplicación, pero analizando también la práctica efectiva de la ley y su realidad social imperante. La cual se verá enriquecida con el derecho comparado de otros Derechos de otras realidades sociales imperantes. Esto es: con el Derecho Comparado.

Qué duda cabe, que en la aplicación del Derecho y su interpretación se ha concentrado la mayor parte de la investigación jurídica, porque se estima que es el juzgador quién a través de la hermenéutica logra depurar los principios básicos de la ciencia jurídica. Asimismo los órganos legislativos y hasta los particulares que como receptores del Derecho coadyuban en esta trascendente tarea; y así una investigación puede " ser dogmática o teórica, empírica o sociológica y axiológica-filosófica-jurídica"²⁸, pero sin perder nunca nuestro objeto de conocimiento.

En este aspecto y dado el amplio universo de las ciencias sociales y de la ciencia del Derecho como parte de éste y de que aún se encuentra poco desarrollada, no debe sin embargo subestimarse que el Derecho debe ser considerado como una ciencia, pues como bien señala Carnelutti: "La comparación entre ciencia del derecho y las matemáticas, la física y la biología podía llevar a la conclusión de que éstas son más modernas que la nuestra, pero no que ellas sean ciencia y la nuestra no."²⁹

En este mismo sentido, el Doctor Héctor Fix Zamudio, después de analizar las opiniones a favor de la ciencia del derecho como son las de Recásens Siches, Henri Poincaré, Erich Klug, Eduardo García Máynez, Ernesto Borgia entre otros, así como la muy conocida crítica de Von Kirchmann (1847) contra la validez científica del conocimiento jurídico, que aún cuando fué retomada y ampliada por otros autores como el español Antonio Hernández Gil, quien a su vez cita a Anders Vilhelm por su sugerente libro "La no

²⁸ WITKER, Jorge y LARIOS, Rogelio. Metodología Jurídica. Ob. cit. N. (26) p. 60

²⁹ CARNELUTTI. Citado por Fix, Zamudio Héctor en " Antología de Estudios sobre Enseñanza del Derecho" Compilador Jorge Witker. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México 1976 p. 79

cientificidad de la ciencia jurídica" ³⁰ se advierte que ello inquietó mucho a los juristas, y aunque el mismo autor también dice que hubo muchos que ni se enteraron, pero lo que se evidencía es que a varios los motivó a dejar clara su posición.

Así entonces, el Doctor Fix Zamudio señala que : "...si el carácter científico de un conocimiento no depende de la adopción de un método determinado, sino del rigor con el cual se emplee cualquiera de los instrumentos de la lógica y, por otra parte, si toda actividad intelectual opera de manera similar para sistematizar los principios fundamentales del objeto cognoscible sobre el cual se desarrolla, se puede concluir fácilmente que el derecho, como objeto de conocimiento, puede ser estudiado científicamente y , por tanto, que existe una ciencia jurídica, o ciencia del derecho, que también suele llamarse "jurisprudencia".

Finalmente, el autor concluye que: "...todo conocimiento científico, en cualquier sector que se le considere, constituye en sí mismo, (con independencia de su objeto, el cual si puede ser natural o espiritual, real o ideal), un producto cultural -y doblemente cultural la ciencia del derecho, ya que su objeto es también de carácter cultural-, puesto que la fuente de todo conocimiento es única y precisamente el hombre , único sujeto cognoscente, y por tanto todo conocimiento racional desemboca forzosamente en un antropocentrismo irreductible, ya que el científico, por innovador que se le considere, tiene que apoyarse previamente en el acervo cultural de todos aquellos que le precedieron, ya que puede actuar ex novo" ³¹ .

Por último , es interesante citar el comentario del Dr. Ernesto Eduardo Borge sobre la ciencia jurídica, porque apunta que cuando se alude a la ciencia jurídica va implícito y sin disputa su significación, que es el conocimiento que se dirige a lo específicamente jurídico lo cual tiene la dimensión y dignidad del saber qué, metódicamente logrado, alcanza sólido fundamento y por ende, validez objetiva.

³⁰ HERNANDEZ, Gil Antonio. " Problemas Epistemológicos de la Ciencia Jurídica". Cuadernos Civitas, Madrid 1976. pp. 23 y 88.

³¹ FIX, ZAMUDIO Héctor. " Ensayos sobre Metodología Docencia e Investigación Jurídicas". UNAM México, 1981 pp. 16 y 20.

Pero como todo saber, " Tan pronto descendemos a los últimos estratos de su fundamentación; cuando llegamos a los principios sobre los cuales se estructura la unidad sintética de la ciencia, afloran discordancias, contradicciones e incompatibilidades que debilitan aquella confianza inicial y se impone como inexcusable una tarea de revisión de los supuestos del saber jurídico"³².

1.2 El Derecho y el Método

Una vez que los juristas y estudiosos del Derecho se han convencido que el Derecho es una actividad científica, creo que lo importante a determinar es que, si el Derecho es ciencia, qué clase de ciencia es? es decir, cuáles son las diferencias entre la gran diversidad de ciencias. Esto es: cuál es la metodología de la ciencia del Derecho. Para responder a esta pregunta, se hace evidente determinar cuál es el objeto del "derecho".

Esta interrogante ya la he formulado, al intentar definir el Derecho, de la cual se concluye que hay muchos "derechos", o bien muchos campos o aspectos del fenómeno, por lo que hay que encontrar un significado convencional para precisar los métodos y como emplearlos. Es decir, la naturaleza del objeto determina el método que lo defina explícita e implícitamente.

Para lograr lo anterior, se tiene que partir de los tres grandes grupos de definiciones que *grosso modo* se componen en :

- A) Normativismo, que se resume en suministrar una distinción neta y preestablecida entre las conductas legítimas y las ilegítimas, siendo el caso más típico el de las leyes, la jurisprudencia, los principios y la doctrina.
- B) Axiologismo, que parte de la conocida sentencia del Digesto *jus est ars boni et aequi*. Así el derecho es bueno y equitativo cuando es justo. Asimismo, entran aquí los términos de seguridad, lo razonable, el bien común, el orden, el interés de la sociedad, etc. lo que implica juicios de valor considerados absolutos.

³² "OMEBA" Enciclopedia cit. N. (18) Tomo II B-CLA p. 1004

C) Sociologismo. Para los sociologistas - muy distintos de los sociólogos -, la fuente de este derecho es la vida misma. Es decir parte de realidades sociales. Lo que Ehrlich llama "el derecho viviente"³³, aquel que no ha sido plasmado en reglamentaciones ni es válido ante las autoridades o tribunales pero que domina en la vida.

Estas tres dimensiones del Derecho, ampliamente estudiadas por diversos autores, nos dan las tres dimensiones del mismo: como norma, como valor y como hecho, así Miguel Reale define al Derecho como una obra humana social (hecho) de forma normativa, encaminadas a la realización de unos valores³⁴ ; y Eduardo García Maynez nos plantea que es frecuente que se confunda al Derecho natural con el Derecho vigente y con el Derecho positivo cuando los tres presentan objetos distintos y añade "el equívoco obedece a que se aplica el mismo vocablo a cosas heterogéneas o, mejor dicho a que se pretende obtener relativamente a objetos de conocimientos diversos entre sí, una definición común"³⁵.

No obstante el correcto planteamiento del Doctor García Maynez, pero es precisamente en estas tres dimensiones donde se puede encontrar la existencia clave de los tres puntos de vista mencionados. Es decir, intentar cercar la definición en un sólo plano para determinar cual es el método (s) más congruente (s) con él .

1.2 .1 El Concepto Genérico del Método

Antes de continuar con la elección de intentar encontrar un "objeto común" del Derecho , es importante también intentar encontrar un "concepto común" de otra palabra tan polisémica como lo es "método". Lo más sencillo, y que hacen la mayoría de los autores, es que inician por hacer una delimitación etimológica, gramatical y filosófica; sin embargo otros, pasan a clasificaciones en sentido amplio y estricto, hasta examinar los métodos científicos en donde su realización pueda ser controlada intersubjetivamente.

³³ Ehrlich, citado por García, Maynez Eduardo . ob. cit. N.(20) p.159

³⁴ OMEBA Enciclopedia cit. N. (18) p. 896

³⁵ GARCIA , Maynez Eduardo. ob. cit. N. (20) p.38

Sin embargo es tan variado el concepto de método, que hay autores que quisiera lo definen o conceptualizan, a pesar de que analizan varios de estos métodos, como es el caso de Maurice Duverger³⁶.

En su sentido más genérico, más lato, se le llama método a cualquier clase de medios para lograr un fin. Es decir, bastará con que se usen ciertos procedimientos- estén o no determinados en forma nítida- para alcanzar cierto resultado. Alguien podrá elegir el sistema de Descartes, que en su famoso Discurso del Método indicó claramente las cuatro reglas indispensables a toda investigación científica³⁷.

En este aspecto, los métodos científicos están sometidos a exigencias mayores, porque requieren que su puesta en ejecución corresponda a un plan preestablecido y que su realización pueda ser controlada intersubjetivamente, es decir, la verificación de si ese plan ha sido, (o no), efectuado en forma correcta y que esté al alcance de una pluralidad de investigadores. Asimismo, ésta intersubjetividad puede ser nítida y unívoca, puede no serlo, o serlo en grado menor. Esta distinción es importante, según Enrique P. Haba "porque marca la distinción entre métodos científicos en sentido estricto y en sentido amplio."³⁸

Generalmente, hay acuerdo entre los especialistas para elegir el método adecuado a una determinada materia, pero también es muy común que haya desacuerdo en la manera de aplicarlo y en sus resultados; lo más que suele lograrse son resultados razonables y esto se presenta principalmente en las llamadas "ciencias del espíritu", como la filología, la estética, la historiografía, la hermenéutica, etc. En consecuencia, y si se trata de ciencias no exactas o naturales, se insiste más en la elección del método que en sus resultados.

Por qué razón? precisamente por la naturaleza "no exacta" de las ciencias sociales como resultado de ser un producto cultural y humano y por ello imperfecto, lo que no significa que para su análisis e investigación deba prescindirse del rigor del método. En otras palabras: para intentar

³⁶ DUVERGER, Maurice. ob. cit. N. (21) p. 19

³⁷ ORTEGA, Esteban. "Lógica, Introducción a la Filosofía de la Ciencia". Editorial Diana. México 1993. p. 48

³⁸ HABBA P. Enrique "Ciencia Jurídica. Qué Ciencia?" Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Colegio de Abogados. San José de Costa Rica. No. 51. Septiembre Diciembre de 1984. p.20

acercarse a un resultado lo más preciso posible de un objeto de conocimiento "inexacto", hay que proceder con el mayor rigor posible. Este criterio es compartido por Abraham Kaplan, cuando señala que la característica distintiva del método: "Es la de ayudar a comprender en el más amplio sentido, no los resultados de la investigación científica, sino el propio proceso de investigación" Por ello, Kaplan distingue desde el principio entre *logic-in-use* y *reconstructed logic* y agrega: "La metodología tiene como tarea reflexionar sobre las reglas de la práctica de la investigación ateniéndose a la propia intención de ésta, en lugar de, a la inversa, someter la práctica de la investigación a los principios abstractos que rigen la construcción deductiva de lenguajes formalizados".³⁹

Por lo que ante la gran diversidad de métodos, la decisión de elegir una metodología para una investigación concreta, significa también, que no hay que sujetarse a un sólo método, técnica, procedimiento o instrumento, y calificarlo a priori como el mejor, sino que puede irse modificando según va desarrollándose el proceso lo que no tiene porque afectar el rigor científico.

Lo pertinente, es seguir criterios de selección para la metodología (s) elegida, que validen el nivel de rigor y precisión; el grado de adecuación a las características del objeto de estudio y su factibilidad; los recursos ; y , finalmente , los costes, porque estos involucran: el tiempo requerido que determina a su vez el grado de eficiencia y los recursos económicos invertidos.⁴⁰

1.2.2 El Derecho y el Método Científico.

Señala el Dr. Héctor Fix Zamudio y con acierto, que la discusión sobre si el Derecho pertenece a las ciencias sociales o no, está ya superada. Así como la polémica sobre el carácter científico de la misma, que según sus palabras "ha repercutido dolorosamente en los tratadistas del derecho que por todos los medios procuran escapar a los anatemas sobre la carencia

³⁹ KAPLAN, citado por Jürgen Habermas en "La Lógica de las Ciencias Sociales" Versión Castellana de D.J. Vogelmann. Sur. Buenos Aires, 1966 . p. 175.

⁴⁰ PONS Ignacio "Programación de la Investigación Social" Cuadernos Metodológicos. Centro de Investigaciones Sociológicas. Madrid. Junio de 1993. pp. 24y25.

de nivel científico de los estudios jurídicos"⁴¹.

El problema, como también señala el autor, es determinar si la metodología jurídica debe seguir las mismas pautas de la investigación de las ciencias sociales, si debe seguir con rigor el método científico o si el Derecho debe tener una metodología propia.

El citado jurista, hace un conciso y sistemático análisis en torno a los problemas de la metodología del derecho y de la gran diversidad de escuelas y corrientes que en torno a ésta se han creado; y en particular, el de poder seleccionar uno o varios de los diversos métodos que sirvan para resolver la gran variedad de problemas que presenta la ciencia del Derecho.

El autor propone cuatro perspectivas entre las que destaca "La metodología científica, que llevada al campo del derecho, tiene el propósito de examinar las técnicas más adecuadas para la elaboración, investigación, enseñanza y aplicación del derecho" y de la cual agrega: "...con frecuencia, llega a identificarse con la técnica jurídica, entendida en un sentido amplio..." Es decir, para Fix Zamudio método y técnica significan lo mismo, "ya que en ambos supuestos se quiere significar una misma cosa, es decir, el conjunto de instrumentos para elaborar, estudiar, interpretar o enseñar ese objeto de conocimiento que llamamos derecho."⁴²

Asimismo, y para llevar a cabo una investigación jurídica hay que emplear el rigor en el método o técnica escogida: "Lo que distingue a un conocimiento como científico en relación con el que se clasifica de precientífico o vulgar, radica en el rigor con el cual se emplee cualquiera de los instrumentos de la lógica, siempre que sea adecuado al objeto de conocimiento."⁴³

En similar sentido se pronuncia Rolando Tamayo y Salmorán cuando dice que: "La metodología se ocupa del estudio a posteriori de los procedimientos científicos", y al referirse a la metodología jurídica, de la cual dice, debe partir de la filosofía del Derecho en sentido riguroso, pero en sentido trivial será; "...el estudio de diversas técnicas jurídicas (técnicas

⁴¹ Vid Supra. Capítulo I. - 1.1.3 La Sociología del Derecho. pp. 19 y 20.

⁴² FIX, Zamudio Héctor. "Ensayos..." Ob. cit. N.(9) p.26

⁴³ Ibidem. p. 51

legislativas, técnicas de enseñanza del derecho; etc)."⁴⁴

Si para el autor, la metodología jurídica al igual que la metodología general, es una disciplina preponderantemente descriptiva, que se ocupa de la estructura, de los procedimientos, de la estrategia, de la faena científica, no del análisis conceptual, ni de la crítica o evaluación de sus rendimientos.⁴⁵

1.3 Elección del Método según el Objeto del Derecho.

En atención a la gran diversidad de métodos que pueden elegirse, éste dependerá del objeto de nuestro Derecho. Es decir, la metodología que se elija, dependerá de las tres grandes concepciones que se han dado sobre el Derecho.

Así entonces, si se parte de una posición **NORMATIVISTA** y que se funda en "La Teoría Pura del Derecho" de Kelsen; y que en el plano empírico o positivo origina la llamada ciencia dogmática o Técnica del Derecho positivo entonces se debe partir de una metodología propia para la construcción del lenguaje lo más riguroso posible, utilizando las herramientas de la lingüística moderna sin olvidar el pragmatismo.⁴⁶

Si se parte del **AXIOLOGISMO**, es decir, del Derecho como valor, esto involucra al mundo de la filosofía. En esta corriente, los iusnaturalistas han introducido dentro de los valores, a las "intuiciones", señalando cuales son las correctas e incorrectas; y que en lo empírico sucita el establecimiento de directrices para la "Política del Derecho" o la aplicación de criterios estimativos a la elaboración práctica del Derecho.

⁴⁴ TAMAYO y Salmorán Rolando. "El Derecho y la Ciencia del Derecho" UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1986. pp. 137 y 142-143.

⁴⁵ Cfr. *idem*. TAMAYO y Salmorán Rolando. "El Derecho y la Ciencia del Derecho" UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1986.

⁴⁶ En este sentido es pertinente mencionar el pragmatismo eficaz en el llamado "lenguaje pictográfico" o "ideogramas" y que está en todas partes. Es un lenguaje de signos convencionales que controlan nuestros desplazamientos, ya sea prohibiendo, guiando, advirtiendo, sugiriendo o indicando. Son símbolos que sustituyen las palabras y los idiomas en un "código nuevo" y que está en todas partes: aeropuertos, computadoras, electrodomésticos, calles, carreteras, oficinas, cafés, en la ropa indicando instrucciones de lavado, etc.

Finalmente, si se parte del SOCIOLOGISMO, se trata de comprobar realidades empíricas, es decir, de hechos verificables en los fenómenos sociales, que de alguna manera también son vistos estos hechos como "valores"; es decir, si el derecho viene a significar "pautas" reconocidas y acatadas por los individuos ya sean como particulares o jueces, y que conduce a la "culturología jurídica" como la llama Miguel Reale⁴⁷ y en el plano empírico origina, la Historia del Derecho y la Sociología del Derecho.

Evidentemente que las tres posiciones anteriores nos llevan a la triplicidad de puntos de vista que ya Eduardo García Maynez nos ha hecho notar y que se vió anteriormente. Es decir, que el Derecho puede estudiarse como valor, como norma y como hecho; y aun cuando "las tres dimensiones están unidas inextinguiblemente por una triple reciprocidad"⁴⁸, el Derecho puede ser estudiado desde estos tres ángulos de manera independiente para no perder de vista el énfasis que el investigador quiera destacar.

Estos métodos, que Max Weber califica de "tipos Ideales" se encuentran determinados por intereses prácticos, de conocimientos e ideologías que el investigador jurídico les imprime. No obstante, Enrique Habba nos hace notar, que las opciones indicadas se dan de una manera tan disyuntiva porque el investigador jurídico no siempre es congruente. Unas veces se mueve entre la posición "normativista -axiológica" o viceversa; por lo que concluye que es bastante difícil elaborar métodos jurídicos calificados de "científicos".⁴⁹

1.3.1 El Método Tradicional en el Plano "Normativismo-Axiologista".

Como se ha señalado (ver Cap. I - 1.1.2), la mayoría de los investigadores jurídicos enfatizan sus investigaciones en el plano de las valoraciones. Grosso modo, nos preocupa el derecho manifestado en su máxima expresión : las normas jurídicas; en conocerlas y aplicarlas en tanto estas sean "justas" o por lo menos que no sean notoria o manifiestamente

⁴⁷ REALE, Miguel citado por OMEBA. Enciclopedia cit. N.(18). p.896

⁴⁸ GARCIA, Maynez Eduardo, citado por Recaséns, Siches Luis en OMEBA. Ibidem p.895

⁴⁹ HABBA, P. Enrique ob. cit. N. (38) p.44

"injustas". Es decir, a la norma jurídica se le añade un valor: justicia, y en este plano del "normativismo-axiologista", se ha desenvuelto mayoritariamente la ciencia jurídica tradicional.

Hasta ahora, salvo excepciones; el conocer los textos legales y lo que ello implica (sus reformas, derogaciones, obsolescencias, adiciones, etc) es la actividad por excelencia que se adjudica a los estudiosos del Derecho. Incluidos aquellos que aún cuando están más preocupados por los fenómenos sociales en las sociedades modernas con crisis económicas como son, por ejemplo, el incremento de la criminalidad y la delincuencia; la pérdida de los valores sociales y familiares; la corrupción que lleva implícita la falta de autoridad, entendida ésta, no sólo como la persona investida de potestad legalmente conferida para respetar y hacer respetar la ley; sino la atmósfera de impunidad en un vilipendado "estado de Derecho". O también, aquellos estudiosos del Derecho se preocupan por los fenómenos socio-políticos como el terrorismo, narcotráfico, "lavado de dinero", etc. pero siempre acaban volviendo los ojos "a la ley" ya sea porque ésta es obsoleta, "blanda" incongruente, inaplicable, excesiva, deficiente; dogmática, etc. frente a todos aquellos fenómenos.

Es decir, porque las leyes son consideradas como una parte de la realidad social y por ello están claramente relacionadas con otros elementos no jurídicos de este marco social fáctico, humano y natural y está condicionada por una serie de circunstancias no jurídicas tales como acontecimientos económicos, factores psicológicos; geográficos; etc. "Pero estos diferentes problemas están todos centrados, en último término, en el mismo objetivo: la formación de reglas jurídicas, "derecho" que es la materia prima común a estos varios temas." según nos afirma el profesor en Derecho de la Universidad de París, Charles Eisenmann⁹⁰.

Desde luego, hay quién se va, no sin buena parte de razón, al extremo de indicar que el Derecho está a la zaga de los cambios sociales y de señalarlo como un verdadero obstáculo al cambio social⁹¹.

En este aspecto, es decir, el de aquellos juristas que permanentemente buscan orientar la investigación jurídica hacia nuevas concepciones, está

⁹⁰ EISENMANN, Charles. Compilado por WITKER, Jorge en "Antología de Estudios sobre la Enseñanza del Derecho". UNAM. México 1995. p.41-44

⁹¹ NOVOA, Monreal Eduardo. Ob. cit. N.(15)

el reciente trabajo del Dr. Jorge Witker quien nos sugiere las distintas opciones con los temas o tópicos que a su juicio hay que investigar en la actualidad, y en lo que el autor llama "un nuevo milenio con operadores jurídicos aptos y funcionales para la globalización y regionalización jurídicas que ya se plasman en tratados y acuerdos internacionales".

Por otra parte, y cuando nos señala que: "... la técnica de interpretación del Derecho, se entiende como cualquier técnica de aproximación al fenómeno jurídico en su realidad histórica, humana y social, para los aplicadores del Derecho"⁵², nos está subrayando la trilogía del Derecho.

Por lo tanto, para el citado autor: "una investigación puede ser dogmática o teórica, empírica o sociológica y axiológica-filosófica -jurídica"⁵³ y para el efecto, nos proporciona 6 interesantes clasificaciones para elaborar, en este caso, tesis de grado en el área jurídica, y que al explicárnolas brevemente, se llega a la conclusión, que en la mayoría de éstas tesis no se puede sustraer el análisis de la legislación y/o la norma jurídica. Inclusive, en dos de las tipologías de tesis que el Dr. Witker denomina "jurídico-exploratoria" y "jurídico-proyectiva" que no tienen por objeto de investigación propiamente a la norma, no obstante, dejan abierta la posibilidad para esta clase de investigación y por ende puedan ser concluidas satisfactoriamente.

Finalmente, el autor nos subraya en dicha investigación que: "...la experiencia social que llamamos Derecho, no es sólo objeto de estudio de la Ciencia del Derecho, sino que el fenómeno jurídico también puede ser estudiado, por ejemplo, por el sociólogo, dando lugar a la Sociología Jurídica; puede ser igualmente estudiado en su desenvolvimiento a través del tiempo, surgiendo así la Historia del Derecho"⁵⁴.

Es decir, que la investigación del Derecho como fenómeno social o evolución en el tiempo propiamente dichos, serán tarea de sociólogos o historiadores, aún cuando lleven siempre inmerso ese eterno fenómeno que es el Derecho.

⁵² WITKER, Jorge. "La Investigación Jurídica en México" Mc Graw Hill. México 1995 p.4

⁵³ Idem.

⁵⁴ Ibidem. p.2

Lo anterior no significa, que los juristas no estén haciendo enormes esfuerzos por investigar en las diversas áreas del conocimiento que involucra a la Ciencia del Derecho en si misma, a pesar de la tendencia de signo tradicionalista y conformista que todavía pesa en la investigación jurídica; o el que existe una realidad fáctica, es decir, la idea generalizada entre los estudiosos del Derecho de que sea como sea, en los hechos resulta casi imposible que la práctica jurídica sea conforme a métodos en sentido estricto.

No obstante, la posición crítica de algunos juristas que luchan constantemente para que tarde o temprano en mayor o menor medida es posible ir superando los procedimientos tradicionales, e incorporando métodos científicos propiamente dichos a la técnica jurídica, como la lingüística, la lingüística, la sociología empírica, etc.

En este aspecto, también es pertinente aclarar, que aún cuando el jurista se incline por los métodos tradicionales en la investigación jurídica, estos no tienen porque ser censurables. Ello siempre y cuando, el jurista, investigador o estudioso del Derecho lleve a cabo un trabajo lo más riguroso posible, siguiendo la metodología científica aplicada al Derecho, crea firmemente en su investigación y actúe con honestidad y transparencia.

Como ya se ha señalado, el campo de investigación varía notablemente y puede ser visto desde perspectivas muy distintas. Por ejemplo, y para cerrar este aspecto de la metodología y la ciencia jurídica, debe conocerse el punto de vista de cuatro estudiosos mexicanos de la ciencia del Derecho y sus distintos puntos de vista:

Para el Dr. Héctor Fix Zamudio, quien concluye a partir de hacer un análisis de la postura de Kelsen, Santi Romano y Carnelutti diciendo que "Estos tres puntos de vista, nos indican la dificultad y amplitud del objeto de la ciencia del Derecho, pues además de la ordenación de la conducta y de la organización social, está la ciencia misma, puesto que el jurista como cualquier otro científico, no solo examina las reglas de conducta o los fenómenos de la naturaleza, sino también la doctrina que sistematiza y ordena los principios generales que se pueden obtener del conocimiento del objeto cognoscible. y llegar a constituir la base indispensable del

conocimiento jurídico.”⁵⁶

Para Rolando Tamayo y Salmorán, quien parte de la jurisprudencia como ciencia profesional de tipo helénico, nos dice que “Desde entonces, existe una nítida división entre el derecho y la religión por un lado; y entre el derecho y la moral por otro. Por lo que ésta diversificación también introdujo una clara distinción entre las esferas religiosa y civil. Por lo que desde el punto de vista de la filosofía de la ciencia, la ciencia del Derecho puede ser abordada desde una perspectiva descriptiva o bien normativa.”⁵⁷

Y más adelante concluye: “Si se hace un inventario de las diversas corrientes de la ciencia jurídica y de sus métodos, se descubre que la ciencia jurídica desde el tiempo de la interpretatio prudentium, a través de las glosas y comentarios medievales, la exégesis francesa, el pandectismo alemán, hasta la pretendida “ramificación” de la ciencia jurídica contemporánea, consiste fundamentalmente en la explicación del derecho (o parte de él); su descripción y su presentación sistemática...por lo anterior, trato a la ciencia jurídica como si fuera un oficio de un solo tipo.”⁵⁸

Para Rafael Sánchez Vázquez: “ La investigación jurídica, de práctica científica es un proceso cognoscitivo teórico-práctico complejo y dialéctico, que va de lo abstracto a lo concreto y de lo deductivo a lo inductivo a través de una totalidad concreta.”⁵⁹

Finalmente el Dr. Jorge Witker nos indica, que para toda investigación jurídica, debe hacerse una clara distinción del Derecho como ordenamiento jurídico o como experiencia social, de la ciencia que lo estudia, es decir, de la Ciencia del Derecho; y a partir de aquí, un investigador del Derecho “puede metodológicamente acercarse a su tema-problema a partir de las tres vertientes descritas: norma, hecho, valor o interés protegido; es decir, una investigación puede ser dogmática o teórica, empírica o sociológica y axiológica-filosófica-jurídica. Dicha opción se materializará a nivel de la hipótesis, etapa esencial en toda investigación científica del derecho.”⁶⁰

⁵⁶ FIX, Zamudio Héctor “Ensayos...” Ob. cit. N.(9) p.28

⁵⁷ TAMAYO Y Salmorán Rolando. “Elementos para una Teoría General del Derecho” Editorial Themis. México 1996. p.288

⁵⁸ Idem

⁵⁹ SANCHEZ Vázquez Rafael “Metodología de la Ciencia del Derecho” Edit. Porrúa. México 1995. p.79

⁶⁰ WITKER, Jorge. ob. cit. N. (52) p.3-5

1.4 Diferencia entre la interpretación jurídica y la interpretación del lenguaje del Derecho

1.4.1 La Interpretación Jurídica

El tema de la interpretación jurídica está vinculada a la metodología jurídica. Sin embargo, se hace necesario precisar aun cuando se haga brevemente, las diversas escuelas y corrientes metodológicas. Porque cuando se hace referencia al tema de la interpretación jurídica, la mayoría de los juristas concentran sus esfuerzos en la interpretación del lenguaje del Derecho, esto es, en los textos formalizados como son las normas, leyes o la jurisprudencia, y son dos concepciones distintas a saber.

De la interpretación jurídica vinculada a la metodología jurídica me ocuparé ahora y de la interpretación del lenguaje del derecho me ocuparé en el capítulo III siguiente, "La Interpretación del Lenguaje del Derecho".

Rolando Tamayo y Salmorán, al referirse a la interpretación jurídica nos hace alusión al lenguaje en primer término, al destacar el concepto de 'mediador' como "idea clave en la noción de interpretatio y decisiva en los usos jurídicos de la expresión"⁶⁰. y concluye que es bastante habitual considerar que "interpretar" se refiere normalmente a establecer o declarar el sentido de un texto.

Sin embargo el citado autor nos hace la pertinente aclaración de que el problema de la interpretación jurídica, si no agota a ésta en su aspecto dogmático, sí constituye una parte importante y fundamental.

En efecto, el gran tema de la interpretación jurídica vá mucho más allá de interpretar los textos jurídicos. Parte de todo un edificio epistemológico que requiere de estudios filosófico jurídicos que han resultado en diversas escuelas y corrientes de pensamiento. En otras palabras, no es lo mismo realizar interpretación jurídica que interpretar el lenguaje jurídico.

⁶⁰ Tamayo y Salmorán Rolando. ob. cit. N.(56) pp.334 y 337

Así entonces, la interpretación jurídica en interesante proporción, está vinculada a las metodologías jurídicas o tendencias de interpretación jurídica y que le dan una perspectiva como quehacer humano y como fenómeno social.

Como señala Manuel Ovilla Mandujano: "Enfocar las tendencias jurídicas es volcarse en el estudio de las grandes doctrinas jurídicas contemporáneas que en la lucha ideológica han acreditado representar los intereses de las clases sociales en pugna.." ⁸¹ y hace una clasificación que puede resumirse en dos vertientes: Una, para desentrañar el sentido de las normas en general, aplicando la semántica, la lógica y la sintaxis; y otra, que será la interpretación del Derecho en base al iusnaturalismo, iuspositivismo, iusrealismo o iusmarxismo.

Y además hay aquellos modelos epistemológicos que en la teoría del conocimiento se han formulado y que son el pensamiento de distintas posturas filosóficas que apoyan a la ciencia jurídica. La clasificación de éstas es muy amplia, pero grosso modo se han clasificado en:

A) Teorías Objetivistas entre las que destacan el Materialismo, (R. Boyle, Engels, Marx); el Positivismo, (Saint Simón, Comte, Spencer); el Empirismo, (Locke, Berkeley, Hume, Occam); el Mecanicismo, (Demócrito, Galileo, Hobbes, Descartes); el Estructuralismo, (Lévi-Strauss, Foucault); y

B) Teorías Subjetivistas, y son: el Idealismo, (Cohen, Kant, Hegel); el Realismo, (Aristóteles, San Agustín, Santo Tomás); el Racionalismo, (Descartes, Leibniz); el Perspectivismo, (Ortega y Gasset); el Existencialismo, (Kierkegaard, Heidegger, Jaspers, Sartre, Marcel).

Teorías filosóficas que a su vez se fortalecen con las leyes del pensamiento como son el principio de no contradicción, del tercero excluido, las teorías dialécticas y desde luego la lógica. ⁸²

Otra clasificación es la del jurista Carlos S. Nino, quien considera que hay tres modelos metodológicos a considerar y que son los más trascendentes o considerados "básicos" en la ciencia jurídica: el modelo de ciencia "pura"

⁸¹ Ovilla, Mandujano Manuel. Citado en Metodología Jurídica. Varios autores. S.U.A. División Universidad Abierta. Facultad de Derecho de la UNAM. México 1996. p.184

⁸² Cfr. Ibidem. pp. 67-106

de Kelsen o positivismo; el de ciencia empírica de Alf Ross y el de ciencia jurídica "sistematizadora" de Carlos Alchourrón y E. Bullygin.

Asimismo, hay otras interesante clasificaciones pero que de alguna manera derivan de las tres anteriores citadas. Sin embargo es la corriente positivista la que más se ha desmembrado y son por ejemplo:

La Teoría analítica del Derecho de Wittgenstein; la semiótica jurídica o positivismo lógico; la Teoría de sistemas y el Derecho o positivismo filosófico de Ludwig Von Bertalanfy, aunque para Büllesbach "comparte con el marxismo la pretensión totalizadora de estudiar a la sociedad , a diferencia de la visión fragmentada de las sociologías particulares."⁸²

Finalmente y dentro de esta corriente positivista, está la clasificación que hace Edgar Bodenheimer en:

1) Positivismo analítico en donde considera que Bentham y Jhering son sus pilares a pesar de sus divergencias , "Pero ambos eran enemigos de la jurisprudencia iusnaturalista y metafísico histórica"; y

2) El Positivismo sociológico, del cual considera "que por el hecho de que no se ocupe de los mandatos del gobernante en cuanto tales, sino de las influencias que determinan el contenido de los mismos, no le priva de su carácter positivista."⁸³

En este aspecto, el Dr. Fix Zamudio resume que una gran parte de los estudios sobre metodología jurídica, en realidad hacen referencia al desarrollo de las concepciones sobre el derecho, expresadas tanto por los juristas como por los filósofos y en este sentido, dice el autor: "podemos hablar del dogmatismo o conceptualismo jurídico; de la escuela de la exégesis; del realismo jurídico; de las escuelas sociológicas, etc"⁸⁴

Posteriormente hace una magistral clasificación de estas concepciones metodológicas a partir de varios tratadistas, señalando que buena parte de estos estudios no son precisos debido al "carácter polivalente del vocablo

⁸² Ovilla, Mandujano Manuel. Citado en Metodología Jurídica. Varios autores. S.U.A. División Universidad Abierta. Facultad de Derecho de la UNAM. México 1996. p.246

⁸⁴ Bodenheimer , Edgar. "Teoría del Derecho" Fondo de Cultura Económica. México, XIV reimpresión 1994 pp. 307 y 312

⁸³ Fix, Zamudio Héctor. ob. cit. N.(9) p.60

método".⁶⁶

De estas clasificaciones que pueden agruparse en filosóficas, científicas, histórico-críticas y técnicas de investigación propiamente dichas, destaca la científica. Es decir, como ya lo habfa mencionado, para el citado autor "es la ciencia de la ciencia" como la quiere Carnelutti, porque entraña una relación entre ciencia jurídica y los métodos de carácter técnicos que deben ser instrumentos de carácter lógico. En este sentido, si se otorga primacia a la sistematización de los conceptos, entonces se dará preferencia a la deducción y a la síntesis.

Por el contrario, si se parte de la experiencia jurídica se inclinará por el análisis y la inducción. Pero siempre a partir de la propia dogmática que proporciona los instrumentos racionales indispensables para examinar los datos de la experiencia jurídica con criterio selectivo y crítico, "por lo que el análisis de los principios, conceptos e instituciones jurídicas deben constituir el punto de partida y no el de llegada en el conocimiento del derecho".⁶⁷

Aunque también hay que tratar de definir o limitar estas disciplinas jurídicas, que se ocupan de la dogmática, en particular, la jurisprudencia dogmática ("doctrina") y la filosofía del derecho, porque como bien señala el Dr. Rolando Tamayo y Salmorán, son a menudo confundidas y etiquetadas en "ciencia del derecho" o "teoría del derecho". Ya que él considera que el objeto específico de la filosofía del derecho lo constituye la dogmática jurídica: "...el exámen de los dogmas y presupuestos que subyacen detrás de los conceptos y métodos de la dogmática jurídica, así como de sus implicaciones, constituye la tarea de la filosofía del derecho".⁶⁸

Asimismo, señala el autor, hay que distinguir entre la filosofía del derecho y la metodología jurídica, porque la primera es análisis conceptual y epistemología crítica y la segunda, aún cuando es considerada parte de la lógica y como tal, parte de la filosofía, "La metodología se ocupa de la estructura, de los procedimientos, de la estrategia, de la faena científica, no del análisis conceptual, ni de la crítica o evaluación de sus rendimientos."⁶⁹

⁶⁶ Fix, Zamudio Héctor. ob. cit. N. (9) p.61

⁶⁷ Fix, Zamudio Héctor. ob. cit. N. (9) p.97

⁶⁸ Tamayo y Salmorán Rolando. Ob. cit. N.(56) p.292

⁶⁹ Ibidem. p.296

1.5 Perspectivas de una Nueva Ciencia Jurídica ?

Hay dos posiciones axiológicas valorativas entre los juristas para estudiar al Derecho.

Por una parte, la posición de los juristas tradicionales que no introducen cambios fundamentales porque consideran que esta tendencia ha dado todo un edificio básico y conceptual al Derecho y que ha funcionado eficazmente en el terreno de la práctica jurídica porque en los hechos es imposible que existan métodos en sentido estricto como suele exigirse a las ciencias exactas. Este grueso de juristas son los que tienen por objeto el lenguaje del Derecho en su más extensa aplicación y suelen ser prácticos en sus razonamientos y en la búsqueda de solucionar los problemas que se les presentan en el área profesional.

Por otro lado, está la posición de aquellos juristas que son esencialmente críticos porque no están conformes con los métodos jurídicos tradicionales y están introduciendo de manera progresiva métodos científicos propiamente dichos a la técnica jurídica. En este bando, se encuentran los juristas que tienen por objeto la ciencia del Derecho y están en el campo de la filosofía jurídica y analizan el metalenguaje conceptual o la filosofía analítica.

Sin embargo, para el Dr. Enrique P. Habba estos juristas como lo son, Hart, Alf Ross, Norberto Bobbio, Carrió, Kalinowsky, G.H. Von Wrighth ,etc.; a su juicio "... todavía no han conseguido hasta el momento, brindar métodos capaces de sustituir con ventaja práctica, los procedimientos tradicionales"⁷⁰ . Inclusive señala el mismo autor, que aquellos análisis de vanguardia como la lógica deóntica en la interpretación del derecho, no han renovado eficazmente la práctica profesional del derecho; muchos programas de acción a fin de cuentas dejan las cosas como están.

Esto no implica, aclara el autor, que las investigaciones de aquellos juristas no hayan sido excelentes trabajos y aportado términos claves del lenguaje jurídico y la semántica; así como los valiosos estudios en el campo de la

⁷⁰ Habba P. Enrique ob. cit. N. (38) p. 32

sociología jurídica. Hay que seguir intentándolo y será, finalmente en la práctica donde se vean los resultados, porque no hay que olvidar concluye el autor: ".....que el derecho, no es simplemente una "técnica" ni un objeto de mero conocimiento.

El derecho constituye, por excelencia, un factor que juega papel activo en la dinámica de las fuerzas sociales. Es el resultado de intereses; ideologías muchas veces contradictorias y reacciona, a su vez, en la manera en que estos o aquellos intereses son llevados a la práctica." y se pregunta: cuándo habrá ciencia jurídica de primer nivel? y responde: es una pregunta que debe seguir abierta. "Pero la circunstancia de que el derecho es también fuerza social e ideología, hace que difícilmente se pueda llegar a una tecnificación general de su lenguaje que alcance el nivel de las ciencias en sentido propio"⁷¹

Finalmente hay que agregar, que en el Derecho influyen poderosamente lo que Edgar Bodenheimer llama "las fuerzas modeladoras del Derecho" y que juegan un trascendente rol, (fuerzas psicológicas, económicas, sociales, raciales, culturales, etc.) entre las que destaca a las fuerzas políticas, en donde el poder juega un importantísimo papel y que muchos juristas, estadistas, economistas, politólogos y sociólogos han manifestado a lo largo de la Historia del Derecho.

En efecto, señala este autor, ninguna "fuerza modeladora del Derecho ha sido tan determinante como el poder" "Difícilmente puede negarse que la voluntad de poder sea una de las fuerzas motivadoras más fuertes de la vida individual y social." Y citando a Bertrand Russell señala que "el poder es el concepto fundamental de la ciencia social, en el mismo sentido en que la energía lo es a la física" y recuerda lo que Montesquieu afirmaba sobre el mismo: "que el poder detenga al poder! Porque es una experiencia eterna que todo hombre que tiene autoridad es capaz de abusar de ella." ⁷²

Y en el mismo sentido, también hay que subrayar que la ausencia de poder arbitrario es, sin duda, el primer requisito esencial de un régimen de derecho. Porque el derecho y el poder arbitrario están en pugna irreconciliable.

⁷¹ Habba P. Enrique ob. cit. N. (38) p.35

⁷² cfr. BODENHEIMER, Edgar. Ob. cit. N. (64) pp. 16-18

CAPITULO II

GENERALIDADES SOBRE LA INTERPRETACION DEL LENGUAJE DEL DERECHO Y LAS TECNICAS DE ENSEÑANZA- APRENDIZAJE DEL DERECHO

2.1 Los múltiples problemas en la interpretación del lenguaje del Derecho y su vinculación con la dogmática jurídica.

Se ha indicado, que la ciencia jurídica tradicional se ha enfrentado mayoritariamente a una labor de carácter fundamentalmente de interpretación en el plano lingüístico, que se ha venido produciendo desde Savigny hasta nuestros días. Así, el lenguaje jurídico, expresado mayoritariamente en la ley, la doctrina y la jurisprudencia, son la fuente formal, no sólo del derecho positivo, sino el núcleo principal de la actividad de interpretación del lenguaje jurídico.

También advertí⁷³, que hay que hacer una diferencia entre la interpretación del Derecho y la interpretación del lenguaje del derecho, porque aun cuando ambas se relacionan, tienen diferentes metodologías y no deben confundirse.

La interpretación del Derecho o interpretación jurídica corresponde más a la ciencia del Derecho, esto es, a la filosofía del Derecho y por lo tanto a la metodología jurídica, en tanto que la interpretación del lenguaje del Derecho, corresponde más al "objeto" de la ciencia del Derecho (tradicionalmente el más importante), es decir, a la norma jurídica positiva, la cual ha sido interpretada por medio de diversos métodos y técnicas, porque dado el sentido tan polisémico de los conceptos "método" y "derecho", estos contienen múltiples significados, que no son fáciles de limitar o definir.

No obstante, y si el derecho es "la vida humana objetivada" según lo define claramente Luis Recásens Siches, y éste es producto cultural humano, evidentemente que las teorías filosóficas sobre la interpretación del Derecho influyen o determinan el lenguaje del Derecho, el cual es el medio

⁷³ Vid supra: Capítulo 1-1.6

de expresar al primero en toda su extensión.

Señala Luis Recásens Siches que hay una escasa influencia de la Filosofía jurídica académica en la creación del nuevo derecho "y que suministre aclaraciones a importantes problemas en la práctica jurídica -legislativa y jurisdiccional- que andan todavía bastante embrollados".⁷⁴ Sin embargo, el filósofo español reconoce las muchas conquistas llevadas a cabo por la Filosofía del Derecho en el siglo XX, en particular de una Teoría General del Derecho a la que han contribuido Del Vecchio, Stammler, Radbruch, Kelsen, Hauriou, Renard, etc.; Así como a la Axiología jurídica, a conceptos del Derecho Internacional, Administrativo y Judicial en el campo de la práctica jurídica -legislativa, administrativa, forense y judicial- que al autor, le son dignos de "estimación y elogio".

El filósofo, también enfatiza las conquistas logradas en el campo del llamado Derecho Social y hace un reconocimiento expreso, en una larga lista, de los autores europeos e hispanoamericanos que han contribuido a ello, en particular legislando; así como a toda la filosofía académica que se ha creado en múltiples y variadas escuelas, doctrinas y tendencias y en la otra que él califica de "no académica" porque la han hecho jueces, abogados y profesores universitarios, pero insiste en sostener que "la Filosofía Jurídica académica del siglo XX no contiene dentro de sí una fuente de inspiración para la mejora o perfeccionamiento del Derecho positivo de nuestro tiempo."

Destaca que: "la situación de profunda y total crisis de la época presente", que para el autor se debe fundamentalmente a "que las valoraciones básicas sobre las cuales se había cimentado la vida humana en la sociedad del pretérito" están en crisis y esta situación hace que entren en pugna criterios diversos y antagónicos, sin que ninguno acabe por imponerse y todo ello trae una "situación de inseguridad, de azoramiento, que contribuye a aumentar un margen de incertidumbre respecto de la regulación jurídica" y esto ha sido similar en distintas épocas y distintos países, porque a pesar de las importantes diferencias entre aquellos, "los problemas esencialmente son los mismos aquí y allí, ayer y hoy", por lo que el Derecho debe proporcionar "seguridad en lo justo"; certeza y seguridad son los valores funcionales que todo derecho debe tener independientemente

⁷⁴ Cfr. Recaséns, Siches Luis. "Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho"
Porrúa, México. 3a edición 1980. p.1

de su contenido.

Sin embargo, concluye el autor en este aspecto, "que como no hay nada absoluto en la vida humana" tampoco se le puede exigir al derecho, certeza y seguridad absoluta, ni siquiera en las sociedades relativamente estables porque también hay una enorme necesidad de cambio.⁷⁵

He destacado el pensamiento de Luis Recaséns, porque a pesar de que lo expuso hace más de 15 años, las situaciones por él descritas continúan vigentes. Es cierto, que él no ha sido el único que ha puesto de manifiesto el gran problema de la crisis de los valores en la sociedades contemporáneas, ni de los vertiginosos cambios que las mismas experimentan en el terreno social, político y jurídico, porque además, los cambios son verdaderamente revolucionarios en la ciencia, la tecnología, en particular las telecomunicaciones, la cibernética, etc. Asimismo en la Economía que trae consigo "la globalización" y las integraciones que pueden ser de todo tipo (aduaneras, de comercio, militares, etc.), sin embargo, y al lado de éstas, aparecen también las desintegraciones raciales, geográficas, étnicas, culturales y lingüísticas. Y en este mundo de contradicciones, de trastocar valores, "de azoramiento" como dice el jurista español que obviamente influyen al Derecho al que, en este contexto parece que no se le puede exigir certeza ni seguridad.

Son tantos y tan variados los cambios que experimenta el mundo moderno en todas sus concepciones, que hasta el poeta Octavio Paz señala que: "A los filósofos, sobre todo a los de las ciencias políticas les ha ido peor, se han equivocado casi en todo, también los economistas, se equivocan más que los astrólogos".⁷⁶

También destaco el pensamiento de Luis Recaséns, porque parece que la apreciación de que la Filosofía Jurídica; el "metalenguaje" o metafísica jurídica no le han aportado al Derecho en el terreno de la práctica, o por lo menos, no lo suficiente para resolver los problemas reales que enfrenta el derecho y su aplicación; o ha habido falta de rigor para plantear los problemas prácticos del Derecho positivo a pesar de las variadas teorías y

⁷⁵ Recaséns, Siches Luis. "Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho" Porrúa, México. 3a edición 1980. pp. 3,8,19,20 a 22.

⁷⁶ Paz, Octavio. En declaraciones a la Agencia Notimex desde Londres. "El Financiero" Recuento Político por Jesús Sánchez. 17-VI-1996.

doctrinas y de la sinceridad y dramática exposición con que estos problemas se han delatado, y de que los nuevos estudios que se hagan sobre la Filosofía jurídica deben estar obligatoriamente relacionados con las realidades; dichas opiniones son compartidas por diversos autores ya sea clásicos o contemporáneos, desde luego, desde diversos puntos de vista.

Por ejemplo, Rolando Tamayo y Salmorán, indica en su reciente libro ya referido en este trabajo, que la doctrina a la que hace mención y que es tratada por él como cuerpo de dogmas, como fuente del derecho y como el metalenguaje que permite la "lectura" del derecho positivo, es determinante en una institución jurídica, es decir: "La tesis que subyace detrás de esta idea es que la determinación del significado de una institución jurídica no puede hacerse más que con la ayuda de las metareglas de la doctrina que le es aplicable".⁷⁷

Sin embargo, más adelante aclara, que al ocuparse de la ciencia del derecho y de la metafísica jurídica usa un criterio de demarcación entre ambas para que las segundas realmente lo sean y tengan valor para la ciencia y la filosofía jurídicas, porque señala que, en la medida que los enunciados de la ciencia jurídica " se encuentran en relación con los hechos del mundo (los hechos por los cuales el derecho es creado y aplicado), tales enunciados deben, por tanto, ser falsificables, i.e. susceptibles de ser desmentidos o contradichos por la experiencia."⁷⁸

De hecho, estas ideas no son nuevas para el autor, porque ya había destacado cómo la dogmática jurídica puede estar cargada de ideología ("su significado emotivo la ha convertido en un ideario") e influir ésta en la interpretación que se haga de una Constitución, "Un ejemplo claro de la función del constitucionalismo como ideología subyacente de la reformulación jurídica dogmática del derecho positivo lo son la suma de doctrinas y teorías que dan los tribunales cuando deciden en uno u otro sentido sobre la aplicación de una disposición constitucional." "Esta ha sido la regla general en casi todo el mundo constitucional."⁷⁹

⁷⁷ Cfr. Tamayo y Salmorán Rolando. "Elementos..." Ob. cit. N.(56) pp.14 a 16.

⁷⁸ Idem.

⁷⁹ Cfr. Tamayo y Salmorán Rolando. "Introducción al Estudio de la Constitución" UNAM. Coordinación de Humanidades. 1a edición 1979. Tomo 1 pp.174 y 175.

Regla que sin embargo, y a juicio de Kelsen, le ha quitado la esencia al Derecho, porque "Justamente por esta tendencia antideológica, la teoría pura del derecho se muestra como verdadera ciencia jurídica. Puesto que la ciencia como conocimiento tiende a descubrir su objeto. La "ideología", en cambio, encubre la realidad, con el propósito de conservarla, defenderla o destruirla, atacarla o remplazarla por otra, la desfigura."⁶⁰

Para Héctor Fix Zamudio, es "Claro que el derecho no ha sido inspirado exclusivamente en la doctrina, sino que sus fuentes poseen un carácter muy complejo, pues hunde sus raíces en el pueblo mismo, y recibe su savia de la misma colectividad, pero se transforma y evoluciona por la contribución que recibe del legislador, la jurisprudencia y la misma doctrina." y más adelante señala "...como lo pusiera de relieve el ameritado Ihering, la dogmática jurídica también puede ser constructiva y fructífera en la investigación del derecho, pero sólo resulta aceptable sino se convierte en racionalismo o conceptualismos puros, desvinculados de la práctica, pues los conceptos tienen que apoyarse en los datos de la experiencia..." "La investigación jurídica por lo tanto, utiliza los dos métodos, el empírico y el racional..pues se complementan recíprocamente."⁶¹

Para Bodenheimer, que parte de hacer un muy interesante y realista análisis del poder fuertemente vinculado al Derecho, mismo que sin embargo, aquél condiciona; cuestiona una serie de teorías sobre la ciencia del Derecho, en particular las positivistas, que sólo analizan el contenido del derecho y que muy poco han servido para entender esta fuerza "modeladora" y arrolladora que es el poder y que el Derecho , en muchos casos, no puede contener, o que precisamente por el poder , "su" Derecho se impone.

Y si no que nos lo digan los actos jurídicos trasnacionales o extraterritoriales de las potencias mundiales en particular de los Estados Unidos o Francia y China con sus ensayos nucleares y la relativa a la ley Helms-Burton mediante la cual, los Estados Unidos atentan contra la soberanía de los Estados y la libertad de comercio internacional.

En este sentido, aclara Bodenheimer "Los acuerdos entre naciones soberanas, tienen carácter jurídico, aunque no hay poder capaz de obligar

⁶⁰ Kelsen, Hans. "Teoría Pura del Derecho". Porrúa, México 1995. pp. 121y122

⁶¹ Fix, Zamudio Héctor. "Ensayos..." Ob. cit. N.(9) pp. 18 y 40

a esas naciones a mantenerse fieles a los convenios". No obstante su crítica, clama por la ciencia del Derecho, la cual sin embargo debe enfocarse al estudio de " aquellos problemas que tienen relación con las grandes luchas políticas y sociales que se desarrollan en la actualidad", porque no hay que olvidar que el Derecho por su propia naturaleza, " es un término medio entre la anarquía y el despotismo", pero también es " restrictivo y conservador" ⁸²

El Dr. Jorge Witker se pronuncia en el mismo sentido al referirse a las fuentes del conocimiento jurídico, entre las que señala a la ley, la jurisprudencia, la doctrina jurídica y a la realidad socio-jurídica, poniendo especial énfasis en esta última, indicando que para ello está la Sociología Jurídica, la cual "no investiga el Derecho como suma de normas jurídicas válidas (law in books), sino el Derecho vivo (law in action)"⁸³. Sin embargo aclara, que no basta con sólo observar a este derecho vivo, sino que también hay que observar "el comportamiento de los sometidos al Derecho.

Esto es, el comportamiento de aquellos sobre los que encuentra aplicación el Derecho. Porque el Derecho es un instrumento de dominio que está destinado a configurar y corregir la vida social."⁸⁴ Y este último aspecto me parece realmente trascendente, porque muchas veces responsabilizamos sólo al Derecho de todas las calamidades posibles en la vida social y del resquebrajamiento del estado de Derecho, pero muy pocas veces nos preguntamos cual es nuestra actitud frente a este Derecho.

Cómo reaccionamos gobernantes y gobernados frente a la ley, en especial para su cumplimiento y en su aplicación.

Pero ello es parte del Capítulo IV y que se refiere a la interpretación de una figura jurídica concreta y que es "La Ausencia", y cómo es en la realidad su práctica por jueces, abogados y los individuos particulares a quienes les afecta directa o indirectamente; así como su enseñanza-aprendizaje en la Facultad de Derecho de la U.N.A.M.

Finalmente, Enrique P. Habba sostiene que a pesar de los trabajos de trascendentes juristas, éstos no han conseguido " brindar métodos capaces

⁸² Bodenheimer, Edgar. "Teoría..." Ob. cit. N. (64) pp. 11, 26, 27 y 29

⁸³ Witker, Jorge. "La Investigación..." Ob. cit. N. (52) p.21

⁸⁴ Idem.

de sustituir con ventaja práctica los procedimientos tradicionales” , y que ya cité.⁸⁵ También afirma, que “Tampoco han logrado brindar medios realmente eficaces para renovar de un modo general la ciencia jurídica del primer nivel, es decir, la propia práctica profesional del derecho”⁸⁶

Qué conclusiones se pueden obtener de éstas opiniones que sólo son ejemplificativas de una vertiente crítica?

En el complejo mundo de la Ciencia del Derecho y su filosofía, es difícil coincidir o disentir firmemente, con las opiniones de tantos juristas que se ocupan de ésta, y en particular, el poder afirmar o negar enfáticamente, si la filosofía jurídica ha contribuido o no a resolver los problemas prácticos, objetivos y reales del Derecho; en su observancia y aplicación, y en su desarrollo y evolución, porque como señalaba líneas arriba, los grandes problemas del Derecho, de su interpretación, observancia y aplicación, no sólo están en manos de los teóricos del Derecho, sino muy y en particular, de los “hacedores” del Derecho, (legisladores); de los aplicadores e intérpretes del mismo (jueces y abogados), y también de todos los seres humanos, destinatarios de este Derecho y sus sanciones y nuestra actitud frente al Derecho como norma jurídica y respeto por la misma.

En cuántos países, la norma jurídica (ya sea la ley la jurisprudencia, los decretos, convenios, etc) se quedan sólo en preciosos marcos de injusticia e impunidad en sociedades con aparente “estado de derecho”?, y en donde la doctrina jurídica nada o muy poco puede hacer frente a la realidad social.

Lo que si debe subrayarse de las opiniones antes expuestas, y que me llevan a una conclusión simple pero definitiva de las muchas que puedan obtenerse y que siempre acaban señalando todos los estudiosos del Derecho: que es fundamental la teoría y la dogmática de la ciencia del Derecho, pero que ésta, sin la práctica y el conocimiento objetivo de la realidad, se queda en el aire y se vuelve un trabajo precioso e inútil para resolver la “vida humana objetivada”.

⁸⁵ Habba, P. Enrique. Vid supra. Capítulo 1- p. 39.

⁸⁶ Ibidem. Ob. cit. N. (38) p.32

2.2 La Voluntad del Legislador.

Cuando en la Teoría del Derecho se enfrenta uno al problema de entender la norma jurídica,⁸⁷ la primera pregunta que uno se hace, es si va enfocarse desde el punto de vista subjetivo, entendido éste como "la voluntad" del legislador o si es una interpretación objetiva, es decir, las ideas o conceptos incorporados en si mismos o por otras influencias externas, (sociológicas, psicológicas, teóricas, filosóficas, etc.) pero independientes de la voluntad del legislador.

Estas dos posiciones que también con frecuencia son confundidas, deben interesarle al estudioso del Derecho, en particular el conocer la voluntad del legislador, pero en un afán por conocer si esta voluntad se concreta en algo objetivo, es decir, en algo lo suficientemente concreto que determine el contenido de la norma.

Sobre este asunto, ha habido distintas opiniones, pero la mayoría suele calificar la búsqueda de la "voluntad" del legislador como una ficción, como algo que incumbe más a la psicología que al Derecho, porque se busca reconstruir contenidos intelectuales o emocionales que hayan podido presentarse en la voluntad de una o varias personas. Radbruch por ejemplo, señala que esta es más bien una interpretación "filológica".

Por otra parte, es pertinente recordar que las leyes no se realizan por un sólo individuo, sino por una pluralidad de individuos (congreso o parlamento), que tienen distintas formas de pensar, intereses propios y hasta compromisos de partido o grupo;⁸⁸ o muchas veces sólo tienen nociones vagas o hasta desconocimiento de las mismas. No obstante, lo que si es un hecho, es que finalmente hay un consenso que hace que la ley llegue a sancionarse y aprobarse. Es decir, este "consenso" implica una

⁸⁷ Al usar el término genérico de "norma jurídica", me refiero a la ley en sus diversas acepciones: constitución, códigos, leyes, tratados, convenios, etc.

⁸⁸ En este aspecto, nadie desconoce la poderosa influencia de la actividad del "lobby" o "cabildero" en las comisiones y grupos parlamentarios que favorecen o se inclinan por ciertos intereses de grupo o de partido, que en particular controlan el Congreso norteamericano. Véase a Richard F. Fenno Jr. en "Congressmen in Committees" Boston, Little Brown and Company, 1973, pp. xiii-xiv.

"voluntad colectiva" que no puede ser ignorada por el intérprete de la ley, sobre todo si el legislador o el Congreso en su conjunto son los representantes del pueblo y detentan el "espíritu del pueblo", la "voluntad general" etc. que tiene que estar por encima de sus intereses de grupo, o ideología, es decir solo deben pensar en la "legalidad" de la norma.

Pero, realmente puede indagarse lo que en realidad ha pensado un legislador "real" despojado de matices socio económicos e intereses políticos o de grupo. Es decir, la voluntad asociada más al deber ser, que al ser?. Lo que Kelsen en su Teoría pura del Derecho señala "no al querer, o a la representación de normas jurídicas" sino a la "específica legalidad" despojada de ideologías y que ya mencioné.

Enrique P. Habba opina, que sí es posible acercarse en un buen número de casos -no siempre- y empíricamente, a lo que en verdad ha pensado un legislador real, desde luego, no al grado de despojarlo de la realidad -ser- y exponerlo sólo en lo deseable -deber ser- sino en lo fácticamente posible del ser. Para ello , prefiere alejarse de los términos tan tajantes del ser y deber ser y que poco se plantean en los alegatos de la interpretación objetiva, y en cambio propone una fórmula: " hay que separar dos cuestiones: si se puede; si se debe. Y la respuesta será: se deba o no se deba, el hecho es que se puede, si ello se quiere". Es decir, se impone la voluntad del legislador ya sea la propia o la "influenciada".

Por medio de este razonamiento agrega el autor, se puede fundamentar una sentencia o una interpretación. Es decir, hay que ser honesto al interpretar y exponer cuales son las razones por las que el intérprete se aparta de la valoración exclusivamente normativa de la ley y busca el verdadero *Leit motiv* de la misma.

Es evidente que la búsqueda de la "voluntad colectiva" del legislador (congreso o parlamento) que propone Habba, es solamente uno de los medios que debe buscar el intérprete, pues como el autor lo reconoce, hay otros medios (interpretación literal, metodos lógicos., dogmáticos, criterios teleológicos, etc.) que también servirán para la argumentación jurídica, así como recurrir a la investigación histórica siempre y cuando ésta sea constatada.

En este aspecto, la metodología jurídica nos auxiliará para indicarnos qué

procedimientos son fácticamente viables para interpretar la norma y bajo qué condiciones, es decir, será descriptiva; y la política jurídica señalará cuales son preferibles, es decir, dará un criterio valorativo; y es finalmente la diferencia que quiere destacar el citado autor para no usarlas indiscriminadamente.⁹⁹

2.3 Los problemas de la Ley

Son múltiples los problemas que presenta la norma, en este caso, la ley escrita como resultado del lenguaje del Derecho. Así entonces, encuentro que la ineficacia de la ley, el desajuste de la ley escrita por el transcurso del tiempo; los defectos en la técnica legislativa; la ideología en la legislación; la enorme y desordenada producción de leyes; los cambios y reformas constantes a la ley; la contradicción entre las diversas leyes; la falta de claridad en el lenguaje de las leyes; el exceso o la falta de reglamentación de leyes; la sanción y aprobación de leyes "al vapor"; la inexplicable o arbitraria abrogación, derogación o "parches" en las leyes; la inaplicabilidad de algunas leyes; las llamadas "lagunas" y deficiencias de la ley; etc., etc. son apenas algunos de los múltiples problemas que la legislación enfrenta y que obviamente inciden en su aplicación e interpretación y que han sido denunciados por infinidad de estudiosos del Derecho.

Todos estos problemas tienen que ser abordados desde distintos puntos de vista y con distintos métodos, porque como ya lo he señalado reiteradamente, el Derecho en la actualidad, no puede estar desfasado de la realidad sociopolítica en la que se aplica ni puede verse sólo desde la óptica kelseniana de lo puramente normativo, aun cuando en la mayoría de los casos, se hace necesario recurrir a la doctrina jurídica y a la metodología del derecho para entender todos estos problemas que tampoco pueden ser jerárquicamente enumerados, ni indicar que unos son prioritarios sobre otros.

⁹⁹ Cfr. Habba, P. Enrique. "La Voluntad del Legislador" Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho. Revista de Ciencias Jurídicas. No. 32 mayo-agosto de 1977. San José de Costa Rica. pp.76 a 86

Asimismo, y aún cuando el derecho es considerado para algunos como un verdadero "obstáculo al cambio social"; o como "un instrumento superior de dominio y poder"; lo cierto es que el Derecho es el más importante factor de control social, pero de abuso del poder en todas sus formas tanto por quienes gobiernan como por los gobernados.⁸⁰

Y aún cuando en su forma más pura "El Derecho se realizará en aquel orden social en el que esté reducida al mínimo la posibilidad de abuso del poder"⁸¹, también este Derecho, en estas épocas, sólo tiene posibilidad de conservarse, dando pruebas de gran flexibilidad y adaptabilidad. Y aquí está uno de los grandes problemas a resolver, dada una de las características del mismo, es decir, su tendencia a la rigidez y el conservadurismo que exige la seguridad jurídica en un estado de Derecho.

En efecto, cuando el legislador sanciona la ley, generalmente ésta no tiene un plazo de vigencia y la misma durará hasta que sea abrogada o derogada. Sin embargo, las circunstancias o la realidad en el ámbito de aplicación o competencia de esa ley pueden modificarse sustancialmente o de plano cambiar y sin embargo, la ley no puede adaptarse ni cambiar con la flexibilidad que los hechos la requieren, por lo que el aplicador de la ley puede interpretarla alargándola o flexibilizándola hasta lo "legalmente permisible" o hasta donde sus facultades se lo permitan.

Sin embargo, no hay que idealizar la ley, nos dice Eduardo Novoa Monreal, como lo hace Radbruch, el cual sostiene que la interpretación puede adaptarse a estas situaciones cambiantes, porque la ley responde a la multiplicidad de sentidos que se le pueden dar al texto legal en tanto se respete objetivamente el sentido del derecho, porque no basta con pretender darle a una ley una interpretación progresiva, sino que el legislador debe prever todo un sistema preexistente, es decir contener una proposición jurídica⁸², y esta postura se asimila al llamado lusrealismo y que ha recibido críticas, como se verá en el punto siguiente.

⁸⁰ Vid supra, Cap. I-1.4.1 "Bodenheimer..." p. 38

⁸¹ Novoa, Monreal Eduardo. "El Derecho como..." Ob. cit. N.(15) pp.189 y 190.

⁸² Idem.

2.3.1 El Iusrealismo y el Pragmatismo Jurídico Norteamericano.

Esta corriente epistemológica tiene su antecedente en el "Realismo" (realismo "ingenuo" según Hessen) que ya desde la antigua Grecia con Aristóteles, se consideraba que la primera impresión que se tiene para el conocimiento es por los sentidos a través de percibir sólo objetos reales. Posteriormente San Agustín y Santo Tomás continúan esta escuela del conocimiento a través de las sensaciones, la inteligencia y la intuición, pero en la opinión de estos dos autores, este conocimiento se da sólo porque Dios y la fe lo permiten y por lo tanto tiene valor universal.

El Realismo moderno o iusrealismo o realismo jurídico, tiene su base en el derecho vigente e intenta desvincular a la ciencia jurídica de toda especulación filosófica. Es decir, el derecho vigente es el derecho que se cumple en la realidad social. En esta escuela hay varios representantes (Cardozo, Frankfurter, Pound) pero destacan dos que matizan esta corriente y son, en posición extrema Oliver Wendel Holmes, el fundador de la "escuela realista norteamericana" que basa su opinión en que el único derecho vigente es el de la conducta real de los tribunales, porque entre otras premisas, el derecho está en constante cambio; la sociedad cambia más rápidamente y por ello, las consideraciones filosóficas ocupan un lugar secundario.

Y en una posición menos extrema y hasta conciliadora está Alf Ross, quien rechaza la idea de una validez a priori para el derecho vigente, el cual tiene carácter de vigente cuando se pueden interpretar y predecir las decisiones de los tribunales, sin embargo, Alf Ross señala que no puede construirse una ciencia jurídica a partir de las predicciones que los jueces van a decidir, porque en última instancia, estos se encuentran restringidos dentro del marco de lo dispuesto en las propias normas y todas sus decisiones deben apoyarse en éstas. No obstante, el citado autor, le quita al derecho las especulaciones filosóficas, pero a diferencia de Kelsen que busca una teoría pura del Derecho, Ross lo introduce al campo de la sociología; así, el derecho jamás será independiente sino está ligado a la sociedad, y que es el fundamento del llamado sociologismo jurídico y del que se han acogido infinidad de autores contemporáneos.⁹³

⁹³ Ross, Alf., citado por Rosalío López Durán en Metodología Jurídica. Ob. cit. N.(61) pp. 202 a 209

Y aquí siempre existirá una gran controversia para señalar hasta donde se debe tomar en cuenta a la realidad que en la actual dinámica social, supera con creces a la norma escrita, y poder juzgar con objetividad y no sólo actuar "conforme a derecho" o "a la letra de la ley", la cual muchas veces es notoriamente injusta o inequitativa aún cuando sea "la ley". Ya hé mencionado que la justicia y la equidad no son precisamente los fines del derecho.

Pero también, es controvertido lo que una sociedad como la norteamericana lleva a cabo, en donde en los juicios del orden criminal, faltas administrativas y otros, quienes juzgan, son personas propiamente ajenas al derecho (los jurados o quienes integran un tribunal ad-hoc, los cuales son elegidos por su honradez, calidad moral, humana u otra razón similar, pero que desconocen el derecho), sin embargo, el Juez con base a la decisión de los anteriores aplica el Derecho, y con ello está intentando ajustar el mismo a cada caso concreto, es decir, prácticamente "hace" derecho para cada realidad.

En los Estados Unidos, las normas son consideradas sólo como una predicción generalizada de lo que hará el Juez, sin elaboración de conceptos o principios jurídicos. Este "pragmatismo norteamericano" hace a un lado toda una tarea intelectual y sólo importa el "case Law" o lo que Roscoe Pound llama "el culto de la decisión concreta".²⁴

Esto que es cuestionado por los países latinos (europeos y latinoamericanos) de tradición e influencia del Code Civil "burgués-capitalista" a su vez de inspiración romana, tiene sus bemoles; porque en el sistema procesal de estos países no dista mucho del norteamericano, en el sentido de que en aquellos, el Juez también aplica el derecho al caso concreto; no hay uniformidad para aplicar sentencias a casos similares y la analogía está prohibida en los juicios penales, ya que es una garantía constitucional. En nuestros países el juez escucha a "las partes" en sus argumentaciones y "alegatos" jurídicos, así como aquellos que representan a la sociedad (fiscales o ministerios públicos) y muchas veces el juzgador únicamente se vale de demandas de "machote" que tanto proliferan o como resultado de los textos llamados "práctica forense".

²⁴ Novoa, Monreal Eduardo. Ob. cit. N. (15) p.201

En consecuencia, no hay gran diferencia entre el juzgador "latino" y el anglosajón; porque aquél se vale de lo antes mencionado y no sólo decide con base a la ley, también decide con base a su criterio jurídico, su formación profesional y en contados casos según su ética y moral. Por su parte, el juzgador norteamericano decide también (no en todos los casos), valiéndose del criterio que hacen un grupo de personas ajenas al derecho (jurado) y que por muy honradas que sean, pueden estar influenciadas por cuestiones racistas, económicas o socio-culturales.

Inclusive el propio juez, puede estar influenciado, dice Jerome Frank, "por la dieta del juez, sus preferencias y aborrecimientos personales, sus prejuicios y sus estados de ánimo" lo que convierte al derecho norteamericano según los pensadores realistas "en un cuerpo de decisiones" más que de normas, que a decir de Bodenheimer, esta teoría realista norteamericana del derecho, la cual coloca al juez como creador soberano del derecho, ha destronado al legislador de Jhon Austin⁸⁵ quien concibe que "El derecho de una comunidad, el orden jurídico que constituye, contiene todas las normas y sólo las normas, establecidas por el soberano de esa comunidad: una norma pertenece al orden jurídico establecido por la instancia soberana que lo creó".⁸⁶

No obstante la discrepancia que hay entre la teoría del "realismo norteamericano" en donde el juez es el soberano del sistema jurídico y de la teoría de John Austin por la cual la norma es imperante como resultado de la soberanía del legislador, lo cierto es que los norteamericanos tienen en general, respeto por la ley y la obediencia de la misma, es decir, el rasgo característico del concepto de soberanía propuesto por Austin y "que se basa exclusivamente en el hecho social del hábito de obediencia" es una característica del norteamericano promedio.

Para un individuo racional, conciente de que vive en una sociedad de derechos, obligaciones y sanciones, lo que menos quiere es un conflicto judicial; o como lo definió Ehrlich, "El hombre medio encuentra el derecho no litigioso casi en cada paso que da en la vida", sabe que sus derechos, obligaciones, facultades, sanciones, etc. están en un cuerpo de normas fijadas por el Derecho. "puede sostenerse,-afirma Bodenheimer-que el

⁸⁵ Frank Jerome y Austin, citados por Bodenheimer. Ob. cit. N. (64). pp. 354 y 361

⁸⁶ Cfr. Austin, citado por Tamayo y Salmorán Rolando. Ob. cit. N. (56) p.54

bagaje principal del estudiante de leyes debe ser el conocimiento de las normas jurídicas".⁸⁷

Y en efecto, Bayless Manning nos indica que entre los 6 atributos que "distinguen al abogado norteamericano de primera categoría" están: las habilidades analíticas; las habilidades básicas de trabajo; familiaridad con el ambiente institucional; buen criterio; tener conciencia del total del ambiente, pues señala que "el proceso legal es parte de un amplio proceso legal" y desde luego este abogado debe tener: "Un sólido conocimiento de lo jurídico" del cual aclara que "En comparación con el universo jurídico total, ningún abogado, por supuesto, sabe mucho de derecho fuera del campo en el cual él se ha especializado. Pero todo buen abogado puede ubicar el problema de su cliente en el mapa general del derecho sustantivo".⁸⁸

Y todos estos problemas deben ser abordados por el intérprete del derecho, al que no le basta con interpretar el lenguaje jurídico, sino que tiene que analizar el contexto en el que el mismo fue creado y sancionado y en la realidad en la cual este derecho se aplica o pretende aplicarse.

En este aspecto, lo que no se puede ignorar ni desconocer, es la realidad inminente de que México está ya inmerso en la llamada "globalización" que no es sólo de carácter económica sino jurídica. Nuestro país forma parte ya de un tratado trilateral de libre comercio y nuestras relaciones en particular con los Estados Unidos, -siempre difíciles, siempre tirantes, siempre desiguales y conflictivas- cada vez son mayores, por la fuerza de una vecindad territorial, pero también de dependencia profundamente desigual. Nuestro país está ligado al destino del país del norte, y nos guste o no, se nos hace obligado el conocimiento del sistema judicial y procesal norteamericano con todo y su casuística y su "realismo jurídico". Tenemos que conocer, no sólo las leyes y procedimientos legales que involucran el comercio con dicho país, sino todo lo relacionado con leyes de migración, narcotráfico, contaminación, transporte, "lavado de dinero", crimen organizado, extradiciones, ingerencias de inteligencia militar, espionaje, invasiones policíacas y de instituciones o agencias especializadas en crímenes, investigaciones y similares, de telecomunicaciones, etc. etc.

⁸⁷ Bodenheimer. *vid supra* N. (95)

⁸⁸ Manning Bayless en "Antología..." Ob. cit. N. (50) p. 62

La lista es larga. Por ello el Dr. Jorge Witker nos sugiere 30 títulos de temas que deben investigarse, los cuales pueden ser analizados desde distintos puntos de vista y no sólo para tesis de grado sino por los legisladores, funcionarios, abogados, negociadores (públicos y privados), que directa o indirectamente son responsables de estas relaciones jurídicas y que ya son parte de nuestra realidad. 25 de estos temas, están vinculados a las relaciones México y los Estados Unidos y sólo uno con Canadá relativo a la ley Helms-Burton. Los cuatro restantes se refieren a diversas propuestas como los "incoterms", "el procedimiento arbitral", "El derecho indígena como expresión del pluralismo jurídico" y otro relativo al Estado de Chiapas. ⁹⁹

2.3.2 La Eficacia de la Ley.

He señalado, que dentro de la interpretación de la ley, todos sus problemas son relevantes, o por lo menos no pueden ser prioritarios unos sobre otros; sin embargo, el problema de la eficacia de la ley, también es uno de los más trascendentes o por lo menos de los que deben ser más analizados; porque de la eficacia de la ley dependen otros problemas, como por ejemplo su aplicación, vigencia, derogación o abrogación; la validez de su interpretación, su obediencia, "su existencia", porque como cita Rolando Tamayo y Salmorán "La teoría de Austin proporciona un claro criterio de existencia" de las normas cuando estas son obedecidas, "un orden jurídico existe si es eficaz. La eficacia es el elemento relevante del criterio de existencia del derecho".¹⁰⁰

En el interesante ensayo de la Doctora Leticia Bonifaz sobre "El problema de la eficacia del Derecho", la cual sigue a varios autores, señala que su estudio, "sería un problema para la filosofía del Derecho". Y en efecto, la citada autora, hace un análisis sobre la eficacia del derecho relacionándolo con otros trascendentes y siempre controvertidos conceptos como el de validez, existencia, vigencia; la sanción como factor para lograr la eficacia del orden jurídico; eficacia de las normas declarativas, sancionadoras, otorgadoras de derechos subjetivos públicos y privados, etc.

Asimismo, estudia la eficacia del Derecho desde diversos ángulos, por

⁹⁹ Witker, Jorge. "La Investigación..." Ob. cit. N. (52) p.13

¹⁰⁰ Tamayo y Salmorán Rolando. "Elementos..." Ob. cit. N. (56) p.54

ejemplo, indica que el apoyo filosófico, sociológico y en particular el de la psicología, "proporcionan elementos para entender por qué se obedece al derecho.." Es decir, aún cuando hace un análisis de la eficacia del Derecho como objeto de la ciencia jurídica, también entra en el estudio de la eficacia del derecho en cuanto normas, leyes u ordenamiento específico, del cual opina que: "La determinación de la eficacia en función de la consecución de propósitos o fines va a ser mucho más fácil respecto de una ley u ordenamiento específico que de la totalidad del orden jurídico."¹⁰¹

Finalmente, se refiere a la eficacia de una norma específica en particular, y en este sentido, cita a Eugen Ehrlich del cual menciona que de una encuesta que este jurista hizo del Código civil austriaco, "un gran número de artículos han pasado por la vida sin dejar rastro y podríán derogarse sin que esto tuviera importancia para la realidad social."¹⁰² Misma situación que debe hacerse con muchos artículos de nuestro Código Civil, en particular de la figura jurídica "De la Ausencia" y de la que me ocuparé en el Capítulo IV.

2.4 El Proceso Interpretativo.

2.4.1 El Lenguaje Jurídico y otras Concepciones.

Señala Rafael Sánchez Vázquez, que la interpretación de las normas y de las instituciones jurídicas requieren de un proceso cognoscitivo teórico práctico complejo y que a los elementos de interpretación que Savigny instituyó, deben agregarse otros elementos como el sociológico, económico y el político.¹⁰³ A esta idea cierta, no obstante, debe hacerse la clara diferenciación de cuál es el objeto de nuestra interpretación, porque como ya lo señalé, no es lo mismo interpretar al Derecho como ciencia, como objeto cultural, al fenómeno jurídico, que al lenguaje del derecho, particularmente a la norma escrita.

Es cierto que esta última es producto del primero, porque como bien señala Rolando Tamayo y Salmorán, "De hecho, la 'doctrina' constituye el conjunto

¹⁰¹ Bonifaz, Alfonso Leticia. "El Problema de la Eficacia en el Derecho" Porrúa, México. 1a edición 1993. pp. XVIII y 218.

¹⁰² Ibidem. p.223

¹⁰³ Sánchez, Vázquez Rafael "Metodología... Ob. cit. N. (58) p.283

de reglas de interpretación del lenguaje del derecho", pero hay que diferenciar, y se pregunta el autor "qué interpretan, cómo y para qué, aquellos que llevan a cabo una interpretación jurídica?"¹⁰⁴ Inclusive este jurista, hace una diferenciación entre la interpretación o "la adscripción" de ciertos hechos, signos, acontecimientos o comportamientos; y del significado del discurso jurídico en leyes, tratados, constituciones, etc. aclarando que tradicionalmente la interpretación se refiere a esta última, "porque lo que interesa a la mayoría de los autores, es el "impacto pragmático" del uso del discurso jurídico, o lo que el denomina la "demiurgia jurídica", es decir, un poder particular del discurso jurídico: "la 'creación' de entidades jurídicas producidas por el uso de 'actos del lenguaje' que constituyen el discurso jurídico", y ejemplifica: "Ciertas frases son dichas ante un notario, en presencia de testigos y ¡abracadabra! la propiedad de un inmueble se ha transmitido."¹⁰⁵

"Con sólo pronunciar ciertas palabras, la 'propiedad' (cualquier cosa que esto sea) ha "trasmigrado" de un individuo a otro". Sin embargo, después de analizar a los autores de esta "demiurgia" en particular a Austin, concluye que estos actos lingüísticos "mágicos" que generan consecuencias jurídicas que operan el derecho, "Esto se encuentra perfectamente descrito por la noción de órgano del Estado", es decir, estos actos lingüísticos en vez de ser atribuidos al protagonista, (notario, juez, etc) son atribuidos a la comunidad política, al órgano del Estado.¹⁰⁶

Este lenguaje jurídico puede ser visto y analizado desde distintos ángulos; así, el enfoque que le confiere Ana María del Gesso Cabrera es desde el punto de vista de la ideología o lo que ella denomina "un discurso connotado" porque afirma que los textos poéticos, políticos o jurídicos, están contruidos sobre la base de "enunciados connotativos en lo que se establecen determinados sincretismos" . "De esta manera, las normas, el derecho, el discurso jurídico, cumple con una determinada función social: la de persuadir, la de constituirnos en determinado tipo de ciudadanos, la de transmitir y conservar determinada ideología", y la autora lo ejemplifica con la Ley Federal de Protección al Consumidor (Diario Oficial de Federación

¹⁰⁴ Tamayo y Salmorán, Rolando. "Elementos..." Ob. cit. N. (56) p.337

¹⁰⁵ Tamayo y Salmorán, Rolando en: "Lenguaje del Derecho y Demiurgia Jurídica" Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho Instituto de Investigaciones Jurídicas. No. 13, 1993. pp. 195-225.

¹⁰⁶ Idem.

de 22 de diciembre de 1975) de la cual destaca, cómo el legislador mexicano usa "términos claves" que van más allá del sentido deóntico y que tienen dimensión ideológica, como son el uso de los términos "consumidor" en vez de comprado; "disfrute" en vez uso; "beneficio" en vez de ayuda; "prestación" en vez de obligación, etc., " que busca lograr un efecto en el receptor -manipulación-, a partir del mundo imaginado por el emisor y el "imaginario social" que crea el receptor según su propia ideología".¹⁰⁷

Como puede apreciarse, deben separarse la interpretación del contexto de una ley y la interpretación de sus términos o sus "palabras". Lo que Rolando Tamayo denomina "el lenguaje jurídico cognoscitivo y el lenguaje jurídico prescriptivo"; así, como hay que hacer una interpretación "orgánica o positiva", es decir, para que el órgano pueda aplicar o ejecutar lo dicho por la constitución, leyes, tratados, etc. es menester que primero los interprete, porque juega un papel definitivo en el procedimiento de creación del orden jurídico.

Asimismo, el órgano aplicador a su vez, decide el curso de la creación y aplicación subsecuente del derecho, el cual, generalmente es arbitrario porque escogerá entre lo "conveniente", "justo", "viable", "es la voluntad del legislador", etc.

El autor, también nos habla de la interpretación dogmática o doctrinal; la interpretación y la hermenéutica; la analogía y otros aspectos.

Por ahora baste señalar, que las opciones de interpretación jurídica son variadísimas y pueden auxiliarse mutuamente. Sin embargo, hay que escoger un método o determinada técnica para no perderse en el vasto proceso de interpretación, aunque también resulta difícil decidirse por las implicaciones que los "materiales jurídicos" presentan; su contexto y las circunstancias políticas o sociales en que los mismos son elaborados, reformados, sancionados o derogados; sus antecedentes y fuentes diversas, etc.

¹⁰⁷ Ibidem. Cfr. Del Gesso, Cabrera Ana María en: "El Discurso Jurídico, un Discurso Connotado" pp. 64 y 76

Hasta en la llamada "exposición de motivos" de la ley, debe buscarse el objeto, ideología, fin, validez, efectividad y hasta vigencia de la misma, porque muchas leyes desde que nacen y sólo por su título y al compararla con la realidad imperante, la sociedad sabe de antemano que son "letra muerta".

2.5 La Enseñanza.

En términos generales, la enseñanza se ha caracterizado por el verbalismo en la clase, o lo que llaman pomposamente la "cátedra magistral", que para muchos profesores que imparten clase, no es más que el monólogo en el discurso casi siempre teórico que éste hace durante un determinado tiempo (en promedio una hora), frente a un considerable número de estudiantes generalmente pasivos, apáticos, quienes en el mejor de los casos, escriben algunas notas o apuntes y en ocasiones, inquietan o cuestionan tímidamente al profesor y nada más. Y este sistema se lleva a cabo desde la escuela primaria hasta el posgrado; en escuelas públicas y privadas y por los profesionales de la educación o por aquellos sin formación expresa para la docencia. Es obvio que hay sus excepciones cualitativas y cuantitativas, sus diferencias y proporciones; las cuales merecen ser estudiadas en sus procedimientos, analizar estos esfuerzos, valorar sus resultados, etc.

Sin embargo, yo me refiero a la inmensa mayoría que perdura en el sistema educativo nacional, oficial o autónomo; y que a pesar de los volúmenes extraordinarios de estudios, análisis, mesas redondas, congresos, simposios, debates, reuniones; etc., así como de los muchos planes y programas, locales, estatales y federales, por ejemplo El Plan Nacional de Desarrollo,¹⁰⁸ de la administración del Presidente Zedillo, la situación no ha mejorado considerablemente, misma que se agrava por el ascenso en la matrícula y la crisis económica.

¹⁰⁸ PND 1985-2000. "La Educación", se inserta en el gran capítulo de "Desarrollo Social" en donde en términos muy generales se menciona la "alfabetización, educación y capacitación"; y en los planes más concretos para los distintos niveles de educación, (primaria, secundaria, etc.) sólo se habla de implantar "los métodos de enseñanza" pero nunca se señala cuáles son, ni la orientación pedagógica que deben tener.

Y es que este pesimismo me lo arroja la apabullante realidad, porque salvo individualidades, el futuro de nuestros estudiantes no es nada halagador. Y es que esta niñez y juventud "de reprobados" y de "desertores"¹⁰⁹ es la que en 15 o 20 años va a recibir México para conducirlo, por lo menos los egresados de estas dos grandes instituciones analizadas, a menos que exista verdadera decisión y voluntad política para el cambio generalizado, y no sólo de aquellas individualidades que evidentemente las hay y que son el orgullo de estas instituciones, como son por ejemplo el Doctor Enrique Molina, Premio Nobel de Química 1996.

Por qué es tan desolador el panorama educativo nacional? Muchas son las respuestas que los expertos han dado en todas aquellas reuniones que cité líneas arriba, y en esto, precisamente estriba uno de los principales problemas de la educación, advierte Juan Delval: "La planificación de la educación y el establecimiento de nuevos programas y metodologías, es un problema que no se discute entre los protagonistas de la enseñanza-aprendizaje (profesores y estudiantes), sino en el más benevolente de los casos, se deja a los especialistas"¹¹⁰

O bien, sucede lo que todos ya sabemos, que esta "planeación" se improvisa o se deja en manos de gente interesada en todo, menos en una eficaz educación para enfrentar los enormes retos que el país necesita solucionar y en donde todos estos planes y programas se han quedado en tentativas y ensayos, que si bien en algunos casos se han logrado resultados positivos con grupos experimentales que al parecer, con ellos tenemos que conformarnos.

¹⁰⁹ "Fortaleza y Debilidad de la UNAM" por Jorge Carpizo. 16 de abril de 1986. En el que se indica que durante el decenio de 1976-1985 la calificación promedio de 72,728 alumnos del primer ingreso fué 3.50 a 4.25 en la escala de 10. Similar promedio se presenta en el IPN, según el documento: "Programa de Desarrollo del IPN 1986-1988" Situación que no ha mejorado según lo refleja el examen de clasificación de 1996 en donde de 70,000 aspirantes, sólo 30 obtuvieron 100 puntos. Finalmente, y según los datos del INEGI-CRIM-UNAM, 1996: uno de cada tres adultos no tuvo la oportunidad de concluir sus estudios de primaria, es decir, para fin de siglo 18 millones de personas tendrán rezago educativo, mismas que sumadas a 20 millones de para 1990 presentan rezago educativo y casi 7 millones de analfabetas, lo significa que para el año 2000 cerca de 44 millones de mexicanos presentarán un enorme deficiencia en educación situación anormal para un país que aspira al "primer mundo" y a la "modernidad".

¹¹⁰ Delval, Juan. "Los Fines de la Educación" Siglo XXI Editores. 2a. edición México, 1991 p.88

2.5.1 La Enseñanza del Derecho.

Señalé que los problemas que aquejan a la enseñanza en general, son comunes en todo el sistema educativo nacional. Salvo sus diferencias y proporciones, la enseñanza del Derecho no es la excepción en esta educación masiva, con programación obsoleta o improvisada; o que pese a su reestructuración, no logra sus fines todavía porque sigue predominando la "cátedra magistral" teórica, aún cuando también es conveniente señalar los avances que se han logrado.

El Doctor Héctor Fix Zamudio dió a conocer desde 1980, todo un conjunto de estudios que él mismo nos indica que datan desde 1966, y que son "el fruto de una preciosa experiencia" que el autor califica, y que aborda el gran tema de la enseñanza-aprendizaje de las disciplinas jurídicas y un extenso número de conclusiones que en diversos tiempos, foros, conferencias y países, en particular en Latinoamérica, se ha llegado para exponer el problema de la enseñanza del Derecho.¹¹¹

Estas conclusiones que involucran interesantes y bien analizadas recomendaciones para intentar un cambio no sólo en la enseñanza-aprendizaje del Derecho (teórica y práctica) a nivel licenciatura, posgrado y actualización; sino en la investigación jurídica, (teórica y empírica); la formación del personal docente; los institutos y centros de investigación; bibliotecas y seminarios; etc. etc.; han sido reiteradamente expuestas de una u otra forma, también por otros juristas, pedagogos o personas interesadas en el tema y participantes en dichas conferencias o en diversos foros, libros, ensayos y artículos, planes y programas de estudios, etc. y por lo tanto, son conocidas o por lo menos se sabe de éstas, por los múltiples actores interesados en la enseñanza-aprendizaje de la ciencia jurídica, como son los funcionarios universitarios¹¹²; Directores de Escuelas y Facultades públicas y privadas y sus áreas de enseñanza, (licenciatura, posgrado, universidad abierta, educación continua, "clínicas" y práctica forense; etc.) Consejos Técnicos de dichas instituciones; etc.

Sin embargo, pocos avances se han logrado: pero como señala el Dr. Fix:

¹¹¹ Cfr. Fix, Zamudio Héctor. "Ensayos..." Ob. cit. N. (9) pp. 163 y ss. 383 y ss. 421 y ss.

¹¹² "Fortaleza y Debilidad de la UNAM" Ob. cit. N. (109).

"Las conclusiones pueden ser desalentadoras, o bien, nos pueden llevar a un cierto grado de optimismo, según el espíritu con el cual se aborden" por esa inercia al cambio, que a pesar de las transformaciones tan vertiginosas de esta época en la que se afirma que todo está en "crisis": la economía; los valores éticos y morales, el estado de derecho, la democracia, las instituciones, etc. hay que seguir insistiendo y ese es el gran reto, porque lenta, pero efectivamente se van consiguiendo logros que no hay que desestimar.

2.5.2 El Actual Plan de Estudios de la Facultad de Derecho de la UNAM aprobados por el H. Consejo Universitario el 2 de Septiembre de 1993. Nivel licenciatura. Breves Comentarios.

Dentro de los avances que se han logrado en la enseñanza-aprendizaje del Derecho, es pertinente citar el nuevo plan de estudios de nuestra Facultad, el cual es un esfuerzo para "identificar las carencias, limitaciones, irregularidades y desfases que acusan y proceder a señalar los lineamientos de planes y programas académicos que la situación actual demanda." ¹¹³ según el Plan.

No es mi intención analizarlo en su totalidad, sino simplemente comentar algunos puntos que a continuación cito para el presente trabajo y que considero son esenciales, porque una de las carencias más acusadas y por ello, más demandadas por quienes se dedican a la enseñanza-aprendizaje del Derecho, es la efectiva y eficaz vinculación entre la teoría y la práctica.

En el Plan se menciona que hay que incorporar "horas-práctica" en "materias teórico-prácticas", así como Práctica Forense porque se reconoce que debe haber (entre los "conocimientos" de los egresados): "4. Un mayor dominio y profundidad en el manejo de textos jurídicos básicos a saber:

¹¹³ Planes y Programas de Estudio de la Facultad de Derecho. (Aprobados por el H. Consejo Universitario de la UNAM en su sesión del 2 de septiembre de 1993) Tomo1 p. 10

Códigos, Leyes, Reglamentos y acentuadamente, de la jurisprudencia actualizada." y " 7. Que se hace necesario modernizar los métodos de enseñanza. " ¹¹⁴.

Estos aspectos, que han sido harto reiterados en todos los planes y programas conocidos, se concretan en este Plan en las llamadas "horas-práctica" que se imparten sólo una hora/semana/semestre en los Semestres del Primero al Sexto y aumentan hasta 3, 4 y 8 horas en los últimos Semestres, en particular en el Noveno, donde la mayor actividad escolar se concentra precisamente en estas horas de "Práctica Forense" y en donde se espera que el profesor realmente se esfuerce en el objetivo No. 4 arriba señalado y el punto 4. "actitudes y habilidades de los egresados" que señala: "Que se requiere una mayor capacidad de análisis y síntesis, con criterio jurídico".

Asimismo, y en cuanto a los "nuevos métodos de enseñanza" que se traducen en 14 "sugerencias didácticas" que se proponen para todas las asignaturas según consta en el programa de cada asignatura, y entre las que se destacan con una (X), "la exposición del maestro", "las lecturas obligatorias", "la proyección de láminas y acetatos", "las conferencias por profesores invitados", "los trabajos de investigación", y "la discusión de casos reales en grupo"; posiblemente sean puestas en práctica por los profesores, si es que lo permiten: el tiempo de clase, la extensión del programa, el número de estudiantes y su disposición, así como la habilidad del profesor para implantarlas.

No obstante, y con una simple visita a cualquiera de las aulas de clase incluido el Posgrado, se demuestra que el verbalismo por parte del profesor sigue siendo el mismo sistema utilizado, (y porque también así lo manifiestan los alumnos en las estadísticas que para ello se recaban). Es decir, salvo excepciones, la enseñanza sigue siendo la clase verbal-teórica en el monólogo del profesor, el cual, comentará a sus estudiantes algunos casos jurídicos-prácticos que probablemente como abogado litigante, funcionario o autoridad judicial, legislativa o administrativa, éste asume; y la lectura de algunos textos o fotocopias de artículos que se reparten en clase.

¹¹⁴ Planes y Programas de Estudio de la Facultad de Derecho. (Aprobados por el H. Consejo Universitario de la UNAM en su sesión del 2 de septiembre de 1993) Tomo1 pp. 46-47

Por otra parte, y en cuanto a la inclusión de nuevas asignaturas en el Plan de Estudios de la Licenciatura, son interesantes las materias de Derecho Ecológico; de las Empresas; Demográfico, Comunitario, Familiar, Parlamentario y otras que demuestran el grado de especialización que el nuevo abogado debe tener, sin embargo y en mi opinión, no es precisamente la inclusión de más asignaturas lo que hará que el egresado de la licenciatura se convierta en un experto, o como señala el Plan, en "un perito en Derecho" porque podría agregar una larga lista de materias o temas que también son parte ya del Derecho o deberían serlo, como son la ingeniería genética; la eutanacia o el derecho a la muerte; las telecomunicaciones; el corporativismo en todas sus fases; el derecho a la publicidad, la información; privacidad; la transferencia internacional de capitales y su especulación; el tráfico mundial de influencias y la actividad del "lobby" en los centros de poder y decisión; el lavado de dinero, el brutal terrorismo y un largo etc.

Temas que pueden quedar inmersos como ramas especializadas de los clásicos derechos que se imparten como el Civil, Penal, Administrativo, Fiscal; Social, Familiar o el Constitucional al que por ejemplo, le falta que se reglamenten varios artículos que por meras razones políticas o "estratégicas" no se han reglamentado, como son los artículos: 39, 49, 124, 127, 128 y otros que están insuficientemente reglamentados o que las leyes aplicables son deficientes, muy generales o aplicables según la discrecionalidad de la autoridad en turno. Todos estos temas también pueden dar lugar a "nuevos" Derechos.

En mi opinión, y en algunos casos, no se trata de aumentar materias y eliminar otras o reducir su contenido, sino de replantear su contenido y su metodología de enseñanza, en particular en la parte práctica, operativa o procesal de la materia y que intente ajustarse a la realidad; y una vez dominadas en sus aspectos teóricos podrán continuarse en cursos monográficos ya previstos o en cursos de especialización dentro de la licenciatura, otorgarles créditos y darles continuidad (seriadas).

2.5.3 La Sociología Jurídica, una Asignatura Pendiente.

En este sentido es interesante hacer mención como ejemplo, de una materia trascendental para el Derecho como la Sociología la cual, si bien es cierto no es una rama específica de la ciencia del Derecho, si lo es como rama interdisciplinaria y la base de las ciencias sociales, de la cual el Derecho también es parte.

Sin embargo, y según la encuesta entre 29 egresados que se contiene en el actual Plan de estudios de Derecho, en general la materia de Sociología es rechazada porque "no les ha servido en su carrera"; y para 7 de estos egresados, específicamente indican que la "Sociología es la asignatura que menos les ha servido en su carrera". Asimismo, 17 egresados sugirieron eliminarla del plan de estudios y nadie la considera para mejorarla, incrementar su contenido teórico, práctico, técnico o actualizarla; y solo 3 admitieron que la Sociología les "influyó en su cultura".

Por lo que respecta a 40 profesores de la Facultad también participantes en otra encuesta y para el mismo Plan, su opinión sobre la materia fué la siguiente: 35 profesores "se proponen suprimir" entre otras 5 materias la Sociología; aunque también hay 14 profesores que entre otras 13 materias buscan modificarla y 25 actualizarla entre 19 materias más.

Hoy, la asignatura de Sociología forma parte del actual Plan de estudios y se imparte en el 1º Semestre de la carrera con 3 horas-teóricas/semana/semestre y cero horas prácticas.¹¹⁵ Es decir, la asignatura subsiste a pesar de su rechazo generalizado y es que es evidente que la misma no puede ser suprimida de ningún plan de estudios de ninguna carrera profesional en donde el ser humano sea el principal protagonista como lo son la mayoría de las carreras, incluidas varias carreras técnicas y científicas; pero en particular en las llamadas ciencias sociales.

La sociología debería ser el motor y la inspiración para replantear incluso el

¹¹⁵ Planes y Programas de Estudio de la Facultad de Derecho. (Aprobados por el H. Consejo Universitario de la UNAM en su sesión del 2 de septiembre de 1993) Torno 1 pp. 121 a 123, 129, 159 a 161.

contenido temático de asignaturas consideradas propiamente jurídicas como son el derecho civil y penal y no sólo las que se encuadran en el llamado derecho social. La realidad social y todos sus fenómenos que nos asombran como la violencia en todas sus manifestaciones; la brutal desintegración familiar y la violencia doméstica; la crisis de valores tan profundamente evidenciado en la corrupción, drogadicción, aberraciones sexuales; el profundo desprecio al derecho, a la ley, a la auténtica autoridad y a los derechos humanos; el incremento de la delincuencia y la aparición de nuevos delitos; el rapto y secuestro y hasta corrupción de menores e infantes, etc., etc., son objeto de la sociología.

Sin embargo, el contenido temático de la misma sigue siendo muy teórico, más enfocado a la sociología como ciencia filosófica e histórica, que como realidad social cruda y violenta y con poco contenido ligado al derecho, es decir hace falta una auténtica sociología jurídica que otorgue a los estudiantes del primer semestre una profunda y clara conciencia social y real conocimiento de los fenómenos jurídico-sociales. En suma, que el derecho y la ética, sean el motor de su carrera profesional.

Por lo tanto, la Sociología Jurídica sigue siendo una asignatura pendiente, sigue siendo la gran ausente en el Plan de estudios de nuestra Facultad; la cual sólo tuvo en la encuesta, una propuesta solitaria por parte de algún conciente profesor de nuestra Facultad.¹¹⁶

Sin embargo y para concluir con estos breves comentarios, es justo reconocer que la inclusión de las materias como Técnicas de Investigación Jurídica, (I Semestre); Técnicas de Expresión, (II Semestre); Metodología, Lexicología y Ética jurídicas, (III Semestre); son un gran acierto, porque muchos de nuestros egresados presentan graves dificultades para expresarse en los más elementales términos jurídicos, en redactar una simple demanda (sin recurrir a las de "machote") y en elaborar trabajos de investigación que se evidencia hasta en el Posgrado.

Asimismo, la inclusión de la materia de Teoría Pedagógica en la División de Posgrado es otro gran acierto, que aún cuando no es una asignatura reciente en el Programa, pero hasta que uno ingresa a la Maestría tiene contacto con aspectos de la pedagogía que en lo personal, me hicieron aprender y conocer aún cuando brevemente (la tiranía de los semestres),

¹¹⁶ "Planes y Programas..." Ob. cit. N (113) p. 160.

muchos aspectos de la pedagogía que me han servido para hacer algunas propuestas que expongo más adelante y desde luego como Profesora en esta Facultad.¹¹⁷

No obstante los aciertos anteriores, tengo mis dudas en particular en las nuevas asignaturas como "Matemáticas aplicadas al Derecho", (IV Semestre); "Idioma" (V a VIII Semestre) y el "Manejo del Procesador" (o computadora) en el VIII y IX Semestres por la siguiente razón: nadie duda de la actual y gran necesidad del manejo del ordenador en esta carrera que facilita enormemente el trabajo del Abogado y de cualquier profesional de cualquier carrera o actividad incluidas las eminentemente plásticas o artísticas.

Asimismo y por lo que respecta al idioma inglés, tampoco nadie duda de este imprescindible idioma, que indefectiblemente nos une por cercanía territorial con los Estados Unidos y el que forzosamente necesitamos por razones históricas, comerciales, políticas y culturales aun cuando nos pese y no nos guste y por ser el indiscutible idioma mundial de todos los negocios y sus formas y el idioma de las telecomunicaciones .

Y no me refiero a otros idiomas afines a nuestra carrera como el latín, francés, italiano o alemán y la bibliografía existente en los mismos; del idioma japonés, aún cuando los japoneses sean los amos de la banca y la tecnología electrónica; o del español, aún cuando lo hablen el 70% de los habitantes de América, en los Estados Unidos y en casi toda España; o incluso del mandarín , así lo hablen millones de seres humanos en China.

Me estoy refiriendo al inglés, pero incluirlo como parte de un plan de estudios de Derecho, puede ser una lamentable pérdida de tiempo si el estudiante sólo lo cursa por acreditarlo como requisito de titulación o en el mejor de los casos, opino que sólo puede ser útil, si el estudiante y posterior egresado, percibe la enorme necesidad de esta lengua y continúe aprendiéndola y practicándola, porque como es de todos sabido, si cualquier idioma extranjero no se practica en el hablar, escuchar , leer y traducir constantemente, pronto se olvida. Y en el caso del procesador de palabras necesita de una inversión constante para estar actualizado en programas, su manejo y el poder "navegar por el mundo" vía Internet.

¹¹⁷ La materia fue impartida por la Maestra Teresa M. Obregón, y mi tesina se tituló : "La Psicopedagogía para adultos.Una alternativa de aprendizaje" en la cual obtuve la calificación de MB.

No obstante, el esfuerzo se ha hecho y no sólo en lo comentado anteriormente sino en cuanto a la reestructuración de horarios; concursos de oposición, y cursos de actualización y formación de nuevos profesores; reestructuración del Posgrado, nueva reglamentación y Doctorado por investigación, etc.

El gran paso está dado y este actual plan de estudios deberá irse perfeccionando con celeridad y cuantas veces se haga necesario, como el mismo Plan lo prevee, así como el de mencionar que dicho Plan "se flexibiliza para incorporar al mismo cursos monográficos creados exproceso para un tema en particular y por un semestre, previa aprobación del H. Consejo Técnico" según se menciona en su Presentación, porque los problemas de orden jurídico son muy trascendentes en estos tiempos y se observa constantemente, cómo la inédita realidad social nos rebasa dejándonos en un completo azoro e impotencia ante el vulnerable y convencional "estado de derecho" y sus todavía tradicionales formas de enseñanza-aprendizaje en las Universidades latinas, y este es el reto que debemos enfrentar.

2.6 Diferencia Epistemológica entre el Método y la Técnica.

A lo largo de esta exposición, ya he anotado como hay una serie de términos y palabras polisémicas que los autores que las emplean usan indiscriminadamente o por lo menos sin definir el contexto en que las mismas son usadas.¹¹⁸ Por ejemplo, los términos método, técnica, procedimiento, sistema y otros similares, son empleadas como sinónimos, para indicar que deben seguirse distintos pasos para conseguir un objetivo u obtener un resultado.¹¹⁹ Sin embargo, no es lo mismo afirmar que "métodos y técnicas son el conjunto de instrumentos para elaborar, estudiar, interpretar o enseñar ese objeto de conocimiento que llamamos Derecho" como generaliza el Dr. Fix Zamudio,¹²⁰ que unificarlos como sinónimos, como muchos autores lo hacen¹²¹. Porque si se parte de que el "Método se

¹¹⁸ Vid supra. "El Derecho y el método" Cap. I-1.2, 1.2.1 y 1.2.2

¹¹⁹ Pons, Ignacio. "Programación..." Ob. cit. N. (40) pp. 23 y 24

¹²⁰ Fix, Zamudio Héctor. "Ensayos..." Ob. cit. N. (9) p.60

¹²¹ Vid supra. Cap. I-1.2.1 "El Concepto genérico de Método", p. 22

aplica más al pensamiento que a la acción",¹²² esta breve pero útil definición nos marca la diferencia.

Y así lo hace saber Ario Garza Mercado, que aún cuando admite que no existe consenso para el uso y la definición de los términos método y técnica, señala que; "En un sentido estricto, podemos definir la técnica como un sistema de supuestos y reglas que permite hacer bien una cosa. La técnica se justifica exclusivamente en función de su utilidad práctica, a diferencia del método que se propone para descubrir y comprobar la verdad..."

Así entonces sigue el autor: "La técnica permite aplicar el método a estudios concretos."¹²³ y citando a Mario Bunge, indica que para éste, "Las técnicas son métodos especiales que se fundan en teorías científicas, que a su vez, se apoyan en los primeros para efectos de contrastación."¹²⁴

Esta opinión es compartida por el Maestro Vicente Toledo, quien señala también que no debe dársele un criterio equivalente a métodos y técnicas, porque "...el método comprende aspectos generales de un hacer no específico, la técnica implica una acción objetiva; el método es un razonamiento sistemático, la técnica es un hacer material" y citando a Mérci subraya: "...un método de enseñanza necesita hechar mano de una serie de técnicas, es decir, que el método se hace efectivo a través de las técnicas."¹²⁵

Por su parte, Rafael Sánchez Vázquez nos dice que: "El término método es un concepto general que tiene relación directa con el proceso cognoscitivo teórico del ser humano." "Y la palabra técnica se refiere a un concepto específico que empleamos para aplicar de una manera racional y eficaz sobre un determinado objeto de estudio de la actividad humana"¹²⁶ y cita a Alfredo Tecla quien enfatiza que "El método determina las técnicas y les confiere su carácter científico."¹²⁷

¹²² Zainqui, José María. Diccionario Razonado de Sinónimos y Antónimos. Editorial del Vecchi, S.A. Barcelona, 1991. p.493

¹²³ Garza, Mercado Ario. "Manual de Técnicas de Investigación" 3a edición, 1981 El Colegio de México. p.7

¹²⁴ Bunge, Mario, citado por Ario Garza Mercado. Idem.

¹²⁵ Toledo, González Vicente. "Proceso Enseñanza-Aprendizaje del Derecho" Tesis para optar por el grado de Maestría. Facultad de Derecho. División de Posgrado. 1975. pp. 117-118

¹²⁶ Sánchez, Vázquez Rafael. "Metodología..." Ob. cit. N. (58) p.79

¹²⁷ Idem.

Finalmente, Rojas Soriano nos indica que los métodos y las técnicas son las herramientas metodológicas de la investigación pero que hay que tener una idea clara sobre cada uno. "Puede decirse entonces que el método se refiere a criterios y procedimientos generales que guían el trabajo científico para alcanzar un conocimiento objetivo de la realidad. La técnica es un conjunto de reglas y operaciones para el manejo de los instrumentos que auxilia al individuo en la aplicación de los métodos."¹²⁸ Sin embargo, son notoriamente distintas.

Como puede apreciarse, métodos y técnicas están muy vinculados y en estrecha colaboración. Puede afirmarse que uno no puede subsistir sin el otro, no obstante, el método le otorga la base teórica y metodológica a la técnica y ésta a su vez le proporciona la probabilidad de ser en el mundo objetivo.

2.7 Los espacios en la enseñanza-aprendizaje del Derecho, en donde es útil y eficaz "El proceso interpretativo" de la norma jurídica.

Señalé que la mayoría de los interesados en la enseñanza-aprendizaje en nuestra Facultad de Derecho, están conscientes de la necesidad de cambiar los métodos de enseñanza, pero muy pocas veces se mencionan los mecanismos o técnicas para implantar estos métodos; o bien, la brevedad en los tiempos de enseñanza (semestres de hora-hora y media de clase) y lo extenso en el contenido de las materias, hacen que el profesor apenas logre cubrir el programa en su parte teórica a través del monólogo verbal y dedique unas cuantas clases a exponer algunos casos prácticos.

Esta situación se viene superando, con la inclusión en el nuevo Plan de Estudios, de las "horas prácticas" en los primeros cinco semestres; en las llamadas "Práctica Forense" en el VIII, IX y X semestres y en los cursos monográficos que sean necesarios, en donde el objetivo fundamental es que el estudiante entre en contacto con la realidad, es decir, se inicie en el

¹²⁸ Rojas, Soriano Raúl. *Guía para realizar Investigaciones Sociales* Facultad de Ciencias Políticas. Estudios 51. U.N.A.M., México 1971. pp. 61 y 63

manejo y aplicación de leyes y códigos sustantivos y procedimentales; en la demanda de derechos y cumplimiento de las obligaciones de tipo civil, penal, laboral, fiscal, administrativos, etc; así como el saber quienes son las autoridades responsables de toda índole para demandar derechos, obligaciones, el cumplimiento de la ley, la impartición de justicia, etc y en donde también sería ideal que los profesores que las imparten sean autorizados practicantes del Derecho, es decir, sean abogados litigantes, jueces, ministerios públicos, magistrados, ministros, legisladores, asambleístas y funcionarios públicos en general que estén en constante aplicación del derecho.

Y es en estos espacios donde pueden implantarse diversas técnicas de enseñanza-aprendizaje como es la técnica de interpretación de la norma jurídica y pueda cumplirse el objetivo no. 13 señalado en la Presentación del Plan en donde se afirma que: "Se le otorga mayor peso específico a las materias procesales y prácticas" y con los puntos 4. y 5. relativas a las "actitudes y habilidades de los egresados" que se resumen en aprender a "manejar" (conocer, interpretar, analizar y aplicar) las leyes, códigos, reglamentos, jurisprudencia y demás ordenamientos jurídicos con los que los egresados tendrán que enfrentarse y que son la realidad del Derecho.

2.8 Enseñar a pensar a los adultos en el proceso de enseñanza-aprendizaje por objetivos.

Uno de los problemas más acusados cuando el estudiante fracasa en sus estudios es la falta de interés por aquello que la enseñanza le ofrece y hay muchas razones de ello, pero entre las que destacan, está la ausencia de valor y significado de los "objetivos" de aprendizaje propuestos en los programas de estudio. Para resolver esto, hay un "menú" muy amplio de propuestas o también llamadas "programas de entrenamiento cognitivo" en donde el factor *pensar* destaca invariablemente, y en donde las premisas fundamentales son las siguientes:

- 1.- Se debe enseñar no solo qué hay que hacer sino cómo hay que hacerlo.
- 2.- Enseñar no sólo qué hay que hacer y cómo, sino también cuándo.
- 3.- Hay que enseñar durante un tiempo suficiente.
- 4.- Hay que enseñar prestando atención a las variables que afectan a la

motivación del estudiante.

La motivación del estudiante juega un papel fundamental porque éste tiene que tener interés en los objetivos de aprendizaje y no sentir que son los objetivos que otra persona le impone.

La motivación de los alumnos también depende de que sus profesores comuniquen su convicción en la efectividad de lo que enseñan y de las posibilidades del estudiante. Así, "los profesores deben asumir el papel de facilitadores y guías de la actividad del sujeto, más que el de instructores... deben facilitar el desarrollo de un clima que elimine las tensiones y favorezca el aprendizaje; y para ello De Charms propone pautas de actuación."¹²⁹

Y para lograr lo anterior, el alumno debe aprender a pensar.

Esto que parece tan obvio, no lo es, porque ya he señalado, como el estudiante ha aprendido a memorizar repitiendo simplemente lo que lee y se le ha transmitido, y a ser un espectador pasivo dentro de su propia enseñanza y en donde el profesor es un mero transmisor de conocimientos teóricos, en la mayoría de los casos tomados de un sólo libro de texto y del cual el estudiante extrae respuestas que plasma por escrito, al pie de la letra en los exámenes finales de evaluación.

Y este proceso de enseñanza memorizante y repetitiva viene desde la escuela elemental y salvo algunas variaciones se da hasta el ciclo profesional de la enseñanza; o bien se cae en el extremo de eludir la teoría o los conocimientos epistemológicos porque se argumenta que es un hecho que la educación moderna exige la eficacia y los fines prácticos.

Sin embargo y no por ello, debe dejarse de lado los conocimientos generales y las manifestaciones de la cultura, pero esto no significa simplemente que a los estudiantes se le informe un poco de todo aumentando las materias y los temas en forma aislada y fragmentaria. Es decir, lo que se suministra es información y se presta poca atención a la manera de organizarla y no se les enseña a los estudiantes a pensar, ni

¹²⁹ De Charms, citado por Tapia, Jesús Alonso y Montero, García-Celay Ignacio en "Programa del Seminario de Teoría Pedagógica" y material didáctico de la materia, presentado por la Maestra Teresa M. Obregón. División de Posgrado de la Facultad de Derecho. Semestre 1995-II.

aprender ni ejercitar la memoria.

Nada más alejado de la realidad cuando se cree que la memoria es un simple almacén donde lo aprendido se guarda hasta que se olvida. Los psicólogos cognitivos desde hace más de 25 años han dedicado buena parte de su tarea investigadora a estudiar la memoria humana y relacionarla con el sistema de "procesamiento de la información" que no es más que la comprensión y no el mero recuerdo de las cosas.

La memoria es un sistema muy activo de reelaboración de la experiencia pasada, siempre que lo recordado tenga algún significado. Es decir, el recuerdo depende de forma esencial de la comprensión. "No hay recuerdo puro - nos dice Juan Delval -, y una mejor comprensión facilita enormemente la recuperación por lo que debemos tender, ante todo, a que los que aprenden, comprendan y el recuerdo se dará por añadidura."¹³⁰ y dentro de este proceso el aprender a pensar es fundamental, según lo señalan todas las teorías pedagógicas. Por lo tanto considero que el profesor, debe tratar de conocer las diversas metodologías y técnicas de enseñanza y ponerlas en práctica.

Y en este sentido es pertinente aclarar que no es lo mismo enseñar a pensar a los niños que a los adultos, es decir: adolescentes, jóvenes estudiantes y profesores adultos.

En efecto, la pedagogía y los pedagogos (del griego *pais*, *paidos*: niño y de *ogein*: conducir) se inician y centran en el estudio de los niños; así como la mayoría de las investigaciones experimentales evolucionistas en psicopedagogía, se orientaron primordialmente, en el estudio del niño, los enfermos y los animales y no en el individuo adulto. Es decir, el adulto "normal",¹³¹ considerado a priori como un ser acabado, relativamente estable o sometido a la normal involución, había sido descuidado por la psicología científica, por lo tanto, la historia de la psicopedagogía científica

¹³⁰ Delval, Juan. "Los fines..." Ob. cit. N. (110) p. 73

¹³¹ Según Piaget, el cual concibe la adaptación como un equilibrio activo entre asimilación y acomodación, el sujeto "normal" será aquel que aparezca más frecuentemente en la "normalidad". Por ejemplos: según la genética, las mujeres entran en la menopausia a partir de los 45 años; según lo "ideal", el ideal es que las mujeres conciban entre los 25 a 30 años; según la moral: lo moral es que los humanos, sean monógamos; etc.

para los adultos es relativamente nueva.¹³²

Y aún cuando hay similitudes entre el niño y el adulto por obvia evolución, sin embargo, dice Piaget, "Aprender implica el dominio de un sistema de formas o estructuras de organización y adaptación", lo que sólo puede darse después de un largo proceso de organización y re-organización, de asimilación, de "experiencia de desequilibrios" y el dominio del ejercicio de aprender y pensar que sólo se logra cuando se llega a la edad adulta. Por lo que hay que proceder de manera distinta, porque una cosa es : el niño que se inicia en la educación y el adulto que se re-educ.¹³³

Como bien señala Antoine León al educar adultos (jóvenes universitarios y maestros en formación), no se debe partir de una forma simple y unilateral, no hay que concebir al adulto "como una mera extensión del niño", sino como bien señaló Piaget, que el desarrollo de la inteligencia se realiza a través de formas más elevadas de abstracción, así como el hecho de que "la capacidad de aprendizaje depende del nivel de desarrollo cognitivo del sujeto", no obstante, hay que admitir, que un buen número de adultos no alcanza el nivel del pensamiento formal ni pueden razonar señalando simples hipótesis, y ello también se debe a que muchos adultos pierden el deseo de aprender y el hábito de pensar o simplemente no saben cómo, porque nadie les enseñó a hacerlo.

Además, están siempre presentes los componentes de la personalidad individual, (siguiendo a Freud: el ello, el yo y el superyo, que están influenciados por los factores de tipo fisiológico, psicológico y educativos). Simplemente, los factores de tipo psicológico en los adultos (profesores y alumnos) y que los condicionan, pueden ser: a) la resistencia al cambio, b) el miedo al fracaso, c) la confianza en sí mismo o baja autoestima, d) las motivaciones personales, e) el horizonte temporal y a futuro del adulto; etc

Por lo que la pregunta obligada es: qué método debe seguirse para educar a los adultos?

Como sucede en la educación de niños y jóvenes, la metodología para la

¹³² León, Antoine. "Psicopedagogía de los adultos" 7a edición Siglo XXI editores. México, 1986. p.7

¹³³ Piaget, Jean, citado por W.R. Daros en "Aprender y Personalizarse según Piaget." Programa del Seminario de Teoría Pedagógica". Ob. cit. N (129). pp. 95 a 98

educación de los adultos es amplia y variada y no es la intención de este apartado exponerlas;¹³⁴ sin embargo, si debo indicar, que la psicopedagogía para la enseñanza aprendizaje para adultos, no abandona las originales y bien cimentadas teorías para la gente joven, ni todo el edificio epistemológico de esta ciencia o "arte" de la enseñanza como la definen los expertos, pero en la búsqueda de este re-educarse se debe ir más allá.

Es decir, ya no se trata como en la enseñanza de niños y adolescentes de adquirir sólo conocimientos y mecanismos intelectuales; además de este doble aporte, la enseñanza de futuros profesionales supone un aporte de actitudes nuevas, que podrían describirse como la apertura del espíritu, la aceptación, -o mejor- la búsqueda del cambio".¹³⁵ y como señala R. Vatier, hay que tomar en cuenta los siguientes principios: 1. Cuando el adulto, futuro profesional aprende, siente una gran necesidad por vincular los conocimientos teóricos a aplicaciones prácticas y reales 2. Una enseñanza fundamentalmente basada en lo concreto y que parta más de la experiencia que de conceptos teóricos 3. trabajar en grupos reducidos 4. Una formación global que tenga en cuenta el contenido profesional y el equilibrio de la personalidad.¹³⁶

Finalmente, en la enseñanza-aprendizaje deben estar claramente señalados los objetivos, porque como bien señala el maestro Vicente Toledo, para ayudar a una persona a que aprenda algo, antes debe hacerse saber que se espera de ella, y no sólo que espera ella de este aprendizaje, porque citando a Miller, el autor expresa que en los centros de educación superior, "se insiste más en lo que debe presentarse a los alumnos, que en lo que ellos deben ser capaces de hacer con lo que aprenden."¹³⁷

Es decir, la enunciación de los objetivos de aprendizaje debe hacer del estudiante un sujeto activo, pensante, con iniciativa, para que pueda

¹³⁴ Véase a P. Freire "La Educación como práctica de la libertad" y Vázquez y F. Oury "Hacia una Pedagogía del siglo XX", ambos de la Editorial Siglo XXI

¹³⁵ D. Dugue McCarthy "Reflexiones de un Practicante", citado por Goguelin en "La formación continua de los adultos". División de Educación Continua de la Facultad de Comercio y Administración. UNAM 1982. p.19

¹³⁶ R. Vatier, citado por León, Antoine en "Psicopedagogía..." Ob. cit. N. (132) p. 142

¹³⁷ Toledo, González Vicente. Ob. cit. N. (125) pp. 166 y 131

aprender más y mejor como resultado de sus propias experiencias. Lo que haga el maestro al enseñar (exponer, demostrar, evaluar) el alumno responderá: interesándose, inquiriendo, demostrando, analizando, distinguiendo, precisando, cuestionando, etc.

Asimismo, hay que tener siempre presente, que una inmensa mayoría de estudiantes fracasan porque tienen una característica en común: la falta de interés por aquello que les ofrece la enseñanza de muchas asignaturas aún cuando en estas se señalen los objetivos, porque es palpable la ausencia de valor y significación de estos objetivos de aprendizaje propuestos y aquí entra en juego la motivación del estudiante por aprender y del profesor por enseñar.

"La motivación de los alumnos depende de que sus modelos-los maestros-comuniquen su convicción de la efectividad de sus enseñanzas y de las posibilidades de desarrollo del alumno." es decir, "Enseñar no sólo qué hay que hacer, sino cómo hay que hacerlo, para qué y cuándo"¹³⁸ esto llevará necesariamente al estudiante, al tan anhelado ejercicio de hacerlos pensar y hasta reflexionar.

2.9 Otros Procedimientos para la enseñanza-aprendizaje del Derecho.

Señalaba, que de acuerdo al actual Plan de estudios de nuestra Facultad, mi propuesta para utilizar la interpretación de la norma jurídica como una técnica eficaz en la enseñanza-aprendizaje del Derecho, puede hacerse en las llamadas "horas prácticas" que se han incluido en los primeros cinco semestres de la carrera, pero en particular puede hacerse en las llamadas "Práctica Forense" que se imparten a partir del VIII semestre pero se concentran en el IX, porque "prácticamente" (valga la redundancia..) el semestre tiene como objetivo principal, el que los estudiantes conozcan la realidad en la aplicación del derecho y que se traduce en aprender a "manejar" las leyes, códigos, (sustantivos y procedimentales), la jurisprudencia, casos judiciales, (expedientes, citatorios, notificaciones, etc.), jurisprudencia, y otros textos legales; así como el conocer los lugares in situ donde se desarrollan las actividades jurídicas, judiciales, legislativas, procedimentales, penitenciarias, etc., etc.

¹³⁸ Alonso Tapia Jesús. "Enseñar a Pensar? Sí, pero cómo?" "Programa del Seminario..." ob. cit. N(129), pp. 112 y 114

Sin embargo, esta actividad puede continuarse, ampliarse o extenderse a otros procedimientos que el Maestro Vicente Toledo González¹³⁹ recomienda también para la enseñanza-aprendizaje del Derecho y que son: la conferencia, la demostración, la exposición con interrogatorio, la investigación bibliográfica y hemerográfica, la observación directa, la lectura de textos comentados, el análisis de casos prácticos y jurisprudenciales, el seminario y la discusión dirigida en sus diferentes modalidades (corrillo, simposio, panel, mesa redonda); y a esta lista, también pueden añadirse los cursos monográficos que están previstos en el multicitado Plan de Estudios y en los cursos de actualización que la División de Educación Continua de la Facultad imparte desde 1982, o bien en los trabajos de investigación para tesis de grado, de investigadores de carrera, etc., etc.

Es decir, puede ser intrascendente en este caso, el nombre que se le dé al espacio de enseñanza-aprendizaje en donde el profesor o ponente experimentado esponga o dé a conocer a los estudiantes y demás interesados en conocer un determinado texto legal, los conocimientos sobre las interpretaciones que éste ha hecho del texto legal, que puede hacerlo hasta en la publicación de un libro, artículo, etc.¹⁴⁰

No obstante, si se trata de un análisis concienzudo o más detallado de la ley para que el estudiante aprenda a razonar, pensar, deducir, concluir, cuestionar e interpretar, entonces es conveniente que dicha actividad se lleve a cabo en los espacios de enseñanza-aprendizaje ya mencionados del actual Plan de Estudios.

Ahora bien, si se trata de exponerlos en forma general, ya sea a profesionales del derecho, como abogados, profesores, investigadores, etc; incluso donde puede haber cuestionamientos, debate, desacuerdos, consensos, etc., pues bien pueden emplearse los procedimientos que menciona el Maestro Toledo, los cuales a su vez son la propuesta del Dr. Jorge Witker, quien insistentemente ha incursionado en lo que el denomina

¹³⁹ Toledo, González Vicente. Ob. cit. N (125), pp. 181-191-192-195 y s.s.

¹⁴⁰ En este sentido los textos más conocidos son los Códigos o leyes "comentadas", como por ejemplo el "Código Civil Comentado" y la "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada" ambos por el Instituto de Investigaciones Jurídicas; o "Interpretación de la Legislación de la UNAM 1973-1986" por la Oficina del Abogado General.

la "didáctica activa" que consiste en clase activa, seminarios, clínicas del Derecho, exámenes de casos jurisprudenciales, análisis de problemas (jurídicos) concretos y otros que ya se han mencionado.¹⁴¹

Por ejemplo, la más común y recurrida que es la conferencia, por medio de la cual se puede hacer la: "comprensión de materias cuyo contenido sea preferentemente teórico, exposición de teorías, leyes o principios de difícil comprensión; introducción, recapitulación o conclusión de un tema; cuando se deba proporcionar una información que no está al alcance de los alumnos y cuando se trata de aprovechar la experiencia y material informativo de un profesor visitante"¹⁴² la cual contará con un tiempo para preguntas, dudas, respuestas y demás inquietudes de los oyentes.

O bien, puede emplearse la "discusión dirigida" de la cual, el Maestro Toledo dice que puede tener diversas modalidades, (panel, simposio, mesa redonda, etc.) pero advierte: "Para que la discusión dirigida surta efectos, en el aprendizaje de los alumnos, debe buscarse que sean éstos, quienes dirigidos por el profesor, organicen entre ellos mismos tales procedimientos; así fomentarán su espíritu de: investigación, participación, reflexión y juicio".¹⁴³ No obstante, también nos dice que ésta "discusión dirigida" se utiliza en las Facultades y Escuelas de Derecho, y se han celebrado "sobre diversos tópicos jurídicos infinidad de ciclos de conferencias, coloquios, mesas redondas, seminarios, simposios, etc." aclarando que la utilidad reducida es mínima, porque no se señalan objetivos, hay escasa participación de los estudiantes a pesar del esfuerzo económico, la calidad de los participantes, etc., etc.¹⁴⁴

Y en efecto, ya señalé que el nombre del espacio para llevar a cabo actividades de enseñanza- aprendizaje fuera del actual Plan de estudios y que el Maestro Toledo nos propone es irrelevante, porque como se puede apreciar, el nombre de la actividad es fijado al arbitrio ya que, salvo algunas modalidades, la forma en que las mismas se realizan es similar y no hay

¹⁴¹ Véase a Witter, Jorge en "La Enseñanza del Derecho. Crítica Metodológica" Editora Nacional 1975.

¹⁴² Ibidem. p. 182.

¹⁴³ Ibidem. p. 191.

¹⁴⁴ Ibidem. pp.181 a 192.

una verdadera programación por objetivos ni finalidades claramente especificadas, ni se indica el nivel de los participantes (asistentes), salvo en los casos en que específicamente se señala que es un "Curso" o un "Diplomado", es decir, una actividad que se entiende como de enseñanza-aprendizaje.

En la mayoría de las "conferencias", "simposios", "seminarios", "coloquios" y otros, se llevan a cabo con uno o varios ponentes o conferencistas, generalmente expertos o vinculados al tema que tratan; que exponen en tiempo(s) determinados y al final se hacen preguntas, cuestionamientos o se exponen desacuerdos y el ponente(s) responde a estas inquietudes o preguntas y en el mejor de los casos se discute o polemiza y nada más. Los participantes obtienen conocimientos generales y algún diploma o "reconocimiento" por su participación, que en la mayoría de los casos se reduce a la mera asistencia.

Por lo que insisto en que, para poder llevar a cabo la técnica de interpretación de la norma jurídica, ya sea de leyes, códigos, jurisprudencia y demás textos legales para los estudiantes de Derecho, deberá hacerse dentro de los tiempos ya señalados dentro del actual Plan de Estudios, con objetivos claramente definidos y en donde los participantes aprendan a pensar, con todo lo que ello implica, como ya lo expuse.

2.9.1 Aprendizaje Grupal (experiencia personal)

Es conveniente también mencionar, que existen técnicas de enseñanza-aprendizaje grupal, es decir, para grupos numerosos que son el común en nuestra Facultad de Derecho, en donde desafortunadamente la matrícula, aún cuando ha disminuido, no se aprecia sensiblemente porque la carrera de Licenciado en Derecho sigue siendo de las más solicitadas por los

jóvenes ¹⁴⁵

Estas Técnicas se agrupan en 7 clasificaciones dependiendo del objetivo que se busca, de la asignatura que va a enseñarse y aprenderse, del firme conocimiento de la materia por el profesor y si conoce estas técnicas, de su habilidad y experiencia para aplicarlas. Asimismo, también depende del número de estudiantes y de su interés y disposición para participar, aprender, pensar, desarrollar ideas, etc. y en donde el factor "emoción" es la constante. Los nombres de algunas de estas técnicas se conocen como "encuadre", "palabras clave", "el balón", "saber escuchar", "la Nasa", etc.¹⁴⁶

En general, éstas técnicas buscan la participación dinámica, significativa y conciente de todos los sujetos involucrados en el proceso de enseñanza-aprendizaje grupal, y que ciertamente pueden ponerse en práctica aún cuando los estudiantes sean numerosos.

Y esta afirmación la sostengo, porque lo experimenté en mi curso de Derecho Internacional Público, (en el Semestre 97-1), al cual se inscribieron 83 estudiantes que cursaban el anterior plan de estudios, lo que significa que el contenido de dicha asignatura todavía es extenso dado que se imparte en un solo curso. Afortunadamente, los autores del nuevo plan de estudios han modificado el programa de la materia, y actualmente la asignatura de Derecho Internacional Público fue dividido en dos cursos.

Asimismo, debo aclarar, que la motivación para llevar a cabo la puesta de las mencionadas técnicas de aprendizaje, me fué aportada por la Profesora Ofelia Eusse Zuluaga del CISE, quién impartió un curso intensivo sobre "Técnicas de Enseñanza-Aprendizaje y Evaluación" al cual me inscribí voluntariamente, pero a invitación para todos los profesores, que hizo la Secretaría Académica de nuestra Facultad y como un esfuerzo más de la misma, para mejorar la enseñanza-aprendizaje y superación de

¹⁴⁵ Según el "Primer Informe de Actividades 1995-1996" del 2o. periodo del Dr. Máximo Carvajal Contreras, informó que la Facultad de Derecho atiende un total de 12'634 estudiantes que se dividen en: 10'232 a nivel licenciaturas; 1'147 en el posgrado y 1'255 en el SUA (10 de Septiembre 1996, p.p. 27-34. Es de informarse también, que este alto número de estudiantes sólo se presenta en nuestra Facultad, porque en las otras Facultades con tendencia a alta matrícula como Ingeniería o Medicina, ya han disminuído la inscripción hasta en un 50 %.

¹⁴⁶ Véase: Chehaybar y Kuri, Edith. "Técnicas para el Aprendizaje Grupal.(grupos numerosos)". Centro de Investigación y Servicios Educativos. U.N.A.M. 6a ed. México 1996.

estudiantes y profesores. Y hago mención de esta particular motivación, porque al implantar técnicas de enseñanza-aprendizaje, es algo ya sabido y reiteradamente solicitado, según lo he mencionado en los capítulos precedentes de esta Tesis, pero que pocas veces se concretaba en impartir cursos para la enseñanza y entrenamiento de estas técnicas a los profesores de la Facultad de Derecho.¹⁴⁷

Asimismo, y una vez que uno adquiere el conocimiento de éstas, ya no se puede, ni se debe permanecer indiferente ante las mismas, argumentando pretextos y no intentar el esfuerzo; o bien, asistir a dichos cursos sólo por llenar una hoja curricular para un expediente.

Estas técnicas que pueden ser aplicadas en grupos numerosos, aún cuando los "semestres" sean de cinco meses y los programas muy extensos pueden llevarse a cabo, desde luego, si hay la verdadera voluntad del profesor de cambiar de actitud hacia la forma en que éste enseña, olvidándose de la cómoda posición de la cátedra "magistral"; y de otras actitudes arbitrarias o unilaterales que los profesores tendemos a imponer, argumentando precisamente que: hay un alto número de estudiantes por curso, la brevedad en los semestres, la amplitud en el contenido de los cursos, el salario insuficiente, el bajo nivel de formación e información de los estudiantes, etc.

No niego que hay mucho de verdad en lo anterior, pero también es pertinente admitir, que es más cómodo ubicarse en dichas posturas y no intentar el esfuerzo, así como el de reconocer, que la Facultad de Derecho en particular, y la Universidad Nacional Autónoma de México en general, (concretamente a través de la Dirección General de Asuntos del Personal Académico; DGAPA), así como sus autoridades, buscan constantemente superar estos graves obstáculos implementando diversos mecanismos como son, por ejemplo, la mejora en los salarios y diversos estímulos económicos y académicos para los profesores y la implantación permanente de los cursos de formación de profesores que señalé al hacer mención del nuevo Plan de estudios de nuestra Facultad y entre los que en particular, está el curso citado .

Para mi, repito, fué muy estimulante este curso, y aún cuando ya en mis

¹⁴⁷ Véase: Material didáctico sobre "Técnicas de Enseñanza y Evaluación" por Eusse, Zuluaga Ofoia. CISE, en el curso impartido en Septiembre de 1996.

anteriores grupos como profesora, usaba ciertas prácticas de enseñanza y algunas de evaluación, pero ahora tengo mejores herramientas (técnicas) para mejorar constantemente la enseñanza que imparto a los estudiantes para que su aprendizaje y superación sean permanentes.

CAPITULO III

LA INTERPRETACION DEL LENGUAJE DEL DERECHO

3.1 La Interpretación del lenguaje del Derecho en lenguaje común.

Quando el lenguaje, "instrumento de la expresión y de la significación", ¹⁴⁸ toma forma, puede interpretarse de diversas formas, es decir, el estudio o análisis del lenguaje puede analizarse desde distintos enfoques: como función biológica, histórica y culturalmente heredada; los sonidos del lenguaje, los procedimientos gramaticales, los tipos de estructura lingüística; sus leyes fonéticas, etc., etc. lo que también hace que se confunda con "la lengua", entendida esta como "idioma", es decir: "El lenguaje es la práctica de la lengua: el ejercicio".

"Todos los mexicanos hablan el español como lengua (idioma) oficial, pero cada mexicano tiene su propio lenguaje", ¹⁴⁹ y si no que nos lo digan los habitantes de ese barrio tan particular que es Tepito y que Armando Ramírez nos interpreta en sus interesantes novelas y relatos. Asimismo, hablamos del "lenguaje" de los abogados, los médicos y otras profesiones y especialidades; del lenguaje de los "políticos", o de otros grupos religiosos, étnicos, y hasta por edades y clases sociales, etc.

Y aquí es donde radica la variedad de interpretaciones que puedan darse del lenguaje, por lo que hablar de "un lenguaje común" puede parecer poco común, pero es evidente que la lengua es común y qué duda cabe que todos nos entendemos en español, independientemente de su diversidad al hablarlo y expresarnos.

No obstante, referirnos a una especie de "generalización" de las palabras o del lenguaje, también debe diferenciarse del contexto en el que el mismo se dé, por lo que en particular, nos enfocaremos al lenguaje jurídico; ya que no es lo mismo decirle a un grupo de mercenarios "esquiroles" o matones a sueldo que hay que "liquidar a los trabajadores inconformes" y estos se

¹⁴⁸ Sapir, Edward. "El Lenguaje" Fondo de Cultura Económica. México 1962.
2a. edición. p. 31

¹⁴⁹ Barcia, Roque. "Diccionario de Sinónimos". Editorial Colofón. México 1990.
p. 290

dispongan para matar; que decirlo al abogado de la empresa o gerente de personal quien deberá entender que "liquidar a los trabajadores" se trata de dar por terminada la relación laboral de éstos previo pago de indemnizaciones, prestaciones y demás conforme a la Constitución y leyes laborales.

Por lo tanto, la palabra clave en la interpretación es: "*intermediario*", que como bien indica Rolando Tamayo, "el 'intermediario' que pone en lenguaje accesible lo que se encuentra en un lenguaje desconocido" es decir, "se aplique a aquel que explica, al que esclarece, al que da sentido".

"El interprete es, pues, una especie de "mediador" que comunica a los demás (generalmente en lenguaje común), el significado que se atribuye a ciertas cosas, signos o acontecimientos"¹⁵⁰

Y aquí también radica la forma de interpretar y cual es el objeto de la interpretación.

Para empezar, se trata a) de la "interpretación jurídica" ? o de "la interpretación del Derecho", o bien, b) de la interpretación del lenguaje del Derecho? y que ya mencioné en el capítulo II, en las diversas formas de interpretar el Derecho.

Asimismo, ya definí que lo que intento interpretar en lenguaje común, es el lenguaje del derecho, es decir, lo que en las normas (artículos de leyes o códigos) se expresa, pero que es confuso, contradictorio, difícil o imposible de aplicar. Lo que es obsoleto, ininteligible, absurdo o incoherente; y porque, como ya señalaba,¹⁵¹ hay que distinguir entre la interpretación jurídica o interpretación del Derecho que tiene una connotación más filosófica; en tanto que la interpretación del lenguaje del Derecho corresponde más al objeto del Derecho mismo, es decir, la interpretación de la norma jurídica. Desde luego, insisto en aclarar que: la interpretación del Derecho y de su lenguaje, están íntimamente relacionadas, porque éste último depende de aquél, pero el lenguaje del Derecho a su vez, depende del contexto en que éste se aplique.

¹⁵⁰ Tamayo y Salmorán Rolando. "Elementos..." Ob. cit. N (56) pp. 333 y 334.

¹⁵¹ Vid supra Capítulo I - 1.4

Por ejemplo, la muy polisémica, sonora y llena de simbolismos palabra AUSENCIA, objeto medular de mi interpretación en el contexto jurídico y trabajo de investigación, es, necesariamente, una palabra que debe ubicarse en su contexto y señalarse claramente su objeto de interpretación; porque la palabra AUSENCIA en principio, tiene un fuerte significado con las emociones, con los sentidos y se usa en un plano metafórico- subjetivo. De aquí, que sea ampliamente usada en el lenguaje literario asociada al dolor o a la muerte; al desamor, a la partida del amante o del amigo; al familiar consanguíneo muerto, etc. Asimismo en el lenguaje médico- psicológico, se le usa como sinónimo de autismo, desvanecimiento, inconsciencia, desmayo, pérdida de los sentidos, evasión, frustración; hipnosis, etc. y así podría continuar señalando sus múltiples significados o sinónimos en los diversos contextos como en la moral, la ética: "ausencia de valores"; etc., etc.

Y si se me permite una incursión conceptual, la Filosofía, como ciencia de la razón y el pensamiento está ausente de toda materia.

Sin embargo, en el plano del lenguaje jurídico, aún cuando la ausencia también es la no presencia; no lo es propiamente de la persona física, sino de la persona jurídica para poder ejercer sus derechos o cumplir con sus obligaciones; es decir, una persona puede estar físicamente presente, pero ausente la capacidad de goce y ejercicio jurídicos.

No obstante, la mayoría de las "ausencias" se interpretan jurídicamente sólo como la ausencia física, es decir, la no presencia física de la persona porque se presupone su muerte, como se verá en el Capítulo IV, dedicado a la interpretación de la figura jurídica de "La Ausencia".

Hasta que punto puedo entonces usar el "lenguaje común" en la interpretación del lenguaje del derecho? y tomando en cuenta que aquel lenguaje "común" es más o menos impreciso o admite diversas interpretaciones, aún cuando alcance cabalmente la comunicación; y depende también, que para hallar el sentido que una palabra posee en la comunicación hay que tener en cuenta el conjunto de conocimientos aplicables.

Por lo tanto, y aún cuando "el lenguaje común carezca de la univocidad que es propia por ejemplo, del lenguaje lógico- matemático y de las

ciencias naturales, no quita, que a pesar de todo, en muchos casos dicho lenguaje pueda llegar a ser suficiente para ciertos niveles de la comunicación"¹⁵² Y esto es muy cierto, cuando se trata de hacer entender a los estudiantes de Derecho cuando hay vaguedad, ambigüedad, inconsistencia, contradicción u otras indeterminaciones en el lenguaje del Derecho. Ahora bien, si se trata de investigación jurídica, se tendrá que acceder a la hermeneútica, al lenguaje como ciencia, etc. Es decir, a concepciones lingüísticas más avanzadas.

Sin embargo en mi propuesta, no se trata de entrar en el estudio profundo de la hermenéutica jurídica del lenguaje del Derecho, sino de emplear un lenguaje jurídico "común" accesible a los estudiantes que ya conocen los términos jurídicos teóricos, pero que probablemente los conocen solo en ciertos contextos o no tienen experiencia como abogados y que por lo mismo, estos términos se confunden, son ambiguos, innecesarios, etc.

Es decir, si bien es cierto que la técnica de interpretación va a ser sencilla, ello no significa que sea simple, porque se parte de la base de que el estudiante ya conoce los conceptos y puede definirlos, clasificarlos, ejemplificarlos, etc. pero la falta de experiencia práctica les dificulta su cabal entendimiento. Por ello la propuesta de esta técnica de enseñanza-aprendizaje, se debe llevar a cabo, en los últimos semestres de la carrera de Derecho.

En otras palabras, no se va a enseñar al estudiante la materia desde el punto de vista teórico-conceptual, sino que el estudiante va a conocer directamente el texto legal e interpretarlo únicamente cuando estén presente las indeterminaciones arriba señaladas y en particular, que la figura jurídica que intentan regular estas normas, carezca de sustento teórico o doctrina de autores locales; no hay jurisprudencia y sólo algunas tesis y la práctica es poca e inconsistente.

Muchas veces ni siquiera tendrá propiamente que interpretar, sino simplemente darse cuenta de la incongruencia, obsolescencia, contradicción, etc. del enunciado jurídico (artículo, disposición, título, etc.)

¹⁵² Habba, P. Enrique. "Apuntes sobre el Lenguaje Jurídico 1" Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho. Revista de Ciencias Jurídicas. San José de Costa Rica. No. 39 Septiembre-Diciembre de 1979. p.32

con solo leerlo, y si no aprecia la falla, motivarlo entonces a pensar, interpretar, y señalarle en qué casos aplicaría dicha norma, ante qué circunstancias, si es defendible, aplicable, posible, etc. es decir, enseñarlo a aplicar el Derecho.

Lo anterior, tampoco significa que se proceda superficialmente al interpretar el texto, porque muchas de estas interpretaciones requerirán de un análisis más severo en cuanto a la hermenéutica, la sintaxis, un planteamiento de análisis inductivo o deductivo y hasta de los elementos de la lógica, es decir, un tratamiento o método "más científico" de la interpretación.

Sin embargo, si bien es cierto que el conocimiento científico tiene características más rigurosas que lo diferencian de otros métodos y tipos de conocimiento, no hay que darle un protagonismo exagerado en detrimento de los demás. Ya Ernst Nagel al igual que otros científicos, hace la diferencia entre el sentido común y la ciencia, para darles a ambas su papel: de origen al primero en favor del segundo.

"El ser humano, pudo sobrevivir durante muchos milenios utilizando solamente su 'sentido común', para solucionar de manera práctica los problemas que se le presentaban, entonces, cuál es el mérito de la ciencia? Nagel indica que es el deseo de encontrar explicaciones sistemáticas al describir los fenómenos y explicar el por qué de los mismos."

Asimismo señala, "que los descubrimientos no siguen reglas preescritas para hacer descubrimientos experimentales o para hallar explicaciones satisfactorias de cuestiones de hechos. No hay reglas para el descubrimiento y la invención en la ciencia, como no las hay en las artes."¹⁵³

¹⁵³ Nagel, Ernst. Citado por Rosalío Pérez Durán en Metodología Jurídica. Ob. cit. N (58), pp. 155 a 157.

3.1.1 En torno a la Metodología Jurídica y la técnica para la interpretación del Lenguaje del Derecho.

Ya me referí en el Capítulo I al problema del método y la ciencia del Derecho,¹⁵⁴ por lo que solo haré referencia aquí, a la Metodología Jurídica como "auxiliar" en la interpretación del lenguaje del Derecho, pero aclarando que emplearé a ésta en su contenido más simple, es decir, "dependiendo del contenido que se le dé a la ciencia jurídica, o de la amplitud de problemas y cuestiones que se deseen incluir en la propia metodología".

Así entonces, mi ámbito jurídico se reduce en este caso, al nivel "micro", esto es, a verificar a través de la interpretación, " si efectivamente se llevó a cabo el supuesto normativo en un caso concreto"¹⁵⁵ Esto es, darle al Derecho una interpretación en el plano lingüístico. O lo que Villoro Toranzo define como " (la metodología jurídica es..) la rama de la Metodología que tiene por fin investigar una solución jurídica, es decir, una solución justa ante un problema concreto surgido de la realidad social e histórica"¹⁵⁶

El jurista Fix Zamudio quien se refiere ampliamente a estas cuestiones indicándonos cuatro campos de acción de la metodología jurídica, y que ya señalé, destaca sin embargo, el segundo campo de acción que consiste en " examinar las técnicas más adecuadas, para la elaboración, investigación, enseñanza y aplicación del derecho.", y la importancia de vincular los métodos empírico y racional porque se complementan recíprocamente y finalmente, que el método y la técnica pueden interpretarse como sinónimos siempre y cuando se utilice en éstos cierto rigor científico.¹⁵⁷

Asimismo el justo destacar la labor del Dr. Jorge Witker, como uno de los más persistentes autores en modificar la tradicional, inmovilizada y hasta "cristalizada" enseñanza del Derecho, quien desde hace muchos años ha insistido en la propuesta de modernas pedagogías y didácticas en varios campos del Derecho; pero en particular para el aprendizaje del Derecho.

¹⁵⁴ Vid supra Capítulo I 1.2 "El Derecho y el Método"

¹⁵⁵ Metodología Jurídica. Ob. cit. N. (58) p. 169

¹⁵⁶ Idem.

¹⁵⁷ Fix, Zamudio Héctor. "Ensayos..." Ob. cit. (9) 21 y 23

Asimismo, véase: Vid supra Capítulo I -1.2.2 y Capítulo II-2.1 y 2.6

Y si bien es cierto que el autor no ha incursionado todavía directamente en la interpretación del lenguaje del Derecho, pero al pasar revista crítica a los viejos y tradicionales modelos de enseñanza, como al exponer sus interesantes propuestas llamadas "didáctica activa" y que mencioné en el Capítulo II, a propósito de los espacios de enseñanza en que puede usarse la técnica de interpretación del lenguaje del Derecho, contribuyen poderosamente y en definitiva a una metodología del trabajo jurídico y de la enseñanza del Derecho en que tanto ha insistido este autor.¹⁵⁸

3.2 Los distintos planos de Interpretación tradicional del lenguaje del Derecho.

Señalé que la ciencia jurídica tradicional, se ha enfrentado mayoritariamente a una labor de carácter fundamentalmente de interpretación en el plano lingüístico, que se ha venido produciendo desde Savigny hasta nuestros días. Así, el lenguaje jurídico expresado principalmente en la ley, la doctrina y la jurisprudencia; son la fuente formal, no sólo del derecho positivo sino el núcleo principal de la actividad de interpretación del lenguaje de las leyes.

Por lo que cabe preguntarse ahora, cómo razona el jurista dentro de este lenguaje?

El Dr. Enrique P. Habba¹⁵⁹, jurista experto en la interpretación del lenguaje del Derecho, nos indica que son fundamentalmente tres planos de comprensión en que el jurista razona en la comprensión del lenguaje jurídico:

1) Plano del lenguaje común. Es decir, el jurista razona con base en los sentidos que son obvios en el lenguaje común. Es una comprensión no problematizada en base a la intuición lingüística que es habitual en la comunidad en la que vive, y que eventualmente matiza con algún "término jurídico" pero no va más allá, por lo que ésta interpretación tendrá todas las imprecisiones del lenguaje cotidiano entremezcladas con un "lenguaje

¹⁵⁸ Véase Witker, Jorge, "La Enseñanza.." Ob. cit. N. (141) Asimismo, Vid supra Capítulo II-2.9

¹⁵⁹ Habba, P. Enrique. Ob.cit. N. (38). pp. 26 y ss.

jurídico".

2) Plano de los "cánones hermenéuticos", éste se da con intentos específicos de racionalización del pensamiento jurídico por medio de "cánones hermenéuticos", es decir, de criterios generales para abordar la interpretación de los textos en el derecho y que fueron aportados por Savigny; ellos son: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático. Estos cánones fueron clásicos en la dogmática y en la jurisprudencia continental.

También nos dice Habba, que hubo autores que introdujeron variantes como Emilio Betti, pero sin apartarse mucho de Savigny. Sin embargo, concluye Habba, que la aplicación de este plano de interpretación se ha dificultado porque cada uno de estos cánones no puede ser interpretado de maneras distintas y por el problema de la jerarquía. Es decir, en caso de contradicciones entre éstos, a cuál se le dará preferencia?

3) Plano o el de la flexibilidad y variabilidad que tienen las interpretaciones de los textos del derecho; dado el tan polisémico término, este plano se mueve entre la retórica, la dialéctica, la argumentación, la hermenéutica, etc. evitando una interpretación fría de la lógica formal. Por lo que ante tal panorama, Enrique P. Habba concluye que los tres planos no han sido excluyentes en la interpretación tradicional. El jurista los utiliza en el terreno de "las argumentaciones" y ello se explica, porque como ya se ha mencionado insistentemente, el Derecho no tiene una frontera nítida como objeto de valor, de norma y de hecho.

Por lo anterior, cuáles son las perspectivas que debe tomar en cuenta el jurista que se enfrenta a la interpretación del lenguaje jurídico?

Partiendo de que el objeto de la ciencia jurídica tradicional sigue siendo el lenguaje del derecho y éste contiene términos vulgares, conceptos técnico-jurídicos, esquemas normativos, cánones hermenéuticos, objetivos axiológicos, supuestos ideológicos, etc. y todos se mueven en el terreno de las argumentaciones, hay ramas del Derecho que se relacionan con mayor intersubjetividad que otras y que por lo mismo, ofrecen un mayor número de dudas e interrogantes de cómo debe interpretarse ese lenguaje y si son satisfactorios los resultados.¹⁶⁰

¹⁶⁰ Habba, P. Enrique. Ob.cit. N. (38) . pp. 26 y ss..

Esto nos conduce a pasar de lo descriptivo a lo valorativo y para ello hay que señalar pautas o elegir el sentido normativo del lenguaje jurídico a interpretar, o lo que Alf Ross llama "la conexión" de una palabra para que el término funcione. "Se trata del marco formado por la expresión, el contexto (lingüístico) y la situación (no lingüística) en que la palabra es utilizada".

"La interpretación por *conexión*, recurre justamente, a otros datos que la simple referencia al uso de las palabras; ella se vale de todos los hechos, hipótesis y experiencias que puedan arrojar luz sobre lo que una persona intentó comunicar."¹⁶¹

Muchas veces, el simple hecho de precisar una expresión vaga constituye una interpretación, pero hay que elegir la más apropiada que proporcione el contenido de la expresión examinada; sin embargo, tampoco la elección significa una decisión tajante o concluyente ya que en general el lenguaje es tolerante, por lo que hay que aclarar que se trata de una interpretación extensiva o restrictiva dentro del lenguaje jurídico y para las necesidades propias del derecho o de la institución del derecho que en el contexto se esté examinando, y aquí el intérprete, juega un papel clave y muy activo.

¹⁶¹ Alf, Ross, citado por Habba, P. Enrique. Ob. cit. N. (152) pp. 46 y 47

3.3 Distintas clases de Interpretación.

Partiendo de que la interpretación jurídica se trata de una explicación del lenguaje jurídico (lenguaje objeto), tendrá que dársele por lo tanto una función descriptiva o explicativa y usarse distintos planos de los que Enrique Habba nos dice y que Hans Kelsen confirma al indicar que : "No existe genéricamente ningún método -caracterizable juridicopositivamente-, según el cual uno entre los varios significados lingüísticos de una norma pueda ser designado como correcto" .¹⁶²

Incluso Kelsen nos habla de que el derecho pueda ser intencionalmente indeterminado, bajo el supuesto de que la norma individual " continuará el proceso de determinación"; sin embargo, más adelante aclara que este proceso de interpretación debe estar apegado a criterios de derecho positivo, esto es, las normas metajurídicas que se empleen para la interpretación como las de la moral, la justicia, el bien común, el interés del Estado, se transformen en normas jurídicas positivas.¹⁶³

Por lo que respecta a Luis Recaséns Siches, quién nos dice que hay que eliminar la multiplicidad de métodos de interpretación que por tanto tiempo se han empleado y que son todos ellos insatisfactorios, insuficientes e injustificados como son el literal, subjetivo, objetivo, subjetivobjetivo, consuetudinario, histórico, analógico, equidad, etc. o usando para ello, "artilugios de la lógica que la presentasen como de estricto acuerdo con las palabras de la ley" ;¹⁶⁴ propone el ejercicio del *logos de lo razonable o de lo humano*, porque aplicado a la interpretación jurídica supera aquella pluralidad de métodos, "Ante cualquier caso, fácil o difícil, debemos proceder razonablemente, percatándonos de la realidad y sentido de los hechos, de las valoraciones en que se inspira el orden jurídico positivo, y, conjugando lo uno con lo otro llegar a una solución satisfactoria".¹⁶⁵

Sin embargo también el mismo autor sostiene, que "No puede haber interpretación abstracta de las normas jurídicas, sino solo en función con el estudio de las realidades concretas a las cuales van a ser aplicadas las

¹⁶² Kelsen, Hans "Teoría Pura..." Ob. cit. N (80) pp. 349-356

¹⁶³ Idem.

¹⁶⁴ Recaséns, Siches Luis "Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX" Pomúa, México 1963. p. 546

¹⁶⁵ Idem.

normas" y más adelante explica: "La interpretación, por otra parte, no empieza con el exámen de la norma, sino que empieza, en efecto, con la averiguación de cual sea la norma aplicable al caso planteado, dentro del orden jurídico vigente."¹⁶⁶

Esta afirmación del jurista que se ajusta por principio a mi propuesta, me deja sin embargo con algunos puntos sin aclarar, como son por ejemplo, cuando sostiene que "no pueden hacerse interpretaciones abstractas" pero sin explicar cuáles son estas o que entiende el autor por las mismas.

Si por abstracto debo entender una cualidad excluyente de objeto, sujeto o realidad, pienso que no es muy acertada esta concepción, porque el lenguaje del Derecho está lleno de abstracciones, y cuyas interpretaciones o explicaciones son o pueden parecer abstractas al no versado en derecho. Porque como bien señala Rolando Tamayo al indicarnos que a través del discurso jurídico es que se construye una "realidad jurídica" o lo que él denomina la "demiurgia" jurídica y que ya mencioné en el Capítulo II.¹⁶⁷

Es pertinente recordar, cómo las expresiones "derechos", "obligaciones", "facultades", "capaz", etc. las mencionamos como si fueran reales, señala el autor, y sin embargo es obvio que no pertenecen al mundo sensible. Los "hechos" jurídicos son hechos del mundo. Y siguiendo a Karl Popper explica: "El enunciado jurídico que describe un hecho jurídico es un enunciado de naturaleza descriptivo".

Ahora bien, si lo que Recaséns Siches quiere decir es que el intérprete no caiga en un lenguaje o en explicaciones genéricas, ideales, imprecisas, irracionales, vagas, simbólicas u otros sinónimos relativos a abstracto y que confundan al lector de las interpretaciones, estas se tergiversen y estén desconectadas de las realidades concretas a las cuales van a ser aplicadas las normas; estoy de acuerdo con el jurista, porque sería absurdo que se confundiera al lector con un lenguaje "abstracto" al interpretar, si lo que se busca precisamente con esta acción, es descifrar, explicar, desentrañar, hacer accesible el lenguaje a los demás para ser aplicado en situaciones concretas.

¹⁶⁶ Recaséns, Siches Luis "Tratado General de Filosofía del Derecho"
Porrúa, México 1965. p. 3

¹⁶⁷ Vid Supra. Capítulo II -2.4.1 "El Lenguaje Jurídico y otras Concepciones"

3.3.1 El Valor de la Justicia en la interpretación del Derecho

Por lo que respecta a la mención que el mismo autor hace de "las valoraciones inherentes al orden jurídico positivo con el que se esté operando", creo que la justicia debe ocupar un valor preponderante al interpretar el Derecho, porque nadie duda que sobre la misma, hay consenso universal como valor esencial del Derecho.

Toda norma jurídica, ya se considere como un mandato, como un imperativo, como una regla de conducta o como un criterio de decisión de los conflictos debe llevar implícito el valor de la justicia.

Qué clase de justicia? es la primera elemental pregunta que se hará el intérprete frente a las distintas "clases" de justicia, porque es sorprendente el divorcio entre los que defienden la justicia legal y los que claman una mezcla entre justicia distributiva y justicia social. Los primeros, generalmente también son los defensores del "estado de Derecho", aún cuando sean estos los que hacen muy poco por sostenerlo; son defensores de las sacrosantas "Instituciones" que muchos de ellos dirigen, aún cuando las mismas estén corroídas hasta sus cimientos por la corrupción; y son defensores a ultranza de la ley: "la ley es la ley" - argumentan- en sus decisiones como juzgadores, legisladores o aplicadores del Derecho, aún cuando ésta, sólo sea obligatoria para los más desprotegidos por la misma.

Hablar del concepto de justicia y todo su entorno jurídico, filosófico, histórico, sociológico, religioso y humano es tan trascendente que no es suficiente con mencionar su valor universal, porque simplemente, si se lleva al ámbito de la administración de justicia en el Derecho, ahí está su principal miseria moral en donde la justicia se transforma en injusticia.

No obstante, siempre se insistirá en su valor supremo y en la profunda filosofía de su significado y tan es así, que los juristas, y los estudiosos de la filosofía del Derecho y la ciencia del Derecho; los filósofos y los analistas de la ciencia política, siempre reinciden sobre este supremo valor, aún cuando sus pensamientos, doctrinas y debates sean discordantes, polémicos, y muy críticos entre ellos, y es lo que hace el tema de la justicia relevante y de permanente actualidad.

Y así me pareció la conferencia que sobre la "Teoría de la Justicia" y el "Liberalismo Político" ambos de Jhon Rawls, debatieron Paulette Dieterlen, José Fernández y el Dr. Rolando Tamayo, y en la que se destacó en particular, uno de los pensamientos más elementales, pero no por ello más real y demoledor, que el Dr. Rolando Tamayo dijo a propósito de la idea de Rawls, de que en una sociedad justa, los derechos concedidos por la justicia, no estarán sometidos a la negociación política ni al cálculo del interés social; y concluyó diciendo que: "La justicia y los derechos no existirán, en tanto los tribunales no existan y todo el aparato judicial y jurisdiccional, no los deje existir, ni los justifique ni los reconozca. Rawls invade la Filosofía del Derecho y quiere convertirse ilegítimamente en filósofo del Derecho, pero es evidente que no conoce la práctica jurídica".¹⁰⁸

3.3.2 Dificultades que enfrenta la interpretación del lenguaje de las leyes.

El lenguaje común en general, presenta una serie de indeterminaciones que son : ambigüedad o pluralidad, vagüedad, inconsciencia y lo que algunos autores denominan "fuerza" o naturaleza de una expresión lingüística, y que se refiere al "tema" predominante en la interpretación y que el intérprete asume como el que debe prevalecer y que tiene relación con el contexto en el que una palabra es utilizada.

Al parecer, la única manera de superar, relativamente, las indeterminaciones de algunas palabras, consiste en precisar el contexto en la cual se aplica y en última instancia en otras circunstancias extralingüísticas, como pueden ser la de darle una interpretación "pragmática" al término.

Por otra parte, se afirma que el lenguaje del Derecho, por ser un lenguaje "formalizado" es decir, que es consistente, completo y decidido, ("*es de explorado derecho que...*") presenta menos indeterminaciones que el lenguaje común. Sin embargo, las dificultades que en la manera en cómo éste se expresa, son múltiples.

En primer término, está lo que los juristas llaman "lo incompleto de la ley",

¹⁰⁸ Facultad de Derecho, Aula Magna "Jacinto Pallares" 28 de Agosto de 1996.

es decir, que aquella no consigue expresar de una manera integral y sin equívocos, la idea o el pensamiento que se supone la misma debe contener, por lo que el intérprete debe efectuar una concreción, tarea que puede complicarse, porque los textos jurídicos escritos se presentan petrificados ante las múltiples situaciones personales concretas que deben atender como ley, por lo que dicha *concreción* debe estar fundamentada con la argumentación jurídica necesaria por el intérprete.

Y esto es muy cierto por ejemplo, en el concepto de *propiedad*, el cual pareciera que todos los juristas comprenden, porque es uno de los conceptos básicos no solo en el Derecho, sino de la naturaleza y necesidades humanas. Así, por ejemplo, todo abogado, juez o persona interesada en saber quién(es) es el propietario de un inmueble, solicitará los títulos de propiedad sobre el mismo para confirmar el pleno derecho sobre éste; no obstante, si la persona propietaria del mismo *está ausente*, de conformidad con los artículos 648 y 649 del Código Civil para el D.F. ambos artículos verdaderamente confusos, según se verá en el Capítulo IV de esta Tesis¹⁰⁶; y en donde nunca se sabe con certeza quien detenta la propiedad, cual es la situación jurídica real del cónyuge del ausente, de sus hijos presuntos herederos, de sus socios; del "administrador" de los bienes del ausente y sus responsabilidades dado el cúmulo de requisitos y todas las personas involucradas antes citadas.

Asimismo y lo que hace más confusa esta situación, es que puede abrirse el testamento una vez que se ha declarado la presunción de muerte del ausente, disolverse la sociedad conyugal, etc.

Sin embargo, si el ausente regresa, según el artículo 697 del citado Código, "recobrará sus bienes" es decir, todo vuelve a ser igual como era antes de su partida, es decir, de su "ausencia", lo cual es una aberración jurídica ante la cantidad de situaciones jurídicas que se han llevado a cabo y que hacen, materialmente imposible esta restitución de bienes del ausente "asi nada más" como lo pretende el citado artículo.

Por lo tanto, la interpretación del Derecho, a diferencia de otros tipos de entendimiento del lenguaje, es un proceso sometido a finalidades jurídicas preestablecidas, es decir, a reglas de interpretación.

¹⁰⁶ Vid infra: Cap. IV - 4.2.2.1. p.p. 114 y ss.

Asimismo, el intérprete tiene que elegir, o lo que Ross denomina las *conexiones* es decir, "todos los hechos, hipótesis, experiencias que puedan arrojar luz sobre lo que una persona intentó comunicar"¹⁷⁰ de aquí que, como ya lo había señalado, el papel del intérprete es determinante (*elige*), en ésta tarea de interpretar, con el propósito de alcanzar un mayor grado de precisión que en lenguaje común , y del cual proviene.

3.3.3 El problema de la precisión y claridad en el lenguaje del Derecho.

El problema de precisar el lenguaje del Derecho, en comparación con otros lenguajes, por ejemplo, el de la medicina, las ciencias naturales o de la geología que parten de un lenguaje "natural" y por ello menos impreciso, es una ardua tarea en la que coinciden los estudiosos de esta área.

Hay quienes son verdaderamente pesimistas para pensar, que alguna vez el lenguaje del Derecho alcanzará al menos, cierto grado de precisión ; y del otro lado, los que consideran lo contrario, es decir, que hay un sentido bastante preciso en cada texto legal.

Situación que en mi opinión así debe ser, dada la característica de **seguridad** que el Derecho debe tener .

Se dice que un lenguaje es preciso, cuando no presenta las características de vagüedad, ambigüedad (polisemia) o inconsistencia, que se pueden presentar tanto en un término en particular, en el plano de un enunciado o en un texto considerado.

Asimismo, señala Enrique Habba "No hay que perder de vista que la precisión admite diferencias de grados, que van de mayor a menor. El grado de precisión será mayor, cuanto más reducido sea el conjunto de eventos que pueden ser imputados; e inversamente, será menor, cuando sea más amplio este conjunto"¹⁷¹.

Por la misma razón, añade el autor: "La precisión de un término, depende

¹⁷⁰ Alf. Ross "Lógica de las Normas" Editorial Tecnos, Madrid 1971. pp. 19 y 20

¹⁷¹ Habba, P. Enrique "Determinación en la precisión del Lenguaje del Derecho" Apuntes sobre el Lenguaje Jurídico II Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho. San José de Costa Rica. No. 38 Mayo-Agosto de 1979. p. 231

también de la intersubjetividad en el seno de un círculo de usuarios del lenguaje en cuestión y la unidad que exista entre ellos”¹⁷² Es decir, el autor enfatiza entre quiénes son los legitimados para decidir sobre la precisión del término y si existe unidad de aprobación entre ellos sobre la imputación al mismo.

Por otra parte, la “claridad” de un término aparece constantemente vinculada a la idea de precisión, sin embargo son conceptos diferentes.

La claridad en una idea, significa que es aprehendida, de tal manera que siempre será reconocida en donde ésta se encuentre y ninguna otra será reconocida en su lugar. La claridad de un concepto, también entraña un concepto psicológico; es decir la convicción por parte del usuario de que ese mismo concepto es usado por el y varios usuarios sobre una misma cosa, idea o situación.

No obstante, la “claridad” en un concepto no significa determinación por el mismo, porque siempre existirá un margen de imprecisión.

Por lo tanto, la claridad es una convicción subjetiva sobre el término, el cual sin duda todo mundo entiende. Por ejemplo, la palabra “ausente” que en general se comprende como la no presencia física o tangible de alguien o algo.

Sin embargo, la precisión del mismo concepto, implica un alto grado de intersubjetividad en el uso efectivo de la expresión lingüística (lenguaje jurídico); así entonces, la “ausencia” en el derecho civil, significará la no presencia física de una persona; la ausencia de capacidad jurídica aún cuando esté presente la persona; la presencia de su apoderado, representante, mandatario, etc. más no de la persona requerida, etc.

Esto significa también, que la claridad y la precisión pueden coincidir o no, y esto es frecuente en el lenguaje común o en el discurso. No obstante, para el jurista es necesario que coincidan a *fortiori*, porque generalmente un concepto claro es preciso, y esto le da cientificidad a la argumentación

¹⁷² Habba, P. Enrique “Determinación en la precisión del Lenguaje del Derecho” Apuntes sobre el Lenguaje Jurídico II Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho. San José de Costa Rica. No. 38 Mayo-Agosto de 1979. p. 232

jurídica.

Claro que esto depende también del intérprete, esto es, su papel es determinante porque muchas veces éste decide si el texto en cuestión, tiene que ser interpretado porque le parece que no es claro o es impreciso, aún cuando sea claro para otros juristas. De aquí que se haga necesario aclarar, que al hablar de precisión en los textos jurídicos, éstos tienen que ser claros efectivamente y no sólo que nos parezcan claros.

3.3.4 La Interpretación lógica.

Señala Morris Cohen, que las leyes de la lógica no son las leyes universales con arreglo a las cuales pensamos realmente, "...porque los principios de cada ciencia son las leyes conforme a los cuales debemos pensar, si queremos pensar correctamente sobre su objeto peculiar."

La pregunta entonces para saber cuál es el papel de la lógica, para Cohen la respuesta es sencilla; "al igual que las demás ciencias [es el de] promover la comprensión correcta."

Asimismo el autor nos habla de la lógica moderna, la cual a su juicio, es más flexible que el silogismo aristotélico "y es enteramente idónea para habérselas con el mundo de las probabilidades y de las incertidumbres que constituyen el verdadero objeto de la ciencia y el material de la vida cotidiana".

No obstante, se manifiesta contra el abuso de la lógica y de partir de premisas falsas que señala se dan particularmente en el Derecho, porque los jueces no invocan en las mismas las analogías humanas de las que está impregnado el sistema legal.¹⁷³ Y ello tiene que ver, particularmente, con la interpretación del Derecho en donde la lógica ha jugado un papel muy importante y sus antecedentes dentro del campo del Derecho se remontan hasta 1615 con la obra de Martín Schikhardus con su obra *Lógica Jurídica*.

Es largo el camino de la lógica en las concepciones de la ciencia jurídica,

¹⁷³ Cohen, Morris F. "Introducción..." Ob. cit. N. (23) pp. 15 y 234

pero también son extensas las argumentaciones sobre el empleo de esta lógica en el Derecho en particular en su interpretación y en donde varios autores coinciden como Cohen en señalar, el abuso en el empleo de esta "lógica jurídica" y en la necesidad de rescatar su importancia, pero en equilibrio con la axiología jurídica y la realidad social.

Por ejemplo, Rolando Tamayo analiza las "inferencias" jurídicas que se presentan en el Derecho y que muchos autores toman como "consecuencias lógicas" porque hay una "ilación" en las mismas. Sin embargo, el autor demuestra que lo que sucede es que, como la hermenéutica jurídica ha hecho propias muchas reglas de la lógica, de tal manera que lógica y reglas hermeneúticas coincidan; y en este sentido, la escuela de la "Jurisprudencia dogmática" según la cual "Se busca lo general hasta llegar a los principios o dogmas generales en los cuales todas las disposiciones unitarias orgánicamente convergen," ejemplifica la confusión antes citada, porque pretenden que las consecuencias de tales principios o dogmas "son lógicos" y por ello son las reglas que van a completar el sistema jurídico, pero como bien señala el citado autor: "el que alguna cosa sea una consecuencia jurídica no es un problema lógico *estricto sensu* ", además, esta escuela con su rigorismo dogmático que no permite la crítica, olvida el trascendente papel de los procesos sociales.¹⁷⁴

Por su parte, Luis Recasens en su amplio análisis de las diversas escuelas que se han ocupado de la interpretación del Derecho, y en particular de las que emplean la lógica, señala de manera muy simple que el Derecho no es un mero asunto de *lógica* ni debe serlo. Desglosa toda la ofensiva de muchas escuelas y autores, que contra la deducción lógica o lógica tradicional se ha levantado, pero sin menoscabo de la justificación de la lógica, la ontología formal y la axiología del Derecho y sin olvidar que " El Derecho es sobre todo, un instrumento para la vida social, para la realización de los fines humanos dentro del cauce vario y cambiante de la historia"¹⁷⁵

Los ejemplos anteriores sobre dos destacados autores que analizan el abuso en el empleo de la lógica en la interpretación del lenguaje del

¹⁷⁴ Cfr. Tamayo y Salmorán Rolando "Elementos..." Ob. cit. N. (56) pp. 371, 373 y 392

¹⁷⁵ Cfr. Recaséns, Siches Luis. "Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho" Porrúa, México 1980. 3a edición. pp. 26 y ss. 70

Derecho y las consideraciones que los mismos llegan en el sentido de que no debe prescindirse de aquella; sino comprender, que las consecuencias jurídicas no son meras conclusiones lógicas, sino respuestas prácticas "(en el sentido de filosofía práctica.)" Hablar de la "Lógica" no es una simple palabra, enfatiza Rolando Tamayo, hablar de "lógica" es hablar y decir muchas cosas más.

Con ello se entiende que es hablar de toda una disciplina de la Filosofía que estructura el pensamiento en forma razonada, coherente y real. Asimismo, concluye Recasens Siches, la crítica es a la lógica tradicional, es decir, el problema de la interpretación es un problema de lógica material y no de lógica formal.

3.3.4.1 La Lógica Deóntica

Ya hice referencia a varias modalidades en el empleo de la lógica en la interpretación del lenguaje del Derecho, sin embargo hay una que atrajo la atención de los juristas porque se presenta como un modelo "revolucionario" en la interpretación del lenguaje del Derecho.

Particularmente, en la interpretación de la norma, y es aquella que se conoce como la Lógica Deóntica que destacó Henrick Wrihth y que definió como "el estudio lógico-formal de conceptos normativos"; siendo para el autor tales conceptos, las nociones de obligación, permisión y prohibición, pues parte de que el problema en el Derecho es saber si, *deber* implica *poder*, es decir, "si hay una contradicción lógica (conceptual) contenida en la idea de que alguien debe hacer algo que no puede hacer (ética de Kant)"¹⁷⁶

La Lógica Deóntica, señala Alvaro Rodríguez Tirado, "Es una herramienta, un modelo explicativo que no representa la propuesta de modificar el lenguaje, sino de entenderlo más a fondo", según este autor, se trata del discurso del juez, el legislador, el abogado, la gente de la calle que reflexiona sobre cual es su situación moral o jurídica en un momento determinado"¹⁷⁷

¹⁷⁶ Von Wright, Georg Henrik. Un Ensayo de Lógica Deóntica y la Teoría General de la Acción. Instituto de Investigaciones Filosóficas. Estudios Monográficos 2. UNAM Mexico 1976. p. 11

¹⁷⁷ Rodríguez, Tirado Alvaro. Lógica Deóntica y Modelos Semánticos. Idem. p. 32

No obstante, el mismo autor señala las deficiencias del modelo, al señalar entre otras conclusiones, que es un instrumento de análisis de la ciencia del Derecho y no del Derecho mismo; es decir, la constante confusión que Rolando Tamayo insiste en señalar, de que se confunde a la Ciencia del Derecho con su objeto.

Y en efecto, la lógica deóntica se concentra en analizar los requisitos para realizar la inferencia correcta de un razonamiento, en el que al menos una de sus premisas es una norma de la hay que señalar si es falsa o verdadera, porque de ella va a resultar un silogismo práctico que es además un imperativo.

Sin embargo, señalar si una norma es falsa o verdadera, pertenece más a la Filosofía del Derecho.

Por otra parte, "La validez del silogismo práctico se ha puesto en duda ya que las normas jurídicas imperativas de mandato, constituye un juicio lógico puesto que se expresa en un sentido imperativo no declarativo, situación para lo cual no puede tener los valores que tiene una proposición lógica, es decir, verdad o falsedad."¹⁷⁸

En la interpretación de la norma, los términos, lícito, ilícito, obligatorio, potestativo, válido, inválido; son más propios del Derecho que verdad o falsedad; los que emplea Von Wrigth de permitido, prohibido, obligatorio o indiferente; o los de Kalinowsky de: derecho a no hacer, derecho a hacer y deber hacer.

Finalmente Enrique P. Habba, opina que debido a las imprecisiones de los lenguajes comunes, hay quien se siente tentado a sustituirlos por lenguajes artificiales, enteramente simbolizados y formalizados como la lógica deóntica."¹⁷⁹

"Y si lo que interesa es el estudio del lenguaje realmente aplicado a la práctica jurídica, este continúa siendo, en su mayor parte un

¹⁷⁸ Metodología Jurídica Ob. cit. N. (58) p. 54

¹⁷⁹ Cfr. Habba, P. Enrique, "Determinación..." Ob. cit. N. (171) pp. 260-265

lenguaje natural". El autor no desconoce el interés de la lógica deóntica sobre todo porque señala que este tipo de lenguajes formalizados tienen un alto grado de intersubjetividad que sirve a la interpretación del Derecho, pero concluye que si el problema es saber en qué medida son aplicables lenguajes de esa índole para solucionar problemas jurídicos, resultan estos más inconvenientes porque los lenguajes formalizados son la manera más imprecisa de expresarse sobre cuestiones jurídicas y tienden a ocultar cuales son las soluciones a estos problemas jurídicos; y concluye que " La dimensión sintáctica del derecho y de otros lenguajes normativos que son explorados en la lógica deóntica que se preocupa más de traducir o sustituir ciertos aspectos del lenguaje de los juristas por modernas fórmulas de carácter lógico-formal, si bien son de interés desde algún punto de vista, no aportan mucho para la comprensión o mejoramiento de la forma en que piensan corrientemente los juristas y tienden a ocultar o disimular los problemas de fondo".¹⁶⁰

O también alejarse de la realidad, por ello el jurista tiende a inclinarse por la Sociología Jurídica que por la Filosofía del Derecho, porque aquella le proporciona mayores elementos para intentar adecuar la norma a la realidad; que los mecanismos lógicos, pero a veces demasiado rígidos y formalistas con los que trabaja la Filosofía.

¹⁶⁰ Cfr. Habba, P. Enrique, "Apuntes...I" Ob. cit. N. (152)

3.3.5 El Intérprete tiene que elegir

Ya indiqué que las opciones para el intérprete son muchas y muy variadas y depende de las circunstancias en que el mismo se halle y el contexto del texto legal o norma a interpretar; del objeto de su investigación o interpretación; de quién se trata, es decir, si es el juez, el abogado, el legislador, el estudioso o investigador, el publicista o doctrinario, etc.

Asimismo señalé, que pueden elegirse una o más de las muchas y muy variadas interpretaciones, no sin advertir, que el hecho de elegir tampoco supone definición; porque la elección también depende, de que algunos textos presenten o no esa eventual pluralidad de contenidos semánticos y aquí radica la cuestión de las "Autoridades", es decir, el que "algo" o "alguien" determina el verdadero contenido semántico del texto y que por lo tanto, "le corresponde" dar la "última palabra" sobre su significado.¹⁶¹

3.3.5.1 El sentido amplio y el sentido estricto.

El mismo término "sentido" es de lo más polisémico, sin embargo, para efectos de interpretación, se entenderá como todo conocimiento que en torno a un texto jurídico o ligado a una ley, tiene contenido jurídico que le corresponde al precepto en cuestión.

Hay que advertir, que darle sentido a las palabras es una manera convencional, porque como se sabe, las palabras no tienen un "sentido verdadero ni propio" (*proper meaning*) según nos dice Williams, "salvo el que se considera habitual" (*ordinary, commonly-accepted-meaning*)¹⁶² De aquí, que la "definición" de una palabra se refiera a alguna de estas tres: a) sentido habitual, b) sentido asignado en forma especial y c), un sentido deseado simplemente.

Asimismo, el citado autor, señala que hay otras formas y son: d) el

¹⁶¹ Vid infra: Cap. III - 3.3.6. "La Autoridad en la Interpretación del Derecho". p. 102

¹⁶² Williams G. en "Language and the Law" citado por E. Habba en "Apuntes sobre el Lenguaje Jurídico III" Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho. San José de Costa Rica. No. 37 Enero-Abril de 1979. p.163

sentido tal como lo entiende el que habla o escribe, y e) el sentido tal y como lo entiende el que escucha y lee. Como puede apreciarse, determinar el sentido de las palabras no siempre es fácil, ya que un texto legal puede tener diversos sentidos según las convenciones lingüísticas a que se acuda para interpretarlo, por lo que la elección es contingente, pero tiene que adaptarse a criterios básicos intersubjetivos pero establecidos que se denominan "autoridades".

Y en este sentido, Kelsen señala que la norma es un marco abierto a varias posibilidades y en el que caben pluralidad de interpretaciones. "La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma detallada, deja siempre un margen más o menos amplio de libre apreciación.." de aquí que como ya lo había señalado, Kelsen afirma que todos los métodos de interpretación que han sido propuestos, sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única, correcta.

En cuanto al sentido amplio y el estricto, que es comunmente empleado al definir cuestiones o conceptos jurídicos, no es más que otra opción para el intérprete de los textos legales, que desea elegir entre un sentido que corresponde al "núcleo" del término y sentidos que se vinculan más bien a su "zona marginal", así como depende hasta dónde quiere llegar con el objeto de su investigación.

Es decir, si desea un sentido próximo, estrecho o limitado elegirá el *stricto sensu*; o bien, si desea un sentido más amplio, plural, extenso o hasta lejano, elegirá el *lato sensu*.

3.3.5.2 La Doctrina del "Sens Clair "

Esta doctrina opera bajo el principio de que si el término legal es suficientemente claro no necesita interpretación. Esta idea viene del derecho romano:

Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio.

O bien se expresa todavía de una manera *strictu sensu*

Interpretatio cessat in claris.

En esta doctrina, los rigoristas opinan que esta debe ser una interpretación literal, al grado de que "si el sentido es claro, la interpretación debe ser literal, aunque esta anulara la finalidad propia de la institución" o lo que los ingleses llaman "la regla aurea" para los *statutes (golden rule)*.

Desde luego hay quienes opinan lo contrario; es decir, opinan que si frente a un texto "claro" se logra demostrar que no corresponde a su "verdadero" significado, el mismo debe cambiar o desviarse su interpretación, demostrando esta desviación que va en contra del "sentido claro", es decir, es "poco clara", a lo que Enrique Habba dice, siguiendo a Clauss K. todavía se problematiza esta Doctrina, porque ello puede significar que es "poco clara, pero aclarable" o de plano es "no aclarable".

Todo depende del punto de vista presupuesto por el intérprete, ya que, por ejemplo, una de las formas de interpretar la "claridad" de un texto de acuerdo a la Doctrina del *Sens Clair* es la forma pragmática, que no presenta rigorismos ni condiciones, por lo que un texto será claro o unívoco si el mismo coincide con los resultados de su aplicación práctica.

No está por demás destacar, que la falta de claridad de las leyes también puede deberse al legislador, o a las partes "operativas" de aquella, es decir al juez, al intérprete y a los particulares (sujetos de derecho a quien se destina la ley), los cuales también pueden dar

su "particular" forma de interpretación, lo que evidentemente choca con el principio de seguridad jurídica por la cual, todos los juristas aspiran.

Por lo que Enrique P Habba enfatiza, que la mayoría de los juristas opinan que, en principio, no puede existir más que un sólo sentido jurídico (determinado) capaz de corresponder verdaderamente a cada término de un texto legal, por lo que al mismo, no le pueden corresponder dos o más significados total o parcialmente contradictorios.

"Es una ilusión que se encuentra amarrada con lazos muy fuertes en la conciencia profesional del jurista. Y así se aprecia en las discusiones entre ellos."¹⁶³

3.3.6 "La Autoridad" en la Interpretación del Derecho.

Señalé, que ante el cúmulo de opciones que el intérprete del Derecho se ve obligado a elegir; las variantes que sobre las mismas mismas pueden haber; las circunstancias; el contexto en el cual la ley se aplique; etc., etc., el intérprete se pregunta de qué depende la pluralidad de algunos contenidos semánticos, de qué depende la elección que él haga al interpretar y de quién depende decidir el contenido o significado de alguna norma. Es decir, qué o quién tiene "autoridad" para "someter" al intérprete al significado dado al texto.

Asimismo, es conveniente aclarar, que esta "autoridad" para ser considerada como tal, debe estar bien determinada, y que el sentido o significado del texto "autorizado" sea *racional*, es decir, hay que precisar a) qué es lo que se indaga, b) de qué Autoridad emana, c) cuál es la fuente de donde emana, d) qué contenidos semánticos son legítimos y cuáles no, e) cuál es el objeto de nuestra investigación, f) con qué fines va a aplicarse; y otras que el intérprete deba definir, lo que necesariamente nos dará la "autoridad" o "autoridades" necesarias, porque son hasta cierto punto

¹⁶³ Cfr. Habba, P. Enrique. *Ibidem*. p. 184

lógicas que así se den.

Así entonces, cuanto más alto sea el grado de precisión como se encuentren preestablecidas las "autoridades" y las relaciones coherentes entre ellas, tanto menor confusión o falta de univocidad tendrá la interpretación de los textos jurídicos efectuada con base en dichas autoridades.

3.3.6.1 La "Autoridad-Persona" y la "Autoridad-Idea"

Enrique Habba nos habla de varias clases de "autoridad", sin embargo destaca dos en particular: 1. "Autoridad-Persona" y 2- "Autoridad Idea".

Respecto de la "autoridad persona", que fundamentalmente se refiere a lo que el legislador "ha querido expresar" y lo hace de conformidad con las reglas comunes del lenguaje del Derecho.

Así, la voluntad del legislador, no sólo queda plasmada en el texto de la ley, sino en la llamada "Exposición de Motivos" de ésta, que sin ser parte del contenido del texto, si lo es como preámbulo de la misma, y en la que se exponen las razones, fundamentos y motivos que el legislador tuvo en cuenta para crear dicha ley; o bien para modificarla, derogarla, abrogar una anterior por una nueva, etc.

Aquí hay que dejar claro, que no se trata de indagar en el "espíritu" del legislador y que muchos juristas buscan; sino de interpretar la voluntad del legislador, que como señalé en el apartado 2.2 del Capítulo II de esta tesis; dicha voluntad generalmente es colectiva (congreso o parlamento) y esto es importante destacarlo, porque finalmente el legislador no actúa per se, sino que es el representante de una población, y un buen legislador tendrá la sensibilidad política para plasmar jurídicamente el sentimiento de la población que representa. Es decir, se estaría ante una "autoridad-voluntad".

Además, si se toma en cuenta que el legislador se expresa conforme al lenguaje del derecho ya "autorizado", en realidad ya se está tomando en cuenta más que la "autoridad-persona" a la

"autoridad-idea", a menos que expresamente se señale que en dicha ley o texto normativo, deroga, suprime o cambia el criterio sostenido por otro (s) legislador (es), entonces si estaríamos propiamente ante la "Autoridad-persona" porque ésta predomina sobre el criterio de la anterior.

No hay que olvidar, que la búsqueda de la voluntad del legislador, ya sea individual o colectiva, es una más de las opciones del intérprete.

En cuanto a la "autoridad-idea", ésta se basa en una serie de "tecnicismos", conceptos, principios, etc de carácter jurídico, y aceptados de antemano por los juristas, ya sea para el Derecho en general o para cada rama del mismo.

Aquí entran en juego fundamentalmente los llamados principios jurídicos o "principios del Derecho" que son tradicionales o universalmente aceptados o bien que se han plasmado como tales, en los textos jerárquicamente superiores y que tendrán que ser obligatoriamente aceptados y ejecutados por los "operadores" del Derecho.

Claro que aquí hay que distinguir en aquellos principios meramente declarativos, dogmáticos y los ejecutivos y que realmente puedan hacerse efectivos como derechos y obligaciones y entonces entra en juego toda una trama de procedimientos, autoridades, competencias, etc., etc., etc. y que el intérprete tiene que tomar en cuenta.

Es decir, aquí al intérprete no le bastará con la norma suprema o el principio, sino también tendrá que tomar en cuenta la efectividad práctica de dicho principio. O dicho en otras palabras, el intérprete también elige, si su interpretación es meramente teórica o si el alcance de la misma es procedimental y de efectiva aplicación. Unir la teoría a la práctica.

"Los principios dogmáticos son indispensables para la obtención de más amplias visiones sistemáticas de conjunto; no obstante la decisión judicial no ha de fundarse en ellos, sino de modo directo

en la ley" : Bartholomeyczik.¹⁸⁴

Finalmente, tampoco hay que olvidar, que el intérprete, también se acoge a la filosofía jurídica y a la socio-política que consciente o inconscientemente acepte el mismo, y esto es particularmente cierto, cuando se invoca la urgente necesidad de modificar cientos de textos jurídicos obsoletos, precisamente por no ajustarse a una realidad cambiante y tremendamente dinámica que no tiene por qué afectar la necesidad de seguridad jurídica.

¹⁸⁴ Bartholomeyczik. Citado por Habba, P. Enrique en "Apuntes sobre el Lenguaje jurídico III". Ob. cit. N (182). p. 209

CAPITULO IV

LA INTERPRETACION DE LA FIGURA JURIDICA "DE LA AUSENCIA" EN EL CODIGO CIVIL PARA EL D.F., Y DERECHO COMPARADO

4.1 Por qué la figura jurídica de "La Ausencia"?

Como lo expongo en la Introducción de la presente Tesis, escogí la figura jurídica de "La Ausencia" casi por azar; es decir, en forma circunstancial y ante dos hechos de la vida nacional que entre otros muchos, nos han dejado azorados a los mexicanos en estos últimos años y que en lo personal, me provocaron una gran inquietud jurídica y de investigación por conocerla, porque ha sido poco estudiada y analizada por los juristas mexicanos, no obstante el número de disposiciones legales que hay en el Código Civil¹⁴⁵ y la relación que tiene con otras interesantes y trascendentes instituciones jurídicas.

Esta figura jurídica de "La Ausencia" a la cual el Código Civil le dedica 75 artículos que también involucran a la sociedad conyugal, la representación, el divorcio, la patria potestad, la tutela, la sucesión, etc. Figuras jurídicas todas ellas, que se mueven en una inseguridad jurídica dado el velo de incertidumbre permanente en que "La ausencia" como un estado civil de hecho y por ley, siempre está.

Es decir, este estado de incertidumbre lo es, tanto por la naturaleza de la institución en sí misma, como por decisión del legislador, que no ha querido renovar, modificar, reformar y adecuar esta institución a una realidad totalmente cambiante, no sólo en lo jurídico y lo social, sino por aspectos meramente prácticos y de sentido común.

Para estudiar "La ausencia", me inicié con la simple lectura de la

¹⁴⁵ Cuando cito al "Código Civil", me refiero al vigente de 1928, el cual ha sufrido diversas modificaciones, reformas y abrogaciones. No obstante y en relación con la figura jurídica de "La Ausencia" y que regula el Título Undécimo "De los ausentes e ignorados" en los artículos 648 al 722, sólo se ha adicionado el art. 705, debido a la desaparición de cientos de personas como consecuencia de los terremotos del 19 y 20 de septiembre de 1985 en la Ciudad de México. Es decir, los restantes 74 artículos están "vigentes" desde hace 69 años.

legislación sustantiva sobre este tema en el Código Civil para el D.F.; después, continué con la búsqueda de doctrina, jurisprudencia, investigación adjetiva, etc. y ante la casi ausencia (valga la expresión..) de estas últimas, procedí nuevamente a la lectura completa e interpretación de la legislación vigente en esta materia en el Código Civil para el D.F., y posteriormente compararla con tres significativas legislaciones civiles extranjeras, y así encontrar las respuestas a mis interrogantes en esta materia tan interesante.

De todo lo anterior llegué a la conclusión de que, la interpretación de la norma es una técnica eficaz para aprender y enseñar las figuras e instituciones jurídicas, en particular, de aquellas que carecen, como en este caso, de estudios doctrinales e investigación (en los juristas mexicanos, porque hay abundante literatura extranjera); de jurisprudencia, de casos prácticos en el derecho adjetivo y de enseñanza en los planes de estudio.

4.1.1 Los dos hechos trascendentes que motivaron la investigación.

Los dos hechos que a continuación describo y que me motivaron a realizar esta investigación bibliográfica, documental y de campo son los siguientes:

I.- Por una parte, los terremotos del 19 y 20 septiembre de 1985 en la Ciudad de México, que provocaron la desaparición de cientos de personas de las cuales se ha presumido su muerte, debido a las circunstancias trágicas en que las mismas desaparecieron como fueron la infinidad de derrumbes de edificios, incendios y demás hechos dolorosos que se suscitan durante estas catástrofes y que tuvieron cobertura internacional.

Estas personas desaparecidas, sin que de las mismas se haya encontrado su cadáver para evidenciar su muerte, fueron declaradas presuntamente muertas. Las circunstancias en las cuales estas personas desaparecieron, aparentemente no estaban contempladas en el artículo 705 del Código Civil para el D.F. vigente, ya que el mismo sólo prevía los supuestos del párrafo segundo del mismo, es decir, de personas desaparecidas en "guerra, naufragio, inundación".

Sin embargo, el mismo párrafo en cuestión, también añade: "u otro siniestro semejante" que en mi opinión, pueden ser precisamente los

temblores de tierra o terremotos, por ello digo que, aparentemente no estaban contemplados estos hechos, pero que en una interpretación objetiva, los terremotos caen dentro de los siniestros semejantes a una inundación, naufragio o guerra que el Código Civil para el D.F. prevé.

Sin embargo, la autoridad no lo consideró así, y ante la insuficiencia del texto, al artículo 705 se le añadió un párrafo tercero mediante decreto publicado en el Diario Oficial del 10 de enero de 1986, en donde se incluye a los desaparecidos en "incendio, explosión, terremoto o en catástrofe aérea o ferroviaria" y en las que según este añadido, por tratarse de personas desaparecidas en semejantes "siniestro o catástrofe", bastará con el transcurso de seis meses para que el juez de lo familiar declare la presunción de muerte.

Es evidente que el "parche" al citado artículo, fue hecho al "vapor" ante la premura de las circunstancias que se vivían en ese momento y así continúa a pesar de la probabilidad de que otro terremoto u otra calamidad similar o de superiores consecuencias nos afecte.

Por qué? por la simple y sencilla razón, de que no obstante el transcurso del tiempo y de las graves consecuencias de estos fenómenos naturales o de los provocados por la irresponsabilidad o negligencia de los particulares y de las autoridades, muy poco hemos aprendido no sólo en materia de prevención en desastres y protección civil, sino en materia de legislación civil, como se verá más adelante y en donde, sólo a manera de ejemplos, hay varias incongruencias, contradicciones y demás que hay en el Código Civil para el D.F. en esta materia y las conexas.

No voy a referirme a la prevención en desastres naturales ni a la materia de protección civil, porque aún cuando hay mucho que comentar, no es objeto de la presente tesis y es *vox populi* el fracaso de todos los planes y programas sobre la misma y en lo relacionado a la contaminación ambiental y otros desastres que también provocan la muerte, y de los que simplemente estamos improvisando y "practicando" con pretendidos "simulacros".

En cuanto a la legislación civil, basta con leer detenidamente el artículo 705 para darse cuenta, que la adición de este párrafo tercero si bien fue necesaria en ese momento, hay que reformarla y abreviarla como lo

propongo en mi estudio, porque parece, que los desaparecidos en terremotos y otras tragedias que ahí se mencionan, fueran los únicos desastres que nos aquejan, y no aquellos provocados por la negligencia e irresponsabilidad de quienes operan, por ejemplo, instalaciones de gas, petróleo y sus derivados; así como la energía nuclear en termoeléctricas y otras instalaciones en las que se manejan productos de alto riesgo y que pueden desaparecer literalmente a cientos de personas.

Pareciera que el legislador espera que estos hechos se sucedan para seguir añadiendo párrafos por cada hecho catastrófico que se presente. Por ejemplo, me pregunto, cómo describirá el legislador la desaparición de las personas en una explosión nuclear tan voraz y extinguidora, que de estas víctimas ha dejado sólo una "mancha" en el pavimento?

II.- El otro hecho circunstancial ampliamente conocido y divulgado a nivel nacional, en los Estados Unidos y otros países, fue la desaparición del Diputado Manuel Muñoz Rocha, acusado por la Procuraduría General de la República de haber ordenado a Fernando Rodríguez González (individuo preso) la ejecución del entonces Secretario General del PRI, José Francisco Ruiz Massieu, asesinado el 28 de septiembre de 1994.

Muñoz Rocha quien ha desaparecido desde el 29 de septiembre de 1994, (su cónyuge sostiene que fué el 27), ha sido ya declarado por el Juez Tercero de Primera Instancia de lo Civil con sede en Ciudad Victoria, Tamaulipas, "formalmente ausente"¹⁶⁶ a finales de agosto de 1996, de acuerdo a la solicitud hecha por su esposa del 9 de noviembre de 1994, y a pesar de que todavía hay infinidad de interrogantes sobre si vive o está muerto, porque según un testigo "anónimo", Muñoz Rocha fué asesinado el 30 de septiembre de 1994 o 1995¹⁶⁷ pero según Mario Ruíz Massieu, "todavía fue visto el 9 de Octubre de 1995" en la Ciudad de Brownsville, Texas.

¹⁶⁶ El artículo 580 del Código Civil para el Estado de Tamaulipas señala un año para la declaración de ausencia. En este sentido es pertinente señalar que aún cuando el citado Código le dedica 69 artículos a la Ausencia, es similar en sus disposiciones al Código Civil para el Distrito Federal y solo se ha modificado en la reducción de los plazos.

¹⁶⁷ Esta imprecisión en el año, está en las declaraciones de los diversos personajes que se citan en la Revista "Proceso", en los números 1042 y 1046 de fechas 20 de Octubre 17 de Noviembre de 1996, en las pp. 22 y 25; y 6 y 9 respectivamente.

Asimismo, se ha declarado formalmente su "ausencia", no obstante que también "aparecieron sus restos", que según la Procuraduría General de la República, fueron encontrados en una finca propiedad de "su asesino material" ya preso, Raúl Salinas, quien también es acusado de ser el autor intelectual del asesinato de José F. Ruiz Massieu, etc., etc.

Hecho, "el de los restos" que como todos ya sabemos, no fueron los del ex-diputado Muñoz Rocha, según dio a conocer a la prensa nacional el titular de la Procuraduría General de la República en octubre de 1996.

Sobre este publicitado "Caso Muñoz Rocha", y del cual resultan infinidad de consecuencias de carácter político y jurídico, particularmente en materia civil y penal, y en donde las incongruencias, contradicciones, arbitrariedades y casuística se han dado flagrantemente, tanto en el hecho de su misteriosa "ausencia", como en las repercusiones políticas; pero sobre todo en las arbitrariedades e ilegalidades en materia penal, según el análisis del abogado penalista Mariano Albor.¹⁰⁰

En consecuencia, al conocer y analizar estos dos hechos, lo primero que me pregunté fue: cómo es posible que el Código Civil para el D.F. haya dedicado 75 artículos a esta figura y sin embargo al presentarse estos casos de ausencia, se haya tenido que legislar "al vapor"; o bien, se aplique la ley tan casuísticamente?

Qué clase de "ausencias" regula el Título Undécimo del Código Civil para el D.F. ?, cómo las regula ? qué requisitos hay ? etc. , etc.

¹⁰⁰ Revista "Proceso". Número 1046 de fecha 17 de Noviembre de 1996. p.11

4.2 Breve panorama de la Figura Jurídica de la "Ausencia" en el Código Civil para el D.F..

4.2.1 Antecedentes históricos de la Ausencia.

La ausencia, como institución jurídica, carece de precedentes en el Derecho Romano, ya que los autores extranjeros coinciden en que no pueden señalarse como precedentes algunas leyes del Digesto y del Código de Justiniano, porque se refieren a la ausencia en preceptos aislados sin coordinación y enlace, además de que aquellas disposiciones han sido superadas en todas las legislaciones civiles, por ejemplo, aquellas que disponían que el varón ausente podía contraer matrimonio, pero no la mujer; desconoció la presunción de muerte; o bien, concedió el derecho del ausente a la restitución *in integrum*.¹⁰⁰

El Código Civil para el D.F., es fiel a la tradición del Código de Napoleón, el cual, de acuerdo a Colín y Capitán distingue tres períodos de ausencia: el de presunción de ausencia; el de ausencia declarada con posesión provisora y el de posesión definitiva; habiendo introducido nuestro Código diversas modalidades que también han sido copiadas de otras legislaciones europeas, en particular la francesa.¹⁰⁰

De Francia, en donde la figura de la ausencia es obra de la Revolución Francesa y ha sido copiada en infinidad de legislaciones europeas y americanas, se basa en la idea central de la incertidumbre, porque siempre se deja la posibilidad de que el ausente pueda volver en cualquier momento.¹⁰¹

Esta situación hace que la figura jurídica de la Ausencia sea sumamente compleja y empírica y que la legislación procesal en su ejecución se vuelva casuística y a veces imposible de aplicar ante tantos requisitos y variantes, precisamente porque siempre está envuelta en ese velo de incertidumbre y dualidad que afecta al resto de las figuras jurídicas que acompañan a la

¹⁰⁰ Alvarez, Emilio. Historia Externa e Interna del Derecho Romano. Asociación Nacional de Abogados. México 1980. p. 19.

¹⁰⁰ Galindo, Garfias Ignacio. Derecho Civil. Porrúa, México 1993. pp. 364-366.

¹⁰¹ Idem.

ausencia, como son: la sociedad conyugal, la patria potestad, la sucesión, el mandato judicial, el mandato por representación, el divorcio, la tutela, etc.

Por ejemplo, como del ausente siempre hay la esperanza de su regreso, en consecuencia y durante largos plazos, el cónyuge presente, es decir, el cónyuge del ausente, es y no es; la sucesión se otorga en posesión pero también se retiene y administra; la patria potestad permanece "a medias"; la sociedad conyugal se puede suspender, modificar, interrumpir o continuar, etc.

Por otra parte, se mezclan disposiciones para figuras jurídicas que deberían ser bien definidas y separadas como son, por una parte, el ausente propiamente dicho, y por la otra el desaparecido y los no presentes pero representados por su apoderado.

Asimismo, se insiste en asimilar instituciones jurídicas que son francamente incompatibles como son las del tutor con los de administrador de bienes del ausente, etc. , etc.

A continuación expondré solo algunos de los varios artículos que son verdaderos absurdos no sólo por su redacción, sino en la imposibilidad de su aplicación, en la incongruencia de sus disposiciones, por ser contradictorios, etc.

4.2.2 Exceso de disposiciones y requisitos en el Código Civil para el D.F.

En torno a la figura civil de La Ausencia, no sólo hay exceso de disposiciones y requisitos en el Código Civil para el D.F., sino que, desde el inicio del título y desde el primer artículo (648) que inicia el Capítulo I del citado Título Undécimo "De los ausentes e ignorados" empiezan las confusiones según se verá.

El Título Undécimo del Libro Primero de las Personas del Código Civil para el Distrito Federal, dedica 75 artículos para aquellas personas que denomina "De los ausentes e ignorados". El citado Título se divide en siete Capítulos que pretenden reglamentar las medidas provisionales en caso de ausencia, la declaración de ausencia, los efectos de esta declaración; la administración de los bienes del ausente casado; de la presunción de

muerte del ausente; de los efectos de la ausencia respecto de los derechos eventuales del ausente y otras disposiciones generales.

Cuando uno se inicia en la lectura de los artículos empieza a darse cuenta de la infinidad de disposiciones y requisitos, que el sentido común rechaza por improcedentes e inadecuados para las exigencias de estos tiempos, porque la mayoría de las disposiciones son burocráticas, complicadas e inútiles.

Los estados de ausencia ahí declarados son varios, los plazos son excesivamente largos y la mescolanza e indefinición de las figuras jurídicas que ahí aparecen, hacen que el azar, la incertidumbre y la casuística señoren en el panorama de esta figura jurídica.

Para empezar, el mismo título dedicado a esta figura y que aparece como "De los ausentes e ignorados" es incompleto y superfluo.

Es incompleto, porque no menciona a "los desaparecidos" que además pueden ser de dos clases: aquellos que han desaparecido por haber estado en una situación catastrófica de la cual es imposible su supervivencia como un incendio o terremoto.

O bien, estar desaparecido, como aquél que voluntaria o involuntariamente lo esté, por alguna circunstancia delictiva o de similar naturaleza en la que esté o no involucrado (como Muñoz Rocha).

Asimismo, el título "De los ausentes e ignorados" es superfluo, porque a lo largo de los 75 artículos nunca se dice quienes serán considerados como "los ignorados" ni se reglamenta nada en torno a ellos.

En cuanto al contenido, el Capítulo I que inicia este Título y que debiera definir qué se entiende por ausencia, a quiénes se considera ausentes, a quiénes no presentes, a quiénes desaparecidos y a quiénes ignorados; se inicia en cambio con el título: "De las medidas provisionales en caso de ausencia". Así, el artículo 648 empieza refiriéndose más bien a los no presentes pero representados por su apoderado, más que a los ausentes propiamente dichos o a los desaparecidos, aún cuando el artículo diga "el que se hubiera ausentado..."

Este mismo artículo, continúa con las confusiones al pretender referirse a una doble situación que en realidad no existe, ya que en dicho artículo se señala: "El que se hubiere ausentado.... y tuviere apoderado constituido antes o después de su partida", (el subrayado es mío) no tiene ningún sentido señalar esto, porque una persona que no quiere o no puede estar presente y para ello nombra apoderado, significa un acto voluntario de ausentarse y por lo tanto, es irrelevante si lo nombra "antes o después de su partida".

Lo relevante es que está presente a través de su apoderado y así lo confirma el mismo artículo al tenerlo presente "para todos los efectos civiles", lo cual tampoco puede ser jurídicamente posible que el ausente a través de su apoderado pueda responder a todos los efectos civiles por ejemplo los derivados del matrimonio, la patria potestad, etc.; ni menos celebrar actos personalísimos del poderdante como el testamento, el votar o ser votado y otros que menciona el artículo 651 del propio Código Civil.

Es hasta el artículo siguiente, es decir en el 649, cuando el legislador se refiere al ausente propiamente dicho, es decir, al que ha desaparecido y para ello le nombrará un depositario de sus bienes y etc., etc. Es decir, este artículo inicia todo un rosario de largas, complicadas y variadas disposiciones que se extienden a lo largo de los casi 75 artículos que componen este Título.

4.2.2.1 Ejemplos de otros artículos en torno a la figura jurídica "De la Ausencia" en donde el estudiante aplicando sus conocimientos jurídicos y el sentido común, puede advertir los errores, las deficiencias, ineficacia jurídica, contradicciones, etc.

Aún cuando ya mencioné líneas arriba, algunos artículos que ejemplifican sólo de entrada, la urgente necesidad de replantear en el Código Civil para el D.F. prácticamente toda la figura jurídica "De la Ausencia", así como proponer sus reformas y adiciones, incluyo otros artículos en los cuales, sólo aplicando los conocimientos jurídicos y el sentido común pueden advertirse sus deficiencias.

Es decir, en principio, no se necesita ser un experto en Derecho

Civil o un erudito en la materia para advertirlos. Con esto, no quiero decir que los expertos en la materia de derecho civil o los eruditos en el tema sobre "La Ausencia" no nos enseñen nada nuevo.

No, por el contrario, de ellos se espera no sólo la crítica constructiva, sino el poder aprender más, mucho más sobre esta interesante figura, por ejemplo, iniciar por determinar si la ausencia es un estado civil en el sentido que lo definió el Rey Sabio, en la ley 1.ª tít. XXIII, de la Partida 4.ª, es decir "condición o manera en que los omes viven o están"¹⁹² ya que sobre esto, no hay unanimidad de opiniones respecto a la naturaleza jurídica de la ausencia; unos la conceptúan como la relación negativa de la persona con el domicilio; otros como en el Código Soviético, la consideran como un modo de extinción de la capacidad jurídica de la persona física; el Código de Brasil la estima como una incapacidad de hecho por la imposibilidad en que se encuentra el ausente de ejercer personalmente los actos de la vida civil, etc.

Por otra parte, es interesante mencionar que la mayoría de las legislaciones subjetivamente consideran al ausente varón, pero pocas se refieren al caso de que la ausente sea la mujer y el cónyuge presente el marido. Y ello lo señalo, no sólo por la costumbre "machista" de unificar en el artículo "el" a ambos sexos, es decir, "el" ausente, "el" cónyuge, "el" desaparecido; sino porque la mayoría de las disposiciones, subjetivamente suponen que este ausente es un varón titular de bienes, propiedades y derechos "propios" de nuestra idiosincracia, donde el varón es el que manda y decide sobre la familia y el patrimonio y por ello hay que proteger todo lo que deja al ausentarse.

Asimismo, porque quienes generalmente se ausentan del hogar son los hombres, independientemente de las razones que para ello tengan, según demuestran las estadísticas del CAPEA que más adelante mostraré. Sin embargo, qué pasaría si la que se ausenta es la mujer y las disposiciones no son nada claras por ejemplo, en relación a los hijos menores de esta mujer; en relación a los bienes,

¹⁹² Ogayar y Aylón "La Ausencia en el Derecho Español" Editorial Reus. Madrid, 1936 1ª Edición. p. 9

sobre todo cuando el titular de los mismos es el esposo presente y además el que mantiene económicamente a la familia, trabaja todo el día, etc. Aun así, la situación jurídica de la mujer como cónyuge presente, tampoco está bien definida en la legislación como se verá a continuación, y aquí paso a ejemplificar también otros artículos.

Por lo que respecta a la situación jurídica del cónyuge presente baste mencionar el artículo 704 que a la letra dice:

Art. 704 "Si el cónyuge ausente regresa o se probare su existencia quedará restaurada la sociedad conyugal"

Esta breve disposición, no obstante, significa en la práctica una gran complicación por el cúmulo de circunstancias y por los efectos que la misma supone. Para empezar hay que relacionar esta disposición con los artículos 195, 698 y 699 del propio Código Civil que disponen:

Art. 195 "La sentencia que declare la ausencia de alguno de los cónyuges modifica o suspende la sociedad conyugal."

Art. 698 "La declaración de ausencia interrumpe la sociedad conyugal, a menos de que en las capitulaciones matrimoniales se haya estipulado que continúe."

Art. 699 "Declarada la ausencia, se procederá, con citación de los herederos presuntivos, al inventario de los bienes y a la separación de los que deben corresponder al cónyuge ausente"

Es evidente que ante tales incongruencias no caben más comentarios; sin embargo haré algunos para que no se me juzgue de superficial en el comentario:

Como se podrá apreciar, los artículos 195 y 698 son similares por ambigüos. Dichos artículos hablan de modificar, suspender o interrumpir la sociedad conyugal al declararse la ausencia, sin

embargo el legislador nunca especifica cuando debe suspenderse, modificarse o interrumpirse la sociedad conyugal, solo aclara su continuación en caso de que se haya especificado en las capitulaciones matrimoniales, sin embargo sería rarísimo encontrar una especificación de este tipo, además de que en contra de esta forzada subsistencia de la sociedad conyugal, están las nueve fracciones del artículo 189 relativo a las capitulaciones matrimoniales, y ninguna otorga el derecho de estipular que en caso de ausencia involuntaria la sociedad conyugal puede continuar.

Asimismo, si va a suspenderse, modificarse, interrumpirse o continuar la sociedad conyugal según las disposiciones antes señaladas, para qué hacer un inventario de bienes y con qué objeto van a separarse los del cónyuge ausente y quién los va a administrar y eso en caso de que sean divisibles o admitan "cómoda división" según señala el artículo 682.

Además de estas disposiciones hay que preguntarse también cómo va a disponerse de los bienes del ausente en caso de que exista un testamento según se menciona en el artículo 679.

También es de preguntarse, cómo va a recibir el conyuge presente los bienes que le corresponden si tiene que esperar hasta que la sentencia de declaración de ausencia haya causado ejecutoria, según lo dispone el artículo 700 cuando en materia de ausencia no hay definitividades, ya que como lo dispone el artículo 697, si el ausente se presenta o se prueba su existencia recobrará sus bienes y por lo tanto no puede declararse como cosa juzgada una declaración de ausencia ya que tampoco está en los supuestos previstos por los artículos 426 y 427 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Todas las anteriores preguntas, sólo pueden ser respondidas analizando, como yo lo hice, todos y cada uno de los 75 artículos que componen este Título Undécimo y que suponen un cúmulo de agobiantes, largos, engorrosos y complicados requisitos de difícil y casi imposible aplicación mucho de ellos, y rodeados de inseguridad jurídica por la permanente incertidumbre del regreso

del ausente, como ya lo he mencionado repetidas veces.

Y por si lo anterior fuera poco, hay que agregar las absurdas disposiciones de los artículos 649, 654 y 656 que conceden ventajosos e insólitos derechos en todo este larguísimo procedimiento a una serie de sujetos que el legislador se refiere a ellos como "a la parte", "al pariente" y hasta "cualquiera" pero sin precisar quienes y sobre todo después de las tediosas, larguísimas y engorrosas disposiciones para nombrar depositario(s), tutor, representante(s), poseedores provisionales, poseedores definitivos; etc, siguiendo a la vez, una interminable lista entre el cónyuge, hijos mayores, ascendientes, herederos presuntivos, apoderados legítimos, etc, los cuales tendrán que seguir rigurosamente disposiciones de la tutela y administración entre otros muchos requisitos, citatorios, requerimientos, entrega de cuentas, llamamientos, publicaciones, etc.

Asimismo, y después de haber hecho un largo reparto de bienes entre herederos, testamentarios, legítimos, el cónyuge, los representantes, acreedores y legatarios por una serie de papeleo incesante, vienen otras sorprendentes disposiciones.

Las del artículo 709 que instituye un grupo de herederos que por ley no existen en relación con los bienes del ausente, y que denomina "herederos que pretendan ser preferidos en la herencia" por encima del cónyuge, de los herederos testamentarios e intestamentarios ! y la del artículo 715 que nada tiene que ver con esta materia, ya que se refiere a "Cualquiera que reclame un derecho referente a una persona cuya existencia no esté reconocida..". Caray ! si alguien es inexistente o ni se reconoce su existencia, cómo va estar ausente o declararse su ausencia ?! Y aún cuando esa persona haya vivido, cómo va a probársele un derecho supuestamente otorgado a una persona que no es ni cónyuge, heredera, concubina, socia, ascendiente, descendiente, etc. sino sólo "...cualquiera..."

Finalmente y para concluir esta muestra ejemplificativa de artículos sorprendentes por absurdos e incongruentes, mencionaré sólo dos más que se relacionan con el artículo 704 inicialmente transcrito en

páginas anteriores, y que demuestran, una vez más, lo absurdo de muchas disposiciones que componen el Título Undécimo del Código Civil para el D.F..

Estos dos artículos son los siguientes:

Art. 670 "En caso de que el ausente haya dejado o nombrado apoderado general para la administración de sus bienes, no podrá pedirse la declaración de ausencia sino pasados tres años, que se contarán desde la desaparición del ausente, si en este periodo no se tuvieron ningunas noticias suyas, o desde la fecha en que se hayan tenido las últimas."

Este artículo es continuidad del controvertido artículo 648 y que inicia el Capítulo Undécimo. Este artículo se refiere al legítimo apoderado que el ausente no presente ha nombrado pero que después de tres años ha desaparecido y no se sabe con certeza si está vivo o muerto y por lo tanto procede después de ese lapso, solicitar la declaración de ausencia. En este artículo, el problema está en la desafortunada inclusión de la última parte del mismo, la cual es urgente que el legislador omita ya definitivamente o especifique claramente por lo siguiente:

El hecho de tener "las últimas noticias" del ausente, puede significar un cambio radical de la situación jurídica que guarda el "estado de ausencia" o el re-inicio de todo el largo procedimiento de medidas provisionales y no como pretende el legislador, es decir, de un hecho aislado para iniciar "el conteo" de los tres años .

A qué clase de "noticias" se refiere el legislador?

Noticias sobre su muerte? entonces debe procederse con lo que dispone el artículo 706 y siguientes, es decir, todo el procedimiento para declarar su muerte, definir la sucesión, etc. , etc.

Noticias sobre su existencia? Entonces las cosas volverán al estado anterior que guardaban, según los artículos 697, 704 , 711

entre otros.

Noticias de que radica en el extranjero? Entonces se reiniciaría todo el procedimiento de empezar a citarlo por edictos en los diversos Consulados, etc. , etc. que señalan los artículos 650 y 676.

Noticias que implican ser víctima de un delito como el secuestro?, entonces tendría que darse vista al Ministerio Público e iniciar una averiguación previa , etc. etc. o quizá las noticias impliquen un encuentro con su apoderado para suspender, ratificar o modificar el poder, etc. etc.

Es decir, las posibilidades sobre estas "noticias" son muchas, por lo que debe quedar bien claro, que tener noticias sobre el ausente, significará que se tiene en primer lugar, la plena certeza o la fehaciente presunción de que está vivo o muerto. Si está vivo en qué condiciones físicas y mentales. De si el ausente aún cuando esté vivo, está en posibilidad de regresar pronto y reasumir sus derechos y obligaciones, o bien, aún cuando esté lejos pueda hacerlo.

Finalmente, si está preso, herido, enfermo, etc. haría de esta persona, ya no un ausente desaparecido, sino un individuo presente pero ausente de su capacidad jurídica como sería el estado de interdicción.

El siguiente artículo, también es otra prueba más, de este rosario de absurdos "sorprendentes":

Art. 676 "Si hubiere algunas noticias u oposición, el juez no declarará la ausencia sin repetir las publicaciones que establece el artículo 674, y hacer la averiguación por los medios que el oponente proponga, y por los que el mismo juez crea oportunos. "

Aquí el legislador, no sólo insiste en lo de las "noticias", sino que además le da entrada a cualquiera que se oponga. Análcese el artículo:

Es entendible que el legislador desea hasta el último momento estar seguro para hacer la declaración formal de ausencia, pero entonces, debe ser más claro en la exigencia de la certeza sobre la vida o muerte del ausente como señalé en el artículo anterior, y no seguir con la ambigüedad de "si hubiere algunas noticias". Ni el Juez, ni el Ministerio Público, ni el cónyuge, parientes, representante o apoderado y demás personas legítimamente interesadas, pueden sólo pensar, creer, imaginar o suponer "que parece" que el ausente está vivo o muerto, porque alguien lo vió, o creyó verlo o fulano de tal le dijo que parece que zutano lo vio....

En cuanto a "la oposición" de quién o de qué!

Si durante dos largos años o más desde que se inicia el largo y complicado procedimiento, y en donde ya se han hecho infinidad de repartos, nombramientos, declaraciones, citatorios, publicaciones; se han nombrado y determinado el administrador, apoderado, tutor, poseedores provisionales y definitivos, etc etc.; por lo tanto, "cualquier interesado" que legítimamente lo sea, pudo haberse opuesto o dado noticias ciertas sobre la vida o muerte del ausente, entonces para qué prolongar más este periodo de incertidumbre, dándole intervención a "cualquieras" si ya se está definiendo la situación para los legítimamente interesados.

No hay que olvidar, que según el legislador, si el ausente regresa, todo vuelve a ser como antes....

Quien debiera estar presente y permanentemente averiguando, debe ser el Ministerio Público, pero a lo largo de todo el Título Undécimo su papel es prácticamente insignificante, como lo analizo y señalo en mi estudio sobre este Título Undécimo del Código Civil.

4.3 La Ausencia en la teoría jurídica mexicana; el derecho sustantivo y el derecho adjetivo.

4.3.1 El vacío teórico de autores mexicanos sobre la Ausencia

Como lo señalé y como parte de mi investigación, procedí también a la búsqueda de teoría, opinión o análisis por parte de autores y juristas mexicanos en la materia.

No encontré ningún libro dedicado específicamente a la Ausencia; por lo tanto, consulté los libros sobre Derecho Civil en particular, los dedicados a " Las Personas" o al Derecho Familiar. Asimismo, consulté algunos códigos civiles "comentados" con el siguiente resultado.

Por lo que respecta a los autores mexicanos consultados¹⁰⁰, encontré que estos autores le dedican en general breves capítulos o escasas páginas al tema. Y salvo breves comentarios alusivos a la ausencia como estado civil, incapacidad o asociación con el domicilio, es decir algunos comentarios teóricos al tema y citando a uno, o cuando mucho a dos autores extranjeros (argentinos, italianos, franceses o españoles); la mayoría simplemente hace referencia a las disposiciones del Código Civil, desglosando los diversos estadios del procedimiento pero sin entrar ninguno de ellos a analizar lo complejo de esta institución. O bien, hacen referencia a la ausencia, pero sólo para relacionarla con las otras figuras jurídicas que se le vinculan , como son el divorcio, la sucesión, la representación, el patrimonio, etc.

En cuanto a los Códigos Civiles "comentados" , salvo una gran excepción de la que haré mención en el punto siguiente, la mayoría de estos tampoco aportan nada para desentrañar esta compleja figura en particular, porque si bien es cierto que comentan todos y cada uno de los 75 artículos del Título Undécimo, pero estos comentarios simplemente "desglosan " el artículo, lo comentan repitiéndolo pero en más palabras, añaden algunos conceptos teóricos, históricos o antecedentes con los códigos civiles precedentes y en algunos casos hacen alguna pertinente crítica o análisis del artículo, pero generalmente son de aquellas disposiciones que se relacionan con las figuras jurídicas conexas que tantas veces he mencionado, pero nunca para

¹⁰⁰ Estos autores están en la bibliografía general de la presente tesis; y sus obras versan sobre Derecho Civil relativo a las Personas o sobre el Derecho Familiar

cuestionar verdaderamente esta figura.

En este sentido, la única gran excepción es la obra del Maestro Ernesto Gutiérrez y González, quién en un anteproyecto de Código Civil para el Estado de Nuevo León, hace interesantes propuestas para reestructurar la multicitada figura, que pueden resumirse en dos grandes apartados:

A) En pocos artículos, dar las bases fundamentales de la institución en el Código Civil. Y en el Código de Procedimientos Civiles o en un reglamento administrativo, señalar las disposiciones que regulen y reduzcan los plazos entre las diversas etapas que deban subsistir de este procedimiento. Asimismo, señalarse plazos emergentes para situaciones similares a las de 1985 o en caso de movimientos sociales violentos.

B) Reestructurar toda la institución, para hacerla acorde a la realidad; y unificarla en todo el territorio nacional.¹⁰⁴

Por otra parte y para concluir con este aspecto, hay otras publicaciones sobre el Código Civil para el D.F. que según sus autores, lo han "actualizado, concordado y con la jurisprudencia obligatoria", pero sobre el Título Undécimo se han concretado a citar los números de los artículos del propio Código Civil que directa o indirectamente se relacionan, pero sin entrar al análisis de esta relación que en muchas ocasiones nada tiene que ver, o hace más confusa esta interrelación.

4.3.2 Casuística y abandono en los escasos procedimientos de ausencia ante los Tribunales civiles, y averiguaciones previas de personas desaparecidas.¹⁰⁵

Dentro de la labor de búsqueda, pregunté a muchos abogados litigantes, en particular en la materia civil y penal (colegas, amigos y profesores de nuestra Facultad), si habían llevado algún caso de ausencia o conocido sobre el mismo.

¹⁰⁴ Anteproyecto de Código Civil para el Estado de Nuevo León. Gobierno del Estado de Nuevo León. Dirección de Acción Cívica y Editorial. Tomo I, México 1990. pp. 24 y 25.

¹⁰⁵ Hago la advertencia, de que la gran excepción a esta situación, fue el gran número de juicios que se llevaron a cabo, precisamente por el añadido al artículo 705 del Código Civil, en relación a la desaparición de cientos de personas durante los terremotos de 1985, de las cuales no fue encontrado su cadáver y se declaró su presunción de muerte y en consecuencia, poder así sus familiares, estar en condiciones de reclamar, entre otros derechos, las pensiones en materia laboral por muerte; la patria potestad; la sucesión intestamentaria, etc.

La mayoría me dijo que no. Es decir, me comentaron sobre algunas denuncias levantadas ante el Ministerio Público de personas desaparecidas, las cuales desembocaron en averiguaciones previas por haber sido muertas o lesionadas en accidentes viales o riñas. O bien, andaban "desaparecidas" en parrandas nocturnas o de varios días y otros hechos similares, según se verá en el punto siguiente.

Por otra parte, en la desaparición de muchas personas, está el deliberado abandono de hogar de alguno de los cónyuges por diversos motivos; o el de personas adultas que por diversos problemas y circunstancias abandonan su domicilio. En muchos casos, es el simple extravío de una persona adulta que no conoce la ciudad, padece lagunas mentales debido a la vejez o la enfermedad de Alzheimer, etc.

Esta investigación de "casos de ausencia", también la llevé a cabo preguntando a algunos Jueces de lo Familiar, así como a algunos Secretarios de los Juzgados Familiares, quienes fueron parcos en sus comentarios; pero en donde la constante fue la rareza de estos casos y el abandono o desistimiento de los promoventes en los mismos por el larguísimo número de requisitos; el que la persona ausente apareció y sin embargo ya no se continuó el procedimiento a pesar de los cambios en las circunstancias legales; porque no había bienes importantes que reclamar; etc., etc. Otros Secretarios de Juzgados Familiares con más de 20 años en los mismos, me dijeron no haber conocido "nunca" de casos de ausencia.

En esta búsqueda, sólo una abogada y profesora de nuestra Facultad, me hizo saber de dos casos de ausencia que ella como litigante promovió.¹⁰⁰

El primero, se inició con la solicitud de declaración de ausencia ante el Juez de lo Familiar en turno en 1993, pero que, como en la mayoría de estos casos conocidos, los promoventes terminaron abandonando el asunto ante el cúmulo de requisitos y promociones; ya que, como pude leer en el expediente, desde 1988 los familiares del desaparecido, levantaron la denuncia ante el Ministerio Público penal por la desaparición de su familiar.

¹⁰⁰ La Lic. Claudia Ortega Medina, quien también es Profesora por Oposición de Derecho Constitucional. El expediente consultado es el 57/94 Radicado en la Secretaría "A" del Juzgado Trigésimo Séptimo de lo Familiar.

Averiguación previa que finalmente fue enviada a la "reserva", por carecer de averiguación, información, conocimiento o "noticias" de la persona desaparecida, y por lo tanto se desconoce hasta la fecha si está viva o muerta.

En el segundo caso, unas personas recurrieron a sus servicios como abogada para también solicitar la declaración de ausencia de un familiar desaparecido, pero ella aconsejó, como debe obligatoriamente en estos casos hacerse, aún cuando el Código Civil para el D.F. no haga ninguna referencia en este sentido, a solicitar la averiguación previa ante el Ministerio Público. Este caso, que finalmente se cerró por la muerte por suicidio de dicha persona desaparecida, no sin antes agotar infinidad de viacrucis, dado que en estos casos, no existe un registro nacional o del D.F. con huellas digitales o de otro tipo, de personas que han sido encontradas muertas e irreconocibles y que nadie reclama en cierto tiempo, por buscarlas infructuosamente en hospitales, albergues, delegaciones policíacas; etc. y que por lo mismo, van a parar en la llamada " fosa común".

En este aspecto, y aún cuando fueron creadas las "Unidades Móviles del Ministerio Público", pero según el Acuerdo de creación de fecha D.O.F. 26 de abril de 1991, estas Unidades sólo son "para la atención de hechos delictivos con motivo del tránsito de vehículos y levantamiento inmediato de cadáveres en la vía pública", lo que había sido solicitado por la ciudadanía en general, y "por tiempos inmemoriales ha sido objeto de reclamo popular", según reconoce el "Considerando".

Pero como en México la autoridad no realiza ninguna actividad que expresamente no le sea conferida, aún cuando exista un caso ilícito de extrema gravedad; en consecuencia, tendrán que pasar otros tiempos inmemoriales y haber otro gran reclamo ciudadano para que estas "Agencias Móviles del Ministerio Público", también procedan a la averiguación y levantamiento de los otros cadáveres que hay en la vía pública y que no son consecuencia de un accidente de tránsito de vehículos, sino de los muchos delitos que esta ciudad padece, en especial del homicidio por robo en todas sus modalidades.

4.3.2.1 El C.A.P.E.A. (El Centro de Apoyo de Personas Extraviadas y Ausentes.)

Dentro de toda esta investigación y búsqueda relacionada con "la ausencia", conocí el C.A.P.E.A. en donde fui atendida con diligencia y conocimiento por el personal en turno.

El CAPEA, es una dependencia desconcentrada de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, (D.O.F. del 3 de octubre de 1990) y que fué creada como consecuencia de otro fenómeno social y delictivo que se ha presentado, no sólo en el Distrito Federal, sino en las ciudades más importantes de la República Mexicana y en las ciudades fronterizas, y es el hecho de la desaparición y robo de infantes y menores; así como "el de personas extraviadas o ausentes relacionadas por causas sociales, criminológicas y delictivas" según señala el propio Acuerdo número A-025-90.

Esta dependencia trabaja en coordinación con LOCATEL, con el Ministerio Público del D.F. y con el Departamento del D.F., según las "Bases de Colaboración" entre estas dos últimas dependencias de la administración pública del Distrito Federal, emitidas también el 3 de octubre de 1990.

El C.A.P.E.A., muy poco tiene que ver con las "clases" de ausencia a las que se refiere el Código Civil para el D.F., porque como ya se vió, el controvertido artículo 648 del Código Civil para el D.F., se refiere al ausente pero presente a través de su apoderado; y los demás artículos del mismo Código, se refieren al desaparecido, pero del cual se presume su muerte según el artículo 705; y finalmente del ausente desaparecido, del cual se ignora si realmente está vivo o muerto, que tiene bienes a considerar y del cual la autoridad para empezar, tiene que nombrarle un depositario de sus bienes, un tutor para sus hijos, citarlo por edictos, etc., etc. y que se refiere el artículo 649 y siguientes.

No obstante, hago mención de dicha institución, porque la misma

alude a "los ausentes", pero en realidad esta Institución se ocupa de los siguientes "ausentes" que en realidad son personas (infantes, adolescentes, jóvenes y adultos jóvenes y ancianos) extraviadas o desaparecidas y claro, por ello están "ausentes":

- 1.- Los niños menores de 5 años que se extravían por descuido de los padres, o son robados¹⁸⁷ y hasta arrebatados de las manos de sus progenitores.
- 2.- Los niños entre 6 y 12 años que abandonan su casa por maltrato de sus padres o similares circunstancias.
- 3.- Los adolescentes y jóvenes que al no tener comunicación en su familia, abandonan el hogar. (Aquí también se incluyen las adolescentes que se fugan con el novio, o que están embarazadas; o bien, adolescentes que se van de "aventura")
- 4.- Los adultos con problemas económicos, familiares, de alcoholismo, drogadicción o depresión que dejan el hogar, la familia, el trabajo y su entorno y vida social.
- 5.- Los ancianos que por trastornos en la salud, discapacidad física, mental o accidentes; así como demencia senil o problemas familiares, pierden la ubicación de su entorno.
- 6.- Personas menores o adultas discapacitadas mentalmente.
- 7.- La población rural de diversas edades que desconoce las grandes ciudades, ya sea por ignorancia o analfabetismo.

Asimismo, es interesante también mencionar, otros datos estadísticos que me fueron proporcionados por el C.A.P.E.A.,¹⁸⁸ y entre las causas de ausencia o extravío en personas mayores de

¹⁸⁷ De acuerdo al Código Penal para el D.F., no existe expresamente tipificado el delito de "robo de infante", en estos casos se trataría de la modalidad de "robo de infante", cuando la privación ilegal de la libertad tenga el carácter de plagio o secuestro, según el art.366, fracción VI.

¹⁸⁸ Fuente: Estadísticas que me fueron proporcionadas por el Centro de Cómputo del CAPEA, siendo el encargado del mismo el Lic. Juan R. López.

edad (entre 19 a 40 años) y por lo mismo ya productivas, siendo en un 70% de sexo masculino se debió a:

Relacionadas con consumo de alcohol y drogas .	21%
Por serios problemas en la familia y con la pareja.	19%
Por accidentes y muerte.	24%
Por problemas de tipo legal	7%
Por problemas de tipo mental o de salud.	10%
Por "parrandas", "aventuras" paseos o diversiones	19%

También, y entre las personas de 41 a 55 años, se presentan casi las mismas variantes, pero aquí el desempleo y los intentos de suicidio ocupan un porcentaje importante: en promedio 10%.

Es decir, como podrá apreciarse, la mayoría de estas personas están ausentes o desaparecidas por causas de la realidad económica y social de nuestro país; o por la pésima administración e impartición de justicia. Por lo tanto, esta inmensa mayoría carecen de bienes, o cuando mucho, tienen una modesta vivienda o un auto que usufructúa toda una familia generalmente numerosa, sino es que, por la necesidad económica ya han vendido o hipotecado. O bien, muchas personas han "desaparecido" por la irresponsabilidad de quienes los han atropellado con el automóvil o matado en riñas. Finalmente, la negligencia e irresponsabilidad de las autoridades para investigar estas muertes, hace que los cadáveres de muchas personas simplemente se arrojen a la fosa común, muchas veces sin identificación.

En consecuencia, en ninguno de estos casos se trata de personas ausentes, con, o sin representación; que tienen o dejan cuantiosos bienes, y que para ellos el Título Undécimo del Código Civil, les destina casi los 75 artículos !!

Las anteriores informaciones, también demuestran una vez más, la pésima administración de justicia en lo que se refiere a la averiguación previa en este tipo de denuncias antes de proceder a solicitar la declaración de ausencia ante el Juez de lo Familiar ; el papel fundamental que debe jugar el Ministerio Público no sólo en materia penal, el cual debe coordinarse efectivamente con el

Ministerio Público en materia de Familia y velar efectivamente por las clases más desprotegidas.

Porque si bien es cierto que a este último Ministerio Público se le giran instrucciones para intervenir en casos de "ausentes e ignorados", pero en realidad es para aquellos ausentes que dejan cuantiosas herencias o bienes, según se desprende de la lectura de los 10 artículos del "Instructivo para las Actuaciones del Ministerio Público en Materia de Familia" publicado en el D.O.F. del 30 de noviembre de 1990, el cual se concreta a copiar las disposiciones obsoletas y ya cuestionadas en este trabajo de Tesis, y que como ya he dicho hasta la saciedad, los casos a que alude el Título Undécimo del Código Civil para el D.F. son los menos que se presentan en la realidad mexicana, según el análisis de todos y cada uno de los 75 artículos que lo integran y la inutilidad de casi la mayoría de estos.

4.4 Carencia de Jurisprudencia y antigüedad de las escasas Tesis pronunciadas.

Dentro de esta línea de investigación, indagué hasta 1996 y no encontré jurisprudencia; sólo 5 tesis aisladas que van de 1929 a 1949 . No obstante esta escasez en tesis pronunciadas, son significativas de que durante ese lapso de 20 años (de un gran significado político e histórico que va desde el ascenso al poder como Presidente de la República de Alvaro Obregón, hasta el término del sexenio de ese gigante que fue Lázaro Cárdenas), hubo casos de ausencia que al parecer, se intentaron llevar cubriendo todos los requisitos y formalidades que el Código Civil señala, ya que dichas Tesis se refieren a los representantes, al depósito de bienes, a los procuradores, las notificaciones y a la prueba de la existencia de los ausentes.

Casos de ausencia, que en los últimos 40 años siguen siendo pocos, pero que a diferencia de los referidos, y como ya lo mencioné, hoy se abandonan, hay desistimiento o se siguen por otros cauces o vías legales que no son precisamente las que señala el Título Undécimo del Código Civil para el D.F..

4.5 Derecho Comparado sobre "la Ausencia".

Señala Ignacio Serrano y Serrano¹⁰⁹, que las legislaciones europeas en materia de ausencia pueden dividirse en tres grupos:

a) Aquellas en que la declaración de ausencia sólo determina una presunción de ausencia (Por ejemplo en Francia e Italia).

b) Aquellas en que dicha declaración determina, desde luego, la presunción de muerte, que es el sistema de Alemania y Austria, siendo la principal diferencia entre ambos grupos que el primero no anula o disuelve el matrimonio del ausente y el segundo grupo sí.

c) Aquellas que, no admitiendo por completo el que la declaración de ausencia produzca la presunción de muerte, se deciden por una presunción de muerte que puede anular el matrimonio del ausente, pero que exige ciertas cauciones a los derechohabientes antes de entregarles los bienes (sistema mixto). Este sistema es seguido en Inglaterra en donde el derecho en materia de ausencia es obra fundamentalmente de la jurisprudencia.

No obstante la anterior clasificación, las distintas legislaciones europeas contienen a la vez, una serie de elementos de los tres grupos que le dan una característica particular, de las cuales sólo haré mención de tres de estas legislaciones; ya sea porque se han modernizado a pesar de que se iniciaron con infinidad de disposiciones; han introducido trascendentes reformas que las hacen más acordes con la vida contemporánea y la realidad; o bien como la legislación civil suiza, que en materia de ausencia, simplifica el procedimiento a tal grado, que sólo le destina 5 artículos: porque no admite ni la presunción de vida ni de muerte, ya que finalmente, si el ausente regresa y tiene forma justa, realista y legal de recuperar sus bienes !!para qué complicarles tanto y hasta el infinito la existencia y las circunstancias legales a los parientes??!!

¹⁰⁹ Serrano y Serrano Ignacio "La Ausencia en el Derecho Español"
Revista de Derecho Privado. Serie J. Vol. III Madrid, 1943. p. 41

4.5.1 El Derecho Francés.

Es importante citar a Francia en primer término, porque como lo mencioné, Francia no sólo influyó en buena parte de la legislación del continente europeo, sino de América Latina y otras regiones donde la colonización europea se impuso. Asimismo, Francia contribuyó fuertemente en la formación histórica de esta institución que siguiendo al derecho Romano se formalizó en las *Coutumes* que desde el siglo XIII aparecieron, introduciendo en éstas, una serie de elementos sobre la ausencia que estaban dispersas y que aún cuando sistematizó la materia, innovó poco la misma ya que todo el procedimiento de ausencia seguía siendo largo, complicado y muy controvertido.

Es larga la evolución histórica de esta figura en el Derecho francés, pero en general puede decirse que el principio informador de la reglamentación de ausencia, no es otro que el que señala Bonnetcase *"La ausencia por sí sola no prueba la muerte por muy prolongada que aquella sea, pero socialmente importa velar por el interés del ausente y de sus derechohabientes, en vista de los peligros, siempre crecientes, que surgen para ellos de la persistencia de la ausencia, reforzada por la probabilidad de la muerte del ausente."* ²⁰⁰

Sin embargo, Jossierand dice que es *" un sistema matizado hasta la complicación y respetuoso con los derechos del desaparecido hasta la exageración"*. En ello coincide el autor belga De page, cuando le califica de *" impecable por su lógica y de infinito por su complejidad"*. ²⁰¹

Finalmente, Planiol indica que a la codificación napoleónica se le escapa la distinción entre ausentes y desaparecidos; y censura al legislador por pensar constantemente en la vuelta del ausente, siendo este un hecho que rara vez se dá, pues el ausente es un fallecido de quien se ignoran el lugar, el tiempo y las circunstancias de su muerte y que los plazos son excesivamente largos. ²⁰²

No obstante, la legislación francesa ha modificado y modernizado

²⁰⁰ Serrano y Serrano Ignacio. La Ausencia en el Derecho Español. Revista de Derecho Privado Serie J. Vol. III. Madrid. p. 26

²⁰¹ Ibidem. p. 27.

²⁰² Idem.

prácticamente toda esta institución, fundamentalmente mediante las reformas y abrogaciones (del artículo 133 al 143), por la ley No.77-1447 del 28 de diciembre de 1977, quedando sus disposiciones reducidas en sólo 21 concisos artículos que se contienen en el *Livre Premier: Des Personnes. Titre IV - Des absents del Code Civil.*²⁰³

A continuación hago mención de sólo tres de estas trascendentes reformas del Código Civil francés, para compararlas con el Código Civil para el D.F. vigente y hacer algunos breves comentarios:

1.- La administración de bienes del ausente se sujeta a la administración legal bajo control judicial (Art. 113) y no a la complicada, infinita en requisitos y casi inaplicable institución de la Tutela como es en nuestra legislación. Porque la institución de la Tutela, es una figura jurídica que fue creada para atender primordialmente a la persona del incapaz más que a sus bienes.

Figura que se complica aún más en caso de la ausencia, por la clasificación que nuestro Código hace entre Tutela legítima, dativa y testamentaria y de las cuales no se especifica en nuestro Código Civil cual regirá para la ausencia.

2.- Después de constatare la presunción de ausencia y por el transcurso de 10 años, se hace la declaración de ausencia, que es equivalente a la presunción de muerte. Asimismo, esta declaración anula el matrimonio del ausente y el cónyuge presente puede contraer un nuevo matrimonio. (Arts. 122 y 128).

En el Código Civil para el D.F. como se hace la división entre ausentes y desaparecidos, en promedio se requieren 8 años, sin embargo el hecho de señalar tantos requerimientos para declarar: a) la presunción de ausencia; b) la declaración formal de ausencia y c) la presunción de muerte; así como el de suspender, modificar, continuar, etc. la sociedad conyugal; el de otorgar, retener, administrar, etc. la sucesión; y otros infinitos requisitos que se solicitan y que ya he referido hasta la saciedad, en la práctica este lapso promedio de 8 años se alarga indefinidamente y hace, que la mayoría de los procesos sean abandonados o los promoventes se desistan de los mismos.

²⁰³ Code Civil, La Fayette, Paris, 1995

3.- El Código Civil francés prevé, como casi todas las legislaciones lo hacen, que si el ausente regresa en condiciones para asumir sus derechos y obligaciones, recobrará sus bienes, pero en las condiciones en que los mismos se encuentren y sin recibir los frutos de los mismos. (Art. 130) Desde luego que el legislador francés también previó disposiciones a favor del ausente, si alguna parte interesada hubiera provocado fraudulentamente una declaración de ausencia. (Art. 131)

El Código Civil para el D.F. también señala lo que se menciona en la primera parte de este inciso 3.-, pero como hay una infinita serie de disposiciones para nombrar (entre otros nombramientos): a los poseedores provisionales, definitivos, a los administradores "tutelares", se abre la sucesión y hay tantas disposiciones contradictorias sobre la sociedad conyugal, etc.; que al final, no se sabe en qué condiciones va a recibir el ausente sus bienes si es que todavía son suyos, porque en la práctica, los familiares, interesados, "la parte", "los cualesquiera" y hasta "el opositor" a los que les dá cabida nuestra Código, promueven una serie de procedimientos legales y extralegales para adjudicarse de buena o mala fe dichos bienes.

4.5.2 El Derecho Español.

El Código Civil español al igual que el francés, tomó de la codificación napoleónica la figura del ausente con todo y sus infinitas e inaplicables disposiciones. Pero también el legislador español, ha modificado realista y congruentemente esta figura.

Con esto, no quiero decir que todo vaya sobre ruedas en materia de ausencia en las legislaciones citadas por el mero hecho de reducir, simplificar y adecuar a la realidad estas disposiciones. Seguramente este cambio, les ha traído otros problemas y ajustes necesarios.

No obstante el paso fundamental se ha dado, es decir, por una parte el darse cuenta que la infinidad de requisitos para salvaguardar los derechos del ausente y de sus herederos, cónyuge, y otros con tanto celo, en una figura que está enmarcada por la permanente incertidumbre, y que arrastra

a otras en la misma situación; y en donde si el ausente regresa se pretende que "prácticamente todo vuelva a ser como antes" ; no era realista, ni justo, ni necesario, ni útil, ni aplicable.... simplemente no se podía continuar así. Y por otra parte, el continuar para seguir reformando esta figura jurídica hasta que vaya adecuándose lo más posible a la realidad.

El Código Civil español contiene la materia "De la Ausencia", en el Libro Primero De las Personas y en su Título VIII, le dedica sólo 17 artículos. Este Título ha sido reformado, adicionado y abrogado en 12 artículos en 1939 y 3 en 1981.²⁰⁴

En cuanto a las disposiciones sobre esta materia, haré mención de algunas que a mi juicio, considero trascendentes:

1.-El representante del ausente en relación a la administración de los bienes, se sujeta a las normas que en orden a la posesión y administración se contienen en la ley procesal civil (art. 185-4a.)

2.- El cónyuge del ausente tiene derecho a la separación de bienes. (Art. 189)

3.- En cuanto a los plazos, si bien es cierto que estos van de 2, 5 y hasta 10 años para declarar el fallecimiento (art. 193-1o 2o y 3o.), estos plazos son realistas, por ejemplo: si el ausente desde su desaparición y transcurridos 5 años, haya cumplido 75 años, procede declarar el fallecimiento. Por otra parte, no existe la declaración de presunción de ausencia, sino sólo la declaración de ausencia legal después de un año (art. 183-1o.)

4.- Existe un Registro Central de Ausentes, en el que no sólo se anotan los datos personales del ausente, sino también las declaraciones de ausencia legal y fallecimiento del mismo; así como lo relacionado con los legítimos representantes, inventario de bienes muebles e inmuebles y los Notarios y/o autoridades que intervienen en todos estos actos procedimentales. (Art. 198 con 5 fracciones).

²⁰⁴ Código Civil. Varios Autores (Comentarios, Jurisprudencia, Concordancias y Referencias Legales Actualizadas) Madrid, Editorial Colex. Sexta Edición 1993. pp. 100 a 107.

4.5.3 El Derecho Suizo

El Código Civil suizo, inicialmente tomó también la figura jurídica de la ausencia del Código de Napoleón, sin embargo desde 1848, Eugen Huber autor de prácticamente todo el Derecho privado de ese país, y que por lo mismo es tan coherente, no obstante incluyó una serie de disposiciones que se encuentran en el Derecho germánico considerado también, como una de las legislaciones más progresivas en materia de ausencia, porque sin dejar de proteger los derechos, intereses y bienes del ausente, elimina sin embargo la incertidumbre de su existencia.

Situación análoga en el Derecho Suizo, el cual en materia de ausencia el régimen está muy simplificado, porque ha abreviado sensiblemente los plazos y porque como ya lo mencioné, no admite ni presunción de vida ni de muerte abriendo por completo la sucesión hereditaria, una vez declarada la ausencia, lo que no significa que los intereses, derechos y bienes del ausente no estén debidamente protegidos.

Finalmente, los conflictos de leyes relativos a la ausencia, se rigen por las mismas reglas destinadas a proteger la personalidad, siendo la nacionalidad del ausente la dominante, cualquiera que sea el lugar en que los bienes estén situados. Hay que recordar, que Suiza tiene una población de 7 millones, pero de los cuales 2.0 millones son extranjeros.

Los artículos relativos a la Ausencia son sólo 5 (Arts. del 35 al 38 y el 50 ZGB) y se encuentran en el Schweizerisches Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht, en el Capítulo destinado a las Personas Físicas, en particular en el "Nacimiento y Fin de la Personalidad".²⁰⁶

²⁰⁶ ZGB / OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht. Orell Füssli, Verlag Zürich, 1989. pp. 11 a 15

4.6 Cómo se enseña en la Facultad de Derecho, la figura jurídica de "La Ausencia?"

Sobre esto, no hay mucho que decir, porque en la forma superficial en que es tratada la figura jurídica de "La Ausencia" por los autores de los textos jurídicos y en los Códigos "comentados", su enseñanza en la Facultad de Derecho es tratada de igual manera. Inclusive, puede ser que ahora, ni de esa forma sea comentada, porque la citada figura, no está incluida específicamente en ninguno de los seis cursos en que se divide todo el programa de Derecho Civil en "El Nuevo Plan de Estudios" y que se incluyen entre el primer y sexto semestre de la Carrera de Licenciado en Derecho.

Es decir, la figura de "La Ausencia" no está ni en el primer curso "Introducción al Derecho Civil" del primer semestre, el cual dedica la Unidad 2. al "Derecho de las Personas"; ni en el curso del sexto semestre sobre el "Derecho Familiar" (del cual el Maestro Gutiérrez y González, dice con acierto, que debió haberse nombrado "Derecho para la Familia"), que pudiera haberse incluido en la Unidad 3. del "Divorcio", porque de acuerdo al artículo 267, en su fracción X, es una causa de divorcio la declaración de ausencia o la presunción de muerte.

Quizá y sólo de manera muy superficial, algún profesor haga mención de la ausencia asociándola con otras figuras jurídicas, porque es bien sabido, que a muchos profesores, si no se les exige específicamente que impartan determinado tema señalado en el programa, el mismo no lo enseñan. Y si a ello se suma la falta de teoría en los textos jurídicos ya citados, y la carencia de práctica procesal por escasez de juicios de esta naturaleza, se concluye que "La Ausencia" está totalmente ausente de los planes y programas de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la U.N.A.M.

En este tema también, el Maestro Ernesto Gutiérrez y González, indudable experto en la materia civil, cuestiona en una de sus obras, estos cursos de Derecho Civil del nuevo Plan de Estudios, con interesantes y bien fundados comentarios y críticas constructivas, muy al estilo del querido Maestro.²⁰⁸

Asimismo y en dicha obra, podrán encontrarse 17 de sus interesantes

²⁰⁸ Véase Gutiérrez y González Ernesto. "Derecho de las Obligaciones". Editorial Porrúa, 11a edición. México, 1996. pp. 1a7

teorías y tesis, que sobre la materia civil expone, entre las que destacan: la unificación del Derecho civil en todo el país, así como la actualización del mismo; tesis sobre los derechos de la personalidad; tesis sobre la "mala intención" en lugar de "la mala fé", etc.

4.7 Conclusión del presente Capítulo IV

Después de todo este extenso recorrido que a través de una investigación documental y empírica llevé para desentrañar esta figura jurídica de "La Ausencia" y aproximarnos a conocerla en nuestro medio, y que inicié desde la búsqueda de elementos teóricos en los textos jurídicos de autores mexicanos, pasando por la investigación de campo en los Tribunales Familiares, instituciones como el CAPEA, inquiriendo a jueces y abogados litigantes; buscando jurisprudencia; comparándola con algunas legislaciones civiles europeas; hasta una interpretación y análisis jurídico general de todos y cada uno de los 75 artículos que integran el Título Undécimo del Código Civil para el D.F. y del cual hago una propuesta de reforma y derogación de la misma para adaptarla a la realidad mexicana,²⁰⁷ he concluido que es urgente la revisión total y el replanteamiento de toda esta institución jurídica, no sólo en su enseñanza e investigación jurídica, sino en particular, en la abrogación y modificación de los 75 artículos que la regulan en el Código Civil, mismos que en su mayoría son obsoletos, inaplicables por incongruentes, absurdos, y en particular, totalmente ajenos a la situación de la mayoría de "ausentes" y desaparecidos que nuestra realidad social económica y de impartición de justicia motivan.

Finalmente, y al averiguar que esta figura jurídica no está incluida en ningún curso de Derecho Civil en la carrera de licenciado en Derecho en la Facultad de Derecho de la UNAM y por lo tanto que no va a formar parte de los nuevos programas, nos lleva también a la necesidad de replantear no sólo la multitudada figura jurídica, que es sólo una muestra más de la infinidad de instituciones jurídicas absurdas, obsoletas de las que están llenas nuestras leyes y códigos; sino seguir insistiendo, como ya se está haciendo en replantear los programas de estudio de la carrera, e insistir

²⁰⁷

González, Villaseñor Ma. Isabel. "De la Separación de bienes; el Divorcio; de la Emancipación y la Mayor Edad; del Ausente y de los Ignorados en el Código Civil para el D.F." Dirección General de Derechos de Autor. Certificado No. 37057 del 10.II.1995.

machaconamente en aplicar las técnicas de enseñanza-aprendizaje en nuestra Facultad de Derecho, para que los estudiantes conozcan, estas figuras jurídicas a través, por ejemplo, de las variadas técnicas de interpretación.

Asimismo conozcan, a través de las técnicas de investigación y de campo, la realidad *in situ*. Realidad a la que alguna vez y para siempre, deberán enfrentarse, pero ante la que estén debidamente preparados para ser verdaderos profesionales del Derecho.

CONCLUSIONES GENERALES

PRIMERA.- En el vasto mundo de la Ciencia del Derecho, la interpretación de la norma jurídica juega sólo una parte. Porque una cosa es la interpretación jurídica lato sensu que está dentro del amplio y fascinante mundo de la Filosofía del Derecho; mientras que la interpretación de la norma jurídica sólo está dentro de la interpretación del lenguaje del Derecho. Son dos mundos bien definidos pero íntimamente relacionados. Es decir, no se puede interpretar el lenguaje del Derecho que es fundamentalmente la norma jurídica, sino se conoce la interpretación del Derecho como Ciencia. Es de destacarse, que un alto número de juristas que interpretan el Derecho, interpretan el "objeto" de la Ciencia del Derecho que es el lenguaje jurídico representado mayoritariamente en la ley y la jurisprudencia que son consideradas a su vez, fuentes fundamentales del Derecho.

SEGUNDA. Al estudiar el Derecho, el investigador se enfrenta a la trilogía: a)axiológica, b)sociológica y c)normativa; que se resumen en esa permanente dualidad entre el mundo del ser y del deber ser. Así, en este mundo dual están: el mundo de la dogmática jurídica y el mundo real; el mundo moral y el mundo social, el derecho subjetivo y el derecho objetivo. Es decir, las ciencias de la Filosofía y las ciencias de la Sociología; la Filosofía del Derecho y la Sociología del Derecho o Sociología Jurídica; decantándose el intérprete de la norma jurídica por esta última, por ser el Derecho una ciencia eminentemente social y porque la Filosofía del Derecho no se aproxima como el intérprete quisiera, a una realidad tremendamente cambiante y en continuo azoro.

TERCERA.- El hecho de que el intérprete del lenguaje del Derecho se incline por las disciplinas de la Sociología, no significa que esto se haga con autonomía, porque ningún fenómeno social puede ser válidamente analizado con exclusión de los demás, lo que convierte el estudio del Derecho en una actividad multidisciplinaria y y por ello, se debe insistir en la interacción dinámica de los tres elementos que la integran: a)como norma, b) como valor y c) como hecho. No obstante, el intérprete no se puede perder en el vasto mundo de las ciencias y otras disciplinas sólo porque estas se interrelacionan; aquí también se hace obligada la especialización para delimitar el objeto de conocimiento.

CUARTA. El Derecho, como objeto de conocimiento es una ciencia, e independientemente de que se le estudie como valor, como norma, o como hecho es un producto fundamentalmente de carácter social y cultural. Como ciencia social, adopta la metodología o metodologías que considere útiles y necesarias para investigar, analizar y estudiar el objeto de conocimiento elegido. No hay una metodología jurídica-científica capaz de explicar todos los fenómenos jurídicos. No obstante, lo que si es imprescindible, es el rigor y precisión con el cual se empleen los diversos instrumentos de la lógica y el pensamiento.

QUINTA.- El intérprete del Derecho, también se enfrenta a dos posiciones axiológicas valorativas. Por una parte, la tradicional con todo un edificio básico y conceptual que funciona eficazmente hasta en el terreno de la práctica jurídica y otra postura más radical y crítica que introduce métodos científicos propiamente dichos a la técnica jurídica, pero incapaces hasta ahora, de sustituir con ventaja práctica a los métodos tradicionales. No obstante hay que seguir intentándolo, porque de ambos métodos, hay valiosas experiencias que pueden lograr un tercer consenso que sirva eficazmente para el conocimiento del Derecho y abandonar las posturas radicales o antagónicas .

SEXTA.- Para muchos autores, todavía son indefinidos los conceptos de método y técnica por ser tan polisémicos, al grado de mencionarlos indistintamente. No obstante, se debe afirmar, que el método es teórico y debe realizarse con rigor científico y epistemológico, en tanto que la técnica es considerada como un conjunto de procedimientos y recursos de los que se sirve una ciencia. Por lo tanto, la interpretación jurídica lato sensu, pertenece al mundo de la ciencia y requiere de la metodología jurídica; en tanto que la interpretación del lenguaje del Derecho, puede hacerse a través de métodos y técnicas de interpretación.

SEPTIMA.-El hacer uso de las técnicas en vez de la metodología científica; no significa que no se trabaje con rigor. Una técnica también implica una serie de procedimientos racionales y empíricos con base en argumentaciones e hipótesis que varían dependiendo de la investigación jurídica que se persiga, ya sea: a) formalista, b) jusnaturalista o c) corriente sociologista, realista o empírica. No hay que olvidar, que aún cuando se haga uso de toda una metodología, sino se emplea el mayor rigor posible, sino se cree firmemente en la investigación que se lleva a cabo; y no se trabaja con honestidad y transparencia, nada se logrará para avanzar realmente en el conocimiento del Derecho.

OCTAVA.- Interpretar la norma jurídica, es una tarea que hacen y han hecho infinidad de autores y juristas, a lo largo de toda la historia de la Ciencia del Derecho. Es decir, independientemente de que el objeto de conocimiento se enfoque en el plano axiológico, normativo o sociológico o parta de profundas concepciones filosóficas y epistemológicas estudiadas con rigurosas metodologías científicas, no se puede prescindir del objeto último de la Ciencia del Derecho que es el lenguaje del mismo por excelencia: la norma. Porque si bien es cierto que la ley es considerada sólo una parte de la realidad social y por ello se le vincula a otros fenómenos que no son jurídicos, pero "La Ley" es el último eslabón que la sociedad reclama y se siente obligada a obedecer. El Estado de Derecho y la seguridad jurídica son dos obligadas exigencias de un mundo convulsionado, tremendamente dinámico y profundamente contradictorio e injusto. Por lo tanto, es imprescindible la constante adecuación de la ley a esta realidad, que no tiene porque afectar la seguridad jurídica.

NOVENA.- Interpretar la norma presenta muchos problemas; diversos enfoques y perspectivas. El intérprete de la misma, también se enfrenta a diversos métodos, técnicas y procedimientos los cuales ninguno prevalece sobre el otro. Por lo tanto, para interpretar "la vida humana objetivada", como definió Recaséns Siches al Derecho; "la específica legalidad" que tanto defendió Kelsen. O bien, para interpretar esa "voluntad colectiva" expresada en la ley, pero que Bodenheimer califica de "instrumento superior de dominio y poder" del grupo gobernante; entre todo ello, el intérprete tiene que elegir.

DECIMA.- El intérprete también tiene que elegir, porque en el denso universo de normas declarativas, sancionadoras, descriptivas, facultativas; objetivas y subjetivas; públicas y "privadas"; etc., y de éstas, su eficacia, validez, vigencia, sanción, coherencia, etc., etc. Asimismo, el contexto en que las mismas fueron hechas y se aplican. Así como el discurso jurídico, ese "discurso connotado" manipulador y dirigido al "receptor social imaginario", y además, que todos ellos se mueven en el terreno de las argumentaciones y la "conexión"; Por lo tanto, el intérprete se ve obligado a elegir.

DECIMA PRIMERA.- Qué elige? Elige desde interpretar la norma a través de todos los instrumentos de la lógica y la gramática (la lógica matemática, la lógica deóntica, la hermeneútica, la sintaxis, el análisis inductivo y deductivo, etc.)Es decir, toda una interpretación doctrinal; o bien simplemente elige emplear el sentido común que se expresa en lenguaje común. En este caso, el intérprete, (que puede ser el legislador, el juez, el doctrinario, el investigador, el jurista, el abogado o el profesor) intenta

hacer accesible el lenguaje del Derecho a los estudiantes del mismo y no de obras de interpretación exegéticas que sólo son comprensibles , (y no en todos los casos) para los eruditos doctrinarios. La interpretación por lo tanto, puede ser extensiva o restrictiva y aquí el interprete juega un papel clave. Por lo tanto, se necesitan principio y directivas de interpretación para no afectar la seguridad jurídica.

DECIMA SEGUNDA.-Cuando el intérprete es el profesor de Derecho, y tiene que interpretar, desentrañar, explicar, comentar y acceder al estudiante de Derecho el significado y aplicación de la norma jurídica, es algo que poco se hace (por lo extenso de los programas, la brevedad en los semestres o el alto número de estudiantes y su bajo nivel de conocimientos); y no siempre se hace por docentes que conozcan la materia, no sólo a través de un texto, sino en casos prácticos y sobre todo, en el conocimiento de nuestra realidad en la impartición de justicia. Aquí, por ejemplo, es pertinente destacar la actividad de interpretación del Juez que en su decisión, intenta adecuarse a la ley, pero también intenta "hacer justicia" para las partes en conflicto y la sociedad.

Asimismo, los libros, textos o leyes, pueden estar ahí, perfectamente explicados, redactados y analizados, pero difícilmente el estudiante accederá por sí mismo a estos, que no sea para memorizar , previo al exámen del curso, solo las teorías o conceptos básicos de los mismos; porque muy poco se le enseña a pensar , a razonar y en particular, a conocer y aplicar las leyes y códigos, y se conviertan en verdaderos Abogados del Derecho.

DECIMA TERCERA.- Pensar y razonar; trabajar con casos prácticos y con la realidad, no significa formar "leguleyos" o "codigueros" sin conocimientos doctrinales y teóricos porque sin estos, difícilmente el estudiante accederá a comprender la interpretación de la norma. Por ello, las técnicas de enseñanza-aprendizaje destinadas a interpretar la norma,(y por ende, la Jurisprudencia y las decisiones judiciales) deberán ser parte del plan de estudios en los últimos semestres, como actualmente se hace para las llamadas "Práctica Forense" o bien, destinarse otros espacios en la enseñanza-aprendizaje del Derecho, como también se hace, en las "Convocatorias" para la preparación de los profesores aspirantes a ocupar plazas. No hay que olvidar, que si se aspira a un verdadero proceso de **enseñanza-aprendizaje**, que durante siglos ha estado dominada por la cátedra "magistral", hay que exigir por igual. Tenemos que aprender a la par: profesores y estudiantes: los profesores a enseñar para formar verdaderos **profesionales del Derecho** y ellos aprender a pensar, razonar y actuar como tales.

DECIMA CUARTA.- Muchos estudiosos del Derecho, del "Derecho vivo" sabemos que, en infinidad de nuestras intuiciones jurídicas, sus disposiciones legales son tan vagas, inentendibles, inútiles, ineficaces, repetitivas, obsoletas etc. y sin embargo están ahí como convidadas de piedra e indiferentes a una impactante realidad social que les es completamente ajena. Son instituciones jurídicas enterradas en la ley y en el tiempo porque nadie se ocupa de ellas y sin embargo obstruyen, no sólo a esta realidad social, sino al desarrollo del Derecho y hasta su enseñanza, porque es más cómodo ignorarlas ante su obsolescencia y porque, finalmente, hay "otras formas" de arreglar los problemas legales relacionadas con éstas.

DECIMA QUINTA.- El caso de la figura jurídica de "la Ausencia", es un ejemplo de institución obsoleta y de agobiante tarea en su práctica forense en los escasísimos casos, que generalmente son abandonados por sus promoventes; que carece de doctrina y análisis jurídico por autores mexicanos; de ausencia de jurisprudencia y sólo algunas tesis; y que es hasta ignorada en los planes de estudio de la carrera de licenciado en Derecho. Todo lo anterior, no obstante que es "vigente" el Título Undécimo del Código Civil para el D.F. nombrado "De los Ausentes e Ignorados", con 75 prácticamente obsoletos artículos. Sin embargo, cuando se presentan "casos de ausencias" que deberían estar previstos en tantos artículos, se legisla "al vapor" y por decreto; o se aplica la ley en forma casuística y convenientemente a cada caso en particular. Y por otra parte, se ignora la impactante realidad sobre "los ausentes" extraviados y desaparecidos en esta Ciudad, que en su inmensa mayoría, son víctimas de la criminal situación económica, social y de impartición de justicia en nuestro país.

DECIMA SEXTA.- Por lo que, para conocer estas figuras jurídicas que carecen de sustento teórico, jurisprudencial y práctica forense en nuestro medio, una forma útil y eficaz de conocerlas; es a través de la interpretación de las normas que intentan regularlas, porque por una parte, son la única fuente en las que se puede abreviar para analizarlas y desentrañarlas; para saber, con cuáles otras instituciones jurídicas se relacionan, sus orígenes, etc. Y por la otra, al iniciarse en la investigación, necesariamente nos lleva a querer conocer, cómo es en "vivo" su práctica forense, la realidad que pretende regular, etc. Es decir, todo un proceso de investigación documental y de campo que también implica, enseñar a pensar y razonar al estudiante; iniciarlo en la investigación, las metodologías, técnicas de interpretación, etc. En suma, introducirlo a la Ciencia Jurídica.

DECIMA SEPTIMA.- Por lo tanto y con la presente tesis, busco demostrar, que las técnicas de interpretación de la norma jurídica, son una técnica eficaz en la enseñanza-aprendizaje del Derecho, en particular, de aquellas figuras jurídicas que en nuestro medio, carecen de sustento teórico y análisis jurídico; hay escasez de jurisprudencia y tesis; y la práctica forense, es muy irregular y prácticamente nula. Y el ejemplo de ello y que mejor lo demuestra, es el de la figura jurídica de "la Ausencia".

BIBLIOGRAFIA GENERAL

Alonso Tapia, Jesús. *Enseñar a Pensar? Si, pero cómo?* Cuadernos de Pedagogía. No 114. Facultad de Filosofía y Letras de la UNAM, 1982.

Baqueiro, Edgard, Rojas Rosalía. *Derecho de Familia y Sucesiones.*
— *Derecho Civil Introducción. Personas.* Harla. México, 1996.

Bodenhelmer, Edgar. *Teoría del Derecho.* Fondo de Cultura Económica, Decimacuarta reimpresión, México 1994.

Bonifaz Alfonso, Leticia. *El Problema de la Eficacia en el Derecho.*
Porrúa. 1a. edición. México 1993.

Cassirer, Ernst. *Las Ciencias de la Cultura.* Fondo de Cultura Económica. 2a edición en español. México 1955.

Chohaybar y Kurl, Edith. *Técnicas para el Aprendizaje Grupal (grupos numerosos).* Centro de Investigación y Servicios Educativos. U.N.A.M. 6a ed. México 1996.

Cohen Morris, R. *Introducción a la Lógica.* Breviarios, Fondo de Cultura Económica. 8a. edición. México 1993.

Del Gesso Cabrera, Ana María. *El Discurso Jurídico, un Discurso Connotado.* Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho. Instituto de Investigaciones Jurídicas. No. 13. UNAM, 1993.

Delval, Juan. *Los Fines de la Educación.* 2a. edición. Siglo XXI Editores. México 1991.

De Pina, Rafael. *Derecho Civil Mexicano.* Porrúa. 32a. edición. México, 1995.

Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. *Derecho Civil.* 3a. edición. Porrúa. México, 1992.

Duverger, Maurice. *Método de las Ciencias Sociales.* . Ariel. México 1983.

Elias Azar, Edgard . *Derecho Civil.* Porrúa. México, 1995.

Fix Zamudio, Héctor. *Ensayos sobre Metodología, Docencia e Investigación Jurídicas.* 1a. edición. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1981.

Galindo Garfias, Ignacio. *Derecho Civil.* 12a. edición (puesta al día). Porrúa. México, 1993.

García Maynez, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho.* 32a. edición. Porrúa. México 1980.

Garza Mercado, Ario. *Manual de Técnicas de Investigación.* 3a. edición. El Colegio de México. México 1981.

Goguelin y D. Dugue Mc Carthy. *La Formación Contínua de los Adultos.* División de Educación Continua de la Facultad de Comercio y Administración. UNAM, 1982.

Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones.* Porrúa, 11a. edición. México, 1996.

— *Anteproyecto de Código Civil para el Estado de Nuevo León.* Gobierno del Estado de Nuevo León. Dirección de Acción Cívica y Editorial.

Habba, Enrique. *Ciencia Jurídica qué Ciencia?* Revista del Colegio de Abogados. No. 51 Septiembre-Diciembre de 1984. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Centroamérica.

— *La Voluntad del Legislador.* No. 32 Mayo-Agosto de 1977.

— *Apuntes sobre el Lenguaje Jurídico I.* No. 39 Septiembre-Diciembre de 1979.

— *Apuntes sobre el Lenguaje Jurídico III.* No. 37 Enero Abril de 1979.

— *Determinación en la precisión del Lenguaje del Derecho.* Apuntes sobre el Lenguaje Jurídico II. No. 38 Mayo-Agosto de 1979.

Habermas , Jürgen. *Lógica de las Ciencias Sociales.* Versión Castellana de D.J.

Vogelmann. Sur. Buenos Aires, 1966.

Hawking, Stephen W. *Historia del Tiempo, del big bang a los agujeros negros.* 8a. Edición. Crítica, Grijalbo. Barcelona 1989.

Hernández Gil, Antonio. *Problemas Epistemológicos de la Ciencia Jurídica.* Cuadernos Civitas. Madrid 1976.

Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho.* 8a. edición. Porrúa, México 1995.

León, Antoine. *Psicopedagogía de los Adultos.* 7a. edición. Siglo XXI Editores. México 1986.

Magallón Ibarra, Jorge Mario. *Instituciones de Derecho Civil.* Tomo II. 1a, edición. Porrúa, México, 1987.

Novoa Monreal, Eduardo. *El Derecho como Obstáculo al Cambio Social.* 1a. edición. Siglo XXI Editores. México 1975.

Ogayar y Aylón. *La Ausencia en el Derecho Español.* 1a. edición. Reus. Madrid 1936.

Orizaba Monroy, Salvador. *Nociones de Derecho Civil.* Pa. México, 1995.

Ovillo Mandujano, Manuel, en *Metodología Jurídica.* Rosa María Alonso González, Angélica Bohuchot Benhumea, Rosalío López Durán, Patricia Morales Urdiales. Sistema de Universidad Abierta, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. México 1996.

Ortega, Esteban. *Lógica, Introducción a la Filosofía de la Ciencia.* 2a. reimpresión, Diana. México 1993.

Poincaré, Henri. *Filosofía de la Ciencia.* Nuestros Clásicos 32. Coordinación de Humanidades UNAM. México 1984.

Pons, Ignacio. *Programación de la Investigación Social.* Cuadernos Metodológicos. Centro de Investigaciones Sociológicas. Madrid 1993.

Recaséns Siches, Luis. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho.* 3a. edición. Porrúa. México 1980.

— *Panorama del Pensamiento Jurídico del siglo XX.* Porrúa, México 1963.

— *Tratado General de Filosofía del Derecho.* Porrúa, México 1965

Rodríguez Tirado, Alvaro. *Lógica Deóntica y Modelos Semánticos.* Instituto de Investigaciones Filosóficas. Colección Estudios Monográficos 2. UNAM. México 1976.

Rojas Soriano, Raúl. *Guía para realizar investigaciones sociales.* Facultad de Ciencias Políticas. Estudios 51. UNAM. México, 1977.

Serrano y Serrano, Ignacio. *La Ausencia en el Derecho Español.* Revista de Derecho Privado. Madrid 1943.

Ross, Alf. *Lógica de las Normas.* Tecnos. Madrid 1971.

Sánchez Vázquez, Rafael. *Metodología de la Ciencia del Derecho.* 1a. edición Porrúa. México, 1995.

Sapir, Edward. *El Lenguaje.* 2a. edición. Fondo de Cultura Económica. México 1962.

Tamayo y Salmorán, Rolando. *Elementos para una Teoría General del Derecho.* Themis. México 1996.

— *El Derecho y la Ciencia del Derecho.* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 1986.

— *Introducción al Estudio de la Constitución.* Coordinación de Humanidades de la Universidad Nacional Autónoma de México. 1a edición 1979. Tomo I.

— *Lenguaje del Derecho y Demiurgia Jurídica.* Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho, No. 13. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. 1993.

Von Wrighth, Georg Henrik. *Un ensayo de Lógica Deóntica y la Teoría General de la Acción.* Instituto de Investigaciones Filosóficas. UNAM. México, 1976.

Witker Velázquez, Jorge. *La Investigación Jurídica en México.* Mc Graw Hill. México 1995.

— *Antología de Estudios Sobre la Enseñanza del Derecho.* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México 1976.

Witker, Jorge y Larios, Rogelio. *Metodología Jurídica.* UNAM-Mc Graw Hill. México 1997.

W. R Daros. *Aprender y Personalizarse según Piaget.* Programa del Seminario de Teoría Pedagógica. Ma. Teresa Obregón. División de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. México, 1995.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

Atlas Histórico Universal. El País, Editorial Aguilar. Madrid, 1996.

Breve Diccionario de Filosofía. Muller Max y Holder. Editorial Halder. Madrid, 1986.

Diccionario Básico para la Actualidad Científica. Celeste Ediciones. Madrid, 1996.

Diccionario Filosófico. Editorial Limusa. 1a edición. México, 1994.

Diccionario de Derecho. Rafael de Pina. Editorial Porrúa. México, 1983.

Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 4a. edición, Edit. Porrúa. México, 1991.

Diccionario de Sinónimos. Roque Barcia. 1a. edición. Edit.Colofón. México, 1990.

Diccionario Razonado de Sinónimos y Antónimos. Editorial del Vecchi, S.A. Barcelona, 1991.

Escenarios de la Historia. El País, Editorial Aguilar. Madrid, 1996.

Enciclopedia Jurídica Omeba. Editorial Driskill, S.A. Argentina, 1986.

Diccionario Larousse. Ediciones Larousse. México, 1994.

CODIGOS CIVILES.

Nacionales y extranjeros.

Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Comentado. Varios Autores. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Tomo I. Segunda edición. México 1987.

Código Civil para el Estado de Tamaulipas. 2a. edición. Edit. Porrúa. México, 1990.

Código Civil Español. Comentarios, Jurisprudencia, Concordancias y Referencias Legales Actualizadas. 6a. edición. Editorial Colex. Madrid, 1993.

Code Civil. Edit. La Fayette. Paris, 1995.

ZGB I OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht. Orell Füssli. Verlag, Zürich, 1989.

De la Separación de Bienes, el Divorcio, de la Emancipación y de la Mayor Edad, del Ausente y los Ignorados en el Código Civil para el D. F. Comentarios. Ma. Isabel González Villaseñor. Dirección General de Derechos de Autor. Certificado No. 37057. México, 10 de Febrero de 1996.

REVISTAS, INFORMES, ESTADISTICAS, PRENSA.

Revista Proceso. Números 1042 y 1046 de Octubre y Noviembre de 1996.

Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000. Presidencia de la República, México 1995.

Fortaleza y Debilidad de la UNAM. Jorge Carpizo. UNAM, 1986.

Estadísticas del INEGI-CRINM-UNAM, 1996.

Planes y Programas de Estudio de la Facultad de Derecho de la UNAM. México, 1993.

Estadísticas del CAPEA. Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. México, 1995.

Periódico El Financiero. México, D.F. 17 de Junio de 1996