

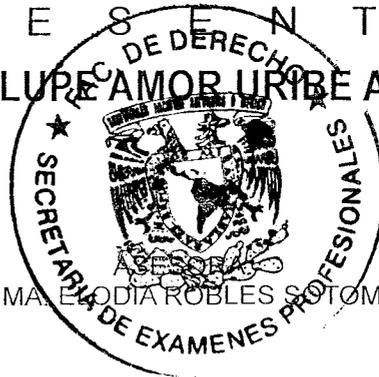


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

UNA VISION RACIOVITALISTA DEL
VALOR EN EL SISTEMA JURIDICO
MEXICANO

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
GUADALUPE AMOR URIBE ARPERO



MTRA. MA. ELODIA ROBLES SOTOMAYOR



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ
DIRECTOR GENERAL DE
ADMINISTRACIÓN ESCOLAR, UNAM
P R E S E N T E .

La **C. Guadalupe Amor Uribe Arpero**, con número de cuenta **099347404**, elaboró en este Seminario bajo *la dirección de la Mtra. Ma. Elodia Robles Sotomayor*, el trabajo de investigación intitulado: **“Una visión raciovitalista del valor en el sistema jurídico mexicano”**. La tesis de referencia satisface los requisitos necesarios, conforme al oficio que emite el revisor, por lo que con apoyo a la fracción VII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, se otorga la aprobación correspondiente y se le autoriza su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales de esta Universidad.

Sin otro asunto, le reitero mi más amplio agradecimiento y respeto.

A T E N T A M E N T E
“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU”
Cd. Universitaria, 7 de diciembre del 2009
LA DIRECTORA



Ma El

SEMINARIO DE **MTRA. MA. ELODIA ROBLES SOTOMAYOR**
FILOSOFÍA DEL DERECHO
CIUDAD UNIVERSITARIA

A Dios

*A mis Padres: José Guadalupe Roberto
Uribe Rivera y Leticia Arpero Vargas*

A la Mtra. María Elodia Robles Sotomayor

*De oídas había oído hablar de ti,
pero ahora te veo con mis propios ojos.
Por tanto, me retracto de lo que he dicho,
y me arrepiento en polvo y ceniza.*

JOB 42:5-6

*¿Sólo así he de irme?
¿Como las Flores que perecieron?
¿Nada quedará en mi nombre?
¿Nada de mi fama aquí en la tierra?
¡Al menos Flores, al menos Cantos!*

CANTOS DE HUEXOTZINGO

UNA VISIÓN RACIO VITALISTA DEL VALOR EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

Índice	1
--------------	---

Capítulo I Teoría de los sistemas jurídicos

1.1. Sistema jurídico	6
1.2. Teorías sistémicas positivistas.....	7
1.2.1. John Austin	8
1.2.2. Hans Kelsen	22
1.2.3. H. L. A. Hart	48
1.2.4. Joseph Raz	91
1.2.5. Positivismo Incluyente	116
1.3. Crisis del positivismo	119

Capítulo II Integración del Sistema jurídico

2.1. Núcleo sistémico	144
2.1.1. Núcleo de derecho natural	145
2.1.2. Base estructural sistémica	149
2.1.2.1. Estructura constitucional	154
2.1.2.2. Función sistémica de la constitución	157
2.1.3. Sistema jurídico y Estado	171
2.2. Zona medía	175
2.2.1. Órgano primario de producción (función legislativa)	183
2.2.2. Norma jurídica	203
2.3. Línea de Frontera	213
2.3.1. Órgano de aplicación estructural (función administrativa).....	220
2.3.2. Órgano de aplicación estructural controversial (función judicial) ...	224

Capítulo III Dinámica sistémica

3.1. Entorno.....	227
3.1.1. Territorio	229
3.1.2. Pueblo	234
3.1.2.1. La masa (degradación humana)	250
3.1.2.2. Diferencias entre pueblo y masa	256
3.1.2.3. El pueblo ideal	261
3.1.3. Sistemas en el entorno	264
3.1.3.1. Partidos políticos	266
3.1.3.2. Organismos Internacionales	268
3.1.3.3. O. N. G. (Organizaciones no gubernamentales)	270
3.2. Información	271
3.2.1. Valores como información	274
3.2.2. Cualificación del sistema a través de los valores	276
3.3. Proceso de transformación sistémica a través de los valores	278
Conclusiones	282
Bibliografía	285

Introducción

El principio de dignidad de la persona humana no solo le es inherente a todos los seres humanos, sino es la base sobre la que se constituyen los sistemas estatales y los sistemas jurídicos modernos; estos deben garantizar el respeto de la dignidad inherente a cada uno de los integrantes de la sociedad, así como crear el ambiente óptimo para el desarrollo de las potencialidades de la persona humana. Las sociedades a lo largo de su evolución crean sistemas artificiales de control para garantizar el bienestar de sus miembros, sin embargo, en la intrincada evolución de las sociedades humanas, éste noble propósito poco a poco se ha ido perdiendo, debido a que los sistemas artificiales han fungido como instrumentos de control y explotación humana, al servicio de una clase privilegiada.

A pesar de los diversos movimientos sociales tendientes a reivindicar la dignidad de los seres humanos y romper con los patrones autoritarios, antes mencionados, estos siguen existiendo bajo diversos, niveles y modalidades, las cuales dependen del lugar, la idiosincrasia del pueblo, el momento histórico al cual se hace referencia, así como el nivel de desarrollo humano; por ejemplo: La revolución mexicana fue un movimiento social armado que logro humanizar al sistema jurídico a través del replanteamiento de las directrices institucionales, sin embargo éste movimiento social no logro erradicar todos los patrones de opresión, lo cual ha causado que el sistema entre en crisis conforme pasan los años.

En párrafos anteriores se menciona que los sistemas tienen por finalidad el regular el actuar humano con el fin de garantizar el respeto de la dignidad inherente a los miembros de la sociedad, cuando el sistema no cumple con dicho propósito este junto con su entorno social entran en crisis, a este acontecimiento se le denomina fenómeno de la no correspondencia sistémica.

La no correspondencia sistémica se presenta cuando el sistema artificial no cumple con las expectativas de su entorno social, en el caso del sistema jurídico se presenta cuando las leyes y las instituciones no dan solución a las problemáticas sociales crecientes. Para poder conocer las causas de éste fenómeno, es necesario adoptar un enfoque sistémico holístico, es decir, analizar al sistema como un ente en relación con su entorno desde un ángulo interno y otro externo.

Si el sistema se explica desde una óptica hermética (de un enfoque interno) se obtendrá una teoría tendiente a describir las estructuras normativas, así como parte de los procesos internos de producción. Por otro lado existen teorías que conciben al sistema como un ente en relación con su entorno, ésta posición le permite al observador vislumbrar los acontecimientos que originan los procesos sistémicos de aumento de complejidad, comunicación y reestructuración sistémica parcial o total, sobre éstos temas ahondaremos mas adelante

Las teorías jurídicas que adoptan un enfoque sistémico hermético pertenecen en su mayoría a la corriente denominada positivismo jurídico excluyente; dicha corriente considera al sistema jurídico como un ente autónomo desligado de todo objeto valorativo que le resta objetividad al derecho. El problema que presenta ésta clase de sistema radica en la deshumanización del derecho, porque solo la comunicación a través de las referencias al entorno y la influencia de éste último sobre el sistema, hace posible la humanización del derecho.

En el primer capítulo se abordarán las teorías jurídicas pertenecientes al positivismo excluyente, tales como: La teorías del mandato de Austin, la teoría pura del derecho de Kelsen, la teoría del derecho de Hart y la teoría de los sistemas jurídicos de Joseph Raz entre otras, esto con la finalidad de apreciar las aportaciones como las deficiencias.

Las teorías positivistas se caracterizan por su enfoque interno, esto les permite realizar una descripción minuciosa de las estructuras sistémicas, así como de las generalidades de los procesos internos de producción y de adjudicación o aplicación del derecho, sin embargo, estas teorías son incompletas, debido a que no le dan importancia a los acontecimientos externos relevantes. Lo anterior no implica que estructuras normativas externas como la moral constituyan derecho, de ser así se rompería con el principio de identidad de los sistemas, sino que a través de las referencias al entorno estas estructuras morales aportan información al sistema jurídico.

Para poder comprender como funciona el enfoque holístico es necesario abordar lo tendiente a la diferencia entre el sistema/entorno, la cual es la base de la teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann, ésta diferencia permite combinar dos enfoques distintos uno externo y otro interno, dando como resultado un panorama integral del sistema, por ejemplo el genocidio en Ruanda desde un enfoque externo constituye una de las masacres mas abominables de la historia de la humanidad, por otro lado, al interior del sistema los hutus consideran que la medida adoptada era la única respuesta razonable ante la dominación tutsi, estos dos enfoques antagónicos proporcionan la información suficiente para emitir un juicio objetivo sobre los acontecimientos acaecidos en Ruanda, a esta porceso de integración informativo se le denomina en el presente trabajo de investigación enfoque sistémico holístico.

En el segundo capítulo se abordará lo tendiente a los principio y reglas generales que establece la teoría de los sistemas de Niklas Luhmann, después se ubicará en el entorno al sistema jurídico, el cual es parte de un sistema global denominado Estado; éste se encuentra constituido por tres subsistemas esenciales, estos son el territorio, pueblo y el poder; el poder es un sistema difuso que depende de la manifestación de la voluntad general del pueblo para hacerse presente en el sistema, producto de una de sus manifestaciones es el sistema

jurídico, éste acontecimiento se a probará de manera mas profunda en los capítulos subsecuentes.

Posteriormente, partiendo de un enfoque interno, se procederá a analizará la integración, funcionamiento y percepción del entorno que posee el sistema jurídico. Para fines académicos se dividirá al sistema jurídico en tres zonas básicas estas son:

1. El núcleo sistémico
2. La zona media
3. Línea de frontera

Cada una de estas áreas tiene sus propias estructuras y procedimientos, así como una forma peculiar de interactuar con su entorno interno o el externo, éste último es una fuente información necesaria para la existencia del sistema jurídico, porque el sistema para poder afianzar su identidad frente al entorno debe de estar en un constante crecimiento y reestructuración, para lo cual requiere forzosamente de la información externa, de no ser así el sistema entraría en un estado de sopor que lo llevaría a la destrucción.

Antes índico que el sistema jurídico es un subsistema perteneciente a un sistema global denominado Estado, este último se encuentra constituido por tres sistemas esenciales, el territorio, el poder y el pueblo, los cuales constituyen el entorno próximo del sistema.

En el tercer capítulo se dará una somera explicación sobre el entorno y su integración, posteriormente se hará un análisis profundo de dos de los elementos que constituyen al entorno próximo del sistema, el territorio y pueblo, éstos dos sistemas en el entorno tiene un gran influencia sobre el sistema, cabe mencionar que son el campo sobre el cual tiene mayor fuerza la proyección del sistema sobre el entorno, éste concepto se analizará a detalle en páginas posteriores.

Cabe mencionar que el sistema no es solo un receptor de estímulos externos, sino que puede predecir y hasta manipular en cierta medida las respuestas del entorno, con cierto grado de contingencia, a través de sus proyecciones sistémicas en el entorno.

Por último se abordará el tema de los valores, éstos son elementos sociales que tienen un grado de influencia considerable sobre el sistema jurídico, éstos pueden ser convertidos en estructuras normativas pertenecientes al sistema, así como pueden constituir la base ideológica para la sumisión social al derecho o en su defecto el estandarte de una revolución.

El propósito de la presente tesis es explicar al sistema no solo como un ente dinámico en relación con su entorno; sino como un instrumento al servicio de la humanidad. En otras palabras el derecho no es solo un conjunto de normas jurídicas positivas, sino un sistema que tiene la finalidad de garantizar la dignidad de la persona humana, a través de la creación de preceptos jurídicos justos e instituciones administrativas y judiciales eficientes.

Lo antes expuesto puede ser una realidad, pero para ser así requiere de la participación activa del pueblo como generador de valores, actos y opiniones críticas que lleguen a ser parámetros para la creación de normas, es largo el camino, pero no imposible de andar, porque el bien común no es una idea utópica sacada de un libro de cuentos de hadas, sino una posible realidad, siempre y cuando el pueblo decida abrir los ojos y tomar acción.

CAPITULO I

Teoría de de los sistemas jurídicos

1.1.- Sistema Jurídico

El Derecho es un conjunto de normas, es decir un conjunto de preceptos imperativo-atributivos¹, los cuales se organizan para su funcionamiento en sistemas.

Desde un punto de vista general, un sistema es el conjunto de cosas que relacionadas entre sí ordenadamente contribuyen a determinado objeto², de la presente definición podemos establecer que los objetos que constituyen el sistema son determinados y determinables con funciones definidas; las cuales se interrelacionan con otros objetos de características similares o diversas para cumplir con un fin determinado, basándose en un principio de orden.

El derecho dentro de la clasificación de los sistemas desde el punto de vista de su grado de aislamiento, se le considera un sistema semiabierto el cual capta elementos de su entorno, (por entorno se entenderá el conjunto de sucesos que tiene lugar en el mundo fáctico) ejemplo: valores, costumbres, sucesos sociales y tecnológicos; dichos elementos son estudiados y mediante un proceso legislativo se crea el ordenamiento jurídico correspondiente para regularlo. Es precisamente el continuo flujo de información y transformación de esta lo que hace al derecho un sistema dinámico, que se encuentra en constante transformación.

¹ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, "Introducción al estudio del Derecho", 51va. ed., PORRÚA, México, 2000, p. 36.

² Diccionario de la lengua española 22va. ed.

Entrando ya en materia el derecho visto como sistema es definido como “el conjunto de normas propias de determinado ordenamiento”³, dicha definición nos constrañe solamente al estudio de características particulares de un determinado conjunto de normas jurídicas establecidas en una determinada demarcación territorial y en una época determinada, lo cual difiere en demasía del objeto del presente capítulo, consistente en establecer de manera puntual y precisa los principios generales aplicable a todos los sistemas jurídicos; Para cumplir dicho objetivo es necesario establecer en un primer momento una definición general de sistema jurídico, después las características generales de los mismos, así como los principios de integración y funcionamiento que le son comunes a todos.

1.2. Teorías sistémicas positivistas

Para poder establecer una definición de sistema jurídico es indispensable que se estudie de manera somera diversas teorías encausadas a explicar la existencia, organización y funcionamiento de los sistemas jurídico.

Joseph Raz establece que para que una teoría tendiente a explicar a los sistemas jurídicos sea completa debe de dar solución a cuatro problemas fundamentales:

1. El problema de existencia: para dar solución a este problema se deben de establecer los requisitos indispensables para poder determinar que un conjunto de normas jurídicas integra el sistema jurídico.

³ LOSANO, Mario G., “Los grandes sistemas jurídicos”, 1ra. reimpresión, Ed. Debate, Madrid, 1993, p. 39.

2. El problema de identidad: para dar solución a este problema se deben de establecer los criterios de membresía, los cuales determinan que disposiciones jurídicas pertenecen al sistema y cuales no.
3. El problema de estructura: para dar solución al siguiente problema se debe de determinar si existen cierta similitud en el patrón de organización de los diversos sistemas jurídicos.
4. El problema de contenido⁴: consiste en establecer la existencia de disposiciones jurídicas que son comunes a todos los sistemas jurídicos.

Es preciso señalar que en el presente trabajo de investigación solo se estudiarán las soluciones que diversos autores dan a los primeros tres problemas, debido a que para el objetivo de nuestra investigación es un tanto irrelevante entrar al estudio de las normas jurídicas comunes a todos los sistemas jurídicos.

1.2.1. John Austin

Austin jamás establece de una manera propiamente dicha, una teoría de los sistemas jurídicos, pero esta se puede inferir de su teoría del derecho plasmada en su libro "The province of jurisprudence determined".

Partimos de que el problema que enfrenta la ciencia del derecho (jurisprudence) es que su objeto de estudio, "la ley impuesta por un superior político respecto de un inferior político"⁵, es confundido con objetos que le son similares o análogos, como los son la ley de Dios y la moral positiva (positive morality)

⁴ RAZ, Joseph, "El concepto de sistema jurídico", UNAM, México, 1986, p. 18.

⁵ Austin, John, "The province of jurisprudence determined", 2da ed., Burt Franklin, New York, 1970, p. 1. "...law set set by political superiors to political inferiors."

El concepto "...ley (law) o regla (rule) es un mandato (command)"⁶ en un sentido amplio. Un mandato es una manifestación (signification) * de un deseo, pero esta se distingue de otras manifestaciones de deseo por la peculiaridad de que existe la intención por parte del mandante de causarle un daño al sujeto al cual dirigió el mandato en caso de que no cumpla con este. Un mandato impone un deber al mandante, de ahí que Austin dará un especial énfasis en la correlación que existe entre los conceptos mandato, deber (duty) y sanción (sanction or enforcement of obedience)

Un mandato como anteriormente señalamos establece un deber y el incumplimiento de éste acarrea una sanción (el autor no utiliza la palabra castigo (punishment) por que es una especie de sanción), y es precisamente la amenaza de sufrir un daño por parte del mandante (el cual en este primer momento lo definiremos con aquel con el poder de inferir un daño al mandatario por estar en un rango de superioridad respecto éste), lo que hace eficaz al mandato. Existen dos tipos de mandatos los generales y los ocasionales.

Los mandatos generales a diferencia de los ocasionales 1) regulan una conducta en particular de manera general, esto quiere decir permiten o prohíben una determinada clase de acto, obligando a la totalidad o a la mayoría de la comunidad y 2) que estos tiene una duración indefinida, un ejemplo: Si el Presidente (esto en el caso de nuestro sistema jurídico) establece un impuesto de una tasa X sobre la importación de tabaco estamos ante un mandato general, sin embargo si a últimas fechas el tabaco Cubano a afectado la industria del tabaco nacional y le imponemos al mismo una cuota compensatoria o le aumentamos el arancel hasta que la industria del tabaco mexicano se estabilice, estamos ante un mandato ocasional, porque se está gravando una conducta, por así decirlo, particular que consiste en el acto de importar tabaco cubano, no habla del acto

⁶ *Ibid*, p. 5. "Every law or rule is a command"

* El termino signification lo traduje como manifestación debido a que hablaos de la materialización de un aspecto interno como los es un deseo en el mundo real

general de importar tabaco. Otro ejemplo aun mas interesante que el primero es aquel que ofrece Austin al referirse a las sentencias de los tribunales como mandatos ocasionales, es debido a que la conducta C realizada por el individuo A se adecua al caso prohibido por la ley X (la cual es un mandato general) y el Juez establece una la sanción adecuada tomando en cuenta las circunstancias bajo las cuales se realizo el ilícito, haciendo de la sentencia un mandato ocasional. Podemos concluir que los mandatos ocasionales regulan una conducta individual por un tiempo determinado y los mandatos generales regulan una conducta general por tiempo indefinido.

Los mandatos generales por su grado de eficacia se clasifican en: a) los mandatos perfectos o perfect law y b) los mandatos imperfectos o imperfect law, es preciso señalar que como anteriormente establecimos los mandatos siempre establecen un deber, aunque no siempre tengan aparejada una sanción, y es precisamente en este detalle donde radica la perfección o la imperfección de una ley o mandato, así como su eficacia. La ley será perfecta si el mandato impone un deber y establece una sanción en caso de incumplimiento; la ley será imperfecta si el mandato que se impone de manera expresa o tácita un deber no establece una sanción, éste es el caso de las leyes que abrogan leyes.

La ley en su sentido más amplio, es decir como un mandato general, se puede clasificar en tres tipos al atender a su objeto de estudio:

1. La ley de Dios
2. La moral positiva
3. La ley positiva (que es precisamente el objeto de estudio de la jurisprudencia o ciencia del derecho)

La ley de dios es el mandato que impone un deber divino a sus criaturas y el incumplimiento de este deber es llamado pecado (sin), el cual trae consigo una sanción religiosa. Las leyes divinas o de Dios son de 2 tipos las reveladas y las no

reveladas, las primeras son las que dio a conocer a los hombres a través de sus heraldos o mensajeros, como lo son por ejemplo Cristo, Moisés, Abraham, Noé, los Apóstoles y Santos, entre otros, la segunda consiste en la "...ley que Dios impone a sus criaturas humanas, pero no a través del medio de la lengua humana, o no de manera expresa."⁷ Existen tres modos en los cuales se puede conocer la ley de Dios o la Ley Divina: a) mediante la revelación, b) el sentido moral (moral sense) y c) el principio de utilidad.

La revelación consiste en que, Dios revela a través de premoniciones (como lo fue el caso de Juan cuando le reveló el Apocalipsis), sueños (como fue el caso de José), posesión (es el caso de Ezequiel), entre otras formas de manifestación, sus designio o deseos.

El sentido moral consiste en los principios que se encuentran incrustados en los instintitos innatos a la naturaleza humana y que se manifiestan de manera espontánea en ciertas situaciones, Austin da como ejemplo el caso de un hombre salvaje que mata a otro sin motivo alguno, al darse cuenta del acto siente culpa, es de esa manera como se manifiesta el sentido moral. Sin embargo el mismo autor señala que esta no es una regla general para conocer los designios de Dios, sino que existe otra por medio de la razón, es decir por el principio de utilidad.

El principio de general utilidad consiste en los cálculos hechos mediante razón, respecto de los actos que hemos de realizar en una circunstancia particular, por ejemplo un hombre tiene hambre y es muy miserable sabe que el robar que es un pecado, sin embargo a través de ese hecho, podría facilitarle en ese momento obtener los insumos suficientes para apaciguar su hambre, pero estaría condenando su alma al purgatorio, por lo que el sujeto en cuestión deberá hacer un juicio de valor y tomar la decisión que mas le beneficie a su espíritu. Por último es un error considerar que todo actuar humano debe de ser racionalizado o el que todo actuar humano debe de ser una expresión pura de sentimientos e instintos,

⁷ *Ibid*, p. 29.

ambas cuestiones no son antagónicas sino complementarias como Austin establece: “La razón es la guía, y no el antagonismo del sentimiento. Los sentimientos no razonados, son ciegos y caprichosos; pero la razón sin sentimientos, es inerte.”⁸

Para concluir con la ley divina o ley de Dios veremos de manera somera lo concerniente a la sanción religiosa, de la cual Austin no da una explicación muy detallada y de ahí que surja mi duda de cuando estamos ante una sanción religiosa, para poder aclarar esta interrogante daré un ejemplo: Hay un hombre que suele asaltar y lesionar a los transeúntes por las noches, todos los domingos va a confesarse y hace “penitencia”; un día después de que sale de una cantina no se da cuenta pasa un carro y lo impacta, lo cual tiene como consecuencia que pierda un brazo, en el tiempo que se encuentra convaleciente comienza a reflexionar acerca de sus actos perniciosos y llega a la conclusión de que Dios lo ha castigado. Del presente ejemplo podemos establecer que existen cuatro posibles sanciones divinas pero solo una se puede considerar como tal:

- 1) Un hecho que nos haya causado un detrimento físico, emocional o económico como castigo de Dios por nuestros actos perniciosos: No puede ser considerado como una sanción divina debido a que estos hechos son consecuencia de nuestros actos previos, volviendo a nuestro ejemplo al hombre lo atropellaron por a) abusar de la bebida y b) haciendo caso omiso a su estado de interdicción decidió salir a la calle, nada tuvo nada que ver con Dios, sino con la falta de racionalización de nuestros actos.

- 2) La penitencia impuesta por una autoridad religiosa: no puede ser una sanción religiosa por que no le causa ningún daño al pecador por no haber cumplido con las leyes de Dios. Lo cual se encuentra bien establecido en nuestro ejemplo debido a que aunque el ladrón iba todos los domingos a la

⁸ *Ibid*, p. 45. “... Calculation is the guide, and not the antagonist of sentiment. Sentiment without calculation, were blind and capricious; but calculation without sentiment, were inert.” La palabra “caculation” la traduje como razón

iglesia a confesarse y hacer penitencia, no dejo de realizar los actos perniciosos, debido a que la penitencia es un acto opcional, no es un imperativo que se haga cumplir mediante una coerción.

- 3) El hecho de que por pecar nos vamos a ir al infierno: no es una sanción religiosa por que esta no nos causa un daño inminente en nuestras vidas mortales, sino que talvez, si no nos arrepentimos de nuestros pecados Dios nos mande al purgatorio o por que no al infierno, sin embargo desde un punto de vista racional no existe prueba de que exista el infierno, es solo un acto de fe, por tal motivo el ladrón sigue pecando por que su razón le dice que no existe el infierno y de existir siempre podrá pedir perdón de Dios.
- 4) Por ultimo la culpa: independientemente de lo que establezca Austin, es para mi una verdadera sanción religiosa, por que el sentimiento de culpa merma nuestro espíritu, por así decirlo, ya que no nos causara un detrimento físico inmediato, pero si emocional lo cual nos puede llevar a actos que atenten contra nuestra propia integridad física dependiendo del grado de culpa que sintamos, en nuestro ejemplo a causa de los hechos desafortunados el ladrón tomo conciencia de sus pecados y llego a la conclusión de que Dios lo castigo, lo cual le causo un sentimiento de zozobra, el cual lo puede hacer cambiar de modo de vida o hundirlo en la desesperación.

Cabe resaltar que desde mi punto vista una sanción religiosa es de carácter interno, es decir que, el ejecutor de dicha sanción es el propio sujeto infractor, ejemplo una simple mentira, si se descubre tal vez exista una sanción moral como que nos clasifiquen como mentirosos en el mejor de los casos, pero si no la descubren nada nos pasara y seguiremos con nuestras vidas, tal vez tranquilos; pero existen actos como el homicidio que son considerados pecados pero por su relevancia el soberano las convierte en ley positiva y estipula una sanción positiva

en caso de su inobservancia, este fenómeno se le conoce como fenómeno de coincidencia, es decir que tanto la ley de Dios, moral positiva y ley positiva proscriben o permiten un acto de terminado, lo cual nos da la posibilidad de hacer positiva una sanción religiosa.

El segundo grupo de mandatos generales es la moral positiva o las llamadas “leyes en un sentido impropio” las cuales se dividen en tres grupos principales por el grado de similitud que tienen con la ley positiva:

- a) Las reglas de la moral positiva que son leyes en un sentido propio (positive moral rules which are laws properly so called)
- b) Leyes morales que son análogas a las leyes en un sentido estricto
- c) Leyes en un sentido metafórico o figurativo

Las reglas (rules) de la moral positiva que son leyes en un sentido propio se caracterizan por que son enunciados imperativos emitidos por un hombre a otro hombre, es este aspecto el que hace que las reglas de moral positiva sean similares a las leyes positivas, sin embargo se diferencian por el hecho de que el que emite el mandato no es un superior político, por lo tanto estos mandatos no tiene aparejados una sanción legal, a pesar de ser imperativos. Estas reglas de moral positiva se dividen a su vez en tres grupos:

1. Las emitidas por hombres que se encuentran viviendo en estado de naturaleza: son aquellas que emite un hombre que vive en estado de naturaleza, sin embargo el hecho de que esté en estado de naturaleza le impide emitirlo en calidad de soberano.
2. Las emitidas por un soberano, pero no por un soberano como un superior político: existen mandatos que emite un soberano a otro soberano, hay que resaltar que ninguno de ellos está en hábito de obediencia, ya que si fuera así nos encontraríamos ante una norma positiva, los cuales son imperativos

para una de las partes pero no constituyen una ley positiva, sino como el mismo Austin las denomina; reglas de moral positiva internacional.

3. Las emitidas por los sujetos como personas privadas: son todos aquellos mandatos que emiten personas privadas a otro sujeto el cual tiene la obligación de obedecer, un claro ejemplo son los deberes que imponen los padres a los hijos.

Las reglas de moral positiva que le son análogas a las leyes positivas consisten en las leyes impuestas por la opinión general, es decir los actos que un grupo indeterminado de personas pertenecientes a una sociedad o clase proscriben o permiten, la opinión general se diferencia de la ley positiva, a) por que es una opinión que tiene la sociedad o una clase en particular sobre lo que es virtuoso y lo que no lo es b) puede ser emitida por un grupo determinado o indeterminado de personas que no tiene el carácter de soberano, es decir, no tiene la fuerza de ejercer una sanción en caso de que el mandato sea desobedecido.

Por ultimo dentro de las reglas de moral positiva tenemos a las leyes en un sentido figurativo o metafórico o las llamadas leyes de la naturaleza, las cuales no pueden ser llamadas leyes debido a que no constituyen un mandato expresado por un soberano en calidad de superior político, ni tampoco imponen un deber el cual en caso de ser desobedecido acarreará una sanción, ya que al hablar de leyes naturales nos referimos a actos sucesivos y uniformes que se dan en los seres irracionales por designios de Dios, sin embargo uno de los atributos de las leyes positivas es que estas son emitidas por un ser racional a otro ser racional, en el caso particular de las leyes de la naturaleza Dios, el cual es un ser racional, emite un mandato dirigido a los seres no racionales, y es precisamente el hecho de que las criaturas a las cuales es dirigido el mandato son irracionales lo que diferencia a las leyes de la naturaleza de la ley positiva.

Una vez establecido en que se diferencia la ley de Dios, la moral positiva y la ley positiva podemos entrar al estudio de esta última y sus elementos. Austin establece que en un sentido general “toda ley positiva (o toda ley en un sentido simple y estricto) es emitida de manera directa o indirecta, por un soberano individual o por un cuerpo, hacia un miembro o miembros de una sociedad política independiente en que este autor es supremo.”⁹. Previamente establecimos que toda ley en un sentido amplio es un mandato general emitido por un superior político que establece un deber y que el incumplimiento de este acarrea la ejecución de una sanción, el elemento que diferencia a la ley positiva de otro tipo de mandatos generales es el hecho que el superior político, tiene la calidad de soberano, es decir, que posee el atributo de superioridad denominada como soberanía.

Es preciso establecer que los términos soberanía, sumisión y sociedad política independiente, son correlativos e interdependientes, de ahí que cuando Austin trata de definir soberanía o sociedad política independiente por lo regular va hacer mención de ambos; por lo que se refiere al término de sumisión este se infiere de la misma definición.

...una sociedad dada es una sociedad política e independiente, si la mayoría (the bulk) o la generalidad de los miembros obedecen de manera habitual los mandatos de una parte determinada e independiente: el significado de “parte determinada e independiente”, (consiste en que) un determinado individuo o un determinado cuerpo de individuos, no obedecen de manera habitual los mandatos expresos o tácitos de un determinado superior humano.¹⁰

⁹ *Ibid*, p. 316. “Every positive law (or every law simply a strictly so called) is set, directly or circuitously, by a sovereign individual or body, to a member or members of the independent political society wherein its author is supreme”

¹⁰ *Ibid*, p. 322. “ Defining sovereignty and independent political society, (...) I have said that a given society is a society political and independent, if the bulk or the generality of its members habitually obey the commands of a determinated and independent party: meaning by “a determinated and independent party,” a determinate individual, or a determinate body of individuals, not obeying habitually the express or tacit commands of a determinate human superior.” Lo que se encuentra en paréntesis en el texto de la tesis es mío

De la presente definición podemos establecer que la soberanía vista como un tipo de superioridad se caracteriza de los demás tipos de superioridad por que a) un grupo de individuos tiene el hábito de obedecer a un individuo o grupo determinado de personas y que b) este individuo o grupo determinado de personas no tiene el hábito de obedecer a ningún determinado superior humano.

Austin establece que “Para que una sociedad dada, pueda formar una sociedad política, la generalidad o la mayoría de sus miembros deben de estar en un hábito de obediencia hacia un determinado superior común” ¹¹. Lo cual nos lleva a concluir que el hábito de obediencia no es solo un atributo de la soberanía, sino un elemento de existencia de la sociedad política independiente. Aquellos que están en hábito de obediencia se les denominan sujetos los cuales constituyen la mayoría de personas dentro de una sociedad política e independiente.

Estamos ante una sociedad natural cuando no se cumple con la hipótesis descrita en el párrafo anterior, dicha sociedad natural consiste en un grupo de personas que se encuentran relacionadas o conectadas mutuamente y que no pertenecen a una sociedad política independiente, de lo cual se puede concluir que para que una sociedad dada tenga el carácter de política la mayoría de los individuos que la conforman se encuentra hábito de obediencia hacia un determinado superior humano y no solo eso sino que dicho número consista en unos cuantos miles de personas, ejemplo el caso de EZLN es un grupo de personas que no se encuentra en un hábito de obediencia hacia el superior común, en el presente ejemplo nos referimos al gobierno federal, conforme a la teoría de Austin, por sus dimensiones reducidas este grupo insurgente conformaría una sociedad natural.

La segunda característica consiste en el hecho de que el soberano no está en un estado de subordinación, es decir, que no se encuentra en hábito de

¹¹ *Ibid*, p. 172 “In order that a given society may form a society political, the generality or bulk of its members must be in a habit of obedience to a determinate and common superior”

obediencia respecto de ningún otro soberano o sociedad política independiente. Para que un superior tenga la calidad de soberano* debe de cumplir con las siguientes características individuales, las cuales son:

1. Unitario: este poder soberano se encuentra depositado en una o en un grupo de personas determinadas. Dicho poder soberano puede tomar varias formas, denominadas formas de gobierno, las cuales son: monarquía: gobierno absoluto de uno, oligarquía: gobierno de un grupo reducido de personas, aristocracia: gobierno de un grupo de personas un tanto moderado y democracia: gobierno de un grupo amplio de personas. Para Austin va ser el número de individuos que conforman el gobierno lo que va determinar la forma del mismo como anteriormente pudimos observar.
2. Único: es decir que solamente existe un único poder soberano, que se divide en dos funciones una legislativa y la otra administrativa o ejecutiva (dentro de los actos ejecutivos se encuentra la actividad judicial) las cuales se pueden ejercer de manera directa consistente en facultad exclusiva del soberano para legislar y emitir actos administrativos o ejecutivos; e indirecta consistente en una facultad limitada para legislar o ejecutar actos que delega el soberano a un inferior jerárquico.
3. Ilimitado: consiste en el hecho de que "...al ser el gobernante de una comunidad en que es soberano, un gobierno soberano no puede ser vinculado legalmente..."¹², ni es auto limitativo.

* es aquel superior que no se encuentra en hábito de obediencia respecto de nadie y que tiene el poder suficiente para causarle un daño al sujeto en caso de que este no cumpla sus mandatos

¹² *Ibid*, p.324. "..., that as being the sovereign of de community wherein it is sovereign, a sovereign governmente cannot be bound legally" se tradujo sovereign en un primer contexto como "gobernante"

Existe polémica en cuanto al tema de la ilimitabilidad del poder soberano algunos postulan como Jellinek que el poder soberano se encuentra limitado por el derecho¹³, de acuerdo con la Teoría del Derecho de Austin esto es imposible debido a que el creador del derecho es el propio soberano el cual puede derogar sus propios mandatos, de ahí que el autor establezca que “limitar el supremo poder mediante un ley positiva, es una contradicción lisa de términos”¹⁴ .

Ejemplo: El soberano emite un decreto, en el cual se establece que el soberano no podrá emitir ningún decreto tendiente a regular la forma de vestir de los subditos. Un buen día el cardenal fallece y el soberano recibe la noticia de que el Papa va asistir a su entierro, en vista de lo anterior el soberano emite un decreto, el cual abroga al primero y ordena que todos se vistan de negro para la visita del Papa. De lo anterior podemos concluir que no existe poder supremo que límite, mediante un mandato expreso o tácito, el actuar del soberano, sin embargo él puede adoptar ciertos principios o normas de moral positiva, como un guía que dirija su actuar, cabe destacar que estos principios no tienen ningún poder vinculatorio.

Ahora bien todos esos principios son adoptados por el soberano y aceptados por el pueblo o la mayoría, sin embargo si el soberano realiza un acto que va en contra de estos principios será inconstitucional mas no ilegal, la constitucionalidad de los actos del soberano radica en que estos estén de acuerdo con la constitución, la cual será para Austin “la moral positiva, o el compuesto de moral positiva y ley positiva, que arregla la constitución o estructura de un gobierno supremo dado.”¹⁵

¹³ ¹³ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *op. cit.*, p. 103

¹⁴ Austin, John, , *op. cit.*, p. 225. “Supreme power limited by positive law, is a flat contradicción in terms” la palabra “flat” se puede también traducir como liso o categórico

¹⁵ *Ibid*, p. 230. “And here I would briefly remark, that I mean by the expression constitutional laww, the positive morality, or the compound of positive morality and positive law, which fixes the constitution or structure of the given supreme government”

De lo anterior podemos concluir que el actuar inconstitucional del soberano solo traerá consigo una sanción moral, por así decirlo, ya que una sanción legal es imposible, porque como anteriormente hemos señalado ésta tiene como presupuesto el ser establecida por un superior político que tenga el poder infligirle un daño, en caso de incumplir con el mandato, debido a que este se encuentra en un estado de superioridad respecto del sujeto al cual fue dirigido el mandato, en el caso del soberano no existe un superior a el que le imponga un deber ni mucho menos que ejecute una sanción, Austin establece que sobre el poder del soberano, solamente está el poder de Dios, por lo tanto no existe poder humano que lo limite, de ahí que el poder soberano sea independiente y por que no decirlo, absoluto.

Hemos definido a la ley positiva y establecido sus características propias es momento de pasar a establecer la teoría del sistema jurídico de Austin. Como anteriormente habíamos mencionado para establecer una Teoría de los sistemas debe darse solución a los siguientes problemas: el problema de existencia, el problema de identidad y el problema de estructura.

Al problema de la existencia, Austin lo resuelve al establecer que el derecho esta constituido por leyes positivas que son "...mandato directo o indirecto de un monarca o asamblea en su carácter de superior político: es decir, un mandato directo o indirecto un monarca o asamblea a una persona o personas que se encuentran en un estado de sujeción respecto del autor..."¹⁶de la presente definición podemos establecer las siguientes características de la ley positiva:

- Son mandatos que imponen un deber, y que el incumplimiento acarrea una sanción

¹⁶ *Ibid*, p. 121. "...is a direct or circuitous command of a monarca or sovereing number in the characater of political superior: that is to say, is a direct or circuitous command of a monarch or sovereing number to a person or persons in a state of sujection to its author."

- Que dichos mandatos son establecidos por un superior político que tiene la calidad de soberano
- Que la calidad de soberano radica en el hábito de obediencia que tiene la generalidad de sujetos hacia un superior común, es decir el soberano.
- Que dicho soberano no se encuentra en hábito obediencia hacia nadie

De lo anterior podemos concluir que un sistema jurídico existe si, solo si ésta compuesto por leyes positivas.

El problema de identidad o membresía lo resolveremos de la siguiente manera: Una ley positiva pertenece a un determinado sistema jurídico si, solo si es emitida de manera directa o indirecta por el soberano. Será soberano aquel individuo racional o grupo de individuos racionales que son habitualmente obedecidos por la mayor parte del pueblo integrante de una sociedad y que no se encuentran en un hábito de obediencia respecto de nadie.

El soberano puede legislar de manera directa: es decir que del mismo emana la ley ejemplo: mediante un proceso legislativo el Congreso de la Unión en su calidad de soberano crea la Ley del Impuesto sobre la Renta (el poder soberano como tal es único e indivisible aunque ejerce varias funciones). Un soberano puede legislar de manera indirecta, es decir, a través de un inferior jerárquico facultado por el mismo soberano para legislar de manera limitada, ejemplo: la Ley de procedimiento administrativo para el Distrito Federal, la cual es creada por la asamblea en uso de las facultades conferidas por la Constitución en el artículo 122, las cuales son limitadas por el artículo 73 del mismo ordenamiento; otro ejemplo de legislación indirecta es la costumbre que al ser aplicable por los tribunales se convierte en ley positiva

Austin no establece propiamente una estructura del sistema, el establece que por debajo del poder soberano se encuentra el derecho positivo, este soberano en su calidad de legislador crea de manera directa o indirecta las leyes positivas, que por su grado de perfección pueden ser perfectas cuando traigan aparejada una sanción o imperfectas si no tiene aparejada una sanción, la cual es un elemento modal, es decir, que se puede o no presentar. Ejemplo: el que prive de la vida a otro pasará 20 años en prisión, esta es una ley perfecta; El artículo 73 de la carta Magna establece que el congreso está facultado para legislar en materia de hidrocarburos, lo que indica que estamos ante una ley imperfecta, debido a que faculta mas no sanciona si el congreso legisla o no en materia de hidrocarburos.

Una vez delimitado el objeto de la jurisprudencia (como ciencia del derecho) e identificando los elementos de existencia del sistema jurídico en la Teoría de Austin, solo nos queda definir a la luz de dicha teoría al sistema jurídico como: el conjunto de leyes positivas emitidas por un individuo o grupo determinado de individuos que tengan la calidad de soberano dirigidas a regular el actuar de un grupo de personas que tiene el habito de obedecer al soberano y que se constituyen en una sociedad política e independiente.

1.2.2. Hans Kelsen

La Teoría pura del derecho tiene como fin el establecer las bases para la creación de una ciencia pura del derecho, debido a que en el pasado el derecho era visto como una disciplina social que requería de ciencias auxiliares como la sociología o la teología para su explicación.

El objeto de estudio de la ciencia jurídica es el Derecho visto como un orden que regula actos humanos con significación jurídica. Dentro de la multiplicidad de

actos que se realizan en la naturaleza se encuentran los actos humanos, los cuales en un sentido amplio son acontecimientos fácticos que se rigen por las leyes causales de la naturaleza, sin embargo los actos humanos en estricto sentido como objeto de regulación jurídica son aquellos que se caracterizan por ser actos externos que acaecen en el tiempo y en el espacio, y que poseen significación jurídica.

Los actos humanos tienen dos sentidos uno subjetivo atribuido por el sujeto al acto y otro objetivo consistente en el sentido que el derecho le da al acto, es decir, que éste es el que dota de significación jurídica. Cabe mencionar que ambos sentidos pueden no coincidir, por ejemplo: Una pareja acude ante el Juez del Registro Civil con la intención de casarse, se celebra el matrimonio, pero en el lapso de 2 meses se entera la joven que su conyuge no se ha divorciado de su anterior esposa la cual radica en Guatemala, por lo que el sentido subjetivo radica en el hecho de que la pareja le da el carácter de matrimonio al acto realizado ante el registro civil, el cual en un sentido objetivo no existe debido a que encuadra en una de las causales de nulidad previstas en el artículo 235 del Código Civil para el Distrito Federal.

La norma jurídica, vista como la unidad del sistema normativo denominado Derecho, se refiere en su contenido al acto humano al cual le atribuye el carácter de jurídico o antijurídico, lo que significa que le da significación jurídica. Kelsen establece que mediante la palabra “norma” se alude a que algo “deba ser”, y mas específicamente a como debe ser el comportamiento humano, de ahí que la norma establece un “querer” consistente en la intención de un ente o sujeto de regular de manera directa el comportamiento de los individuos de una determinada comunidad, y un “deber” consistente en la descripción del acto real que debe de producirse.

El sentido subjetivo del acto legislativo por el cual son creadas las normas jurídicas radica en la intención del ente facultado para crearlas y con ello regular

determinados actos humanos que se suscitan al interior de una sociedad determinada. Mientras que la norma de mayor jerarquía, que se refiere al acto legislativo en su contenido es lo que le atribuye un sentido objetivo.

Cabe mencionar que la costumbre es otra circunstancia de creación de normas, debido a que ésta es un acto reiterado que tiene el carácter de obligatorio en una sociedad, la cual se convierte en derecho positivo a través de la legislación directa, es decir que mediante un proceso legislativo se le convierta en norma jurídica o a través de la legislación indirecta, consistente en las sentencias emitidas por los tribunales que reconocen como obligatoria a la costumbre.

A la “existencia específica de la norma”¹⁷ se le denomina validez, la cual adquiere la norma jurídica una vez creada mediante el proceso legislativo; Cuando decimos que una norma jurídica es válida, en un sentido general nos referimos al hecho de que ésta posee fuerza obligatoria frente aquellos que se encuentran supeditados a la misma. Es de destacar que la existencia del acto legislativo, así como el ente que lo emitió, no es presupuesto de validez de la norma, debido a que aún y cuando el acto haya fenecido y el ente dejado de existir la norma es válida, sin embargo es condición de validez de la norma jurídica la eficacia de la ésta, la cual consiste en la aplicación y obligatoriedad de la norma en el mundo fáctico, ya que la norma es válida antes de ser eficaz, pero al dejar de ser eficaz pierde validez.

Además de la validez objetiva, existen cuatro ámbitos de validez de las normas jurídicas los cuales son:

- **Ámbito espacial de validez:** en donde se aprecia la demarcación territorial limitada o ilimitada en la cual la norma jurídica tiene fuerza obligatoria, ejemplo: es limitado el ámbito espacial de validez cuando nos referimos a un país en específico o a un bloque económico como lo es la Unión

¹⁷ KELSEN, Hans, “Teoría pura del derecho”, 1ra. ed. en español, UNAM, México, 1979, p. 24.

Europea, y es ilimitado cuando hablamos de ordenamientos jurídicos aplicables a toda la comunidad internacional como lo es la Declaración de los Derechos Humanos.

- **Ámbito temporal de validez:** consiste en el tiempo en que el individuo se encuentra obligado por la norma, el cual puede ser limitado cuando la norma establece su vigencia por un término definido, e ilimitado cuando la norma no tiene un tiempo definido de vigencia. Cabe mencionar que la ilimitabilidad temporal de la norma puede ser vista desde dos ángulos distintos partiendo del momento de su promulgación:

a) La norma regulará los actos que se susciten a partir de su promulgación;

b) La norma regulará no solo los actos que se susciten a partir de su promulgación, si no también los actos previos a su promulgación, lo cual es denominado aplicación retroactiva de la norma jurídica.

- **Ámbito personal de validez:** se refiere a los sujetos a los cuales le es dirigida la norma jurídica, quienes tienen ciertas características determinadas por criterios establecidos por el orden jurídico, ejemplo: La nacionalidad es el vínculo jurídico que une a un sujeto con el Estado, lo cual lo hace sujeto de aplicación y obligación de las normas de su Estado.

- **Ámbito material de validez:** consistente en aquel que regula acontecimientos naturales y sociales que deben de estar relacionados forzosamente con la conducta humana.

La norma jurídica regula la conducta humana de dos maneras que no son excluyentes, si no complementarias, éstas son:

1. La regulación positiva: se presenta cuando la norma jurídica ordena el cumplimiento de determinada acción, prohíbe la realización de determinada acción o faculta a ciertos individuos a realizar un acto en específico.
2. La regulación negativa: se presenta cuando todo aquello que la norma expresamente no permite o proscribire se encuentra permitido.

El Derecho visto como un orden normativo que regula el actuar humano a través de normas que establecen qué conductas son socialmente benéficas o nocivas, lo caracteriza como un sistema social que se rige por el principio de retribución; consistente en que la conducta socialmente benéfica es condición de un premio y la conducta socialmente perniciososa es condición de una pena, ambos supuestos se encuentran englobados en lo que se denomina sanción.

La sanción por lo general es la consecuencia de la conducta humana que se adecua al supuesto normativo considerado como un acto ilícito, sin embargo en casos muy particulares, la sanción también puede ser implementada en contra de acontecimientos sociales catalogados como indeseables.

El uso de la fuerza es el medio por el cual el orden jurídico ejecuta las sanciones establecidas en las normas jurídicas, sin embargo esto no es el factor que le da a el orden jurídico el carácter de coactivo, si no el hecho de que éste enlaza como consecuencia de los actos contrarios a derecho un acto coercitivo que tiene el carácter de sanción.

El orden jurídico detenta el monopolio de la coacción, es decir que es el único facultado para ejecutar las sanciones establecidas por las normas jurídicas mediante el uso de la fuerza, por tal motivo crea un órgano especial centralizado que funciona mediante una división de trabajo, así como el hecho de que a estos órganos solo les es aplicable la regulación positiva de la conducta, es decir, que solo pueden actuar dentro del marco de sus funciones, las cuales están

determinadas de manera específica en normas jurídicas creadas por el orden jurídico. Existe un caso muy particular en el cual el orden jurídico descentraliza el uso de la fuerza con el objeto de autorizar al individuo que tiene el carácter de lesionado, a emplear la fuerza contra su agresor, en ejercicio del principio de defensa propia.

La seguridad colectiva es el fin que todo orden coactivo desea alcanzar, consistente en la instauración de tribunales de jurisdicción obligatoria que apliquen las normas jurídicas, para determinar de manera imparcial si la conducta de un individuo constituye una conducta antijurídica, así como la sanción pertinente atendiendo al grado de gravedad que presente dicha conducta. Además, como anteriormente se indicó, el orden jurídico debe de crear órganos de ejecución que sean eficaces para así poder garantizar la paz y limitar en todo lo posible el principio de la defensa propia.

Existen actos coactivos que no tiene el carácter de sanciones, sin embargo los órganos de ejecución se encuentran facultados por el orden para ejecutarlos, por ejemplo el arresto de un sujeto sospechoso por la comisión de una conducta que tiene el carácter de antijurídica, la protección de sujetos que por sus ideologías pueden ser objeto de agresiones que atenten contra su existencia, también, dichos órganos, pueden realizar actos de espionaje, desaparición de individuos que el orden considere indeseables o nocivos para la sociedad y hasta actos de salvamento en casos de emergencia, entre otros.

El establecimiento de sanciones tiene un carácter preventivo debido a que las consecuencias a las cuales se es acreedor el sujeto que transgrede el orden jurídico, origina en el interior de la sociedad el miedo a incurrir en dichas faltas, debido a que los miembros de la comunidad no quieren ser privados de la vida, la libertad o de sus bienes, sin embargo para mantener y reforzar dicho miedo es necesario que el órgano sea eficiente para evitar que los sujetos supeditados al orden lo consideren falible y con ello se abstendrán de la comisión de ilícitos,

debido a que tendrán presente que sus actos pernicioso difícilmente quedaran impunes, es por eso que no se requieren penas mas duras y crueles sino que estas se cumplan.

Por lo regular el incumplimiento de una norma jurídica la cual establece una obligación jurídica tiene como consecuencia una sanción, sin embargo existen normas que tiene el carácter de jurídicas que no establecen una sanción en caso de su inobservancia, pero son parte medular de sistema como lo es el caso de las normas que establecen el proceso legislativo y las que facultan a un ente para que realice la función de órgano legislativo. Aún y cuando no todas las normas que integran el orden jurídico tengan aparejada una sanción, no constituye un factor suficiente para que el derecho no sea considerado como un orden coactivo ya que es ésta característica en especial la que lo diferencia de otros sistemas sociales.

La norma que tiene aparejada una sanción como consecuencia en caso de inobservancia se divide en dos subnormas, por así denominarlas, la primera consiste en la que establece una conducta como debida la cual se denomina como norma secundaria o norma no independiente y la norma que establece el deber de que la sanción sea ejecutada se denomina como norma independiente o primaria.

Como anteriormente se indico las normas primaras son aquellas que establecen el deber de que una sanción sea ejecutada, dichas normas tiene validez por que son obligatorias para los órganos de ejecución y su eficacia radica en la aplicación de estas por el órgano, por el contrario las normas secundarias son validas por que poseen fuerza de obligatoriedad frente a los "subtitos", sin embargo su eficacia radica en la obediencia de los mismos, así como en la efectividad de la aplicación de las sanciones, por lo que podemos concluir que la norma primaria es supuesto de eficacia de la secundaria.

El Derecho como un orden coactivo que regula la conducta humana, a través de normas jurídicas validas y eficaces, es el objeto de estudio de la ciencia jurídica, la cual tiene como objetivo el describirlo a través de enunciados jurídicos.

Los enunciados jurídicos describen la relación que se da entre las normas, los actos humanos dotados de significación jurídica y los actos tendientes a la aplicación de sanciones, sin embargo se diferencian de las normas jurídicas en:

- a) El hecho de que los enunciados sean proposiciones los hace susceptibles de ser verdaderos o falsos mientras que las normas no son ni verdaderas ni falsas sino validas o invalidas.
- b) Los enunciados jurídicos son enunciados descriptivos y las normas son enunciados imperativos los cuales ordenan, permiten o facultan, y tienen fuerza vinculatoria.

A pesar de que las normas no son proposiciones se les puede aplicar la ley de contradicción y las reglas de inferencia de manera indirecta a través de los enunciados jurídicos que pueden ser verdaderos o falsos.

La ley de contradicción establece que: “dos juicios, en uno de los cuales se afirma algo acerca del objeto del pensamiento (“A es B”) mientras que en el otro se niega lo mismo acerca del mismo objeto del pensamiento (“A no es B”), no pueden ser a la vez verdaderos”¹⁸, de ahí que si lo aplicamos a nuestra materia podemos establecer que dos enunciados jurídicos que describen una misma norma y son contradictorios no pueden al mismo tiempo verdaderos, ejemplo: Aquel que realiza actos tendientes al exterminio de una grupo por su carácter étnico, racial o religioso comete el delito de genocidio, debe de ser castigado con 20 a 40 años de cárcel , y Aquel que realiza actos tendientes al exterminio de una

¹⁸ GORSKI, D.P. y TAVANTS, P.V. , “Lógica”, Grijalbo, México, 1970, p. 309.

grupo por su carácter étnico, racial o religioso no comete el delito de genocidio, no debe de ser castigado con 20 a 40 años de cárcel; solo el primero es verdadero.

La "inferencia es el proceso por el cual se llega a una proposición y se afirma sobre la base de una o mas proposiciones aceptadas como punto inicial del proceso"¹⁹, por medio de la inferencia se realizan operaciones lógicas como el silogismo, éste es un argumento deductivo en el cual a partir de dos premisas se infiere una conclusión, cuando creamos un silogismo a partir de dos enunciados jurídicos lo denominamos silogismo jurídico en el cual la premisa mayor va constituir la el enunciado jurídico que describe a la norma jurídica y la premisa menor el acto antijurídico que actualiza el supuesto normativo, ejemplo:

- a) El art. 149Bis del Código Penal Federal establece que el delito de genocidio debe de ser castigado con 40 años de cárcel
- b) Mario cometió delito de genocidio
- c) Por lo tanto Mario debe de purgar 40 años en la cárcel

Es de resaltar que los enunciados formulados por la ciencia del derecho deben de estar desprovistos de valores metajurídicos, debido a que las normas pueden ser validas o invalidas, y los actos dotados de significación jurídica son lícitos o ilícitos, sin embargo, nunca podrán ser buenos o malos. Cabe mencionar que los valores metajurídicos son aquellos estatuidos por la ética o la moral, diversos de los valores jurídicos como lo es la justicia la cual es entendida dentro de una ciencia del derecho positivo como legalidad.

El enunciado jurídico es una proposición condicional la cual se encuentra compuesta por dos proposiciones, la primera denominada antecedente le sigue a la conjunción "Si", y la segunda denominada consecuente le sigue al verbo copulativo "deber" en un sentido descriptivo. Cuando un enunciado describe

¹⁹ COPI, Irving M. y COHEN, Carl, "Introducción a la Lógica". 1ra. reimpresión, Limusa, México, 1997, p. 19.

relación existente entre los actos dotados de significación jurídica que en términos del sistema jurídico son ilícitos y su consecuencia sancionadora; El acto ilícito se sitúa en el antecedente y la consecuencia de lo ilícito es el consecuente, a esta relación entre antecedente y consecuente se le denomina imputabilidad.

El principio que los enunciados jurídicos aplican para describir la relación entre el acto ilícito y la consecuencia de lo ilícito se le denomina principio de imputación, el cual es análogo al principio de causalidad sin embargo se diferencia de éste en:

- El principio de causalidad postula “Si es A, entonces ha de ser B”, el enlace entre A y B lo determina una ley natural, mientras que en el principio de imputabilidad que establece que “Si es A, entonces B es debido” el enlace es determinado por una norma jurídica.
- El problema que presenta el principio de causalidad es la existencia de una cadena ilimitada causas y efectos, mientras que el principio de imputación resuelve dicho problema mediante el termino final de imputación consistente en el hecho de la conducta humana que tiene como consecuencia una sanción encuentra su final, es decir que la sanción consecuencia de un acto condición de una sanción no constituye causa de otra sanción hasta el infinito.

Entrando ya en el terreno de la conducta humana esta para poder ser objeto de imputación debe de ser libre. La libertad puede ser entendida como la facultad natural que tiene el hombre de obrar o no de una manera o de otra, sin embargo para Kelsen el hombre no es libre desde el punto de vista de la ley natural debido a que esta atado al principio de causalidad, sin embargo desde una visión moral o jurídica el hombre es libre, por que puede ejercer su libre albedrío en la ejecución de sus actos, por lo cual es objeto de imputación, de ahí que un hombre que no es libre de hacer su voluntad no es imputable. Una conducta

puede ser no imputable cuando el sujeto se encuentra impedido para externar su voluntad de manera libre, lo cual solo puede suceder en los siguientes dos casos:

- En el caso de los inimputables, que son los niños y los enfermos mentales, no tiene conciencia de las consecuencias de sus actos.
- El segundo caso es la fuerza mayor consistente en la coerción insuperable de la causalidad, es decir que un acontecimiento ajeno al sujeto lo sitúa en una circunstancia en la cual no puede decidir de manera libre.

Aun y cuando el hombre sea presa de la causalidad en el mundo del ser y sea libre en el mundo del deber ser, no existe una contradicción entre el ser y el deber por que simplemente son ajenos.

Ahora bien, el derecho debe de estar desprovisto de cualquier ideología como objeto de la ciencia jurídica ya que de lo contrario nos alejaríamos del conocimiento verdadero, mientras lo deformamos con argumentos valorativos carentes de objetividad y valor científico. El concepto ideología tiene dos acepciones:

- Ideología: se le denomina a todo aquello que no se encuentra determinado por la naturaleza o tenga por objeto describirla.
- Ideología: es todo aquello que no es parte de la naturaleza, ni la describe, sin embargo mediante juicios de valor describe a su objeto de estudio.

La primera acepción de dicho concepto es aceptada por el autor ya que se refiere al derecho positivo como una construcción del pensamiento desprovista de elementos subjetivos, por el contrario la segunda acepción del concepto debe de ser rechazado debido a que pugna por dogmatizar el derecho positivo.

Hasta ahora se ha hecho un esbozo del objeto de estudio así como este es descrito por la ciencia del derecho a través de enunciados jurídicos, sin embargo no hemos abordado como el Derecho es estudiado por la ciencia jurídica. El Derecho tiene dos aspectos uno estático y otro dinámico los cuales la ciencia jurídica estudia de manera separada por medio de la nomoestática y la nomodinámica.

La nomoestática es la encargada de estudiar al derecho en sus conceptos fundamentales como un orden normativo que regula la conducta humana a través de enlazar como consecuencia de los actos antijurídicos una sanción.

La sanción es un concepto fundamental para explicar al Derecho como un orden coercitivo que regula el actuar humano. Como anteriormente se indico la sanción en estricto sentido es un acto coactivo que se enlaza como consecuencia del acto antijurídico, esta puede ser corporal o patrimonial si partimos del bien jurídico afectado, de ahí que las sanciones corporales constituirán en actos coercitivos tendientes a la privación de la vida o de la libertad, mientras que las sanciones patrimoniales afectaran únicamente al sujeto en su patrimonio.

La diferencia entre las sanciones penales o civiles no radica en que unas sean penas corporales y otras patrimoniales, sino el principio en el cual se fundamentan, la sanción penal se basa en la prevención, pero en sus orígenes encontraba su fundamento en el principio de retribución consistente en el pagar un mal con un mal; las sanciones civiles se basan en el principio de reparación del daño el cual establece que una vez que se pone fin a la conducta ilícita el causante éste ha de resarcir el daño o en caso del que el daño sea irreversible debe pagar con un substituto. Las sanciones penales y civiles pueden ser administrativas o judiciales, dependiendo del órgano que las determine.

Por ultimo las sancione pueden ser, de acuerdo con el ámbito espacial de validez de las normas, nacionales o internacionales, las primeras consisten en las

que el orden jurídico de determinado país establece en el ámbito interno y las segundas son aquellas que nacen de las obligaciones internacionales que un Estado contra con otro Estado y que en un momento al ser incumplidas tiene como consecuencia dichas sanciones que pueden consistir en la guerra o las represarías, como son los bloqueos económicos, el cierre de fronteras etc.

Los actos que son presupuesto de una sanción se les denominan actos antijurídicos. El hecho que se les denomine como antijurídicos no quiere decir que estos vayan o estén en contra del orden normativo sino es el hecho de dicha conducta es supuesto de una norma jurídica que enlaza a estos una sanción como consecuencia. Los actos antijurídicos pueden ser delitos o violaciones civiles dependiendo de si la consecuencia es una sanción penal o civil

La conducta puede considerarse como *mala in se* o *mala prohibita*. Se considera una conducta *mala in se* cuando su naturaleza es maligna, una conducta es mala prohibita cuando una norma jurídica establece que ésta debe de ser proscrita, de ahí que en el derecho positivo ninguna conducta es *mala in se* sino *mala prohibita*.

Se encuentra relacionado con el concepto de acto antijurídico el concepto de deber jurídico, el cual es la relación existente entre una norma jurídica y el individuo que realiza un acto al cual ésta enlaza una sanción, de dicha relación surgen dos deberes:

- a) El deber de que todo individuo debe abstenerse de cometer actos antijurídicos o el deber actuar de una manera y que dicha omisión sea causa de una sanción.
- b) El deber de la autoridad de ejecutar la sanción que la norma estableció como consecuencia del acto que ella proscribiera.

El hecho de que un sujeto cometa un acto antijurídico lo sujeta a una sanción, a esto se le denomina responsabilidad jurídica la cual como regla general, se le finca a aquel que cometió el acto contrario da derecho, sin embargo, también se le puede fincar a sujetos diversos que sin actuar de manera directa en la comisión del acto antijurídico, se encuentran relacionados con el responsable de alguna manera. Existen dos tipos de responsabilidad las cuales son:

1. Responsabilidad absoluta: basta con que la conducta se adecue a la hipótesis normativa para que el sujeto sea responsable.
2. Responsabilidad basada en la culpa: además de que la conducta debe adecuarse a la hipótesis normativa es necesario que existe una intención del sujeto de causar el acto antijurídico a lo cual se denomina dolo. Cuando el dolo no se presenta en la conducta estamos hablando de un acto antijurídico culposo, es decir que aun y cuando se realizo la conducta antijurídica el sujeto no deseaba cometerla.

Se le denomina derecho subjetivo al deber jurídico que se le impone a un sujeto ajeno al cual lo detenta, es decir que “el derecho subjetivo de una persona presupone el deber jurídico de otra.”²⁰ Es por tal motivo que son permisivos e imperativos debido a que por un lado el sujeto que lo detenta puede o no ejercerlo y por otro le impone a un sujeto ajeno el deber de observar dicho derecho, de lo contrario será acreedor a un sanción.

Los derechos subjetivos de acuerdo con el autor no son reconocidos por el derecho objetivo, por que no son anteriores a este, sino son creación del derecho objetivo, debido a que el legislador tiene el interés de crear una norma que obligue a cierto individuos a comportarse de una manera determinada frente a otro, esto

²⁰ KELSEN, Hans. “Teoría General del Derecho y del Estado”, 5ta reimpresión, UNAM, 1995, p. 87

con el objetivo de proteger los intereses de éste último, de ahí que como diría el actor “el derecho subjetivo es, en resumen, el mismo derecho objetivo.”²¹

En caso de incumplimiento del deber impuesto por el derecho subjetivo, el sujeto que lo detenta tiene la facultad de hacer efectiva la acción que dicho derecho le otorga mediante el escrito de demanda para exigir que la autoridad competente haga efectiva la sanción a la cual es acreedor el infractor.

Los derechos subjetivos se clasifican atendiendo a los sujetos que vinculan en: absolutos y relativos. Los derechos subjetivos absolutos son aquellos que son *erga omnes*, lo que quiere decir es que son oponibles a todo el mundo, este es el caso de los derechos reales o *jus in rem*. Los derechos subjetivos relativos son aquellos que son oponibles a un determinado individuo, como lo son los derechos personales.

Desde un punto de vista dinámico los derechos subjetivos constituyen aquellos otorgados por el estado a un grupo determinado de personas para que participen de manera directa por medio de la ocupación de cargos públicos, y de manera indirecta a través del ejercicio del derecho del voto, pero sobre esto se ahondara mas adelante.

Por último queda revisar los conceptos relacionados con determinación y aplicación de las sanciones, para lo cual es necesario retomar el concepto de imputación, como anteriormente se indico la imputación es la relación existente entre el acto antijurídico y la sanción, sin embargo de manera indirecta es la relación entre el autor de acto y la sanción.

Anteriormente se indicó que la cualidad que le da al Derecho el carácter de orden coactivo es el hecho de que vincula como consecuencia del acto antijurídico una sanción, las cuales son aplicadas por un órgano de ejecución que tiene

²¹ *Ibid*, p. 94.

competencia. La competencia es la facultad otorgada por el orden normativo a la autoridad ejecutora para que ejerza actos antijurídicos denominados actos de coacción. El privar de la vida y la libertad a un individuo está proscrito por la ley, sin embargo, ésta faculta a un órgano para realizar dichos actos antijurídicos, con el fin de preservar el orden en cierta comunidad. La competencia en lo general es la capacidad del órgano de ejercer actos antijurídicos, pero cuando nos referimos a la competencia particular de cada uno de los órganos que integran al gobierno, a ésta se le denomina jurisdicción, aunque también se le denomina así al ámbito de competencia de los tribunales.

La persona jurídica es una construcción del pensamiento, que como sustancia jurídica a la cual pertenecen las cualidades denominadas derechos y obligaciones, por lo cual no se reduce a una persona física que los detenta. La personalidad jurídica se adquiere al realizar una conducta objeto de la regulación del Derecho, por lo que aquellas conductas carentes de significación jurídica que realice la persona física en su vida cotidiana serán irrelevantes para el Derecho. Atendiendo a que sea un individuo o un ente colectivo las personas jurídicas se clasifican en personas físicas o morales.

La nomodinámica es la encargada del estudio de los diversos procesos mediante los cuales se crea el Derecho, previo a entrar a un estudio detallado de dichos procesos es necesario analizar a la norma fundamental, la cual en un primer momento se va a concebir como el fundamento de validez del sistema jurídico.

Partiendo que el Derecho se funda en el principio de imputabilidad lo cual lo hace ajeno al mundo natural, es impensable que el fundamento de validez del derecho se encuentre en una ley natural, debido a que el “deber ser” no puede ser derivado de un “ser”, por lo tanto la validez objetiva de un sistema jurídico debe de residir en una norma fundamental.

La norma fundamental a diferencia de las demás normas que integran el sistema jurídico, no es una norma positiva, sino una norma pensada que se presupone como válida, es decir que al ser una construcción del pensamiento basada en la noción de orden inherente a la razón humana, tiene como función principal el dar sentido objetivo a las normas jurídicas que constituyen un sistema, así como los actos de aplicación de las mismas.

Si concebimos al derecho como un sistema estático, la validez de las normas puede ser inferida de manera indirecta por medio de un silogismo en el cual la premisa mayor la constituye el enunciado jurídico que describe a la norma fundamental, la premisa menor se encuentra constituida por el enunciado que describe el origen de la norma cuya validez deseamos comprobar y la conclusión establece que al ser la norma fundamental la que le dote de manera mediata o inmediata a la norma positiva de significación jurídica, ésta tiene validez, sin embargo es imposible inferir la validez de la norma fundamental mediante un silogismo, por que no existe norma superior que pueda constituir la premisa mayor debido a que la norma fundamental es la primera causa y el fin de la cadena de validez, de no ser así esta se prolongaría al infinito, de ahí la necesidad de una norma presupuesta.

A diferencia del sistema estático, la norma fundamental en un sistema dinámico, es aquella que establece el procedimiento mediante el cual han de ser creadas las normas jurídicas, autorizando a un órgano especial para cumplir con ese fin, es decir que ella establece el acto constituyente por el cual ha de ser creada la constitución como el ordenamiento positivo de mayor jerarquía, el cual establece el proceso de creación de normas jurídicas positivas, por lo que podemos concluir que una norma es válida en una visión dinámica del derecho por que ha sido creada por un proceso establecido en la constitución y por lo tanto prescrito por la norma fundamental.

La validez de una norma jurídica se encuentra limitada por el principio de legitimidad el cual establece que una norma deja de ser válida en el momento en que es derogada mediante una instancia establecida por el orden jurídico, aunque éste tiene ciertas excepciones.

La revolución como movimiento social ilegítimo, es una excepción al principio de legitimidad, por que mediante un acto proscrito por la constitución previa ésta es derogada para ser instaurada una nueva constitución en su lugar, por lo tanto es creada una nueva norma fundamental que constituye el fundamento de validez del nuevo orden jurídico. Toda norma creada en términos de la antigua constitución pierde su validez en el momento que la nueva constitución entra en vigor, aunque existe el caso de que por economía legislativa el nuevo orden reconoce algunas de las leyes pertenecientes al antiguo orden, lo cual tiene como consecuencia que el fundamento de validez de dichas normas ahora sea la nueva constitución y no la antigua. En caso de que la revolución fracase, será suprimida y considerada como un delito en términos de la constitución vigente, siendo aplicado al presente caso el principio de efectividad.

Como anteriormente se indicó una norma es válida por ser creada a través de un proceso previsto por la constitución vigente, sin embargo para que ésta siga siendo válida es necesario que:

1. Pertenzca a un orden eficaz, de no ser así la norma sería inválida debido a que forma parte de un todo.
2. El no ser derogada mediante un proceso establecido por el orden normativo.
3. Debe de ser eficaz, para no caer en *desuetudo*, lo que significa que la norma es derogada de manera consuetudinaria.

Al ser el derecho un sistema creado por la sociedad con el fin de ordenar la conducta de los individuos que la componen, para alcanzar un estado de bienestar, éste debe de ser dinámico, en el sentido de que de respuesta a las problemáticas que la sociedad vaya teniendo a lo largo de su evolución, de no ser así el orden jurídico se vuelve obsoleto y por lo tanto pierde su validez al ser ineficaz.

Al ser la Constitución la norma positiva que establece el proceso legislativo, tiene el carácter de la norma positiva de mayor rango respecto de las normas especiales que son creadas mediante dicho proceso, lo cual nos lleva a concluir que al existir una relación de supra - subordinación entre la constitución y las normas que de ella emanan, la estructura del sistema jurídico forzosamente debe de ser piramidal.

La norma fundamental como fundamento de validez del sistema jurídico ocupa el escaño más alto en la pirámide, seguida por la norma positiva de mayor jerarquía que es la Constitución, ésta puede ser vista en dos sentidos uno formal y otro material.

La constitución en un sentido formal es el documento solemne que contiene normas generales imperfectas que constituyen la base para la constitución de un Estado, dichas normas tiene la cualidad de que no pueden ser modificadas o derogadas mediante un proceso ordinario, de ahí que la rigidez de un sistema sea determinada por el proceso especial que establece para modificar o derogar normas constitucionales.

La constitución en un sentido material es el conjunto de normas legisladas y/o consuetudinarias que establecen los procesos de creación del derecho, así como los órganos facultados para cumplir con esa obligación. El contenido de una norma es determinado por el órgano legislativo, sin embargo la constitución material limita de manera negativa dicha facultad al establecer que toda norma

debe de respetar ciertos principios jurídicos como lo son garantías individuales, los derechos civiles y políticos entre otros, de no ser así, aun y cuando la norma sea creada mediante el proceso legislativo no se encontrará dotada de validez por ir en contra de un precepto de jerarquía superior.

Las normas especiales pueden ser creadas por medio de un proceso legislativo que es llevado a cabo por un órgano determinado facultado por el orden para realizar dicha función o por vía de la costumbres. Anteriormente se indicó que ésta puede ser adoptada por el orden mediante un proceso de legislación directa o reconocida mediante un acto de aplicación del derecho; tanto las normas consuetudinarias como legisladas se derogan de manera reciproca mediante el principio de que ley posterior deroga a la ley anterior.

En el último escalafón de la pirámide se encuentra el reglamento como un acto materialmente legislativo y formalmente administrativo, emitido por un órgano administrativo en uso de una facultad delegada por el órgano legislativo para legislar respecto de cierta materia determinada.

El proceso por el cual el derecho se crea a sí mismo va de lo general a lo particular y se divide en las siguientes etapas o subprocesos:

1. Acto Constituyente
2. Proceso Legislativo
3. Proceso judicial
4. Acto mediante el cual se aplica la sanción al caso concreto
5. Actos de derecho privado

El acto constituyente se encuentra establecido en la norma fundamental, éste tiene como fin la creación del ordenamiento positivo de mayor jerarquía que es la constitución.

La constitución faculta a un órgano especial para realizar el acto legislativo, otorgándole la libertad para determinar el contenido de las normas especiales que ha de crear, aunque el acto legislativo es un acto de creación de derecho también es un acto de aplicación del mismo, debido a que al producirse dicho acto se esta aplicando una norma de mayor jerarquía para crear una norma especial, de ahí que la aplicación de el derecho es creación del mismo. Al ser un órgano determinado, establecido por la constitución, como el único que puede llevar a acabo el proceso legislativo, es considerado como un proceso centralizado mediante el cual son creadas normas generales sustantivas o adjetivas.

Las normas tendientes a regular los procesos mediante los cuales las normas jurídicas son aplicadas se les denomina normas adjetivas mientras que las que establecen el contenido de dichos actos se les denomina normas sustantivas, por ejemplo: el individuo X subtrae de domicilio ajeno un objeto que no es de su propiedad, se actualiza la figura del robo establecida en el artículo 367 del Código Penal Federal, sin embargo para que la sanción sea ejecutada se requiere de un proceso penal mediante el cual se determine la existencia del acto ilícito y su respectiva sanción de acuerdo con la circunstancia del ilícito, dicho proceso se encuentra previsto en una ley procesal.

Las normas generales creadas mediante el proceso legislativo o la costumbre son aplicadas por los órganos judiciales los cuales a través del proceso judicial crean normas individuales al aplicar la norma general al caso concreto, de ahí que se trate de un proceso descentralizado de creación de normas jurídicas.

La función judicial desempeñada por los tribunales consiste, en que a través de un proceso, el juez determine si la conducta que ha tenido lugar en el mundo fáctico se adecua a la hipótesis normativa prevista en una norma general, debido a que una conducta por su sola naturaleza no es ilícita sino hasta que el juez lo determine, es decir, que el juez debe de responder a una *quaestio facti* y a una *quaestio iuris* para así determinar que existe un acto ilícito, de ser así éste debe de

observar la circunstancia en la cual el ilícito se cometió, con el fin de comprobar si existen agravantes o atenuantes, para que en base a ello determine el grado de gravedad del ilícito para imponerle al sujeto una sanción individual.

La sentencia es el acto procesal mediante el cual el juez crea una norma individual que puede ser impugnada por alguna de las partes que se encuentre disconforme con la resolución, a través de una segunda instancia; esto depende del sistema jurídico de cada país, en el caso particular de los Estados Unidos Mexicanos existen dos instancias y un juicio de garantías. Una vez que todas y cada una de las instancias han sido agotadas la decisión judicial adquiere la calidad de cosa juzgada, es decir que no existe recurso alguno en su contra, de ésta manera de la sentencia dictada se convierte en una norma individual inamovible.

Mediante una norma adjetiva los tribunales se encuentran facultados para aplicar una norma sustantiva al caso concreto, sin embargo, en caso de que no exista una norma sustantiva que aplicar, el juez puede desechar la demanda debido a que no existe precepto que prevea la conducta objeto de la demanda o puede ejercer la facultad que el derecho adjetivo le confiere para crear una norma sustantiva de aplicación retroactiva al caso en cuestión.

Si el Derecho se crea a sí mismo, es impensable que pueda llegar a tener vacíos, sin embargo es necesario crear dicha ficción para justificar el actuar del juez como legislador. A la ficción de vacío del derecho se le denomina laguna la cual no solo tiene la función de justificar la facultad que el orden jurídico otorga al juez de ser legislador, sino también para restringirla. Las restricciones que impone la laguna a la facultad de legislar de los jueces son en dos sentidos:

1. El sentido jurídico, consiste en el hecho de que el juez solo puede actuar como legislador cuando la conducta argüida por el actor como injusta, no se encuentre prevista en norma positiva o costumbre alguna.

2. El sentido psicológico consiste en que a juicio del juez, por su naturaleza es necesario que exista una norma que sancione dicha conducta.

Una resolución judicial alcanza el grado de precedente cuando se vuelve obligatoria para todo caso análogo, de ahí que a través de la función judicial es posible la creación de normas generales, siempre y cuando estas sean dictadas con el fin de llenar alguna laguna en el derecho. En el Derecho mexicano una resolución judicial alcanza observancia general una vez que se convierte en jurisprudencia.

Los actos tendientes a la aplicación de sanciones determinadas por el órgano jurisdiccional a través de los órganos administrativos aun y cuando son actos de aplicación del derecho no son actos de creación del mismo, debido a que son la última fase del proceso creador del derecho.

Existen actos que no son ejercidos por organismos públicos, como lo es el caso de los actos jurídicos emitidos por personas privadas en uso de la autonomía de la voluntad, éstos son considerados como actos de aplicación y creación del derecho debido a que para que adquieran significación jurídica es necesario que exista una norma jurídica que faculte a los sujetos para realizar dicha transacción jurídica, así como las formalidades con las que han de cumplir para que tenga efectos jurídicos. De ahí que al momento de su realización se esta aplicando una norma general, una vez que la transacción jurídica ha sido realizada, se crea una norma individual que obliga a las partes a cumplir con lo pactado hasta que ésta concluya.

El contrato es la expresión de la voluntad de las partes contratantes; para que éste no adolezca de alguna nulidad la voluntad debe de ser expresada de acuerdo con las formalidades que el sistema impone a dicha transacción jurídica, de no ser así el acto jurídico carecería de sentido objetivo. Si la voluntad

expresada por las partes no se encuentra viciada; el acto jurídico subsiste obligando a las partes a lo establecido en el contrato.

Para dar conclusión al tema de la dinámica jurídica resta explicar lo concerniente a los conflictos entre normas jurídicas los cuales son:

1. Norma general y norma individual (decisión judicial): Una decisión judicial al ser la aplicación de la norma general al caso concreto difícilmente presentaría una contradicción con ésta, aunque de ser así la parte afectada por dicha resolución en el juicio apelará a través de la vía idónea, hasta que la resolución se convierta en cosa juzgada.
2. Constitución y norma general: se rige por el principio de que la norma superior deroga a la norma inferior, por esa razón toda norma que contravenga a la constitución es inválida en el momento que el órgano especial determina que la norma es inconstitucional. La inconstitucionalidad de la norma consiste en la no concordancia de ésta con la constitución, de ahí que solo se puede hablar de inconstitucionalidad bajo una visión estática del derecho, debido a que toda norma que ha sido creada a través del proceso establecido por la constitución es válida desde un punto de vista dinámico.
3. Norma general y norma general: el derecho por ser un sistema que se rige por las leyes de la lógica no acepta que exista contradicción entre dos preceptos legales de igual jerarquía, para dar solución a dicho problema, En el presente caso se aplica el principio de que *lex posterior derogat priori*.

Una norma no es nula *ad initio* sino hasta que un órgano especial la declara nula. La declaración de nulidad tiene como consecuencia la pérdida de la validez de la norma, lo que significa que la norma deja de existir en el mundo jurídico, existe la posibilidad de que ésta no solo deje de ser válida sino que su

nulidad tenga efectos retroactivos al destruir todo acto de aplicación en ejercicio de la norma que ha sido declarada como nula.

Para concluir con la teoría del sistema jurídico de Kelsen haré un breve análisis de los elementos esenciales de su modelo de sistema jurídico

La existencia del sistema jurídico en el pensamiento de Kelsen radica en la eficacia del sistema jurídico, es decir que las normas que lo integran son aplicadas y obedecidas por los sujetos a los cuales fueron dirigidas, por lo se concluye que un sistema jurídico existe si solo si es eficaz. Un sistema jurídico deja de ser eficaz cuando es derogado de manera consuetudinaria por la falta de aplicación y obediencia hacia la mayor parte de las disposiciones jurídicas que lo integran, o por una revolución.

La identidad del sistema jurídico en el pensamiento de Kelsen se encuentra en la norma fundamental como razón de validez del sistema jurídico. Una norma jurídica pertenece a determinado sistema jurídico si se comprueba a través del silogismo normativo que es producto de un acto de aplicación o de creación del derecho establecido por la norma fundamental.

La cadena de validez es producto de los actos de aplicación y creación del derecho, dicha cadena tiene su origen en la norma fundamental y terminan en la norma que no autoriza la creación de otra.

El sistema jurídico se estructura de manera piramidal en donde la norma fundamental tiene el escalafón mas alto y las normas individuales los mas bajos, de ahí que las relaciones que existen entre las normas que pertenecen a un determinado sistema jurídico sean de supra – subordinación.

La perfección de una norma radica en el hecho de que ésta enlace o no como consecuencia del ilícito una sanción, de ahí que por su grado de perfección las normas pueden ser clasificadas en:

- Perfectas: aquellas que establecen como consecuencia de la conducta ilícita una sanción, por ejemplo: las normas penales
- Imperfectas: son aquellas normas que facultan u obligan a la realización de determinada conducta sin establecer como consecuencia de su inobservancia una sanción.

Las normas perfectas se pueden dividir en dos normas las cuales se diferencian por su grado de independencia clasificándose en:

- Normas independientes: son aquellas que establecen el deber de que una sanción debe de ser ejecutada por un órgano determinado.
- Normas dependientes: son aquellas que faculta, obligan o proscriben determinada conducta, sin embargo requieren de una norma independiente que establezca el deber de que determinada autoridad ejecute una sanción para ser eficaces.

Las normas emanadas de la constitución por su grado de generalidad se dividen en:

- Normas Generales: las normas creadas mediante el proceso legislativo
- Normas Individuales: las normas creadas mediante un proceso descentralizado; ya sea por la aplicación de las leyes por los tribunales o los particulares para realizar actos jurídicos.

Por último, un sistema jurídico en el pensamiento de Kelsen es el conjunto de normas creadas a través de actos aplicación y creación del derecho, establecidos por una misma norma fundamental o en palabras del autor “Todas las normas cuya validez puede ser referida a una y la misma norma fundamental constituyen un orden o sistema normativo.”²²

1.2.3. H. L. A. Hart

Hasta ahora uno de los grandes problemas a los cuales se enfrentan los juristas, es el definir lo que se denomina Derecho, Hart a través de un estudio crítico de diversas corrientes del pensamiento llega a la conclusión, de que en su intento de definir al derecho diversos autores han caído en el equivoco, debido a que ninguna de sus definiciones da respuesta a las siguientes interrogantes:

- ¿Cual es diferencia entre derecho y ordenes respaldadas por amenazas, así como la relación que guardan entre si?
- ¿Cual es la diferencia entre la obligación jurídica y la obligación moral, así como la forma en la cual éstas se relacionan?
- ¿Que son las reglas y en que medida es el derecho una cuestión de reglas?²³

El problema de elaborar una adecuada definición de derecho estriba en el hecho de que éste no es un objeto que pueda ser definido a través de la regla aristotélica de “genero próximo y diferencia específica”, debido a que el Derecho

²² *Ibid*, pp. 130 y 131

²³ HART, H. L. A., “El concepto de Derecho”, Reimpresión de la 2da ed., Abeledo – Perrot, Argentina, 1992, p.16

no pertenece a una familia definida que lo incluya como uno de sus miembros, además de la existencia de casos marginales como el derecho internacional y el derecho primitivo que a pesar de ser considerados derecho, éstos no presentan algunas de sus características constitutivas. Ante dichas problemáticas Hart sugiere que a través de dar solución a las tres interrogantes antes mencionadas, es posible esclarecer los elementos que constituyen la definición de derecho.

Se le denomina imperativo a la forma en la cual expresamos nuestra intención de que alguien actúe como lo deseamos. Hart establece la existencia diversos tipos de imperativos, como lo son la suplica, la advertencia, la petición y la orden, éste último no solo es un imperativo propiamente dicho, sino que al estar acompañado de una amenaza de daño en caso de incumplimiento, da nacimiento a la figura denominada “orden respaldada por amenaza” u “orden coercitiva”.

Las órdenes respaldadas por amenazas han sido el arquetipo que han seguido diversos teóricos del derecho, en especial Austin, por lo que, para poder diferenciar al derecho de ese tipo de imperativo Hart hace una exposición de los elementos constitutivos de la definición de mandato de Austin, para así poder a través de la exposición de los errores de dicha definición, dar solución a la primer interrogante.

Aunque una parte considerable de las normas que integran un sistema jurídico presentan la forma de órdenes respaldadas por amenazas, al establecer ciertas conductas que deben ser observadas por los integrantes de una sociedad determinada, que se encuentran en hábito general de obediencia respecto de un superior jerárquico común denominado soberano, no es razón suficiente para hacer de dicha circunstancia un aspecto determinante del Derecho, de ahí que surgen diversas objeciones en contra de dicha concepción del derecho, las cuales pueden ser agrupadas en tres grupos:

- Contenido

- Ámbito de aplicación
- Origen

Las normas no solo imponen deberes y establecen sanciones en caso de incumplimiento, sino que existen normas que otorgan potestades a lo gobernados para realizar actos jurídicos, así como establece las formalidades requeridas para que éstos tengan significación jurídica. Las normas que otorgan potestades a nivel público se pueden apreciar en las tres funciones básicas del Estado: función judicial, función legislativa y función administrativa.

Los tribunales existen por que existe una “norma” que prevé su existencia así como su organización, por ejemplo: en el derecho mexicano los artículos que constituyen el capítulo IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, así como los diversos Acuerdos Generales que determinan el ámbito de competencia de los tribunales, el objeto de todas éstas disposiciones no solo es el establecer el funcionamiento de la maquinaria judicial, sino también, las condiciones bajo las que sus resoluciones han de ser validas, para lo cual un tribunal debe de actuar dentro de su ámbito espacial y material de competencia, es decir que un tribunal solo puede conocer de una controversia que este dentro de su jurisdicción y que la materia de dicha controversia sea de su competencia.

Existe el caso de que aun y cuando un tribunal haya actuado dentro del marco de sus atribuciones, la resolución dictada por éste es considerada a juicio de un tribunal de mayor jerarquía como ilegal o que adolece de un defecto jurídico, por lo que resuelve anularla.

Los órganos del poder legislativo se rigen por leyes que determinan la constitución del poder legislativo, las características de sus miembros, las materias sobre las cuales han de legislar, así como el proceso legislativo o de creación de normas, al igual que las sentencias de los tribunales, las normas creadas por el

poder legislativo también pueden ser anuladas mediante un proceso especial, el cual será determinado por cada uno de los diversos sistemas jurídicos.

Por lo que respecta a las normas que rigen al poder ejecutivo, éstas .no son diversas a las que rigen al poder judicial o al legislativo, debido a que son normas que confieren potestades a los órganos administrativos para ejecutar las disposiciones que el poder legislativo ha creado.

Tanto las normas que imponen deberes u obligaciones, y las que otorgan potestades se caracterizan por establecer estándares de conducta, de ahí que se les denomine como reglas. La relación que existe entre ambos tipos de reglas radica en que las reglas que otorgan potestades, son aquellas que hacen posible la creación de las reglas que imponen deberes u obligaciones.

Anteriormente se abordó de manera somera el tema de la nulidad, algunos autores conciben a la nulidad como una sanción en caso de que las formalidades para la creación no sean cumplidas, sin embargo ésta apreciación del concepto de nulidad es erróneo, debido a que la sanción es la consecuencia prevista en una norma a la trasgresión o incumplimiento de un deber jurídico, mientras que la nulidad es la resolución que determina que debido a que el acto, norma o resolución jurídica adolece de un defecto de forma o fondo, debe de serle negado el estatus de derecho, es decir que deja de existir en el mundo jurídico.

Las reglas que otorgan potestades han sido segregadas a un lugar secundario, asimilándolas a fragmentos de reglas respaldadas por amenazas, ésta teoría en su forma simple postula que las reglas que confieren potestades son antecedentes que imponen un deber a los ciudadanos, el cual se encuentra garantizando en el mayor número de los casos, por el miedo a la ejecución de la sanción en caso de desobediencia, prevista en la regla, sin embargo con el paso del tiempo ésta postura ha llegado a tener diversas modalidades, entre las que

destaca, por su grado de radicalidad aquella en la que Kelsen establece que el “derecho es la norma primaria que estipula la sanción.”²⁴

En el pensamiento jurídico de Kelsen la norma primaria es aquella norma independiente que impone al funcionario la obligación de ejecutar una sanción; las normas secundarias son aquellas que para ser efectivas requieren estar ligadas a una norma primaria para ser efectivas, de ahí que bajo ésta perspectiva no solo son normas secundarias las reglas que otorgan potestades, sino también las cláusulas condicionantes que imponen deberes a los ciudadanos. Las teorías antes mencionadas solo se diferencian en lo tendiente sujetos a los cuales están dirigidas, debido a que ambas hacen de la sanción un elemento esencial del derecho, siendo que el derecho puede ser concebido sin sanciones.

El derecho es un instrumento de control social que tiene diversas funciones, mismas que no se limitan solo a la aplicación de sanciones en caso de trasgresión del orden jurídico, sino que a través del otorgamiento de facultades por medio de reglas ejerce un control no coercitivo. Las reglas que otorgan facultades se caracterizan por establecer actividades dirigidas a un propósito definido, diverso al de las normas que imponen deberes, como puede ser el bien común, la paz, el orden, la seguridad jurídica, entre otros, de ahí que al homologar las reglas que otorgan facultades con las que imponen deberes, se encasilla al derecho como un simple instrumento punitivo, siendo que sus funciones van mas allá de la función coercitiva.

El segundo grupo de objeciones respecto de la teoría que encajona al derecho como un conjunto de reglas respaldadas por amenazas, es aquel que se enfoca al ámbito de aplicación personal de dichas reglas. Si se parte de que las reglas pueden ser asimiladas con órdenes respaldadas por amenazas, el legislador por ende ocupa el lugar de mandante, de ahí que es eximido de cumplir con las obligaciones que el impone mediante las normas que legisla a los

²⁴ KELSEN, Hans, *op. cit.* (Teoría general del Derecho y del Estado), p. 71.

ciudadanos, sin embargo ésta concepción del legislador es obsoleta en los estados modernos, por que la figura del monarca absoluto ha fenecido, por lo que la visión de un legislador que se auto – obliga a cumplir con las reglas que el mismo impone, debido a que éste tiene dos tipos de carácter, uno oficial y otro privado, “actuando en el primer carácter dicta normas que imponen obligaciones a otras personas, inclusive a sí mismo en su “carácter privado”²⁵, lo cual se encuentra mas acorde con la visión dualista del derecho de Hart.

La siguiente objeción a la teoría que asimila a las reglas con órdenes respaldadas por amenazas, es el hecho de considerar a la legislación como la única fuente de derecho o modo de origen de las reglas, dejando de lado el tema concerniente a la costumbre como fuente de derecho. Existen dos posiciones que establecen que la costumbre tiene el status de derecho, la primera establece que aun antes de ser reconocida por el legislador o por el tribunal ésta ya es derecho, sin embargo esto es ilógico por que nada es derecho si no ha sido previamente ordenado o aplicado por los tribunales; la segunda establece que las normas consuetudinarias tiene el carácter de derecho por haber sido reconocidas de manera tácita previamente por el soberano, lo cual despierta la siguiente interrogante, ¿Cómo puede haber un reconocimiento tácito, sin un conocimiento previo de la costumbre?, por lo tanto ésta posición también fracasa en justificar el status de fuente de derecho de la costumbre, por lo que es mas loable otorgarle el status de fuente subordinada, previo reconocimiento.

Como se indicó en pasadas ocasiones las teorías que sostiene que el derecho es un conjunto de normas coercitivas se pueden resumir en:

1. Que aun y cuando las normas penales se asemejan a las órdenes respaldadas por amenazas, difieren en el campo de aplicación, debido a que pueden imponer deberes tanto a ciudadanos, como a funcionarios.

²⁵ HART, H.L.A., *op. cit.*, p. 54.

2. No solo existen las reglas coercitivas, si no que existe un segundo grupo integrado por las normas que otorgan potestades
3. Existen reglas que son creadas por el reconocimiento de la costumbre por parte de los tribunales, lo que difiere con la concepción de que las reglas solo pueden ser creadas por vía legislativa.

Anteriormente se hizo una somera crítica al modelo de reglas coercitivas, para en lo subsiguiente poder hacer una crítica mas profunda a dicho modelo, pero lo que es necesario retomar el concepto de mandato de Austin, un mandato es significación de deseo que se caracteriza por la intención del mandante de infringirle un daño al mandatario en caso de inobservancia del mandato, la figura del mandante es en la teoría del mandato la del soberano.

El concepto de soberano es esencial para la teoría del mandato, debido a que solo mediante la relación vertical descendiente existente entre éste y el súbdito, en la que el último le rinde obediencia habitual al soberano, el cual no rinde obediencia habitual a nadie, se le puede dar el carácter de sociedad política e independiente a un grupo humano determinado, de ahí que podemos identificar dos elementos esenciales de la sociedad política e independiente

1. Hábito de obediencia
2. El Soberano

Los súbditos deben de encontrarse en un hábito de obediencia continuo y persistente respecto del soberano, uno de los problemas que éste concepto tiene radica en lo que se entiende por el termino de obediencia, el que puede referirse al acatamiento de una orden respaldada por una amenaza o el respeto que se le rinde a una autoridad, ahora bien el obedecer no sugiere en ningún momento la existencia de un hábito, debido a que carece de espontaneidad, sin esfuerzo y

arraigo, sin embargo aun y cuando no se presenten todos los elementos constitutivos de un hábito, existe la obediencia general a un soberano en común.

Cuando se hace referencia al hábito de obediencia de una sociedad, estamos aludiendo a la conjunción de los hábitos individuales de obediencia respecto de un soberano común de todos los súbditos, dicha convergencia de "hábitos" da como resultado una unidad, la cual es una característica básica de la organización social denominada Estado.

El hecho de que exista un hábito de obediencia respecto de un soberano determinado acarrea la siguiente interrogante: ¿Qué consecuencias tiene la muerte del soberano?, en el presente caso el sucesor se enfrenta al problema de que al iniciar su reinado no detenta la calidad de soberano, por que los súbditos no se encuentran en un hábito de obediencia respecto a él, de ahí que toda regla creada por éste en el lapso de tiempo en el cuál los súbditos adquieren dicho hábito, no constituyen derecho, el intento de dar solución a ésta problemática consiste en la creación de un ordenamiento jurídico que regule el proceso de transición entre un soberano y otro, por lo tanto el sucesor tendría el derecho de crear reglas que constituyan derecho, sin embargo bajo el presente supuesto la idea de obediencia habitual es obsoleta e innecesaria.

Existen dos razones por la cual la idea de obediencia habitual es insostenible: primero, los hábitos de obediencia no confieren al sucesor el derecho de suceder al anterior ni mucho menos a legislar normas jurídicas, en segundo lugar la obediencia habitual a un soberano no garantiza que le rindan obediencia habitual a su sucesor.

No hay que dejar de lado el parecido que existe entre regla y hábito, en ambos la conducta que prevén es de carácter general, es decir que ésta es repetida por el grupo social cuando la ocasión se presenta, sin embargo ambas se diferencian en:

- El hábito social, aun cuando se configura en conductas que convergen de hecho, su inobservancia no da cabida a una crítica, mientras que la inobservancia de una regla si es objeto de una crítica
- La crítica hecha a la conducta desviada o incorrecta se encuentran justificadas por el grupo, en otras palabras, la crítica o el castigo físico que es atribuible al sujeto que cometió la desviación es visto por el grueso de la sociedad como correcto y justo.
- Por último, al no ser razonado, el hábito carece de un aspecto interno, por otro lado la conducta considerada como una regla es concebida por el grupo como una pauta o criterio de conducta general que debe de ser acatado por el grupo.

Si sustituimos el hábito de obediencia por una regla generalmente aceptada por una sociedad que le confiere al soberano potestades de crear reglas, entonces el argumento cambia; por que la aceptación y sumisión a una regla que prevé el proceso de sucesión, las características que el sujeto X debe de tener para ascender al cargo, así como le confiere la facultad de crear reglas que serán obedecidas por la sociedad, tiene como resultado que cualquiera que cumpla con las características y se someta a los procesos establecidos por la regla será reconocido por la sociedad como autoridad.

El error de la idea de hábito de obediencia radica en primer lugar en el hecho de que los hábitos no son normativos, debido a que no confieren a nadie derechos ni autoridad alguna, y en segundo lugar los hábitos no son capaces de regular aspectos como la sucesión de un legislador o soberano, por lo que no garantiza que el sucesor sea obedecido por el grueso de la sociedad.

Cuando se sustituye el hábito de obediencia por las reglas reconocidas como obligatorias por una sociedad tiene como consecuencia que la existencia de la norma se deslinde de la existencia del sujeto que detenta el cargo , en otras palabras, la muerte del funcionario no constituye una razón para que el derecho creado por él deje de existir, por que al momento de que la norma adquiere el status de derecho se vuelve intemporal, es decir que una vez legislada esta debe de ser obedecida desde el momento en el que adquiere vigencia hasta que sea derogada por algún soberano en el futuro, de ahí que el hecho de no ser derogada por legisladores posteriores es un reconocimiento tácito de las leyes creadas en el pasado.

Es una función exclusiva del legislador el poder derogar una norma, y no de los tribunales, los cuales tienen la obligación de aplicar tanto las leyes actuales como las pasadas. Existe en la teoría del realismo jurídico la errónea concepción de que no se le puede dar el status de derecho a una norma que no ha sido aplicada por los tribunales, debido a que aun antes de ser aplicada una norma es válida.

El soberano como elemento constitutivo de una sociedad política e independiente es aquél al que los súbditos rinden obediencia habitual y quien no se encuentra en hábito de obediencia respecto a nadie. En la teoría del mandato de Austin el soberano tiene la una facultad legislativa ilimitada e ilimitable. Al encontrarnos ante un soberano independiente se puede concluir que el sistema jurídico al que nos referimos es independiente, determinado, con características particulares.

No es un límite a la facultad legislativa del soberano la existencia de normas que prescriben las formalidades que se deben de cumplir para que una norma jurídica sea creada, debido a que solo se establece la forma en la cual el soberano ha de legislar, mas no la materia sobre las que puede legislar, de ahí que la facultada legislativa no se encuentra limitada. Cabe mencionar que el hecho de

que el soberano no cumpla con las formalidades del proceso legislativo solo tiene por consecuencia la invalidez de la norma, es decir que ésta no existe en el mundo jurídico, mas no constituye una trasgresión a la norma jurídica.

La facultad legislativa del soberano puede ser limitada por la constitución al prescribir que toda norma que trate sobre ciertas materias será nula, por lo que la limitación consiste en el establecimiento de incompetencias jurídicas y no la imposición de deberes.

A partir de los errores que presenta la teoría de Austin es posible vislumbrar cinco puntos fundamentales para la comprensión de los sistemas jurídicos:

1. Las limitaciones son incompetencias previstas en el mismo ordenamiento que lo faculta para legislar y no deberes impuestos al legislador.
2. Una norma es considerada derecho por haber sido creada por un órgano facultado por una ley para legislar.
3. Un legislador es independiente cuando el ordenamiento que le confiere la facultad de legislar no le otorga a un legislador de otro territorio facultades superiores a las de éste.
4. Una autoridad legislativa jurídicamente ilimitada es aquella que no se encuentra limitada en sus facultades legislativas por ningún ordenamiento jurídico, a diferencia de una autoridad legislativa jurídicamente limitada pero suprema, la cual se encuentre limitada en su facultades legislativas por una constitución, pero las leyes que de dicha autoridad emanan tienen la facultad de derogar a todo ordenamiento que se encuentre en contra de ellas, de ahí que se puede concluir que el hecho de que una autoridad legislativa sea ilimitada no la hace suprema.

5. El hábito de obediencia aunque no sea un elemento crucial es un medio indirecto de prueba de la existencia de un legislador supremo.

En la teoría de Austin el soberano es presupuesto de existencia del derecho, sin embargo existe la problemática de que dicha figura es infuncional para explicar a los sistemas jurídicos contemporáneos, de ahí que para que la figura del soberano sea funcional en la actualidad es necesario asimilarla a la figura del legislador.

La constitución es el ordenamiento jurídico que confiere y limita las facultades legislativas del órgano legislativo, anteriormente se indicó que dichas limitaciones consisten en el establecimiento de incompetencias, sin embargo algunas constituciones tienen la particularidad de establecer un proceso especial para su modificación, con el motivo de salvaguardar los derechos de los gobernados, todas éstas limitaciones nos indican que el órgano legislativo previsto en la constitución no es un legislador soberano, pero si partimos del hecho de que la soberanía, en los estados en los que existe algún tipo de democracia, reside en el electorado, podemos entonces concluir que la figura del legislador soberano se encuentra en el pueblo, el cual determina a través de su potestad soberana si las facultades del legislador ordinario han de ser limitadas o ilimitadas.

Por su naturaleza moral la inobservancia de la obligación que el electorado consigna al legislador ordinario de actuar de manera loable en el ejercicio de las facultades legislativas delegadas no se encuentra dentro del ámbito material de competencia de los tribunales, por el contrario la inobservancia de las obligaciones impuestas por el constituyente a los poderes constituidos establecidas en la constitución se encuentran dentro del ámbito de competencia material de los tribunales, de ahí que éstos tengan la facultad de invalidar una ley que haya sido creada por el legislador ordinario en contra de la constitución.

A través de la distinción de la condición privada y oficial de un individuo, se intenta justificar la existencia del soberano en los sistemas democráticos, en los que el electorado se obedece a sí mismo, argumentando que el individuo en su condición oficial es obedecido habitualmente, pero dicho argumento tiene como inconveniente el hecho de que la condición oficial que le es atribuida a un individuo se encuentra prevista y regulada por un ordenamiento jurídico, es decir la condición oficial que puede ser atribuida a un individuo existe por que se encuentra prevista en el contenido de una ley, de ahí que podemos concluir que el problema de la idea de soberano radica en la carencia de la noción de regla que confiere potestades.

Hart primero identificó a la teoría del derecho de Austin como el modelo de las diversas teorías que postulan que el derecho es un conjunto de órdenes respaldadas por amenazas; después a partir del análisis realizado a dicha teoría identificó sus principales errores y deficiencias; para así poder concluir que:

...la raíz del fracaso (de la doctrina que concibe al derecho como un conjunto de ordenes respaldadas por amenazas) es (el hecho de) que los elementos con que se ha construido la teoría, a saber las ideas de ordenes, obediencia, hábitos y amenazas, no incluyen, ni pueden producir mediante su combinación, la idea de regla, sin la cual no podemos abrigar la esperanza de elucidar ni siquiera las formas mas elementales de derecho.²⁶

Para dar solución al problema antes planteado, Hart establece que es necesario ver al derecho como un sistema constituido por reglas que otorgan potestades (reglas secundarias) y por reglas que imponen deberes (reglas primarias). A través del conocimiento de ambos tipos de reglas y la forma en que éstas interaccionan entre si es posible elucidar los conceptos constitutivos del derecho.

²⁶ *Ibid*, p. 101, lo que se encuentra en paréntesis del texto es mío.

La conducta es obligatoria cuando la norma así lo prescribe, aunque bajo una visión homogénea del derecho la obligatoriedad de una conducta radica en la sanción que la acompaña en caso de incumplimiento; es por eso que para poder definir el concepto de obligación jurídica es necesario establecer las diferencias que existen entre “verse obligado” y “tener la obligación”.

La expresión “verse obligado” hace alusión a una acción consumada que es el producto de la reacción psicológica que presenta un sujeto determinado ante una circunstancia en particular, varios autores han retomado ésta idea entre los que destaca Austin, el cual elimina el factor psicológico reduciendo a la obligación a una cuestión de probabilidad y riesgo, es decir, que la obligatoriedad de una norma radica en la eficiencia de los órganos que ejecutan las sanciones; en contra de ésta concepción de la obligación se yergue el argumento de que la desviación de la conducta requerida por la norma no es el solo el fundamento de la sanción, sino que es la razón misma de la norma.

La expresión “tener la obligación” presupone la existencia de una regla que le dé el carácter de obligatoria a una conducta determinada, dicha regla es aplicable de manera individual al sujeto que se encuentra en el supuesto normativo, de ahí que la diferencia entre “verse en la obligación” y “tener la obligación” estriba en que a ésta última le es esencial la existencia previa de una regla.

Una obligación siempre presupone la existencia de una regla, pero la existencia de una regla no siempre supone la existencia de una obligación. Las reglas que imponen obligaciones se caracterizan:

1. Por que los sujetos a través de actuar de manera continua conforme a la regla la hacen exigible, es decir que la regla se hace obligatoria por el ejercicio reiterado de la misma por la mayoría de los sujetos que constituyen una sociedad.

2. Por la presión social que recae sobre los sujetos que actúan o tiene la intención de actuar en contravención de la regla puede ser de diversas magnitudes; partiendo de la existencia o inexistencia de un órgano centralizado de aplicación de sanciones. Las sanciones pueden ser:

- La sanción tiene el carácter de jurídica cuando existe un órgano centralizado encargado de la aplicación de sanciones.
- La sanción moral consiste en una crítica social debido a que no existe un órgano centralizado de sanciones.
- La sanción ejercida por una comunidad primitiva, es aquella sanción física ejercida por la comunidad sobre los transgresores del orden social, dicha comunidad carece de un órgano centralizado de aplicación de sanciones.

Las reglas que imponen una obligación social se suponen importantes por que a través de su cumplimiento se garantiza la existencia del grupo social, de ahí que algunos de los intereses particulares de los sujetos que integran el grupo social se encuentran subsumidos al interés general; lo cual acarrea posibilidad de que ambos intereses entren en conflicto.

La obligación social puede ser representada como el vínculo que constriñe a cada individuo de una sociedad a comportarse de acuerdo con lo establecido en las reglas sociales, de lo contrario el órgano centralizado de aplicación de sanciones ejecutará la sanción conveniente al caso particular, ahora bien el hecho de que el sujeto se encuentre obligado, no implica que se siente obligado, debido a que el sentimiento de obligación es un aspecto psicológico del sujeto que no siempre coincide con el hecho de estar obligado.

Existen diversas formas en que las reglas rigen a una sociedad determinada y pueden ser concebidas dependiendo del lugar que ocupe el observador.

Los enunciados formulados por el observador tendientes a describir a un sistema jurídico determinado, son formulados desde un punto de vista externo cuando éste no se encuentra sometido a dicho sistema de reglas, por lo que su apreciación de las reglas que integran el sistema se reduce a las regularidades observables de la conducta, así como las sanciones que les son aplicables a los actos que van en contravención de las reglas. Ésta apreciación limitada del sistema de reglas es la que fundamenta la teoría predictiva, la cual postula que la inobservancia de la regla acarrea consigo la ejecución de una sanción, por lo que la eficacia de las reglas de un sistema radica en su sistema de sanciones.

En cuanto a los enunciados tendientes a describir al sistema de reglas de una sociedad desde un punto de vista interno son formulados por un observador interno, quien se encuentra sometido al sistema de reglas, por lo que su apreciación de las reglas que rigen a su grupo social va mas allá de las simples regularidades de conductas, debido a que para el que vive dentro del sistema, “la regla no es simplemente una base para la predicción de que sobrevendrá cierta reacción hostil, sino una razón para esa hostilidad”²⁷. En conclusión el fracaso de la teoría predictiva radica en ignorar el aspecto interno de las reglas.

Una vez concluido lo concerniente a la obligación jurídica es posible proseguir al análisis de los elementos del derecho, para lo cual es necesario partir de la estructura social primitiva que se rige solamente por reglas primarias de obligación. Las sociedades que se rigen solamente por reglas primarias requieren cumplir con dos condiciones para poder existir

²⁷ *Ibid*, p. 113.

1. Deben de restringir el uso de la violencia y proscribir el robo y el engaño, para así poder coexistir unos con otros.
2. El grupo que acepta las reglas como pautas del comportamiento social para garantizar la existencia de éste debe de ser mayor que el grupo disidente

Para poder identificar los elementos del derecho es necesario vislumbrar los errores que presenta una sociedad regida solamente por reglas primarias, y como dichos errores pueden ser subsanados.

1. La falta de certeza de los sistemas que se rigen solamente por normas primarias radica en la inexistencia de un ordenamiento que dote de identidad a las reglas que rigen la sociedad, debido a que estas normas son de distinta naturaleza a aquellas que imponen deberes y obligaciones.
2. El segundo error que presentan las sociedades que se rigen solamente por reglas primarias es el carácter estático de éstas; la evolución de los sistemas sociales y el crecimiento del número en su miembros trae consigo una serie de circunstancias y necesidades no previstas por las leyes, lo cual pone en riesgo la estabilidad social; éstos cambios requieren la existencia de una regla secundaria que faculte a una autoridad para adecuar las reglas existentes a las circunstancias actuales o crear nuevas reglas que haga frente a dichos cambio, de lo contrario los cambios serán lentos y las consecuencias no tan favorables.
3. El tercer error radica en el hecho de que la presión social ejercida para hacer cumplir las reglas se encuentra difusa, es decir que al ser la totalidad de la sociedad y no un órgano especializado que tenga como función la aplicación de sanciones traería como consecuencia el desorden en el aseguramiento de los transgresores, así como la implementación de la venganza para hacer justicia

Es de esperarse que un sistema que carece de reglas secundarias adolezca de semejantes fallas, por que a diferencia de las normas primarias que se encargan de regular el actuar humano, las reglas secundarias son aquellas que crean, introducen, modifican y eliminan a las reglas primarias, en otras palabras las normas secundarias se ocupan de las reglas primarias.

La solución a la falta de certeza que adolece el sistema que se rige solamente con normas primarias estriba en añadir a dicho sistema las reglas de reconocimiento; éste tipo de regla se caracteriza por establecer los requisitos y las cualidades que debe de presentar las reglas que se encuentre respaldada por la presión social del grupo. Las reglas de reconocimiento son la prueba de que una sociedad primitiva ha pasado del mundo prejurídico al jurídico por medio de su codificación, la cual puede adoptar distintas formas dependiendo de la época y el grupo social al que nos estemos refiriendo, por ejemplo en el caso particular de las sociedades primitivas, las reglas de reconocimiento consisten en una lista de reglas que se pueden encontrar talladas en un monumento, escritas en un papiro ó hasta pintadas en un muro, pero su verdadera importancia no estriba en el medio por el que han sido codificadas, sino en como éstas están revestidas de autoridad.

Con el paso de los siglos las reglas de reconocimiento han evolucionado de ser una lista de reglas individuales a una lista de características que deben de presentar las reglas primarias para poder ser parte del sistema de reglas que rige a la sociedad. Las características que las reglas de reconocimiento establecen varían en complejidad y forma dependiendo de la época y de la sociedad a la cual nos estemos refiriendo, por ejemplo existen países que establecen que para que una regla sea parte del sistema debe de ser sancionada por el órgano legislativo, a diferencia de los países que establecen que son reglas del grupo los criterios emitidos por los jueces en el ejercicio de su función judicial. Las características que establece la regla de reconocimiento no son solo los criterios de identificación

que nos permiten determinar que una regla primaria pertenece a un grupo social definido, sino que también establece como ha de encontrarse estructurado el sistema de reglas.

Hart establece que la solución al problema de la cualidad estática de los sistemas que se rigen solamente por reglas primarias radica en el establecimiento de “reglas de cambio”, éstas establecen el proceso por el cual el órgano facultado para cumplir con la función legislativa, crea ó deroga reglas primarias. Los procesos que las reglas de cambio establecen pueden ser rígidos o flexibles dependiendo del tipo de sistema al cual nos estemos refiriendo; dichas reglas también pueden restringir la facultad legislativa ó conferir facultades ilimitadas al órgano legislativo.

Para solucionar el problema de la difusa presión social es necesario primero establecer “reglas de adjudicación”; estas reglas confieren a los tribunales la facultad de determinar si la conducta de un sujeto determinado constituye una trasgresión del orden jurídico, también establecen el proceso que se ha de seguir para poder emitir un fallo respecto de la conducta controvertida. Las reglas de adjudicación se encuentran relacionadas con un tipo simple de regla de reconocimiento, ésta le confiere al tribunal una jurisdicción, y también le otorga a las decisiones que éste emite el carácter de fuente del derecho. Por ultimo, después de establecer las reglas de adjudicación, es necesario centralizar la presión social, para así erradicar la justicia por propia mano que los particulares ejercen en las sociedades primitivas, esto a través de la creación de un órgano especial facultado para aplicar las sanciones que el juez impone en su fallo al sujeto trasgresor de la ley.

La combinación de reglas primarias y secundarias vistas desde un punto de vista interno no solo esclarece la comprensión de conceptos como obligación, validez, jurisdicción fuente del derecho y legislación, si no que también constituyen el centro del sistema jurídico.

Las reglas de reconocimiento son aquellas que hacen posible identificar que reglas primarias y secundarias forman parte del sistema jurídico; en su aceptación y aplicación se encuentra el fundamento del sistema. La complejidad que las reglas de reconocimiento pueden presentar radica en la circunstancia particular del Estado al cual pertenecen; en el caso de una regla de reconocimiento simple ésta solo establece un criterio de identificación, por el contrario una regla de reconocimiento compleja es aquella que establece criterios múltiples para la identificación de las reglas del sistema jurídico, éstos criterios varían de un sistema a otro, por ejemplo: existen reglas de reconocimiento que establecen como único criterio de identificación a la legislación, mientras que otros sistemas tienen como criterios de identificación no solo a la legislación sino también al precedente.

Los criterios de identificación que establece la regla de reconocimiento se clasifican por orden de subordinación ó derivación, cabe mencionar que aunque ambos criterios de clasificación sean en algunos casos concomitantes, no quiere decir que se encuentren vinculados, es decir que el hecho de que una regla se encuentre en un estado de subordinación respecto de otra no implica que forzosamente derive de la regla a la cual esté subordinada.

Una regla de reconocimiento no necesariamente debe de encontrarse establecida en un ordenamiento escrito, existe el caso de que no exista una regla de reconocimiento escrita, sin embargo ésta es aplicada por los tribunales los cuales se encuentran facultados por una regla diferente a la de reconocimiento para identificar a las normas que pertenecen al sistema.

Algunos autores establecen que existe una relación natural entre validez y eficacia, ésta aseveración tiene su origen en concebir a la eficacia como condición de validez de las reglas, sin embargo no es del todo correcta debido a que la regla de reconocimiento puede o no contemplar en su contenido dicha relación, es decir

que si la regla de reconocimiento no establece al desuso como supuesto de perdida de validez, la regla puede no ser eficaz, sin que esto implique la perdida de su validez.

Respecto de la regla de la validez de una norma pueden ser formulados los siguientes enunciados:

- Internos: al formular el enunciado, el sujeto manifiesta su aceptación de la regla de reconocimiento, así como reconoce como validas las reglas identificadas por medio de ésta regla. Los enunciados internos versan sobre la validez de la regla sin deparar en la eficacia, debido a que el sujeto que lo formula da por sentada su eficacia.
- Externo: el espectador solo hace referencia por medio de éste tipo de enunciado a los aspectos externos de la conducta del grupo social que ha aceptado la regla de reconocimiento, por lo tanto sus enunciados versan sobre la eficacia del sistema

El error de varios teóricos radica en concentrarse solamente en los enunciados externos, al punto de asegurar que la validez de una regla deviene de la posibilidad de ser aplicada por los tribunales, que es incorrecto al ser la acción oficial de los tribunales el proceso por el cual se determina si una regla cumple con los requisitos establecidos por la regla de reconocimiento, de ser así al formar parte del sistema jurídico dicha regla es aplicable por los tribunales, en conclusión una regla no es válida por el hecho de ser aplicada por los tribunales debido a que estos solo reconocen su validez para así aplicarla.

Anteriormente se mencionó que la regla de reconocimiento es aquella que establece los criterios de identificación de las reglas que integran el sistema jurídico, en otras palabras establece los criterios de validez de las reglas; los criterios se clasifican por orden de subordinación y primacía relativa. La regla de

reconocimiento es una regla última y solo uno de los criterios que establece la regla de reconocimiento es supremo.

Se dice que la regla de reconocimiento es la última regla del sistema debido a que mediante una serie de razonamientos concatenados tendientes a dilucidar la razón de validez de una regla encontramos que la regla de reconocimiento es el último eslabón de la cadena. El criterio supremo que establece la regla de reconocimiento es aquel mediante el cual se identifican las reglas que pertenecen al sistema jurídico.

El hecho de que la regla de reconocimiento sea una regla última nos lleva a la interrogante del origen de su validez; algunos autores argumentan que la validez de la regla de reconocimiento se presupone, esto por ser una regla pensada, sin embargo esta posición es errónea; al ser una regla última la validez de la regla de reconocimiento no se presupone, se acepta con el fin de que ésta cumpla su función como la razón de identidad del sistema jurídico. La existencia de la regla de reconocimiento se comprueba por medio de un enunciado externo, el cual hace referencia a la eficacia de la regla de reconocimiento, en otras palabras el enunciado hace referencia a la aplicación de la regla de reconocimiento por parte de los sujetos que integran una sociedad determinada.

Hart hace referencia a los problemas que la regla de reconocimiento presenta lo cuales son:

1. El problema de la clasificación de la regla de reconocimiento
2. El problema de la existencia del sistema jurídico

Para poder comprender mejor el problema de clasificación de la regla de reconocimiento es necesario retomar de manera breve lo referente a los enunciados internos y externos. El enunciado externo que versa sobre la regla de reconocimiento hace referencia al acto de aplicación de la misma en el mundo

fáctico, es decir que se refiere a su eficacia; por otro lado el enunciado interno versa sobre la aceptación de la regla de reconocimiento por parte de los sujetos integrantes de una sociedad determinada; de lo anterior podemos concluir que la regla de reconocimiento es derecho desde el punto de vista interno al ser aceptada como la regla que establece los criterios de identificación de las reglas que integran el sistema jurídico, por otro lado también constituye un hecho debido a que su existencia es comprobada por medio de un enunciado externo que versa sobre su eficacia; por lo tanto el problema radica en la errónea idea de querer encasillar en una sola clasificación a la regla de reconocimiento, debido a que si se diera el caso se negaría alguna de las cualidades importantes de la regla de reconocimiento.

El segundo problema consiste en la existencia del sistema jurídico; para Hart un sistema jurídico existe si cumple con dos condiciones:

1. La primera condición debe de ser satisfecha por los ciudadanos, ésta consiste en que las reglas que de acuerdo con el criterio supremo de validez establecido en la regla de reconocimiento deben de ser eficaces.
2. La segunda condición debe de ser satisfecha únicamente por los funcionarios, ésta consiste en que los funcionarios públicos deben de aceptar como pautas de la conducta oficial a las reglas de reconocimiento, adjudicación y cambio.

De lo anterior podemos observar que para que un sistema jurídico exista debe de haber una armonía entre el sector público y el sector privado basada en el respeto y la aceptación de las reglas que integran el sistema jurídico que los rige. Las patologías de las cuales puede adolecer un sistema jurídico, son causadas por la inconcordancia que puede presentarse entre el sector público y el privado; las patologías más comunes son:

- La revolución
- La ocupación enemiga
- La anarquía

Estas patologías pueden presentarse en cualquier etapa de la existencia del sistema jurídico, la duración de las patologías es relativa, puede ser el caso de que desaparezcan con el tiempo o causar la extinción del mismo sistema; todo va a depender de la circunstancia particular del sistema jurídico.

La legislación y el precedente son los principales recursos de difusión de los criterios de conducta que rigen una sociedad determinada; a pesar de sus múltiples diferencias ambos se encuentran limitados por el problema de la naturaleza restringida del lenguaje.

El lenguaje dotado de autoridad utilizado para difundir las pautas de la conducta social es general; el problema del presente recurso radica en su propia generalidad debido a que solo prevee las características comunes de la conducta establecida en la regla, sin atender a los aspectos particulares de la misma. La incertidumbre causada por la presente problemática es atenuada mas no resuelta por los cánones de interpretación, debido a que por su naturaleza utilizan un lenguaje general.

El precedente a diferencia de la legislación no utiliza un lenguaje general, sino un lenguaje mas específico, debido a que se centra en la solución de una controversia particular, la cual se asemeja en grado suficiente y presenta ciertos aspectos relevantes del caso común; aun y cuando el precedente aborda las características particulares que la legislación no aborda, éste no es del todo certero, debido a que la decisión que establece depende de la apreciación particular del interprete el cual evalúa el caso y emite una fallo discrecional, es decir, que es necesaria una elección.

Al hecho de que los medios de difusión de los criterios ó pautas de conducta social por su naturaleza no sean suficientes para determinar el criterio aplicable a una circunstancia se le denomina la “textura abierta”. Hart establece que la raíz del problema se encuentra en la propia naturaleza humana, debido a su incapacidad de contemplar todas las posibles circunstancias, así como la “relativa indeterminación de propósitos”²⁸.

Una regla establece una conducta general la cual tiene un propósito determinado, pero cuando acaece una conducta no contemplada en la regla, el propósito de de la regla en relación con el hecho controvertido se encuentra indeterminado; para dar solución al presente problema es necesario que sea tomada un elección que concilie los intereses en disputa, esto tiene como consecuencia que el propósito vuelva a ser determinado.

Los formalistas establecen que la elección es un elemento adicional que debe de ser eliminado; para cumplir con este propósitos los formalistas “congelan el significado de la regla, de modo que sus términos generales tengan que tener el mismo significado en todos los casos en que su aplicación está de por medio”²⁹. La certeza jurídica a la cual aspira el formalismo jurídico mediante el establecimiento de conceptos inamovibles conducen al conocimiento de modelos normativos de conducta; éstos conceptos son de propósito indefinido, por su naturaleza rígida trata de adecuar la realidad a los conceptos normativos, esto trae como consecuencia la creación de un modelo normativo ideal y arbitrario que sacrifica varios aspectos relevantes de la vida social por un ideal de certeza.

Los sistemas jurídicos tienen la necesidad de establecer regla generales que regulen el actuar humano; debe de existir la posibilidad de interpretar y adecuar las reglas al caso concreto por medio de una elección oficial informada. En diversos sistemas existe la técnica que llevan a cabo las autoridades

²⁸ *Ibid*, p. 160.

²⁹ *Ibid*, p. 161.

administrativas, al adecuar la regla al caso concreto, esto a la luz de un estándar, es decir que la libertad de elección de la autoridad administrativa se encuentra limitada por ciertos estándares generales que no deben de ser propasados. Otra técnica es la realizada por los tribunales; al dar solución a las controversias que les son planteadas realizan una serie de razonamientos encausados a dar una solución equilibrada al caso concreto; dicha solución debe de conciliar la circunstancia en la cual se suscita el hecho, así como lo establecido en el supuesto normativo de carácter general; podemos concluir que la textura abierta del derecho no es un obstáculo para el buen funcionamiento del sistema jurídico, por el contrario, ésta permite el desenvolvimiento y perfeccionamiento de la actividad administrativa y judicial.

El escepticismo ante las reglas es la corriente jurídica opuesta al formalismo jurídico; ésta corriente del pensamiento postula que solamente son derecho las decisiones emitidas por los tribunales. El problema del cual adolece la presente teoría es un problema de estructura, por que al negar la existencia de las reglas, también niega la propia existencia de los tribunales. La institución conocida como tribunal se encuentra prevista en una regla secundaria, por otro lado son las reglas secundarias las que le otorgan sus facultades y dotan de autoridad a sus fallos, de ahí que no podemos concebir a un tribunal sin reglas secundarias.

Cabe mencionar que existe una postura moderada del escepticismo ante las reglas, ésta vertiente no niega la existencia de las reglas pero las priva de su carácter de derecho, dándoles el status de fuente del mismo, lo cual también es erróneo por que solo acepta las reglas que establecen las facultades de los tribunales negando los otros tipos de reglas secundarias; como aquellas que regulan las sucesión de puesto, las que facultan al cuerpo legislativo para cumplir con la función legislativa, las reglas de adjudicación entre otras.

Algunos teóricos caen en el error de afirmar que los tribunales no se encuentran limitados por ningún tipo de regla; ésta postura tiene su fundamento en

la regularidad y uniformidad de los actos realizados por los tribunales lo cual trae consigo una certidumbre basada en la predicción de sus fallos, el error de la presente postura radica en que los fallos emitidos por los tribunales no siempre se originan en el buen criterio del juzgador, sino que en el mayor número de los casos los fallos versan sobre la adecuación de una regla al caso concreto; dichas reglas son reconocidas y observadas por el juzgador en el cumplimiento de sus funciones; en conclusión los tribunales se encuentran obligados a observar las reglas consideradas como criterios o pautas de la conducta social al momento de emitir sus fallos.

La última postura del escepticismo se fundamenta en el carácter definitivo de los fallos emitidos por los tribunales. El establecimiento de la institución jurídica denominada como tribunal implica la existencia de una regla secundaria; dicha regla faculta al tribunal para emitir fallos definitivos dotados de autoridad respecto de cierto tipo de controversias, en otras palabras todo enunciado emitido por persona distinta al juzgador carece de autoridad aun un y cuando éste verse sobre la materia de la controversia. Las resoluciones de los tribunales pueden ser definitivas pero no infalibles, por el hecho de que los jueces son seres humanos falibles.

“El derecho (la constitución) es lo que los tribunales dicen que es”³⁰; el presente argumento implica el carácter último de la decisión judicial; la legislación es el medio por el cual el criterio establecido por el fallo de un tribunal es modificado, sin embargo aunque la legislación tenga la facultad de derogar o modificar los criterios instaurados por los tribunales, por el hecho de presentar una textura abierta requiere ser interpretada por los tribunales para poder ser aplicada, de ahí que los tribunales emiten la última decisión dotada de autoridad. A pesar de lo anterior el escepticismo jurídico fundado en el carácter definitivo de los fallos emitidos por los tribunales es incorrecto; para poder realizar sus funciones el juzgador debe de reconocer como derecho a las pautas y criterios identificados

³⁰ *Ibid*, p. 176

por medio de la regla de reconocimiento, aunque el actuar del juzgador tiene como fin preservar el derecho, pero esto no implica que él sea su creador.

Si la mayoría de los tribunales no cumple con la función de preservar el derecho por medio de su aplicación habría un colapso en el sistema, lo cual tendría como consecuencia una transformación total o parcial del sistema jurídico; si esto sucediera los jueces tendrían de todas maneras la obligación de reconocer las reglas que constituyen derecho en términos de la regla de reconocimiento vigente.

Por último el error de la presente vertiente del escepticismo ante las reglas radica en la falsa creencia de que solo los criterios establecidos por los tribunales por medio de sus fallos es derecho debido a que:

1. Existe la regla que obliga a los jueces a aceptar como derecho a las reglas y criterios identificados mediante la regla de reconocimiento.
2. El incumplimiento de dicha obligación traería como consecuencia una crítica por parte de la mayoría de los integrantes del grupo social.

El último problema de la teoría jurídica que Hart aborda es el consistente en la incertidumbre de la regla de reconocimiento; anteriormente se indicó que la regla de reconocimiento establece los criterios de identificación de las reglas que integran el sistema jurídico y uno de dichos criterios es supremo; el problema consiste en el grado de ambigüedad que la regla de reconocimiento pueda presentar. La solución a ésta problemática se encuentra en la actividad interpretativa de los tribunales; en otras palabras, los tribunales tienen la facultad de dilucidar los criterios últimos de identificación así como la de delimitar los alcances de dichos principio.

Hart considera que la esencia del derecho descansa en la unión de reglas primarias y secundarias, para poder comprender mas a fondo ésta unión es necesario abordar el tema concerniente al vínculo existente entre la moral y el derecho.

Algunos teóricos argumentan que la esencia del derecho descansa en la relación necesaria entre la moral y el derecho; el presente argumento tiene diversas variantes; empezaremos por la vertiente basada en el pensamiento tomista, ésta establece la existencia de principios morales y de justicia de origen divino; su inobservancia trae como consecuencia la invalidez del derecho. Otra postura menos radical, considera que la existencia del sistema jurídico depende de la existencia de una obligación moral, dicha obligación constriñe a los particulares a cumplir con las normas jurídicas, siempre y cuando no exista un deber moral superior que lo impida. Las teorías antes enunciadas permiten vislumbrar dos problemas fundamentales:

1. Primero se debe de distinguir dentro del campo de lo moral, a la justicia y a los aspectos que relacionan a la moral con el derecho.
2. Segundo se deben de distinguir las reglas y criterios morales de otro tipo de criterios y principios, en particular de los jurídicos.

La justicia es un segmento de la moral por que sus enunciados funcionan como una crítica a aspectos específicos de la vida social; por lo regular cuando se formula una crítica respecto de una norma se realizan en términos de justicia o injusticia, no de bien o mal. Hart define a la idea de justicia como “tratar a los casos semejantes de la misma manera (...) tratar los casos diferentes de diferente manera”³¹, pero él mismo encuentra a la presente definición inconclusa. Para dar solución a este problema es necesario establecer en base a los fines planteados los parámetros de igualdad, así como los aspectos relevantes que hacen una

³¹ *Ibid.*, p. 198.

diferencia, en otras palabras, los fines determinan los casos semejantes o iguales así como éstos deben de establecer los aspectos o características relevantes necesarios para poder determinar la existencia de un caso diferente.

De lo anterior se desprende que existen dos segmentos en la definición de justicia; el primer segmento es inamovible por encontrarse fundado en la constante de trato igual a los casos iguales; el segundo segmento es cambiante por determinar el propósito así como el momento en el cual han de ser considerado semejante o diverso un caso.

La idea de justicia es aplicada a cuestiones de distribución y compensación cuando se refiere al derecho, pero cuando se hace referencia a la aplicación del derecho la idea de justicia se encuentra encaminada a cuestiones de imparcialidad en la aplicación de las normas y en trato igualitario.

En contra de los privilegios (raciales, de clase, religiosos, de género, etc.) nace la idea de que *prima facie* todos los seres humanos deben ser tratados con igualdad; el presente principio es considerado como un principio inamovible el cual el derecho debe de observar para no ser considerado como injusto; pero existen cierto tipo de discriminaciones aceptables fundamentadas en un argumento relevante, tal es el caso de la incapacidad de los menores e incapaces para votar, sin embargo existen discriminaciones sin un fundamento relevante como la discriminación en base al sexo; los criterios de semejanza y diferencia relevante varían de acuerdo con el tipo de lugar y de individuo por tratarse de distintos tipos de moral.

El carácter distributivo de la justicia consiste en la existencia de un principio inamovible así como diferencias relevantes que hacen posible la distribución correcta de cargas y beneficios, lo cual se ha podido apreciar en el párrafo anterior.

Existe una diferencia entre la justicia aplicada a cuestiones de distribución y la aplicada a cuestiones de compensación; esta última se aplica a los casos en los que el derecho dispone la existencia de una indemnización de daños; la relación existente entre la justicia y la indemnización radica en la obligación moral impuesta a todos los integrantes de una sociedad de abstenerse de realizar actos dañosos en contra de sus semejantes; dicha obligación tiene el fin de crear una igualdad moral para poder eliminar la desigualdad natural, solo así es posible concebir un *status quo* moral el cual se conserva por medio de los actos de coacción dirigidos a los transgresores del equilibrio moral. Si partimos que la superioridad adquirida por el trasgresor al dañar a la víctima rompe con el *status quo* moral; la única manera de resarcir el daño y posicionar a las partes nuevamente en un estado de igualdad es el pago de la retribución o indemnización a la cual el trasgresor es acreedor; en conclusión el resarcimiento del daño por medio de la indemnización indirectamente aplica el principio de trato igual a los iguales. Para concluir lo correspondiente a la justicia solo resta abordar el tema de bien social el cual es otro aspecto de la justicia distributiva; al ser el beneficio distribuido es la “consideración imparcial de pretensiones en conflicto respecto de beneficios diferente”³²

La moral se encuentra integrada por un conjunto de criterios y principios reconocidos por una sociedad, éstos predominan sobre la moral individual. Las reglas morales son reglas primarias de obligación respaldadas por la presión social; al existir una regla de reconocimiento las reglas primarias identificadas por medio de sus criterios de validez adquieren el carácter de jurídicas, diferenciándose así de los demás tipos de reglas. Dentro del cúmulo de reglas restantes se encuentran las reglas morales, las cuales no pueden ser ordenadas de manera escalonada, pero sí pueden ser clasificadas de manera tentativa por el grado de compromiso que ellas exigen por parte de los integrantes de la sociedad en: reglas morales de carácter obligatorio y reglas morales de carácter optativo.

³² *Ibid*, p.208.

Por su grado de importancia existen reglas morales similares a las reglas jurídicas debido a que presentan las siguientes características:

- Son conductas comunes en la vida de una sociedad determinada
- Las reglas consisten en omisiones o acciones sencillas

Algunas reglas morales de carácter obligatorio son fundamentales, estas reglas pueden variar de acuerdo con el lugar y la época debido a que la moral como el derecho, por ser una creación humana siempre se encuentra en un estado de evolución. Las reglas morales fundamentales establecen lineamientos necesarios para la conservación de la paz y la estabilidad de la sociedad a costa de los intereses individuales. Por lo regular se diferencia la moral del derecho en lo siguiente; la moral extiende su campo de aplicación a los aspectos internos de la conducta externa del ser humano; los medios de coacción de la moral son el reproche moral y la presión social desorganizada; por su parte el derecho solo atiende los aspectos externos de la conducta; éste posee un sistema organizado de sanciones basa en la responsabilidad objetiva de sujeto.

De manera general se ha hecho un esbozo de la diferencia existente entre la moral y el derecho, por lo cual no es suficiente para distinguir a las reglas morales de otro tipo de reglas, por esa razón Hart establece cuatro características fundamentales que diferencian a las reglas morales de otro tipo de reglas:

1. Por su Importancia: cuya relevancia en la observancia de las mismas se manifiesta de diversas maneras:
 - El sacrificio del interés personal en aras de la obediencia de las reglas morales.

- La presión social ejercida en contra de los transgresores cuyo fin es preservar el equilibrio social y transmitir los criterios y principios sociales a los miembros de la comunidad y a las generaciones futuras.
- En caso de no ser aceptados los principios y criterios de conducta regentes de una sociedad por sus miembros, el colapso de la estructura social es inminente.

Uno de los objetivos de la moral es el conservar la estructura social garantizando de ésta manera la convivencia de sus integrantes.

2. Inmunidad al cambio deliberado: al contrario de las reglas jurídicas los principios y criterios de conducta establecidos por la moral no pueden ser cambiados a voluntad de ninguna autoridad, pero si por una serie de circunstancias que acarrear cambios en la visión del grupo social; como puede ser el caso de una guerra, una crisis económica o el cambio del sistema jurídico, entre otros.
3. Carácter voluntario de las transgresiones morales: el derecho se basa en la responsabilidad objetiva para imponer la sanción correspondiente, en otras palabras, el derecho por lo regular atiende a cuestiones fácticas sin tomar en cuenta el aspecto interno de la conducta; salvo ciertas excepciones en las cuales el sujeto es una persona incapacitada para expresar su voluntad. La moral toma los actos externos como inevitables más no justificables; el medio de control de la moral sobre dichos actos radica en el control interno que el sujeto tiene sobre su propia conducta en atención a los preceptos morales.
4. La forma de presión social: La presión moral a diferencia de la jurídica apela al compromiso contraído por los integrantes de una sociedad de respetar las reglas, de lo contrario, la conducta será calificada como

reprobable por la moral; esto tiene como consecuencia el nacimiento de sentimientos de culpa en el trasgresor, sin embargo existen transgresiones que ameritan un castigo físico por ser nocivas para la sociedad, éstas pueden consistir en la expulsión, aislamiento o linchamiento entre otros.

Además de las características antes mencionadas, la moral presenta dos aspectos importantes: los ideales morales y las virtudes morales.

Los ideales morales son proezas realizadas por seres humanos a lo largo de sus vidas, éstas son consideradas como excelsas y dignas de alabanza, como el caso de los santos y los héroes. Las virtudes morales son virtudes ampliamente reconocidas por una sociedad y ejercitadas por los individuos en sus vidas cotidianas; algunas virtudes morales son: el valor, la lealtad, la caridad, la benevolencia, la paciencia, entre otras; a través de la práctica de las virtudes morales es posible mejorar el actuar humano, garantizando de esta manera la armonía, estabilidad y sano desarrollo de la sociedad. Cabe mencionar que ideales y virtudes morales son el fundamento de crítica moral. Estos dos aspectos de la moral son el fundamento de la crítica moral; la cual confronta los ideales y principios morales con la realidad existente; para así emitir un criterio objetivo.

Diversos aspectos de la moral influyen en el derecho de manera directa o indirecta en el derecho; razón por la cual Hart establece que “un sistema jurídico tiene que exhibir alguna concordancia específica con la moral o con la justicia, o tiene que apoyarse en una convicción ampliamente difundida de que hay una obligación moral de obedecerlo.”³³

Para poder comprender de mejor manera como la moral influye en el derecho, es necesario abordar lo tendiente al conflicto entre derecho natural y derecho positivo. El derecho natural postula la existencia de ciertos principios fundamentales, los cuales dotan de validez al derecho mediante su aplicación y

³³ *Ibid*, p. 229.

observancia, el medio por el cual el hombre puede conocer estos principios es la razón; el problema que presenta la teoría, radica en la relación de los principios con la naturaleza inanimada y viviente establecida por los grupos religiosos; el principal argumento en contra de la presente teoría descansa en las distintas dos acepciones de la palabra “ley”:

Ley (natural): describe la regularidad de los hechos naturales; en otras palabras mediante la observación y el razonamiento es posible descubrir los patrones constantes en el comportamiento de la naturaleza para así poder formular un enunciado descriptivo; cuyas leyes no pueden ser transgredidas

Ley (positiva): prescribe una conducta; es decir que ordena, prohíbe o faculta la realización de una conducta determinada; a diferencia de la ley de la naturaleza, la ley positiva puede ser transgredida por los seres humanos.

La problemática puede ser dilucidada mediante el siguiente silogismo: “La ley natural en estricto sentido no puede ser transgredida; “Los principios fundamentales pueden ser transgredidos”; por lo tanto los principios fundamentales no son ley natural en el estricto sentido de la palabra; por otro lado los principios fundamentales no describen hechos comunes en la naturaleza. El problema son los argumentos religiosos que dan a los principios fundamentales el carácter de divinos por haber sido establecidos por el creador, de ésta manera se homologan con la ley natural de carácter divino. Hart propone deslindar lo secular del concepto naturaleza para así poder vislumbrar la importancia del derecho natural como corriente creadora de conocimiento.

Al deslindar al concepto naturaleza de su carácter divino, solo el carácter científico queda: éste se resume en la predicción de fenómenos con base en un patrón denominado ley, de ahí que los principios fundamentales no tienen cabida en dicho concepto de naturaleza, por lo cual Hart decide tomar como punto de partida un concepto mas antiguo de naturaleza. Este concepto tiene su origen el la

filosofía griega; éste consiste en la evolución de los seres inanimados y animados hacia el bien específico, por lo tanto es una concepción teleológica de la naturaleza.

Aunque la concepción de naturaleza señalada en el párrafo anterior se asemeja en lo exterior a la concepción científica de naturaleza; se diferencia de ésta en su contenido. Para las ciencias naturales la naturaleza es un conjunto de hechos constantes y predecibles, por tal motivo las etapas del desarrollo de los seres y objetos que se encuentran en la naturaleza son formuladas en enunciados generales que describen solo aspectos constantes de su existencia; sin embargo para la concepción antigua de la naturaleza, las etapas de desarrollo no consistían en aspectos normales y predecibles, por el contrario, consisten en un paso mas hacia la perfección o el bien. Los seres humanos por su naturaleza racional no solo evolucionan en un aspecto biológico sino también espiritual. Por su naturaleza racional el hombre es consciente de su propósito personal el cual es la excelencia física y espiritual. Para poder alcanzar su fin, el ser humano requiere satisfacer ciertas necesidades naturales y realizar ciertos actos humanos dirigidos a la conservación de su existencia.

Para poder cumplir con lo anterior, el hombre crea ciertos mecanismos de control social, los cuales tiene como propósito principal el garantizar la supervivencia del ser humano por medio del establecimiento de reglas de convivencia social. Los principales mecanismo de control social son el derecho y la moral, éstos establecen una serie de principios universales esenciales para la convivencia humana, dichos principios constituyen el contenido mínimo del derecho natural.

Para garantizar la conservación de la especie humana es necesario que las reglas morales y jurídicas deben de tener un contenido mínimo, dicho contenido consiste en verdades obvias que sirven como base para la creación de un sistema

de reglas morales y jurídicas cuyo fin es garantizar la supervivencia del género humano; éstas verdades obvias que son el contenido de la moral y el derecho son:

1. Vulnerabilidad humana: por su estructura anatómica el ser humano es vulnerable, por ello para poder cumplir con su finalidad, los sistemas morales y jurídicos establecen reglas que restringen el uso de la fuerza para así garantizar la integridad física de los miembros del grupo social.
2. Igualdad aproximada: los seres humanos se diferencian entre si por sus capacidades físicas e intelectuales; sin embargo dichas diferencias no son constantes; ejemplo el sujeto X es el mas fuerte de la comunidad, pero ésta no es razón suficiente para ser temido debido a que en un momento dado el grupo puede organizarse para destruirlo, por lo tanto se concluye que los lapsos de superioridad que diferencian a un ser humano de otro no son mayores a aquellos en los cuales es igual a los demás seres humanos.
3. Altruismo limitado: los seres humanos no son buenos o malos en su totalidad, si no un termino medio donde los matices cuentan , asimismo los seres humanos no son del todo egoístas, pero tampoco velan a cada instante de sus vida por el bienestar de sus semejantes, ante ésta dualidad es necesario para poder conservar la cohesión del grupo establece un sistema de abstenciones mutuas y prohibiciones, con el fin de controlar la parte instintiva del ser humano que lo lleva a cometer actos violentos.
4. Recursos limitados: los seres humanos requieren satisfacer ciertas necesidades básicas para poder subsistir, como lo son el comer y el vestir, para satisfacer éstas necesidades se requieren recursos, los cuales no son ilimitados, por el contrario son limitados, por ésta razón es necesario que los sistemas morales y jurídicos establezcan reglas tendientes a regular y proteger la propiedad privada así como los pactos de carácter económicos.

5. Comprensión y fuerza de voluntad limitadas: la importancia de la existencia de preceptos que protegen a las personas, sus bienes, así como el tener que garantizar el cumplimiento de las promesas y los pactos, debe ser reconocida por la mayoría de los miembros de una sociedad, los cuales están convencidos de que el sacrificio realizado al cumplir con las reglas morales y jurídicas es menor a los beneficios recibidos. Para que un sistema de sanciones funcione debidamente la fuerza coercitiva debe de ser mayor a la fuerza disidente, en otras palabras la mayor parte de la sociedad debe de tener la convicción de acatar las reglas y hacerlas cumplir a toda costa.

Para concluir la exposición de la teoría del derecho de Hart solo resta abordar el tema de la validez jurídica y el valor moral; la forma en la cual se encuentra estructurado el sistema de protecciones y beneficios, así como la clase de sujetos a los que se les aplica las reglas que integran dicho sistema. En otras palabras, los beneficios que la moral y el derecho otorgan pueden no ser extendidos a la totalidad de los habitantes de un Estado; éste es el caso de la esclavitud; para mantener el orden es necesaria la coerción voluntaria del grupo mayoritario, el cual puede ejercer su fuerza coactiva de dos maneras:

1. Para castigar a los transgresores de las reglas jurídicas y morales
2. Para someter a un grupo determinado

Los sujetos integrantes de una sociedad que se somete a un sistema de reglas morales y jurídicas por voluntad propia, lo hace para recibir los beneficios que el sistema les otorga, éstos sujetos solo pueden formular enunciados internos respecto del sistema; los sujetos transgresores del sistema solo pueden formular enunciados externos debido a que carecen de cooperación voluntaria.

Dentro del presente apartado podemos encasillar a los grupos segregados o sojuzgados; para esclarecer ésta idea se presentaran los siguientes casos:

1. En un sistema esclavista donde la mayor parte de la población es esclava y la minoría es privilegiada por las reglas morales y jurídicas; por su naturaleza excluyente, éste sistema tiende a tener una vida relativamente corta por no otorgar beneficios a la mayoría, para así garantizar su estabilidad
2. Tenemos un sistema que garantiza una serie de beneficios a sus integrantes, cuando por convicción se obligan a obedecer las reglas del sistema para así conservar sus beneficios. Un sistema con éstas características tiende a tener una vida larga al equilibrar los intereses de la mayoría para conseguir su cooperación y aceptación.

Los beneficios a los cuales la población accede por medio del compromiso de obediencia a un sistema de reglas primarias y secundarias son: "... adaptabilidad frente a los cambios, la certeza, y la eficacia,"³⁴ sin embargo esto tiene sus riesgos debido a que un sistema de sanciones centralizadas puede no solo tener la función de conservar el orden por medio de la aplicación de sanciones a los transgresores, sino que también puede ser utilizado como un medio de reprimir, sojuzgar o exterminar a grupos minoritarios o disidentes.

En el supuesto anterior encuadran los sistemas autoritarios, en los cuales la policía y los juzgados se encuentran coadyuvados con el gobierno para coartar los derechos y las libertades de los sujetos indeseables para éste; sin embargo éste tipo de medidas reprobables no acaecen en todos los sistemas normativos.

Un sistema normativo se auxilia de los actos de coerción ejercidos por sus órganos facultados para aplicar sanciones, para así mantener un control sobre la

³⁴ *Ibid*, p. 249.

sociedad, pero esto no implica que la coerción sea un aspecto esencial del derecho.

El derecho por lo regular sigue a la moral, aunque existen los casos en los cuales la moral puede verse modificada por el derecho; de ahí podemos concluir que existe más de un tipo de relación entre el derecho y la moral. Los diversos tipos de relaciones son:

Poder y autoridad: la existencia de un sistema jurídico se finca en la obligación moral de obedecer el derecho, lo cual se manifiesta mediante la aceptación de la regla de reconocimiento; de ahí que nada es jurídicamente obligatorio sin ser previamente moralmente obligatorio, porque no es suficiente la fuerza física para mantener un sistema jurídico, debe de existir en los miembros la convicción de la existencia de una obligación moral que los constriña al acatamiento de las reglas jurídicas.

La influencia moral sobre el derecho: La moral influye mucho en el contenido de las reglas jurídicas; es decir que muchas de las reglas jurídicas del sistema jurídicos contienen principios morales; de ésta manera los principios morales pueden hacerse cumplir por medio de la fuerza física.

Interpretación: las reglas jurídicas por su textura abierta requieren de interpretación. Los tribunales son los encargados de interpretar las reglas jurídicas mediante un criterio imparcial y neutral; en la emisión de sus fallos los tribunales atienden no solo a razones lógicas sino también a principios morales.

La crítica del derecho: existe la posibilidad de que el derecho no concuerde con la moral en turno; lo cual no implica que estas contradicciones puedan causar estragos en la estabilidad del sistema jurídicos.

Principios de legalidad y justicia: aunque un sistema jurídico no sea del todo “bueno” siempre poseen el mínimo de justicia. En ejercicio de la función judicial, los tribunales imparten la justicia mínima o justicia natural; éste tipo de justicia consiste en la imparcialidad de los tribunales al emitir sus fallos, para lo cual debe de existir un conjunto de reglas de conducta dirigidas a un grupo determinado de personas; dichas reglas deben de ser inteligibles, acatada por la mayoría de los miembros y no deben de ser retroactivas, aunque existe la posibilidad de que una ley pueda ser retroactiva. El control por medio de reglas se encuentra estrechamente relacionado con el principio de legalidad consistente en la obediencia a las reglas jurídicas; algunos juristas, comenta Hart consideran a éste principio parte de la moral interna del derecho, el hecho de que ésta postura sea aceptada no implica que sea equitativa o buena, por que de ser así se estaría afirmando que la norma es “buena” siempre y cuando sea obedecida independiente de su contenido.

La validez jurídica y la resistencia al derecho: si solo tomamos como fundamento de validez de las reglas al principio de legalidad, caemos en la controversia de si es de considerar como válidas las reglas jurídicas que son moralmente inicuas; ejemplo el congreso emite una norma que prohíbe a las personas de raza negra abordar cualquier medio de transporte colectivo, la norma es formalmente válida pero es una norma moralmente inicua. El que las reglas moralmente inicuas sean o no derecho depende de lo que se entienda como derecho, dicho concepto tiene dos acepciones:

Derecho en un sentido estricto excluye toda regla moralmente inicua haciendo mas estrecho el campo de estudio de la ciencia jurídica, debido a que al excluir a las reglas moralmente inicuas también excluye algunas de las características más importantes del derecho.

Derecho en un sentido más amplio: incluye a las normas moralmente inicuas haciendo de ésta manera más amplio el campo de estudio; dentro de ésta

posición es derecho “todas las reglas que son válidas según los criterios formales de un sistema de reglas primarias y secundarias, aun cuando algunas de ellas atenten contra la moral de nuestra sociedad”³⁵ . En otras palabras toda regla formalmente válida es derecho independientemente de su contenido, bajo ésta postura nos es posible observar la maldad con la cual actúan los gobiernos autoritarios así como adoptar una visión clara del contexto en el que es aplicado el derecho vigente; por lo tanto el concepto amplio del derecho nos permite identificar las reglas que son invalidas e inmorales, así como su complejidad, aumentando nuestro conocimiento de éste tipo de cuestiones.

La finalidad de exponer la teoría del derecho de Hart es el forjar un concepto de sistema jurídico basado en su teoría. Para cumplir con dicho objetivo es necesario partir de la razón de existencia del sistema jurídico.

El sobrevivir, a pesar de las circunstancias adversas, es el fin de todo ser vivo. Para cumplir con éste fin los seres humanos se vieron en la necesidad de constituir grupos sociales, los cuales se encuentran regidos por reglas que regulan la conducta humano; éstas son de dos tipos principalmente, jurídicas y morales.

Anteriormente se indicó los tipos de relaciones que guardan las reglas morales y las reglas jurídicas, sin embargo la relación más relevante es la que se origina en la obligación moral que constriñe al grupo social a obedecer el derecho; ésta obligación es el fundamento de existencia del sistema jurídico; el cumplimiento de dicha obligación se materializa en la aceptación de la regla de reconocimiento.

Un sistema jurídico se encuentra compuesto por dos tipos de reglas las cuales son:

³⁵ *Ibid.*, p. 258.

1. Las reglas primarias: son reglas que imponen deberes y obligaciones a los gobernados.
2. Las reglas secundarias: son reglas que otorgan potestades a los funcionarios del gobierno y a los gobernados; los principales tipos de reglas secundarias son:
 - a) La regla de reconocimiento: ésta establece los criterios de identificación de las reglas jurídicas pertenecientes al sistema, así como determina la estructura del sistema jurídico. Es importante destacar que en la regla de reconocimiento reside la unidad del sistema jurídico.
 - b) Las reglas de cambio: son las reglas que facultan a un órgano especial para crear, renovar o derogar reglas mediante un proceso especial denominado proceso legislativo.
 - c) Reglas de adjudicación: éstas facultan a los tribunales para realizar la función judicial, también dotan de obligatoriedad a sus fallos, así como establecen el órgano especializado para aplicar las sanciones que los tribunales imponen.

Los sistemas jurídicos tienen un contenido común denominado el contenido mínimo del derecho natural; el cual consiste en una serie de principios fundamentados en las verdades obvias sobre la naturaleza humana; dichas verdades obvias son:

- La Vulnerabilidad humana
- La igualdad aproximada
- El altruismo limitado
- Los recursos limitados
- Comprensión y fuerza de voluntad limitadas

De lo anterior podemos concluir que un sistema jurídico es un conjunto de normas primarias y secundarias, las cuales se relacionan entre si de acuerdo con los parámetros establecidos por la regla de reconocimiento; el contenido del sistema se encuentra determinado por los principios fundamentales basado en verdades obvias sobre la existencia humana.

1.2.4.- Joseph Raz

En su libro “El concepto de sistema jurídico,” Joseph Raz establece que toda teoría de los sistemas jurídicos que aspire a ser completa debe de dar solución a las siguientes problemáticas:

1. El problema de la existencia: consiste en identificar los criterios en los cuales la teoría fundamenta la existencia de un sistema jurídico.
2. El problema de identidad: consiste en el identificar los criterios utilizados para determinar cuáles normas pertenecen al sistema jurídico y cuáles no.
3. El problema de estructura: consiste en identificar la estructura común de todos sistemas jurídicos a partir de los criterios de identidad y jerarquía de las normas jurídicas.
4. El problema de contenido: consiste en identificar los contenidos mínimos de las normas jurídicas comunes a todos los sistemas jurídicos.

Joseph Raz hace un exposición y crítica de las teorías del derecho de Austin y Kelsen, con el fin de crear una teoría del sistema jurídico completa; sin embargo debido a que en apartados anteriores dichas teorías han sido expuestas,

solo me enfocaré en el presente estudio a las a las modificaciones que hace Joseph Raz a dichas teorías en base al criterio de autores como Hart y Bentham.

Si concebimos al sistema jurídico como un sistema de normas, el estudio ha de partir de la célula del sistema, en otras palabras, hay que partir del concepto norma como parte básica del sistema jurídico; Joseph Raz utiliza su propia interpretación del concepto de norma de Kelsen para así poder explicar la base de la estructura del sistema jurídico.

La Naturaleza de la norma jurídica en términos de la teoría de las normas de Kelsen se divide en dos grupos: las normas como imperativos y las normas como estándares justificados de comportamiento.

Las normas como imperativos presentan cuatro características esenciales:

- a) Las normas son estándares de evaluación: solo los actos con significación jurídica tienen incidencia en el mundo jurídico; en otras palabras, la norma jurídica contempla la conducta en su contenido; al acaecer el acto previsto en el precepto normativo en el mundo fáctico, éste adquiere el carácter de ilícito o lícito, de ahí que podemos concluir que la norma es un estándar de evaluación de las conductas que poseen justificación jurídica. Cabe resaltar que los tribunales tienen la facultad exclusiva de determinar si la conducta es, de acuerdo con el estándar, lícita o ilícita.
- b) Las normas son principios que guían el comportamiento: las normas en su contenido contemplan una conducta la cual tiene un carácter obligatorio para los gobernados; las guías de comportamiento son estándares de conducta, pero no todo estándar de conducta es una guía de comportamiento; para que un estándar sea una guía de comportamiento debe de encontrarse relacionado con la conducta humana, así como debe

de encontrarse justificada la razón por la cual la conducta debe de ser regulada por el derecho.

- c) Las normas son creadas por actos de voluntad: la significación subjetiva del acto legislativo radica en la intención del órgano legislativo; en otras palabras, la significación subjetiva de dicho acto es la razón por la cual el mismo órgano encuentra necesario regular una conducta específica.
- d) Las normas se encuentran respaldadas por sanciones: la razón estándar de la norma es la sanción en caso de incumplir con lo prescrito por la norma. Se dice que la sanción es una razón estándar por ser un razón psicológica para que el sujeto realice o no la conducta prevista en la norma, por tal motivo la sanción es un factor preponderante para el acatamiento de las normas jurídicas por parte de los gobernados, por ésta razón Kelsen fundamenta la eficacia del sistema jurídico en un sistema de sanciones bien estructurado y eficaz.

Podemos concluir que una norma es una orden respaldada por una amenaza, las cuales tiene como fin el regular el comportamiento de los súbditos; las normas son consideradas estándares debido a que por medio de éstas la conducta de los súbditos es evaluada.

Para poder explicar a las normas como estándares justificados de comportamiento es necesario distinguir a las órdenes de las normas; la primera diferencia es el hecho de que la circunstancia de creación de una norma jurídica no se discute, por el contrario cuando hacemos referencia a una orden dicha circunstancia es uno de los temas en discusión, por esa razón las normas jurídicas son entidades abstractas y las ordenes no; la segunda diferencia es el hecho de que las normas jurídicas pertenecen a un sistema jurídico mientras que las ordenes no pertenecen a un sistema; la pertenencia de una norma al sistema se encuentra determinada por la norma fundamental.

Kelsen le atribuye a la norma fundamental la validez, la justificación del sistema jurídico, así como el fundamento del acto creador de la primera constitución; sin embargo Joseph Raz considera que se puede prescindir del concepto de norma fundamental por que:

1. La validez: en el pensamiento de Kelsen la norma fundamental dota de validez al sistema jurídico; dicha norma se caracteriza por ser presupuesta, es decir, que no tiene existencia material por tratarse de una construcción del pensamiento; por tal motivo su existencia es debatible. Joseph Raz considera que es posible explicar la validez del sistema jurídico por medio de la primera constitución, sin prescindir del concepto de norma fundamental.
2. Justificación: la norma fundamental es presupuesta en dos sentidos como tesis última del positivismo y como entidad que existe dentro de la conciencia jurídica; por lo consiguiente todo gobernado puede inferir y tener por justificada a la norma fundamental, sin embargo el error radica en el hecho de que la existencia o justificación del sistema no dependen de la presuposición de la norma fundamental, por que el sistema puede seguir existiendo aun y cuando los gobernados no presupongan su existencia.
3. Fundamento del acto constituyente: Kelsen considera que toda facultad legislativa debe de encontrarse sustentada en un ordenamiento jurídico, sin embargo existen sistemas en los cuales las facultades del legislador originario se encuentran en disposiciones ordinarias del mismo sistema; no solo en la norma fundamenta. Las disposiciones que le otorgan al legislador originario las facultades legislativas son:
 - Disposiciones que confieren facultades con efecto retroactivo
 - Disposiciones jurídicas parcialmente autorreferentes

Por lo tanto podemos concluir que el concepto de norma fundamental no es esencial para explicar al derecho.

Para poder comprender la estructura del sistema jurídico, es necesario comprender las relaciones internas que existen entre las diversas disposiciones jurídicas al interior del sistema jurídico; estas relaciones según Joseph Raz dependen de:

- Los principios de individuación de las disposiciones: determinan la estructura interna común a todos los sistemas jurídicos.
- Contenido mínimo del sistema jurídico: existe un contenido y complejidad mínima común a todos los sistemas jurídicos; éste contenido mínimo determina una gran parte de las relaciones al interior del sistema jurídico.

Joseph Raz no aborda cada uno de los principios de individuación debido a que pueden variar de sistema a sistema, sin embargo establece los requerimientos con los que debe de cumplir todo principio de individuación , dichos requerimientos son; requerimientos limitantes y requerimientos guía.

Los requerimientos limitantes establecen el alcance de los principios de individuación, por tal motivo se les considera principios de exclusión, estos son:

1. Las disposiciones jurídicas individuadas por los principios de individuación, no deben desviarse mucho, o sin buenas razones, del concepto ordinario de disposición jurídica.
2. Las disposiciones jurídicas individuadas por los principios de individuación no deben ser excesivamente repetitivas. La disposición jurídica

parcialmente repite otra disposición jurídica cuando una prescripción jurídica que es parte de ella es, también, parte de otra

3. Las disposiciones jurídicas individuadas por los principios de individuación no deben de ser redundantes.³⁶

Los requerimientos guía son aquellos que seleccionan los conjuntos de principios de individuación que cumplen con los requerimientos limitantes, estos requerimientos son:

- a) Las disposiciones jurídicas individuadas deben de ser relativamente simples; esto con el fin de hacer más sencilla la comprensión, exposición y análisis del sistema jurídico, Joseph Raz establece que existen dos clases de simplicidad: la primera es la simplicidad conceptual consistente en que toda disposición jurídica debe de poseer una estructura simple y fácil de entender; la segunda clase de simplicidad se denomina simplicidad de identificación, es decir que el contenido de toda disposición jurídica debe de ser fácil de descubrir
- b) Las disposiciones jurídicas individuadas deben de ser relativamente autosuficientes; es decir que mediante el conocimiento de las disposiciones jurídicas podemos conocer el contenido del sistema jurídico, por que las disposiciones jurídicas contienen una parte del sistema jurídico.
- c) Las disposiciones jurídicas individuadas deben de tener como núcleo un acto situación regulado por el sistema jurídico; la finalidad del derecho como control social es regular las conductas humanas, de ahí la importancia del presente requerimiento de guía.

³⁶ RAZ, Joseph, *op. cit.*, p 175

- d) Las disposiciones jurídicas individuadas deben establecer conexiones entre varias partes del sistema.

Una vez que se han quedado claros los requerimientos limitantes y los requerimientos guía se abordara el tema relativo a los tipos de disposiciones jurídicas los cuales son: las disposiciones jurídicas que imponen deberes, las disposiciones jurídicas que otorgan facultades y las disposiciones jurídicas de obediencia.

Para poder abordar las disposiciones jurídicas que imponen deberes es necesario definir previamente las disposiciones no jurídicas que imponen deberes; Hart aborda éste tipo de disposiciones sociales o morales las cuales son patrones de conducta constantes aprobados por la mayoría del grupo; el cual tiene la facultad de emitir una crítica cuando se presenta una conducta desviada; dichas críticas se caracterizan por ser legítimas e inobjectables.

Joseph Raz considera que existen tres rasgos sobresalientes y esenciales para entender las disposiciones que imponen deberes de acuerdo con la teoría de Hart:

1. El factor que hace elegible el abstenerse de la realización de las conductas ilícitas es la posible reacción crítica implementada en contra del trasgresor.
2. La razón estándar se encuentra constituida por la conducta debida, la cual depende de la voluntad humana para su realización.
3. Las reglas son creadas a partir de una conducta constante, que es considerada por el grupo como obligatoria; por tal motivo la transgresión de dicha regla tiene como consecuencia una reacción crítica legítima, es decir que dicha reacción se encuentra avalada por la mayoría del grupo social.

El primer rasgo es común para todos los tipos de reglas, cuando se presenta el segundo rasgo, la regla adquiere el carácter de jurídica; la obligación impuesta por la regla jurídica existe cuando se presenta el tercer rasgo. Joseph Raz concluye de lo anterior que: “La existencia de toda disposición jurídica depende de la existencia del sistema jurídico al cual pertenece y la existencia del sistema jurídico depende de patrones de conducta persistentes y penetrantes de parte de una amplia porción de la población a la cual éstos se aplican...”³⁷

Hart comenta que la reacción crítica desorganizada adquiere un orden a partir de la creación de un órgano centralizado y especializado en la aplicación de sanciones; las sanciones jurídicas tiene las siguientes características;

- Son sanciones: la privación de derechos, posesiones, libertad, vida y salud.
- La mayor parte de las sanciones se encuentran garantizadas por el uso de la fuerza.
- El derecho determina la naturaleza de cada una de las sanciones.
- El derecho faculta a un órgano determinado para aplicar las sanciones, es decir que dicho órgano es el único autorizado para usar la fuerza; de ahí que los individuos que apliquen justicia por propia mano incurren en un delito.

Es necesario diferenciar entre las sanciones en estricto sentido de las medidas administrativas; éstas últimas se caracterizan por ser emitidas por órganos de la administración pública, a diferencia de las sanciones en estricto sentido, las cuales son determinadas por los tribunales.

³⁷ *Ibid*, p. 183

Los tribunales son el órgano encargado de determinar si la conducta es una trasgresión al orden jurídico, así como determina la sanción aplicable al sujeto de acuerdo con las circunstancias específicas en las cuales se realizó el acto; el tribunal le ordena al órgano encargado de aplicar las sanciones; el ejecutar la sanción determinada en su fallo.

Por su naturaleza las sanciones pueden consistir en castigos o en compensaciones; la naturaleza de la sanción es determinada por los tribunales y otros órganos de aplicación.

Un tema relacionado con el de las sanciones es el relativo a la inmunidad de los funcionarios públicos; éste tipo de inmunidad es otorgada a los funcionarios para garantizar que éstos cumplan cabalmente con las funciones establecidas por el derecho. Los actos objeto de inmunidad son ineficiencia, error de juicio y la política errónea, en estos casos no se aplica una sanción en estricto sentido, sino una medida administrativa; sin embargo cuando el actuar del funcionario es contrario a lo dispuesto por el derecho, existe una reacción crítica por parte de la de otros funcionarios de mayor jerarquía, por los tribunales o por la sociedad dependiendo del caso en particular.

Joseph Raz siguiendo el pensamiento de Hart, establece que el sistema jurídico en su estructura más simple, se encuentra compuesto de dos tipos de disposiciones jurídicas; las que imponen deberes o disposiciones -D y las que imponen sanciones o disposiciones -S; ambos tipos de disposiciones se encuentran interrelacionadas, en otras palabras, la existencia de las reglas que imponen sanciones depende de la existencia de las normas que imponen deberes.

Las disposiciones -S presentan diversas modalidades; aquellas que imponen el deber a las autoridades de aplicar una sanción son las disposiciones -DS y las disposiciones que permiten la aplicación de una sanción son denominadas disposiciones -MS. De las modalidades antes mencionadas de las

disposiciones S, solo las disposiciones –DS son parte del sistema jurídico; estas disposiciones no requieren ser respaldadas por otras disposición – S, debido a que ellas mismas pueden establecer en su contenido una sanción en caso de ser transgredidas.

Joseph Raz establece doce tesis sobre la estructura de los sistemas jurídicos; las primeras cuatro son:

1. Todo sistema jurídico contiene disposiciones –D: al ser la forma primaria de control de la conducta humana ocupan un lugar importante en la estructura del sistema jurídico.
2. Todo sistema jurídico contiene disposiciones –S: la existencia de éste tipo de disposiciones depende de la existencia de una disposición –D; no en todos los casos la existencia de una disposición –D depende de la existencia de una disposición –S; sólo cuando la disposición –D a la cual estamos haciendo referencia es dirigida a los gobernados.
3. Las relaciones punitivas son relaciones internas: la razón de ser de la presente tesis radica en la interdependencia que existe entre las disposiciones –D y las disposiciones –S.
4. En todo sistema jurídico existen relaciones punitivas internas.

Para poder abordar lo concerniente a las demás tesis sobre la existencia establecidas por Joseph Raz, es necesario abordar el tema de las disposiciones jurídicas que confieren facultades o disposiciones –F.

Las disposiciones –F son disposiciones jurídicas que regulan el actuar humano sin prescribirlo; éste tipo de disposiciones proveen a los individuos los medios necesarios para la realización de sus deseos. Algunos autores privan de su

carácter normativo a las disposiciones –F por la falsa creencia de que toda norma debe de ser prescriptiva; para comprobar el carácter normativo de las disposiciones –F, es necesario analizar los pasos constitutivos de una norma.

El primer paso: consiste en establecer la existencia de una razón estándar, para lo cual es necesario que exista un acto-situación A que tenga como consecuencia acto situación B; el agente A debe de tener conciencia de las consecuencias que traerá la realización el acto-situación A; una vez realizado el acto-situación A, su consecuente el acto-situación B es objeto de una crítica social positiva o negativa; por lo que podemos concluir que el acto-situación B es una razón estándar para la realización del acto situación A, es decir que el acto situación B determina la conveniencia o inconveniencia de la realización del acto situación A.

Segundo paso: consiste en las situaciones preformativas; el acto-situación C es el que establece la ejecución del acto-situación B, dicho acto de ejecución es realizado por un agente distinto al agente A; de lo anterior podemos concluir que el agente A tiene control sobre la realización de los actos situación C y B; la realización de éstos actos dependen de la realización de el acto situación A.

Tercer paso: consiste en la existencia de normas; la norma existe cuando el acto-situación B como consecuencia de A es realizado o aceptado por una parte significativa de los miembros de una sociedad; ésta situación es conocida por todos los miembros de la sociedad.

En los párrafos anteriores se ha hecho un esbozo de la norma elemental o básica a la cual Raz denomina norma –O. Una subclase de normas –O son las normas prescriptivas las cuales se caracterizan por su estructura (Z ! P); en otras palabras el acto-situación P constituye una desventaja o ventaja por la no realización o realización del acto-situación Z., el cual se encuentra prescrito. El

prescribir una conducta no consiste en la aplicación de una sanción sino en el hacer obligatorio la realización de un acto.

Los actos aplicación de las normas prescriptivas se encuentra regulado por un tipo de norma –O denominada disposición –FR; la existencia de éste tipo de disposición depende de la existencia de la norma prescriptiva que regula; a la relación entre las disposiciones –FR y las normas prescriptivas se le denomina relación regulativa. La disposición –FR confiere un poder regulativo a un sujeto, distinto al que realiza el acto- situación establecido en la norma, para aplicar la norma prescriptiva.

Dentro de los diversos tipos de normas prescriptivas que regulan las disposiciones –FR se encuentran las disposiciones –D; sin embargo las disposiciones –FR no solo regulan éste tipo de disposición sino también normas –O no prescriptivas y a otras disposiciones –FR.

Otro tipo de norma –O muy peculiar son las disposiciones –FL, las cuales establecen los actos normativos por los cuales han de ser creadas nuevas disposiciones jurídicas; la relación existente entre la disposición –FL y la disposición creada se denomina relación genética

A partir de lo anterior Joseph Raz formula las siguientes cuatro tesis sobre la estructura del sistema jurídico, las cuales se suman a las mencionadas en párrafos anteriores:

5. Todo sistema jurídico tiene en su estructura disposiciones –FL
6. Todo sistema jurídico tiene en su estructura disposiciones –FR
7. Existen relaciones genéticas en todo sistema jurídico

8. Existen relaciones regulativas en todo sistema jurídico

Las disposiciones FR y FL son disposiciones –F; éste tipo de normas regulan el actuar humano en un sentido indefinido; en palabras de Joseph Raz “guían el comportamiento, pero no en la misma dirección en cada ocasión a la que ellas se aplican. Algunas veces su existencia es una razón para realizar el acto normativo, algunas veces es una razón para no realizarlo”³⁸; por lo tanto al regular el actuar humano las disposiciones –F si son normas, independiente de como lo regulen.

Para diferenciar su teoría de las disposiciones –D y F de la teoría de las normas primarias y secundarias de Hart; Joseph Raz establece cuatro diferencias fundamentales:

- Raz considera que existen otro tipo de disposiciones jurídicas que no son normas y forman parte de la estructura del sistema jurídico.
- La regla de reconocimiento de Hart no es una disposición –F, sino una disposición –D.
- Hart establece que las normas secundarias se encuentran en un grado de superioridad respecto de las normas primarias, por que se refieren a las normas primarias; sin embargo Joseph Raz establece que las disposiciones –D y F se encuentran en un nivel de igualdad por que regulan el actuar humano.
- Hart no hace distinción entre las disposiciones –FR y FL.

El derecho se caracteriza por ser coactivo, normativo e institucionalizado; en el presente apartado solo se referirá al carácter normativo del derecho. El

³⁸ *Ibid.* p. 199

derecho es normativo por que regula la conducta humana al establecer una razón estándar para evitar algún comportamiento, o también al una contemplar una consecuencia determinada para cierta conducta, de ésta manera es establece una razón para la realización o no de una conducta, sin embargo el derecho no solo se encuentra constituido por normas sino que también por disposiciones jurídicas que no son normas.

En base a lo antes mencionado, Raz formula las últimas cuatro tesis sobre la estructura de sistema jurídico:

9. En todo sistema jurídico hay normas: explicar el carácter normativo requiere definir a la disposición jurídica y los diversos tipos de relaciones internas que se originan al interior del sistema jurídico.
10. Todas las disposiciones jurídicas que no son normas guardan relación con las normas jurídicas que integran el sistema; estas influyen en la existencia y aplicación de las normas jurídicas con las que están relacionadas.
11. Todo lo que no ésta prohibido por el derecho ésta permitido; ésta tesis se refiere a la forma en la que el derecho regula el actuar humano.
12. Ningún acto futuro puede crear, derogar o cambiar ninguna disposición jurídica, a menos que exista una disposición jurídica que le confiera dichas facultades.

Las disposiciones jurídicas que no son normas son denominadas disposiciones –M; éste tipo de disposiciones como antes se mencionó, tiene la función de complementar a las disposiciones normativas; de ahí que el hecho de que una disposición –M contradiga a una disposición –D no implica un error en el sistema; sino la existencia de una excepción a la disposición –D.

- Las disposiciones –M satisfacen las siguientes tres condiciones:
- El acto –situación A se encuentra permitido por la disposición M, siendo de ésta manera una instancia del acto- situación prohibida por una disposición –D.
- El acto situación A permitido por la disposición –M constituye una excepción a la prohibición impuesta por la disposición –D.
- Por lo tanto se considera a la excepción a la prohibición como una disposición jurídica separada.

De las anteriores condiciones podemos concluir que las disposiciones –M se encuentran vinculadas con las disposiciones –D mediante relaciones internas; las disposiciones –M cumplen con la función de modificar la aplicación de las disposiciones –D en una circunstancia determinada, por ejemplo: el acto situación conocido como homicidio se encuentra regulado por una disposición –D, ésta establece: “el que priva de la vida a otro debe de morir en la horca”; sin embargo la disposición –M relacionada con la disposición previamente mencionada establece que en caso de defensa propia el homicida será eximido de la pena de muerte. La excepción a la disposición –D en el ejemplo anterior consiste en la circunstancia particular de la implementación de la defensa propia; ésta circunstancia modifica la aplicación de la disposición –D al eximir de la pena de muerte al homicida, si se presenta la circunstancia especial antes mencionada.

Un tipo especial de disposiciones –M son las disposiciones –MS, éste tipo de disposición permite la aplicación de una sanción, antes se indicó que las disposiciones –MS no son parte esencial del sistema jurídico por no prescribir la aplicación de una sanción, sin embargo dichas disposiciones, si bien no son esenciales, si son necesarias para el esclarecimiento de la relación existente entre las disposiciones F y D; por ejemplo en la antigua Roma el acreedor podía

esclavizar o matar al deudor en caso de que éste último no tuviera bienes para pagar la deuda. Aquí estamos ante una disposición –MS la cual le otorga el derecho al acreedor de exigir el cumplimiento de la disposición –D, así como la facultad de aplicar una sanción en contra del deudor, el ejercicio de dicha facultad es opcional; por el contrario en el caso de un parricida; el derecho romano otorga a cierta autoridad la facultad de aplicar sanciones; ahora bien, en el caso del parricida la autoridad se encuentra obligada por una disposición –DS a aplicar la sanción consistente en despeñar al parricida dentro un saco. La diferencia radica en la obligatoriedad de la aplicación de la sanción, la disposición –MS hace opcional la aplicación de una disposición –S mientras que la disposición –DS hace obligatoria la aplicación de la disposición –S.

De entre los diversos tipos de disposiciones jurídicas encontramos las disposiciones que establecen derechos. Joseph Raz indica en su estudio del sistema jurídico que solo hará un análisis de las disposiciones que establecen derecho.

Para comenzar con el presente tema es necesario estar conciente de que existen diversos tipos de derechos, así como distintos tipos sujetos y objetos de los derechos. Los derechos son relaciones entre personas físicas o morales y los objetos de los derechos; estos objetos pueden consistir en bienes, personas u entidades jurídicas abstractas.

El enunciado que escribe la relación entre el sujeto y el objeto del derecho que éste ejerce, se le denomina enunciado clave, toda disposición jurídica que establece un enunciado clave es un disposición jurídica que instituye un derecho. Existen tres categorías de éste tipo de disposición, las cuales son:

1. Las disposiciones jurídicas investitivas: estas disposiciones establecen las condiciones necesarias para la adquisición de un derecho.

2. Las disposiciones jurídicas privativas: estas disposiciones establecen los supuestos por los cuales un derecho se pierde.
3. Las disposiciones constitutivas: estas disposiciones establecen la posibilidad de que un sujeto poseedor de cierto derecho, estando en una circunstancia determinada y cumpliendo con ciertas condiciones, puede adquirir otro derecho, un deber o una facultad.

Las condiciones establecidas por las disposiciones antes mencionadas son de tres tipos:

- Una persona debe de detentar un derecho, deber o facultad jurídicos.
- Una persona debe de realizar ciertos actos
- En consecuencia debe de ocurrir un acontecimiento diverso

Una vez analizados los tipos de disposiciones jurídicas que establecen derechos; es posible realizar un análisis de los derechos y las disposiciones que los instituyen en los términos de las disposiciones –F y D.

El orden normativo puede ser representado por los derechos a través de dos de sus funciones primordiales, las cuales son:

- a) Relacionar a las disposiciones –D con las disposiciones F y FR que las regulan.
- b) Por medio de los derechos es posible separar las condiciones que les son comunes a ciertos deberes o facultades de las disposiciones –D y F “que establecen los deberes y facultades aislándolas en disposiciones jurídicas que no son normas pero que se encuentran internamente relacionadas con las disposiciones –D o disposiciones –F”³⁹

³⁹ *Ibid*, p. 218

Las funciones de las disposiciones que instituyen derecho muestran dos grados de complejidad:

Primero: La disposición constitutiva A establece el derecho R; dicha disposición impone un deber u otorga una facultad legislativa al sujeto que detenta el derecho R establecido en la disposición A.

Segundo: Las disposiciones constitutivas se relacionan con las disposiciones investitivas y privativas de la siguiente manera:

- Las disposiciones investitivas que hace referencia al derecho R son disposiciones FR que regulan la aplicación de la disposición constitutiva A; por lo tanto dicha disposición –FR regula la disposición –D o FL establecida en la disposición constitutiva A; cabe mencionar que las disposiciones investitivas que no son normas simplifican todas las disposiciones constitutivas, al singularizar las condiciones que son comunes a todas ellas, así como señalar como éstas se relacionan entre si.
- Las disposiciones privativas son disposiciones FR; éstas establecen cuando las disposiciones constitutivas no son aplicables.

Es de concluir que las disposiciones constitutivas al entablar relación con las disposiciones –D, FR y FL hacen más compleja la estructura del sistema, sin alterar su funcionamiento. Joseph Raz establece que las disposiciones constitutivas que otorgan facultades regulatorias o derechos se relacionan de manera directa o indirecta con otras disposiciones que establecen derechos o facultades –FL o FR; éste tipo de disposiciones constitutivas relacionan disposiciones –FR con otro tipos de disposiciones así como señalan las relaciones más importantes que existen.

Existen en el pensamiento de Joseph Raz dos estructuras de sistemas jurídicos; estructura genética y estructura operativa.

La estructura genética: ésta se encuentra determinada por la relación genética existente entre las disposiciones jurídicas; Raz considera que para subdividir a las relaciones genéticas existentes en un sistema jurídico es necesario tomar en cuenta ciertos factores:

- La fecha en la que la disposición jurídica fue creada
- Determinar función y competencia del órgano creador del derecho
- Determinar la naturaleza de la competencia particular para crear disposiciones particulares
- Establecer las razones de creación del derecho
- Establecimiento de disposiciones jurídicas que tengan por función el establecer las formas de modificación o derogación de disposiciones jurídicas
- El determinar que hechos derogan o modifican disposiciones jurídicas

Por medio de la estructura genética es posible determinar el orden jerárquico que guardan las disposiciones jurídicas, y la resistencia del sistema a la modificación, derogación o creación de disposiciones jurídicas; éste tipo de estructura permite observar el proceso de creación de disposiciones jurídicas, el periodo de validez de las disposiciones jurídicas particulares; así como los conflictos que pueden surgir entre las disposiciones jurídicas integrantes del sistema y los diversos medios para dar solución a dichas problemáticas. En conclusión la estructura genética permite la observación y el análisis del desarrollo del sistema jurídico a lo largo del tiempo.

La estructura operativa es la que se ocupa de las relaciones regulativas y punitivas de las disposiciones jurídicas integrantes del sistema, en otras palabras

la estructura operativa solo se ocupa de los efectos de las disposiciones jurídicas en un lapso de tiempo aislado.

Joseph Raz considera que la estructura genética corresponde a un sistema jurídico no momentáneo, mientras que la estructura operativa corresponde a un sistema jurídico momentáneo.

El problema de la identidad de los sistemas jurídicos consiste en el encontrar un criterio por el cual sea posible determinar si un conjunto de enunciados normativos describen a la totalidad del sistema jurídico. Existen dos criterios de identidad de los sistemas:

- Determina como se debe de establecer la identidad de los sistemas jurídicos no momentáneos.
- Establece los medios por los que se determina la identidad del sistema jurídico momentáneo.

El problema de identidad del sistema no momentáneo radica en su continuidad, debido a que diversos acontecimientos sociales pueden interrumpirla o finalizarla. Si partimos de la idea que el sistema jurídico no momentáneo se encuentra integrado por diversos sistemas jurídicos momentáneos; los cuales acaecen en distintos lapsos temporales dentro del desarrollo de dicho sistema jurídico; entonces podemos concluir que el problema de identidad de los sistemas jurídicos momentáneos radica en determinar a que sistema jurídico no momentáneo pertenece.

La continuidad de un sistema no se ve interrumpida por la creación de normas originarias, siempre y cuando ésta norma no sea una disposición constitucional de gran importancia; antes se indicó que diversos acontecimientos interrumpen la continuidad de los sistemas jurídicos, éstos generalmente son

cambios significativos en el sistema o actos inconstitucionales de gran relevancia que afectan la identidad del sistema social y por lo tanto también la identidad del sistema jurídico no momentáneo.

La pertenencia de un sistema jurídico momentáneo a un sistema jurídico no momentáneo puede ser establecida por medio de dos factores:

1. La continuidad constitucional
2. El contenido de la disposición jurídica originaria o disposición jurídica no autorizada

Joseph Raz establece que la identidad y la existencia de los sistemas momentáneos, sólo puede ser determinada con referencia a otro sistema momentáneo perteneciente al mismo sistema jurídico no momentáneo; éste criterio de identidad se formula de la siguiente manera:

Un conjunto de enunciados normativos es una descripción completa de un sistema jurídico momentáneo si, y sólo si (1) cada uno de los enunciados de éste conjunto describe el mismo sistema momentáneo (o parte de el) como todos los otros, y (2) todo enunciado normativo que describe el mismo sistema jurídico momentáneo (o parte de el) es implicado por este conjunto.⁴⁰

El criterio de identidad de los sistemas jurídicos momentáneos da por sentado la existencia del criterio de membresía el cual determina los requisitos con los que debe de cumplir una disposición para formar parte del sistema jurídico. Joseph Raz retoma las ideas de Salmond; éste basa su definición de derecho en su carácter institucional el cual se manifiesta en la existencia y funciones de los tribunales y algunos órganos de aplicación del derecho; dando por sentada su naturaleza coercitiva y normativa.

⁴⁰ *Ibid*, p. 227

La importancia de los órganos aplicadores del derecho radica en que a través de dichos órganos es posible identificar a las disposiciones jurídicas integrantes del sistema, lo cual se puede observar en el criterio de membresía el cual establece:

Un enunciado normativo dado describe (...) el mismo sistema momentáneo que es descrito por un conjunto dado de enunciados normativos, si éste describe un órgano jurídico aplicador primario que reconoce las disposiciones jurídicas descritas por este conjunto de enunciados normativos o si un órgano jurídico primario descrito por el conjunto de enunciados normativos reconoce el derecho que el conjunto dado de enunciados describe.

Del presente criterio podemos concluir que un sistema jurídico momentáneo se encuentra integrado solamente por disposiciones jurídicas reconocidas por el órgano aplicador primario. El criterio de membresía se fundamenta en dos conceptos, los cuales son: órganos jurídicos aplicadores primarios u órganos primarios, y reconocimiento de una disposición jurídica.

Los órganos primarios son aquellos que se encuentran facultados para determinar si el uso de la fuerza en una circunstancia específica es lícito o ilícito, es decir que todo sistema jurídico proscribiera el uso de la fuerza, sin embargo faculta a un determinado grupo para ejercer la fuerza en circunstancias determinadas y bajo ciertas condiciones, es decir que el sistema centraliza y organiza el ejercicio de la fuerza, el cual ejecuta las sanciones determinadas por los órganos de aplicación del derecho.

Los órganos primarios de aplicación del derecho tienen la función de reconocer la existencia y la validez de las resoluciones de otros órganos aplicadores del derecho de rango inferior; de ahí que el órgano primario no solo reconoce de manera directa ciertas disposiciones jurídicas, sino también, de manera indirecta puede reconocer disposiciones jurídicas por medio de otros

órganos de aplicación del derecho, es por ésta razón que un órgano primario reconoce todas las disposiciones del sistema jurídico.

Ademas de las anteriores funciones, los órganos primarios tienen la facultad de crear nuevas disposiciones jurídicas, ésta facultad les es conferida por una disposición –FL la cual se encuentra reconocida por los mismos órganos primarios. Para que las disposiciones jurídicas creadas por órganos de aplicación del derecho sean válidas, es necesario que la disposición –FL en la cual los órganos de aplicación del derecho fundamentan sus facultades –FL se encuentre reconocida por el órgano primario.

El órgano primario reconoce las disposiciones jurídicas creadas por los órganos de aplicación del derecho de manera indirecta, en otras palabras, al reconocer las disposiciones –FL que facultan a los órganos de aplicación del derecho para crear disposiciones jurídicas, reconoce la pertenencia de dichas disposiciones al sistema jurídico.

Un punto relacionado con el tema aquí desarrollado es lo referente a la regla de reconocimiento de Hart; en los próximos párrafos expondremos la crítica hecha por Joseph Raz a éste concepto.

La regla de reconocimiento establece los criterios de identificación de las reglas pertenecientes a un sistema, es decir que a través de los criterios o características establecidas por la regla de reconocimiento es posible identificar a las reglas del sistema jurídico. La regla de reconocimiento puede ser legislada o consuetudinaria; su existencia se manifiesta a través de la aceptación del grueso de la población; éste hecho confiere a la sociedad y a los funcionarios las facultades para identificar las reglas pertenecientes al sistema, por medio de los criterios de identificación aceptados, por lo tanto podemos concluir que la regla de reconocimiento es una disposición –F en el pensamiento de Hart.

Joseph Raz considera que la regla de reconocimiento es una disposición – D la cual impone el deber de aplicar y reconocer las disposiciones jurídicas que cumplen con los requisitos establecidos en la misma regla de reconocimiento; por tal motivo ésta regla no está dirigida a la población, sino a los funcionarios.

La validez de una disposición jurídica no puede ser referida a ninguna regla de reconocimiento u otra regla, “sino a un criterio teórico jurídico. En última instancia, uno tiene que referirse a un enunciado general que no describe una disposición jurídica sino una verdad general sobre el derecho.”⁴¹, de ahí se concluye que la pertenencia de una norma jurídica a determinado sistema jurídico radica en el reconocimiento de los órganos primarios de aplicación del derecho.

Para concluir con la exposición de la teoría del sistema jurídico de Joseph Raz, solo resta abordar el tema de la existencia del sistema jurídico, para lo cual es necesario hacer un breve alto en el principio de eficacia. Joseph Raz observa que el principio de eficacia ha jugado un papel esencial en diversas teorías de los sistemas jurídicos, éste es el caso de la teoría de Austin y Kelsen, en las cuales el autor identifica a la eficacia como presupuesto esencial de existencia de los sistemas jurídicos, sin embargo en sus teoría del sistema jurídico, Joseph Raz considera que la existencia de un sistema jurídico no se encuentra ligada tan esencialmente con la existencia del sistema.

Joseph Raz considera que el problema de la existencia debe de ser abordado a partir de las siguientes interrogantes:

- ¿Existe un sistema jurídico en cierta sociedad?
- ¿Por cual sistema jurídico es gobernada? ¿Cuál sistema jurídico existe en ella?

⁴¹ *Ibid.* p. 238

La primer cuestión consiste en determinar si un sistema normativo es un sistema jurídico, es decir, si un conjunto de enunciados imperativos deben de cumplir con las tesis sobre la estructura de los sistemas jurídicos señaladas en párrafos anteriores.

Joseph Raz indica que para dar solución a la segunda cuestión se requiere realizar dos tipos de pruebas. La primera se denomina “prueba preliminar”, la cual consiste en determinar si un sistema normativo es eficaz, es decir, si mediante ésta prueba preliminar se determina la existencia de una eficacia general del sistema jurídico, la cual consiste en:

- Obediencia a las disposiciones jurídicas por parte del pueblo y sus autoridades.
- Ejercicio de facultades jurídicas conferidas por las disposiciones jurídicas por los sujetos públicos y privados.
- Adecuada difusión de las disposiciones jurídicas
- Efectos causados por parte de las disposiciones jurídicas en el comportamiento de los gobernados.

La segunda prueba se le denomina prueba de exclusión. Para realizar ésta prueba, es necesario la existencia de dos sistemas jurídicos excluyentes entre si en una misma sociedad. En otras palabras un sistema jurídico reafirma su identidad a través de su oposición con otro sistema. Existe la posibilidad de la existencia de sistemas no excluyentes denominados sistemas jurídicos alternos que pueden ser complementarios del sistema jurídico, por ejemplo los sistemas regidos por los usos y costumbres de los pueblos indígenas; sin embargo existen sistemas que se contraponen como es caso de los gobiernos que se encuentran en transición de un sistema colonial a uno democrático.

De todo lo antes expuesto, se puede concluir con la definición de sistema jurídico en base al pensamiento de Joseph Raz como la siguiente: Un sistema

jurídico es un conjunto de disposiciones las cuales se clasifican D (imponen deberes), S (establecen sanciones) y F (otorgan facultades) y disposiciones no jurídicas (excepciones a las disposiciones jurídicas). Al interior del sistema los diversos tipos de disposiciones crean entre si relaciones, las cuales pueden ser punitivas, genéticas y regulativas. Las disposiciones que constituyen al sistema adquieren su identidad a través del reconocimiento de órganos primarios de aplicación del derecho para adquirir identidad.

1.2.5. Positivismo Incluyente

Uno de los problemas de las teorías de corte positivistas es el hermetismo sistémico, éste consiste en cerrar el sistema a cualquier tipo de objetos normativos no jurídico. En otras palabras, el derecho no se ve influenciado de manera significativa por la moral o los valores, ésta postura desconoce al sistema como un ente en relación con su entorno. Diversos autores al vislumbrar los problemas que acarrea una postura hermética, proponen un positivismo jurídico flexible, el cual incluye ciertos aspectos morales en su constitución sin contravenir los fundamentos del positivismo jurídico, a ésta clases de teorías se les denomina positivismo incluyente; aunque es una teoría jurídica propia del sistema jurídico anglosajón, existen ciertos argumentos relevantes, que merecen ser tomados en cuenta en la presente tesis.

La crítica de Dworkin a la teoría del derecho de Hart, es el origen del positivismo incluyente, la presente tesis solo se abocará a la solución aportada por dicha teoría a la problemática de la moral.

Para Dworkin las teorías jurídicas de corte positivistas pasan por “alto el papel de muchos estándares importantes que no forman parte del sistema de

reglas...”⁴² es decir, el sistema jurídico solo reconoce como parte de su estructura a las normas que cumplen con los requisitos de validez establecidos en la regla de reconocimiento, lo cual excluye por lo consiguiente elementos de relevancia sistémica como la moral y los valores.

Ante ésta problemática Dworkin formula una teoría integral, la cual tiene como objetivo demostrar que los principios morales son parte importante del sistema jurídico. La integración de la moral al derecho de acuerdo con la teoría en comento se realiza a través de la actividad jurisdiccional, ésta consiste en la actividad del juez de descubrir el derecho, éste argumento contraviene el principio de discrecionalidad jurisdiccional, el cual es uno de los argumentos principales de la teoría del derecho de Hart.

Al integrarse la moral con el derecho se constituye un sistema jurídico completo, el cual no adolece de lagunas o antinomias, por eso la discrecionalidad es una practica judicial innecesaria, debido a que las controversias difíciles pueden ser resueltas mediante una correcta interpretación del derecho.

Desde una perspectiva sistémica el modelo de sistema jurídico presentado por Dworkin no cumple con el principio de identidad, porque al considerar a la moral parte del derecho se desconocen los criterios de validez jurídica, los cuales son la base de la unidad del sistema., por lo tanto el problema de identidad sistémica que presenta el modelo de sistema sugerido por Dworkin puede ser resuelto si se diferencia entre estructura e influencia

La estructura es una parte del sistema normativo, ésta puede identificarse mediante un test de valides, mientras que la influencia consiste en un impulso informativo que afecta de manera parcial al sistema, por lo tanto la moral solo

⁴² BAUTISTA ETCHEVERRY, Juan, “El debate sobre el positivismo jurídico incluyente”, UNAM, México, 2006, p. 13

constituye una influencia esencial para el funcionamiento del sistema jurídico, sin formar parte de él.

Contra la postura adoptada por Dworkin a favor de la integración de la moral al sistema jurídico, se encuentra el siguiente argumento formulado por Hart “...aunque hay muchas diferentes conexiones contingentes entre derecho y moral, no hay ninguna conexión conceptual necesaria entre el contenido del derecho y la moral; y por lo tanto, disposiciones perversas pueden ser validas como reglas y principios jurídicos.”⁴³ Hart reconoce la relación existente entre el derecho y un sistema del entorno social (la moral), sin embargo califica a ésta relación como contingente; lo cual nos lleva a justificar regímenes autoritarios e inhumanos

La cuestión es la siguiente ¿el derecho puede llegar a ser algo mas que un conjunto de normas vacías que obedecen a los intereses de una clase privilegiada?, es posible si el sistema jurídico se humaniza a través de sus fines, y por la comunicación con su entorno social, sin embargo en los casos en los cuales una clase privilegiada impone a la mayoría un sistema no encaminado al bienestar de los miembros, se produce un descontento social el cual puede terminar en revolución.

Para Gregorio Peces- Barba el equilibrio del sistema estatal radica en el equilibrio entre razón y humanidad. En otras palabras el Estado propicia un ambiente digno para el desarrollo de la persona humana a través de garantizar la libertad política, ideológica y económica. El modelo de sistema jurídico presentado por el autor en comento concibe al sistema jurídico como un ente en relación con el dos sistemas sociales fundamentales, éstos son el sistema político y el ético.

Cabe mencionar que los sistemas jurídicos modernos se fundamenta en el concepto de ser humano y dignidad de la persona humana; estos valores forman

⁴³ HART, H. L. A., “Post scriptum , al concepto del derecho” s. ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2000, p. 49

parte del sistema jurídico al momento que el poder constituyente crea la constitución, por ejemplo en la constitución mexicana se establecen los derechos básicos que garantizan la dignidad de la persona humana; al respecto comenta el autor español que "...los valores que recoge el núcleo de la modernidad, que se incorpora al Estado social y democrático de derecho, como moralidad política y con su impulso se convierten en valores jurídicos... (Son)... libertad, igualdad, solidaridad y seguridad jurídica"⁴⁴

El tema antes mencionado se abordará en capítulos posteriores, solo para concluir, existen valores o principios sociales que inciden en el sistema jurídico y que un momento dado pueden ser estructurados como normas jurídicas u observados por el sistema al momento de emitir un acto jurídico o implementar una política pública.

En un modelo de sistema jurídico incluyente la moral solo afecta al órgano jurisdiccional, ésta no es considerada un impulso informativo relevante, que en su momento logre reestructurar al sistema jurídico a través de un proceso de reforma constitucional, sin embargo es de reconocer que ésta teoría es de las pocas que rompe con la visión reduccionista del positivismo jurídico.

1.3. Crisis del positivismo

El problema, que se pretende solucionar por medio de la presente tesis, es el fenómeno de la no correspondencia entre el sistema jurídico y la realidad; fenómeno en el cual el sistema jurídico deja de interactuar con el ente social, convirtiéndose en un conjunto de principios rígidos y estructuras hipotéticas que no corresponden a una realidad social cambiante. En otras palabras, las normas que se suponen deben de dar solución a los problemas emergentes en el grupo

⁴⁴ PECES – BARBA, Gregorio, "Ética, Poder y Derecho", Ed. Fontamar, México, 2000, p. 60

social solo son promesas en papel; desviándose de su función primordial consistente en mantener y mejorar las condiciones de vida del ente social con el fin de garantizar el bien común.

La ley debe de dirigirse al bien común, “todo otro precepto sobre actos particulares no tiene razón de ley si no se ordena al bien común”⁴⁵, por lo tanto al no cumplir con su finalidad pierden su razón de ser.

La problemática se gesta cuando las teorías que tenían por objetivo el desvincular al derecho de la ética y la moral; provocando que el derecho pierda su contenido valorativo, así como la función de mejorar las cualidades del ente social por medio de normas orientadas al bien común, entendiéndose como el camino para satisfacer las necesidades básicas y con ello impulsar el crecimiento del ser humano en lo intelectual, en lo moral y en lo ético, cuyo fin es dar origen a sociedades mas sanas, en las cuales existan menos leyes y cuyo uso de la fuerza sea mas moderado. Es en éste punto donde surge la interrogante de ¿si es trabajo de la ética y la moral el mejorar las cualidades del ente social?; interrogante cuya respuesta es resuelta de la siguiente manera: aun cuando la responsabilidad del mejoramiento del ente social recaiga primordialmente en la ética y la moral, solo el derecho al reconocer ciertos principios éticos e implementarlos por medio de sus instituciones, puede transformar de una manera efectiva al ente social, tema que será detallado de manera minuciosa en capítulos posteriores.

Para poder delinear la problemática planteada en párrafos anteriores se hizo una breve exposición de los diversos sistemas jurídicos más representativos; de corte positivista, esto con el fin de observar sus atributos e imperfecciones. A continuación se presenta una breve remembranza de dichos modelos para identificar las diferencias y las similitudes que presentan entre si; con la finalidad de observar como el pensamiento positivista excluye de manera parcial o total a la

⁴⁵ DE AQUINO, Tomás, “Tratado de la ley” 7ma ed., col. Sepan cuantos núm. 301, PORRÚA, México, 2000, p. 5

ética y la moral de la ciencia normativa y analizar las consecuencias que produce éste tipo de pensamiento; para así concluir con la importancia de la ética y la moral como contenido de los sistemas normativos.

Aun cuando la teoría del derecho de John Austin ha sido fuertemente criticada por diversos juristas, no se le puede negar que fue una de las primeras teorías encaminada a delimitar el objeto de estudio del derecho. Austin establece que el sistema jurídico se encuentra compuesto en su estructura básica por leyes positivas (mandatos emitidos por un soberano a sus súbditos); estas leyes se clasifican en leyes perfectas e imperfectas, la perfección de una norma radica en si ésta trae aparejada una sanción o no. Las leyes positivas constituyen un sistema; la cohesión del sistema depende del principio de identidad regente del mismo;

En el pensamiento de Austin, una ley pertenece al sistema, solo si es emitida por el soberano, el concepto soberano es la piedra angular de su teoría en el sistema jurídico. En conclusión son tres los aspectos relevantes de la teoría de Austin en mi investigación:

- El establecimiento de la naturaleza imperativa de las normas jurídicas
- El establecimiento de un principio de unidad e identidad del sistema a través de la figura del soberano
- El incluir a la moral como un elemento importante del sistema jurídico

Kelsen revoluciona la ciencia jurídica por medio de su teoría pura del derecho, en ésta establece los fundamentos para la creación de una ciencia jurídica pura. Kelsen establece cuales son las conductas objeto de la regulación jurídica; éstas conductas se caracterizan por tener significación jurídica, la cual es atribuida a través de una norma. Las normas son los elementos básicos del sistema jurídico, éstas se clasifican en normas perfectas e imperfectas, la

perfección radica en el establecimiento de una sanción en el contenido de la norma.

Las normas perfectas se subdividen en dos normas independientes y normas dependientes, las primeras son las que establecen la obligación de la ejecución de una sanción, por lo cual son eficaces por sí mismas, mientras que las dependientes facultan, proscriben u obligan a realizar una conducta X, pero requieren de una norma independiente para ser eficaces.

El sistema jurídico se encuentra constituido por normas jurídicas válidas y eficaces, las cuales se encuentran organizadas de manera jerárquica, siendo la norma fundamental, la norma de mayor jerarquía y el fundamento de validez del sistema; las normas del sistema guardan una relación de supra –subordinación entre ellas mismas.

Para la presente investigación los cinco aspectos más relevantes de la teoría de los sistemas de Hans Kelsen son:

- a) El derecho se encuentra desvinculado de la moral
- b) La norma le otorga significación jurídica a una conducta al contemplarla en su contenido.
- c) La norma puede tener cualquier contenido, éste hecho no afecta su validez.
- d) Las normas son los elementos constitutivos básicos de un sistema jurídico, el cual se estructura de manera piramidal, en la cual las normas guardan una relación de supra –subordinación.
- e) La norma fundamental es el fundamento de validez del sistema así como la norma que ocupa el escalafón más alto de la pirámide.

Por lo que se refiere a Hart, establece que el derecho se encuentra constituido por reglas jurídicas, las cuales son en un sentido amplio pautas de conducta, que se dividen en dos tipos: las reglas primarias (establecen deberes) y

las reglas secundarias (otorgan facultades), éstas últimas se clasifican en normas de reconocimiento, cambio y adjudicación. El fundamento de validez y principio de identidad de las normas jurídicas se encuentran en la regla de reconocimiento, debido a que establece los criterios de identificación de las reglas pertenecientes al sistema. Los aspectos más relevantes de la teoría del sistema jurídico de Hart son:

- a) La división de normas primarias y secundarias
- b) La norma de reconocimiento como principio de identidad del sistema jurídico.
- c) La eficacia del derecho radica en la obligación moral de acatar el derecho.
- d) La diferencias entre normas morales y jurídicas.
- e) El contenido mínimo de derecho natural.

En cuanto al pensamiento de Joseph Raz, considera al sistema jurídico como un conjunto de disposiciones jurídicas –D, S y F; las cuales guardan entre sí relaciones punitivas, regulativas y genéticas, a partir de éstas dos últimas se determina la jerarquía que guardan las normas en la estructura del sistema jurídico. El criterio de membresía del sistema jurídico se encuentra fundado en el reconocimiento de los órganos primarios de aplicación del derecho y su validez en un criterio teórico jurídico, de ahí que la pertenencia de una norma al sistema jurídico es determinada por dichos órganos.

Los sistemas jurídicos se clasifican por su estructura en sistemas momentáneo y no momentáneo, un conjunto de sistemas momentáneos constituyen un sistema no momentáneo. Podemos concluir que los aspectos más relevantes de su teoría de los sistemas son:

- Los diversos tipos de relaciones entre disposiciones
- Introducción de las disposiciones regulativas y las disposiciones no jurídicas
- Criterio de membresía de los sistemas jurídicos

- La división de los sistemas en momentáneos y no momentáneos
- Criterio de identidad de los sistemas momentáneos

A lo largo de la presente remembranza de las teorías expuestas en los incisos anteriores observamos como la teoría del sistema jurídico ha evolucionado, sin embargo existen ciertas características que son similares en los cuatro modelos de corte positivista; éstas son:

- La norma es el elemento básico de la estructura de los sistemas jurídicos
- Todo sistema jurídico posee relaciones punitivas
- El sistema jurídico se organiza de manera jerárquica siguiendo un principio de orden.

De las anteriores características se concluye que el positivismo concibe al sistema jurídico como un sistema cerrado y amoral, en otras palabras el sistema jurídico es un conjunto de normas jurídicas validas, estructuradas en un sistema normativo fundado en un principio de orden; la validez de una norma se encuentra determinada por los procesos de creación y de reconocimiento establecidos por el sistema, por tal motivo es de concluirse que el contenido de una norma así como su carga valorativa no son relevantes en la constitución del sistema jurídico positivista; ésta visión excluyente de la corriente positivista tiene como objetivo traer pureza al objeto de estudio al desvincularlo de disciplinas que le restan carácter científico por su naturaleza metafísica.

Kelsen considera que la moral no puede evaluar al derecho debido a que sus enunciados carecen de valor absoluto, además, no se encuentra dentro de las funciones de la ciencia jurídica el legitimar al derecho por medio de la moral, debido a que ésta solo debe de conocer y describir el orden normativo. Al desvincular al derecho de la moral, los juicios hechos por la ciencia del derecho respecto del sistema jurídico solo pueden referirse a la validez o invalidez del sistema jurídico, dejando de lado cuestiones valorativas y de justicia, éste tipo de

pensamiento nos lleva a la irrelevancia del contenido de las normas jurídicas en el pensamiento positivista, lo cual puede ser ejemplificado con el siguiente pasaje de la obra de Kelsen:

Una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundante básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera, y, en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta. Por ello, y sólo por ello, pertenece la norma al orden jurídico, cuyas normas han sido producidas conforme a esa norma fundante básica⁴⁶

De lo anterior es de concluir que no importa cuan inicua o perniciosa sea una norma, ésta es válida siempre y cuando haya sido creada conforme al proceso establecido en el sistema jurídico; por tal motivo una norma que impide a los negros andar por las banquetas, así como una norma que avala el exterminio de minorías son válidas. Ante el error que presenta el anterior argumento ha habido diversos intentos por parte de los positivistas para incluir a la moral en el mundo del derecho, sin embargo con el fin de conservar el carácter científico de la ciencia del derecho es necesario eliminar la metafísica de la moral.

En el pensamiento de Hart la moral juega un papel muy importante en la regulación del comportamiento humano y la subsistencia del sistema social, de ahí que el derecho debe de concordar con la moral, así como su eficacia se sustenta en la obligación moral de obedecer al derecho. Dentro de los valores propios que sirven de parámetro para los sistemas jurídicos se encuentra la justicia, los enunciados sobre la justicia o injusticia de un sistema jurídico son una crítica especial que sólo abarca ese ámbito de la moral; la justicia en el pensamiento de Hart se encuentra impregnado de la teoría de la justicia de Aristóteles, como anteriormente se pudo observar en el inciso correspondiente a la teoría del derecho de Hart; por lo que se concluye que: la justicia es uno de los pocos valores trascendentales considerados por Hart en su teoría del derecho.

⁴⁶ KELSEN, Hans, *op. cit.* (Teoría pura del derecho) p.205.

El derecho como sistema de control social tiene la finalidad de mantener la cohesión y existencia de la sociedad, por lo cual debe contemplar en su contenido ciertas reglas morales indispensables para la existencia del grupo social, el contenido moral consistente en principios universales se le denomina contenido mínimo de derecho natural el cual se fundamenta en verdades obvias sobre la existencia humana; éstas verdades son el origen de las normas centrales o básicas de los sistemas jurídicos; en el inciso referente a la teoría del derecho de Hart se ahondó sobre dichas verdades; de ahí que en el presente inciso solo enumeraremos los tipos de normas que de éstas emanan:

- Normas que proscriben los actos tendientes a privar la vida, la integridad física y mental.
- Normas que garantizan la igualdad, así como el trato igualitario por parte de la autoridad respecto de los miembros del grupo.
- Normas que proscriben los actos tendientes a amenazar la paz social.
- Normas que regulan y protegen la propiedad privada.
- Normas que regulan la creación y el cumplimiento de los pactos.

Este tipo de disposiciones se presentan en el contenido de las constituciones de los sistemas jurídicos pertenecientes a un constitucionalismo fuerte, es decir de los sistemas jurídicos que establecen como parte esencial de su contenido los derechos fundamentales de los seres humanos, sin embargo esto no es suficiente, mas adelante abordaremos las razones por las cuales este contenido mínimo de derecho natural es insuficiente para mejorar cualitativamente al derecho y a la sociedad.

Otro autor que trata de introducir la moral a la ciencia del derecho es Norbert Hoerster; él considera que podemos fundamentar el sistema normativo en una moral sin metafísica por medio de su método de fundamentación intersubjetiva, para lo cual es necesario partir de las siguientes premisas:

- La persona P realiza el acto A para obtener el fin X; en el presente caso X es una necesidad vital para P, por lo tanto el fin se encuentra fundamentado. A ésta relación se le denomina imperativo hipotético.
- La acción A va encaminada a la preservación de la vida de P, de ahí que A consistirá en el mandato que proscribe el homicidio de P.

La problemática radica en la cuestión de ¿Cómo P hará general y obligatorio el principio que proscribe matar a P?; Hoerster considera que la generalidad radica en la aceptación del principio por parte de grupo social, para lo cual es necesario proscribir el homicidio de cualquier sujeto integrante del grupo social; de ésta manera los miembros se abstienen de cometer homicidio para que sus vidas sean igualmente respetadas por lo otros integrantes del grupo. En palabras del autor “la puesta en vigencia de una prohibición de matar (...) obligatoria para todos está fundamentada prácticamente para cada cual y, por lo tanto, está intersubjetivamente fundamentada en la mas amplia medida”⁴⁷; al entrar en vigencia la norma adquiere obligatoriedad, además de encontrarse respaldada por una sanción social.

Las normas fundamentadas intersubjetivamente constituyen una moral mínima; la validez de ésta moral mínima no sólo radica en la aceptación de la norma por parte del individuo, sino también, en “que cada cual considere a cada uno de los demás como sujeto a las normas y ejerza presión sobre cada uno de los demás para que las cumplan”⁴⁸; la presión moral ejercida por el grupo social en contra del trasgresor de la moral mínima es una sanción no organizada, es decir que es una fuerza represora no centralizada e institucional, pero cuando la moral mínima forma parte del contenido del derecho, el ejercicio de la sanción es monopolizado por un órgano centralizado del gobierno.

⁴⁷ HOERSTER, Norbert, “En defensa del positivismo jurídico”, Gedisa, Barcelona, 1992. p.81

⁴⁸ *Ibid.* p. 86

La moral mínima sin metafísica de Hoerster, no da solución a la problemática al vacío ético que presenta el derecho, al igual que el contenido mínimo de derecho natural de Hart; la insuficiencia de ambas teorías radica en que solo hacen referencia a aspectos esenciales mínimos para la convivencia social. En otras palabras, éstas no sugieren la existencia de un contenido valorativo tendiente al mejoramiento humano y de la sociedad.

La solución a ésta problemática se encuentra en las teorías jusnaturalistas, no como antítesis del positivismo, sino como complemento. Norberto Bobbio considera que ambas teorías aunque antagónicas pueden llegar a interactuar; sin embargo es necesario identificar cuales de las posturas de las tesis jusnaturalistas y positivistas pueden llegar a ser compatibles. Bobbio identifica tres formas de jusnaturalismo las cuales tiene a su vez su contraparte positivista, estas son:

Tesis jusnaturalista	Tesis positivistas
Escolástica: el derecho natural instituye una serie de principios éticos que son el fundamento del derecho positivo.	Positivismo realista: postula que las normas son susceptibles de tener cualquier contenido.
Racionalista: la ley natural (parte preceptiva) es el conjunto de principios éticos que constituyen el contenido del derecho positivo (parte punitiva) por el cual dicha ley natural es eficaz	Positivismo formalista: considera que una norma jurídica es valida no por su contenido sino por la forma en la cual ésta es creada o aplicada.
Hobbesiana: el derecho natural legitima el poder del soberano, así como ordena a los súbditos el obedecerlo.	Corriente positivista que fundamenta el derecho en su eficacia, en otras palabras en la obediencia habitual que prestan lo súbditos al soberano. (teoría del derecho de Austin)

Norberto Bobbio considera que el positivismo jurídico y jusnaturalismo pueden ser vistos desde tres diversos ángulos: como ideología, teoría del derecho o la forma de aproximación al derecho.

El positivismo y el jusnaturalismo como ideología: el positivismo considera al derecho como un conjunto de reglas validas, que independientemente de su contenido deben de ser obedecidas por los gobernados, mientras que el jusnaturalismo considera al derecho como un conjunto de normas validas siempre y cuando éstas sean justas, de lo contrario carecen de validez. Ambas ideologías tienen su tendencia extremista y moderada, éstas son:

1. Positivismo extremo: las leyes deben de ser obedecidas aun y cuando éstas no sean justas.
2. Positivismo moderado: las leyes deben de ser obedecidas, debido a que su legalidad garantiza "...la realización del valor específico del derecho..."⁴⁹
3. Jusnaturalismo extremo: las leyes deben de ser obedecidas en tanto sean justas, de no ser así los súbditos tienen el derecho de desobediencia.
4. Jusnaturalismo moderado: las leyes deben de ser obedecidas a pesar de la existencia de algunas leyes injustas, pero en caso de ser extremadamente inicuas los ciudadanos tiene la opción de sublevarse.

De lo anterior es posible observar que las tesis extremas son antagónicas, mientras que las tesis moderadas son análogas, debido a que ambas establecen obediencia al derecho como obligación y la desobediencia es una excepción en casos extremos.

⁴⁹ BOBBIO, Norberto, "El problema del positivismo jurídico", 8va ed., Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, FONTAMARA, México, 2004, p. 79

El positivismo jurídico y el jusnaturalismo como teorías del derecho: el positivismo establece que el derecho es un conjunto de procedimientos que regulan el actuar humano, fundados en la voluntad del legislador; mientras que el jusnaturalismo establece el fundamento del derecho se encuentra en la naturaleza humana; Bobbio considera al jusnaturalismo como una teoría objetivista de la ética por constituir un conjunto de consideraciones sobre la naturaleza humana tendientes a fundamentar un sistema de valores de manera objetiva.

El positivismo y el jusnaturalismo como forma de aproximación al derecho: el positivismo es considerado un estudio científico del derecho, el cual tiene por objeto de estudio a través del método positivo a las normas validas aun cuando éstas no sean justas; ante este argumento el derecho natural establece una ética de la justicia en contra del principio rígido de legalidad jurídica. Bobbio considera que es en ésta dicotomía de la teoría del derecho donde la contienda entre el jusnaturalismo y positivismo gira alrededor de la posibilidad de incluir en la definición de derecho, la finalidad que éste tiene. La razón por la cual ambas aproximaciones al derecho son compatibles es porque se mueven en planos diferentes, el jusnaturalismo constituye una crítica valorativa del derecho con miras al mejoramiento del sistema por medio de normas mas justas, mientras que el positivismo jurídico se enfoca en una sistematización y aplicación adecuada de las normas.

Hasta ahora se ha expuesto la forma en la que Bobbio observa la eterna disputa entre positivismo jurídico y jusnaturalismo, los aciertos y errores de ambas teorías, y lo mas importante consiste en como éstas pueden llegar a interactuar con el fin de hacer evolucionar al derecho. En la presente tesis se establecerá un medio lógico mediante el cual los valores puedan ser integrados al sistema normativo en sus tres distintos planos: normativo, institucional y real.

Cabe destacar la necesidad de replantear la estructura del sistema jurídico bajo un nuevo paradigma, para así poder incluir a los valores como parte activa

del sistema a su interior y exterior. Por lo que la teoría de los sistemas de Niklas Luhmann, será el paradigma que habrá de exponerse para replantear la estructura del sistema jurídico, debido a su flexibilidad, lo cual permite interrelacionar los tres planos del derecho antes mencionados.

Para concluir con éste inciso, solo me queda establecer mi definición de sistema jurídico: un sistema jurídico es un conjunto de normas, instituciones y actos, los cuales contienen y expresan valores; dichas reglas, instituciones y actos tiene la función de regular el actuar humano con el fin de conseguir el bien común de la sociedad; a lo largo de los siguiente capítulo desarrollará el contenido de la definición y sus elementos.

CAPITULO II

Integración del Sistema Jurídico

Antes de poder replantear la estructura del sistema jurídico es necesario dar solución a la dicotomía jurídica de derecho natura y positivo. El positivismo jurídico establece como derecho solo al derecho positivo, mientras que el jusnaturalismo considera al derecho natural en un grado de superioridad respecto del derecho positivo. En otras palabras “por jusnaturalismo entiendo la teoría de superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo; por positivismo jurídico la teoría de exclusividad del derecho positivo. El jusnaturalismo es dualista; el positivismo jurídico, monista.”⁵⁰ El positivismo jurídico es una:

doctrina que reconoce como única manifestación del derecho al conjunto de normas que integran el sistema jurídico estatal, es decir, de aquel complejo de normas cuyo cumplimiento puede ser exigido por medio de la actividad de los órganos establecidos al efecto, en caso de que no sean cumplidas de manera voluntaria⁵¹.

Ésta doctrina postula un sistema jurídico constituido por conceptos rígidos de contenido variable, los cuales deben ser obedecidos y aplicados “porque son leyes, no por que sean justas y, por consiguiente, que deben ser obedecidas aun si son injustas”⁵². La visión positivista del sistema jurídico como un conjunto de leyes positivas no es del todo errada, solo es incompleta, debido a que éste tipo de leyes solo son una pequeña parte de lo que es el derecho como sistema.

En incisos anteriores se ha expuesto de manera amplia lo concerniente al positivismo jurídico, de ahí que en lo subsiguiente no se abordará dicho tema de manera profunda, por lo que a continuación se hará una exposición de la teoría del

⁵⁰ BOBBIO, Norberto, *op. cit.*, p.68

⁵¹ DE PINA, Rafael, “Diccionario de Derecho”, 29va ed., Porrúa, México 2000, p. 412.

⁵² BOBBIO, Norberto, *op. cit.*, p.14

derecho natural de Javier Hervada, con el fin de encontrar el punto de encuentro entre derecho natural y positivo.

Hervada establece que la experiencia, así como nuestra racionalidad tiene su fundamento en la naturaleza; porque "...Todo hecho cultural se basa siempre y necesariamente en un dato natural."⁵³ En otras palabras, los actos, obras o actividades realizadas por los seres humanos se fundan en su entorno natural, el cual se transforma atendiendo a las características propias del entorno y a sus necesidades particulares. De lo antes expuesto es de concluir que las normas y actos jurídicos, al ser producto del raciocinio humano, atienden a la juridicidad natural inherente al ser humano. El concepto de juridicidad natural se encuentra relacionado de manera directa con la dignidad de la persona humana.

El carácter permanente de la juridicidad natural deviene de la propia naturaleza; a ésta teoría de la naturaleza humana se le oponen las corrientes del historicismo; la cual concibe al ser humano como un ente histórico; por tal motivo no puede existir en el ser humano un núcleo natural permanente. En otras palabras el humano es un ser que se encuentra en constantes cambios evolutivos; en lo individual y como especie, es por ésta razón que en la esencia humana no puede haber nada constante. El humano como ser histórico se encuentra en un estado de evolución constante, sin embargo su esencia es inmutable. La esencia es el criterio de identidad de la raza humana; somos humanos por nuestra esencia no por lo mutable en nuestro ser; "El hombre no se constituye como hombre por lo que cambia, sino justamente por lo que permanece y es igual en todos."⁵⁴

La esencia se encuentra constituida por un núcleo básico ó la estructura fundamental denominado naturaleza humana, así como por principios de operación. El concepto naturaleza humana es universal por ser común a todos los

⁵³ HERVADA, Javier, "Lecciones propedéuticas de filosofía del Derecho", 3ra ed., Eunsa, España. 2000, p. 474

⁵⁴ *Ibid*, p. 478

seres humanos, no solo como especie, sino también en lo individual, es decir como persona.

La persona humana es una sustancia individual de naturaleza racional, que consta de una estructura fundamental llamada naturaleza humana; si partimos de que la persona es una unidad trascendental, la cual armoniza en su interior a la naturaleza y a la historia; dos conceptos considerados como antagónicos, sin embargo ambos conceptos se vuelven complementarios al interior de la persona. La naturaleza humana es la raíz de la historia “porque contiene en sí (...) el principio de la evolución y el cambio.”⁵⁵ Éste principio solo afecta a la naturaleza en sus principios de operación, mas no en lo esencial. En otras palabras, la esencia humana no se transforma solo cambia de estado de naturaleza. Todos los seres humanos son idénticos en lo fundamental y diversos en lo singular, es decir, todo lo que se encuentra mas allá de la estructura fundamental es mutable, y propio de cada individuo.

Al reconocer la existencia de la estructura fundamental inmutable del ser humano se admite la dignidad de la persona como elemento inherente de la naturaleza humana: Javier Hervada establece:

La dignidad de la persona humana es una eminencia de ser (...) objetiva, inherente a la ontología de a persona e independiente de estimaciones subjetivas, (ésta) consiste en aquella perfección del ser que comporta el orden del deber-ser, (es decir), la debitud y la exigibilidad, tanto en el plano personal o moral, como en el plano jurídico (...) Como consecuencia de todo ello, la dignidad de la persona humana es propia de todo hombre y se constituye *en criterio normativo objetivo* de la conducta humana.⁵⁶

La dignidad de la persona humana es inherente a todo ser humano, por lo consiguiente la persona debe de dar y recibir un trato digno (proporcionado y debido) por parte de sus congéneres; éste trato debido constituye un criterio

⁵⁵ *Ibid*, p. 483

⁵⁶ *Ibid*, p. 486

normativo objetivo bajo el cual determina lo justo o injusto de la conducta humana. En otras palabras se determina lo justo natural que es el derecho natural.

El derecho natural tiene su origen en la experiencia humana; es decir, el ser humano le atribuye un valor (justo o injusto) a un hecho que acaece en el mundo fáctico, en lo subsiguiente creará un ordenamiento jurídico el cual proscriba o permita la realización de dicho acto; para ilustrar éste argumento se utilizara un ejemplo de Hervada: "...el homicidio no es una injusticia porque está castigado por el Código Penal, sino al revés"⁵⁷

Existe la errónea idea de concebir al derecho natural como un conjunto de normas y principios éticos y morales, deslindados del derecho positivo constituido por normas jurídicas; cabe mencionar que bajo ésta óptica solo el derecho positivo es derecho; ésta situación es ilógica dentro del pensamiento de Hervada, porque dos sistemas normativos no pueden coexistir al mismo tiempo y lugar; ante ésta situación el autor hispano resuelve que no existen dos sistemas jurídicos paralelos, por el contrario ambos son parte de un mismo sistema. A pesar de que la cultura es un producto del raciocinio humano, ésta está fundamentada en la naturaleza; de ahí que la existencia del derecho positivo como producto de la cultura se encuentra regido por el derecho natural.

De lo antes expuesto Hervada concluye que "...el sistema jurídico es único, un sistema jurídico unitario constituido por el derecho natural y el derecho positivo"⁵⁸, de ahí que el fundamento del derecho positivo es el derecho natural el cual es el núcleo del sistema jurídico. El derecho positivo existe si el derecho natural también existe, el presente argumento se funda en el principio de que ninguna creación natural parte de la nada, forzosamente debe de tener un

⁵⁷ *Ibid*, p. 509.

⁵⁸ *Ibid*, p. 511.

fundamento natural; al ser el derecho producto de la cultura le es aplicable éste principio.

Con el fin de poder replantear la estructura del sistema jurídico se hizo una breve exposición de la teoría del derecho natural de Javier Hervada; la cual da solución al problema de la dicotomía del derecho*; debido a su carácter integrador, ésta tesis elimina el antagonismo existente entre derecho natural y el derecho positivo, al ser conceptualizados como partes integrantes de un mismo sistema. Sólo bajo la percepción del derecho como algo integral se puede llegar a la conclusión de que el sistema jurídico es único e indivisible.

Al usar la teoría de los sistemas de Niklas Luhmann como paradigma para replantear la estructura del sistema jurídico se debe de partir de que el derecho es un sistema autorreferencial; es decir, es un sistema que por medio de la autorreferencia adquiere su identidad frente al entorno. La autorreferencia es el proceso por el cual el sistema se observa, se describe y se simplifica a sí mismo, con el fin de identificar sus características particulares para poder crear límites estructurales que diferencian al sistema del entorno.

La existencia de un sistema radica en "...entablar relaciones consigo mismo y diferenciar esas relaciones frente a las de su entorno..."⁵⁹; de acuerdo con lo antes citado, es necesario entender la estructura interna del sistema, para así poder inferir las características particulares que lo diferencian del entorno, sin embargo antes de entrar a abordar lo tendiente a la estructura del sistema jurídico en particular, es necesario comprender al sistema en general.

El paradigma central del sistema de Niklas Luhmann es el sistema /entorno; la existencia de un sistema radica en la existencia previa de un entorno, por que

* Aquí se hace referencia al binomio derecho natural y positivo

⁵⁹ LUHMANN, Niklas, "Sistemas Sociales", Alianza Editorial, Universidad Iberoamericana,...., 1984, p.36

solamente a través de la diferencia con el entorno el sistema adquiere identidad; El autor concibe al entorno de la siguiente manera:

Cada sistema se delimita a sí mismo frente a su entorno (...) “El entorno” es un correlato negativo del sistema. No es una unidad capaz de realizar operaciones, no puede percibir al sistema, no lo puede manejar, ni puede influir sobre él. Por eso se puede decir que una referencia inmediata al entorno permite al sistema *totalizarse a sí mismo*. El entorno es, simplemente, “todo lo demás”⁶⁰

El entorno es una “entidad”, por así decirlo, indefinida, ilimitada y compleja; la cual adquiere unidad a través del sistema. En el entorno de un sistema no solo existen hechos y sucesos desordenados de difícil comprensión sino también otros sistemas. En otras palabras existe la posibilidad de encontrar sistemas en el entorno de un sistema de los cuales éste se diferencia, pero a su vez crea medios de comunicación con éstos.

Los sistemas regulan su relación con el entorno a través de su estructura, la cual se encuentra constituida por elementos. Los elementos es la “unidad más reductible”⁶¹, su existencia solo es posible al interior del sistema en el cual realizan una función determinada; los elementos se relacionan entre si para formar lo que se llama estructuras. La construcción de estructuras se realizan por medio de la auto organización; ésta operación solo puede ser realizada por el propio sistema. En otras palabras, el sistema debe de construir sus propias estructuras, éste no las puede importar.

Las estructuras se crean por medio de la relación de los elementos a partir de un condicionamiento, el cual es un medio básico de reglamentación de la producción de estructuras. La complejidad de un sistema radica en el número de relaciones selectivas determinadas por el condicionamiento, es decir, que a mayor número de relaciones, mayor complejidad. Por medio de la complejidad los

⁶⁰ *Ibid*, p. 192.

⁶¹ *Ibid*, p. 44

elementos adquieren identidad en el sistema al constituirse en unidades complejas, accediendo a un nivel mas elevado en la construcción del sistema.

La complejidad sirve como una coacción en la selección. En otras palabras al coaccionarse la selección se busca la construcción de unidades funcionales que garanticen la conservación de los elementos y el buen funcionamiento del sistema; para cumplir con ésta finalidad es necesario seleccionar las relaciones mas favorables. En la medida que el sistema se vuelve mas complejo también su entorno. Es decir que el sistema no puede ser tan complejo como el entorno, de ser así la diferenciación dejaría de existir.

Se le denomina gradiente de complejidad a esta diferencia de complejidad entre el sistema y el entorno.

Existe el caso de que por razones de funcionalidad el sistema reduce su complejidad por medio de la reconstrucción de sus estructuras y relaciones, a éste tipo de relaciones realizadas por el sistema se les denomina reducciones de complejidad, con la finalidad de eliminar relaciones obsoletas o innecesarias para aumentar su funcionalidad y unidad.

La complejidad vista desde los canales de comunicación entre el sistema con el entorno consiste en la reacción del sistema respecto de la idea de complejidad de su propio entorno. En otras palabras el sistema no comprende en su totalidad la complejidad del entorno, de hecho, solo se da una idea de la complejidad del sistema, y en base a ésta idea reacciona. La idea de complejidad del entorno es la base para la producción de los elementos del sistema, no el entorno en sí.

Las relaciones sistema / entorno se encuentran reguladas por medio de los niveles de selección de estructuras, los cuales compensan complejidad controlada al interior del sistema frente a la complejidad incomprensible del entorno. Luhmann

se auxilia del término causalidad para explicar éste tipo de relación; es causal todos “los efectos que el entorno produce sobre el sistema que no están relacionados con el pasado o con el futuro por medio de disposiciones estructurales”⁶² de ahí que existen causalidades no previstas por la estructura del sistema debido a la deficiencia de su complejidad.

Los gradientes de complejidad cumplen con la función de hacer más fácil el proceso de diferenciación. Existen diversos niveles de gradientes de complejidad los cuales son:

1. Nivel operativo: la causalidad está instituida de manera procesal, es decir que el sistema selecciona un entorno determinado que le es vital y relevante.
2. Nivel de la formación de estructuras: el sistema por medio de diversos procesos autopoiéticos crea estructuras funcionales al interior, estas le permiten independizarse del entorno.
3. Nivel de reflexión: el sistema se hace conciente de su propia identidad a través de sus diferencias con el entorno

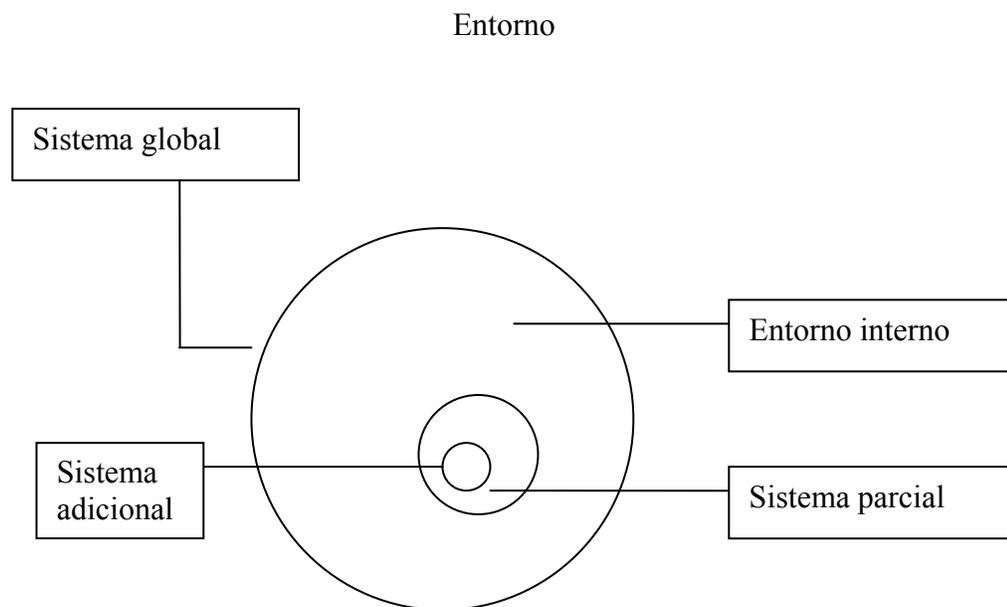
La complejidad es la contingencia de las relaciones del sistema con el entorno; dicha complejidad puede ser vista desde dos diversas perspectivas dependiendo de cómo se conciba a el entorno. Si es visto el entorno como un recurso, entonces la complejidad será concebida como dependencia, mientras que, si el entorno es visto como información entonces la complejidad será concebida como inseguridad.

Cuando el sistema posee un capacidad de entendimiento amplia, aumenta su percepción hacia el exterior, de ésta manera se hace conciente de la existencia

⁶² *Ibid*, p.193.

de los sistemas en su entorno, lo cual le permite aumentar su nivel de abstracción al punto de concebir al entorno como una unidad total; ésta situación no solo le permite al sistema ubicarse dentro de la unidad sino también organizar a los diversos sistemas ajenos y a sus respectivos entornos bajo patrones de diferenciación. Los procesos de diferenciación utilizados por el sistema respecto al entorno se basa en la observación, la cual trae como resultado la creación de nuevas estructuras, canales de comunicación y límites.

Al interior del sistema la diferenciación consiste en los procesos reproducción autopoietica. La reproducción consiste en la creación de elementos nuevos, funcionales, con capacidad de enlace, así como deben de tener un nivel elevado de adaptabilidad al sistema. Los sistemas al interior pueden encontrarse sistemas en el sistema, en el presente supuesto estamos ante un sistema global el cual se estructura de la siguiente manera.



Por medio de la reproducción autopoietica se pueden construir al interior del sistema estructuras funcionales que pueden ser diferenciadas de otras estructuras constitutivas del sistema por su independencia, a éste tipo de estructura se le denomina sistema parcial el cual posee su propio entorno interno diseñado por el sistema el cual mantiene su complejidad reducida.

El sistema global adquiere por medio de la diferencia, identidad al exterior y unidad al interior. “La unidad del sistema global tiene que encontrar su expresión de acuerdo con el modo en que cada uno de éstos sistemas parciales maneja su relación con el entorno (que contiene a los demás) ya que en los sistemas diferenciados cada sistema parcial es, a la vez, él mismo y entorno de otros”⁶³. A través de el principio de construcción de la diferenciación, los sistemas parciales delimitan sus funciones específicas, se acomodan en el centro o en la periferia del sistema global, en base a sus funciones y se organizan por jerarquía, la cual en el pensamiento de Luhmann no constituye una sumisión, sino una forma especial de diferenciación consistente en la inclusión de un sistema en otro, en donde al sistema incluido se le denomina sistema adicional.

El aumento de diferencia como anteriormente se había indicado significa aumento de complejidad lo cual no solo depende del número de elementos sino también de la diversidad de los mismos, así como de las diversas relaciones que entre ellos entablen.

Los límites son elementos esenciales que cumplen una doble función; por un lado separan al sistema del entorno y por otro lado pueden permitir cierto tipo de relaciones (canales de comunicación con el entorno); éstos se encuentran en un lugar llamado frontera el cual no es parte del entorno, ni del sistema.

Los límites realizan procesos de selección mediante sus órganos fronterizos, para así poder hacer frente a los estímulos del entorno; los cambios

⁶³ *Ibid*, p. 200.

continuos que se realizan al interior del sistema por medio de los límites que permiten la evolución a través de la renovación de estructuras lo cual garantiza la durabilidad del sistema. Los filtros de información permitidos por los límites le permiten al sistema allegarse de información lo cual le permite crear nuevas estructuras; sin embargo existe información que por su contenido es nociva o repetitiva para el sistema, por lo cual los límites restringen los canales de información a través de procesos de selección.

La autonomía de un sistema radica en la capacidad de elegir los aspectos del entorno que le son necesarios, lo cual se denomina selección. Por medio de la selección se crean lazos de dependencia que permiten el flujo de información, lo cual trae como consecuencia el engrandecimiento del sistema. Al ampliarse un sistema es necesario tener en cuenta su capacidad de organización de cambio de dirección. En otras palabras, un sistema debe de ser capaz de poder organizar los flujos de información al interior; estos procesos sistemáticos se realizan a través del esquema fin/medio. Los fines del sistema en sus diversos gradientes limitan la selección de los medios, así como los medios limitan la selección de los fines, aquí encontramos el papel de los valores en el sistema, lo cual será abordado con mayor detenimiento en capítulos posteriores.

Antes de entrar propiamente a la estructura del sistema jurídico, es necesario retomar la primera parte de la definición de sistema sugerida en el inciso anterior con el fin de encontrar el fundamento del sistema; debido a que al considerarlo como un conjunto de normas, instituciones y actos surge la interrogante siguiente, ¿Cuál es el principio de identidad que rige a los elementos del sistema jurídico?, la solución de ésta interrogante se encuentra en el bien común como fin último del derecho; para aclarar el presente argumento es necesario hacer un paréntesis para explicar al grupo social y sus finalidades.

Por su naturaleza vulnerable el ser humano se ha visto en la necesidad de vivir en colectividad. En otras palabras, el instinto de subsistencia del ser humano

lo hace conciente de sus desventajas anatómicas, así como del bajo índice de probabilidad de subsistir a su entorno hostil; éste proceso de discernimiento del ser humano lo lleva a concebir como una necesidad de vida a la colectividad. “ En una época u otra, la organización de la vida colectiva –con sus diversos grados de complejidad, sus formas de vinculación, sus sistemas de dominación, sus expresiones culturales y sus particularidades nacionales o regionales- conforman una sociedad.

La sociedad con el paso de los años pasa de ser un medio de subsistencia a ser el medio por el cual el ser humano adquiere identidad y bienestar; es decir que, la finalidad del ente social es garantizar el bienestar y la tranquilidad de todos sus miembros. El derecho es uno de los órganos de control de la sociedad, considerado por muchos teóricos, como el encargado de establecer y castigar las conductas humanas que pongan en riesgo el equilibrio social; éste argumento es errado por que éstos tipos de mecanismos son medios para garantizar el bien común, el cual es el fin último del derecho.

El derecho cumple con su finalidad al garantizar el orden y la estabilidad del sistema social; para poder comprender el funcionamiento del derecho como sistema autoreferencial de naturaleza compleja que tiene por entorno todo acontecimiento fáctico que acaece en el mundo real. El derecho se constituye principalmente de tres sistemas parciales básicos los cuales son:

1. Núcleo sistémico: es el sistema parcial encargado de controlar todo los procesos que se llevan al interior del sistema. En otras palabras es el cerebro del sistema jurídico; éste se encuentra en la parte central del sistema.
2. Zona media: se encuentra constituida por el órgano principal de producción, así como disposiciones jurídicas encaminadas a desarrollar e implementar los principios rectores del sistema establecido en el núcleo sistémico.

3. Línea de frontera: se encuentra compuesta por estructuras variadas (organismos políticos sociales e internacionales) las cuales constituyen núcleos de información, sin embargo no forman parte del sistema, los únicos sistemas ubicados en la línea de frontera que forman parte del sistema jurídico son los órganos administrativos y judiciales.

En los siguientes incisos se hará una explicación mas detallada de los sistemas que constituyen el sistema jurídico, para después concluir con la forma en la cual el sistema articula las diversas estructuras en un funcionamiento armónico.

2.1. Núcleo sistémico

El núcleo sistémico es en general el sistema parcial que establece los principios rectores de los procesos de producción, organización y selección de estructuras, así como, tiene controlado los niveles de complejidad del sistema en base a la información depurada por los filtros de la frontera y la parte media. El núcleo sistémico se encuentra constituido por:

1. Núcleo de derecho natural: constituido por los derechos y las obligaciones immanentes a la persona humana.
2. Base estructural sistémica: es el ordenamiento jurídico conocido como constitución.

2.1.1. Núcleo de derecho natural.

Para comprender al sistema parcial conocido como núcleo de derecho natural, se tomara como punto de partida la teoría del derecho natural de Hervada. El derecho natural se encuentra constituido por derechos inherentes a la persona humana, en palabras del autor, el “derecho natural inhiere en el hombre, en virtud de su condición de persona.”⁶⁴ El núcleo de derecho natural se encuentra constituido por dos tipos de estructuras fundamentales; los derechos y deberes naturales.

Hervada define al derecho en un sentido estricto como “...aquella cosa que, estando atribuida a un sujeto, que es titular, es debida a éste, en virtud de una deuda en sentido estricto”⁶⁵; por lo tanto el derecho natural es lo justo natural, lo suyo del ser humano en virtud de su dignidad humana. El derecho natural se encuentra constituido por derechos, obligaciones, normas jurídicas y relaciones jurídicas naturales

Los derechos naturales son cosas atribuidas a la persona por medio de un título natural y de acuerdo con una medida natural; en el presente apartado es necesario hacer un breve alto para puntualizar lo que se entiende por título y medida. El derecho es lo suyo, éste le es atribuido a un sujeto a través de un título, es decir que, aquello que se le atribuye al sujeto por el derecho es el título; por ejemplo: el contrato, acto administrativo, etc. La medida es “la caracterización y delimitación intrínseca y extrínseca del derecho”⁶⁶, es decir que la medida es la especificación de la cosa en cantidad y cualidad.

La existencia y evolución de los derechos naturales se encuentra ligada a la evolución humana, es decir, que los derechos naturales nacen y cambian sus

⁶⁴ HERVADA, Javier, *op. cit.*, p.515

⁶⁵ *Ibid*, p. 198.

⁶⁶ *Ibid*, p. 206

contenidos conforme evoluciona el intelecto humano; de ésta manera se adaptan a la actualidad, sin embargo existe un derecho primigenio e inamovible el cual es el derecho a ser; éste constituye el fundamento de todos los derechos naturales.

El derecho a ser consiste de acuerdo con el pensamiento de Hervada en “el derecho de la persona humana a su ser, a su libertad y al desarrollo de sus personalidad”⁶⁷; es de gran importancia el tener éste concepto presente, debido a que en el se encuentra la naturaleza y objeto del derecho como sistema autoreferencial; es decir, su razón de ser. El derecho fundamental consta de tres elementos: el hombre, su libertad y sus fines.

En razón de los elementos del derecho fundamental se encuentran organizados los bienes de los cuales dimanar los derechos naturales estos son:

- Del ser del hombre dimanar: 1) el cuerpo y el espíritu, 2) las potencias anímicas y corpóreas, 3) Las operaciones naturales del hombre, 4) bienes objeto de esas operaciones, y 5) sociabilidad.
- De la libertad del hombre dimana: 1) autodeterminación, 2) inmunidad de coacción, y 3) libertad de iniciativa.
- De los fines del hombre constituyen parte del derecho natural por que el ser humano se encuentra ordenado a sus fines propios lo cuales van a determinar sus inclinaciones naturales como ser individual de ahí que de los fines del hombre dimanar derechos como: el derecho a la educación, al matrimonio, al trabajo, al ocio, etc.

Los derechos naturales son derechos concretos que están presentes en la vida social e individual de los individuos en todo momento; los derechos naturales evolucionan al interior a través de los flujos de información provenientes del

⁶⁷ *Ibid*, p. 524.

exterior. En otras palabras, al ser la sociedad el entorno de nuestro sistema jurídico, los cambios que se presentan en el crean información la cual se filtra a través de los sistemas fronterizos, para después ser depurada por los órganos medios, para que al final a través de su asimilación el núcleo de derecho natural se enriquece, esto trae como consecuencia una reorganización estructural así como un aumento o disminución de complejidad dependiendo de que tipo de cambio evolutivo presenta el sistema; éste proceso será analizado con mayor precisión en incisos posteriores.

Los deberes fundados en la dignidad del ser humano radican en el orden del deber ser inherente a la persona. Un ser humano para poder realizar sus fines, debe y exige ser, de ahí surgen los deberes naturales los cuales “son expresiones de la eminencia y perfección del ser humano, de su grandeza de ser y de la alteza de su realización personal, que la dignidad humana postula como deber – ser.”⁶⁸ Javier Hervada clasifica a los deberes naturales de la siguiente manera:

- Deberes correlativos a los derechos naturales
- Deberes derivados de la sociabilidad humana
- Deberes que corresponden a la justicia legal

Como antes se indicó también existen relaciones jurídicas naturales, las cuales se originan de los derechos y deberes naturales. Las relaciones naturales son producto de la sociabilidad humana; es decir, que todos los seres humanos que se constituyen en una sociedad son socios entre si.

El último elemento son las normas naturales; éste conjunto de normas se caracterizan por dimanar de la dignidad humana. En otras palabras, las normas naturales son parámetros de conducta que dimanan de la dignidad humana; dichas normas constituyen el núcleo jurídico del derecho natural del sistema jurídico.

⁶⁸ *Ibid*, p. 527.

La existencia de deberes y derechos naturales supone la existencia de normas naturales las cuales regulan el actuar humano al interior de la sociedad con el fin de garantizar la pacífica convivencia de sus miembros, así como el respeto de la dignidad humana de cada uno de los miembros del grupo social. Los criterios de conducta establecidos por estas normas tienen como finalidad que los seres humanos obren de manera digna al interior de la sociedad.

El deber-ser natural propio de la persona humana “es la obligación o vinculación inherente a la naturaleza humana en virtud de la índole exigente del ser personal.”⁶⁹ En otras palabras, la validez de de las normas naturales devienen de la dignidad humana; al no ser producto de ningún proceso legislativo, éstas normas se encuentran por encima del las disposiciones jurídicas de derecho positivo. Por sus objetos particulares las normas naturales se clasifican de acuerdo con su finalidad en:

- a) Conservación humana: derechos tendientes a la conservación del ser humano
- b) Desarrollo de la personalidad: derechos tendientes a garantizar el sano crecimiento de las potencialidades humanas para la concreción de sus fines
- c) Sociabilidad humana: derechos tendientes a garantizar la sana convivencia de los seres humanos en sociedad, así como el establecimiento de un ambiente social sano.

La finalidad de todas estas normas es alcanzar a concretar un orden social justo, para poder realizar dicho fin es necesario cumplir con los siguientes propósitos:

1. Garantizar la existencia de un ambiente óptimo para el desarrollo de las potenciales y los fines del ser humano como ente colectivo e individual

⁶⁹ *Ibid*, p. 533.

2. Creación de lazos fraternales entre los miembros
3. Conservación y orientación de la familia como núcleo estructural de una sociedad
4. Respeto de los derechos naturales
5. Cumplimiento de los deberes naturales
6. Respeto del orden jurídico legítimo
7. Garantizar un orden político sano

Al ser la dignidad humana un atributo de todos los seres humanos, también los derechos, deberes y normas son inherentes a todos los seres humanos independientemente de su raza, creencia, estatus social o capacidades físicas, de ahí que sean universales.

El núcleo natural se encuentra constituido por elementos concretos aplicados en la vida social. Para que el núcleo del derecho natural pueda ser una realidad se requieren una serie de estructuras, mecanismos y ordenamientos orientados al cumplimiento de dicho fin, la base para la creación de dichos elementos se encuentra en la base estructural sistémica, ésta es, por así decirlo, los planos del sistema.

2.1.2. Base estructural sistémica

La base estructural sistémica es el ordenamiento jurídico conocido como constitución. Para poder comprender la función que desempeña al interior del sistema jurídico es necesario partir de la siguiente interrogante, ¿Qué es una constitución?

A lo largo de la historia diversos autores han definido de maneras variadas y bajo diversos criterios al ordenamiento jurídico denominado constitución Ricardo

Guastini establece cuatro significados diversos para el concepto de constitución, los cuales son: a) La constitución como límite al poder jurídico, b) La constitución como conjunto de normas fundamentales, c) La constitución como código en la materia constitucional, y d) La constitución como fuente de derecho

La constitución como límite al poder jurídico: ésta concepción obedece a un constitucionalismo liberal, el cual se encuentra en desuso, en el que el propósito de la constitución es el de salvaguardar los derechos de los gobernados por medio de la imposición de límites al poder político por medio de la división de poderes; Guastini establece que bajo ésta ideología, todo ordenamiento jurídico que aspire a ser denominado constitución debe de cumplir con los siguientes requisitos: a) Los derechos de los ciudadanos deben de estar garantizados, y b) División de los poderes del Estado. Dentro de ésta concepción de constitución se encuentra la definición de Vladimiro Naranjo Mesa:

...La Constitución es el conjunto de normas fundamentales para la organización del Estado, que regulan el funcionamiento de los órganos del poder público, y que establecen los principios básicos para el ejercicio de los derechos y la garantía de las libertades dentro del Estado...⁷⁰

La constitución como conjunto de normas fundamentales: el autor comenta que bajo esta concepción el ordenamiento jurídico denominado constitución se encuentra constituido por diversas normas fundamentales; éste tipo de normas hacen posible la identificación de cualquier ordenamiento jurídicos. Las normas fundamentales de un ordenamiento jurídico cualquiera son, de acuerdo con Guastini, de los siguientes tipos:

- Las normas que disciplinan la organización y el ejercicio del poder estatal.
- Las normas que disciplinan las relaciones entre estado y ciudadanos.
- Las normas que disciplinan la legislación

⁷⁰ NARANJO Mesa, Vladimiro, "Teoría Constitucional e Instituciones Políticas", 8va ed., Editorial Temis S.A., Colombia, 2000, p.321.

- Las normas que establecen los principios y valores del ordenamiento

Este tipo de concepción establece la existencia de una constitución de un contenido políticamente neutro. En palabras del autor, “una constitución es tal con independencia de su contenido político”⁷¹

La concepción que considera a la constitución como un conjunto de normas jurídicas fundamentales hace referencia al concepto de constitución material. En otras palabras la constitución material es un conjunto de normas fundamentales de contenido políticamente neutro*. Las normas materialmente constitucionales no necesariamente se encuentran dentro del texto constitucional, sino en otras disposiciones de carácter general.

La constitución como código en la materia constitucional: la constitución vista como un ordenamiento jurídico peculiar, el cual se diferencia de otros ordenamientos jurídicos por:

- El lenguaje solemne en el cual se encuentra redactada
- Su contenido singular
- Sus destinatarios son los órganos supremos del Estado

La constitución como fuente de derecho: la constitución es una fuente de derecho singular debido a su especial forma de producción, así como, los procesos especiales que deben seguir las estructuras del sistema para poder reformarla, siempre y cuando dicha reforma no atente contra su propia esencia. Guastini establece la existencia de diversos tipos de tesis bajo las cuales la constitución es considerada como fuente del derecho, estas tesis son:

⁷¹ CARBONELL, Miguel, compilador, “Teoría de la Constitución, ensayos escogidos”, UNAM / PORRÜA, México, 2000, p. 97

* Normas materialmente constitucionales

1. Por ser un conjunto de normas que regulan la actividad estatal, así como su relación con los ciudadanos
2. Por encontrarse constituida por normas idóneas las cuales pueden abrogar o invalidar normas de existencia previa a la constitución y normas de jerarquía inferior que sean incompatibles con ésta.
3. Por que las normas fundamentales que la constituyen también regulan las relaciones entre los particulares.

En los párrafos anteriores se pudo apreciar los diversos criterios mediante los cuales puede ser definida la constitución; en la presente investigación el criterio a utilizar será aquel que concibe a la constitución como fuente de derecho; previo a abordar éste tema es necesario dar respuesta a la siguiente interrogante ¿Cuál es la esencia del derecho?

Ferdinand Lassalle establece que la esencia de la constitución de un país es “la suma de los factores reales de poder que rigen en ese país”⁷². Para poder comprender la importancia de los factores reales de poder a nivel sistémico, es necesario partir de la protección de la dignidad humana como fin del sistema jurídico. Los factores reales de poder son grupos humanos definidos que se encuentran al interior de la sociedad humana; cada uno de estos factores posee ciertas características particulares, las cuales se encuentran determinadas por circunstancias de índole económica.

Los factores reales de poder a través de la manifestación de sus necesidades y aspiraciones particulares, informan al sistema jurídico de las transgresiones o vejaciones que le acaecen, ante ésta información el sistema realiza un proceso de reestructuración interna para subsanar las deficiencias siguiendo un principio de equidad. En otras palabras, la constitución expresa las

⁷² Lassalle, Ferdinand, “¿Qué es una Constitución?”, 12va. ed., Colofón S.A., México, 2001, p. 19

aspiraciones de todos los factores integrantes del sistema social para construir las estructuras eficientes que garanticen el cumplimiento de los derechos y deberes naturales siguiendo el principio de equidad. El proceso de reestructuración en sus distintos gradientes y etapas será estudiado mas adelante.

A ser expresados los ideales y aspiraciones de los factores reales de poder en el texto constitucional, para así ser elevados al estatus de principios inamovibles del sistema los cuales son la base de la estructura básica de los diversos órganos del sistema que se encuentran previstos en la constitución; de ahí que la constitución es la fuente de la cual dimana todas las demás estructuras denominadas como derecho. En palabras de Francisco Rubio Llorete, “toda Constitución...es fuente de derecho en el sentido pleno de la expresión, es decir, origen mediato e inmediato de derecho y obligaciones...”⁷³

El concebir a la constitución no solo como fuente del sistema jurídico, sino también como ordenamiento jurídico encargado de regular los mecanismos producción de normas jurídicas, trae como consecuencia la creación de un concepto endeble de constitución. Francisco Balaguer Callejón considera que la constitución además de cumplir con la función de fuente de derecho debe de tener un carácter normativo.

Lo relevante de la constitución normativa de Balaguer es la regulación del orden social por medio de la incorporación de los derechos fundamentales al texto constitucional. La constitución es un ordenamiento jurídico dinámico el cual evoluciona a la par de la sociedad, por tal motivo se encuentra en constante renovación. La constitución normativa se caracteriza por:

1. Por estar cimentada en los derechos fundamentales de los ciudadanos, así como de los valores que rigen la convivencia social. La constitución a través de sus órganos de aplicación y de producción del derecho la

⁷³ CARBONELL, Miguel, compilador, op. cit., p. 164.

proyección de los derechos fundamentales y valores sociales en la vida social.

2. Establece un vínculo entre la sociedad y el estado por medio de la regulación de la dinámica social, así como del impulso y limitación de los poderes públicos.
3. Hace posible la existencia del pluralismo político y el consenso social a través de normas que regulan los procesos políticos por los cuales los diversos grupos sociales expresan sus opiniones e ideologías políticas.

Balaguer considera que la constitución normativa es una percepción mas abierta; "...en cuanto fuente suprema del ordenamiento, no sólo crea órganos, otorga competencias, determina procedimiento, sino también incluye límites materiales o impone contenidos obligados es la producción jurídica de los poderes constituidos..."⁷⁴ Ésta concepción de constitución es la mas idónea para explicar la función sistémica la cual se abordará en párrafos subsiguientes. Para concluir en el siguiente inciso se analizará la estructura de la constitución.

2.1.2.1. Estructura constitucional

La constitución como norma fundamental rectora del sistema jurídico se encuentra constituida por diversas normas jurídicas las cuales se clasifican de acuerdo con Gustavo Zagrebelsky: a) Las normas constitucionales de eficacia directa, b) Las normas constitucionales de eficacia indirecta.

⁷⁴ *Ibid*, p.183.

Normas constitucionales de eficacia directa: estas se caracterizan por la integridad de su estructura, lo cual les permite ser utilizadas de manera directa por los jueces, órganos administrativos a través de sus funcionarios y los particulares.

Normas constitucionales de eficacia indirecta: a diferencia de las normas antes mencionadas, éstas no tienen una estructura completa, por tal motivo requieren de fuentes subordinadas para poder ser aplicadas a casos concretos; dentro de ésta clasificación se encuentran:

1. Las normas constitucionales de eficacia diferida: estas normas requieren de la creación de un ordenamiento jurídico diverso para ser eficaces, por ejemplo: la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 123, apartado B, fracción XI establece lo concerniente a la seguridad social de los trabajadores al servicio del Estado; por si solo éste artículo no puede ser aplicado, requiere de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores de Estado para que ese precepto sea eficaz.
2. Las normas Constitucionales de principio: Los principios establecen las directrices que han de seguirse en los casos en los cuales el principio sea aplicable, por su composición estructural amplia requiere de un proceso de concreción para ser aplicado a un caso particular, por ejemplo; el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece el derecho de acción; para que éste derecho se concrete en la realidad es necesaria la existencia de la ley especial que determine los procesos que han de realizarse para hacer efectivo dicho derecho. Existen tres procesos de concreción a) legislativo, b) Judicial, y c) Particular
3. Las normas constitucionales pro pragmáticas: estas normas hacen referencia a los fines del ordenamiento jurídico. En otras palabras, constituyen el proyecto de nación expresado en el texto constitucional; por

ejemplo: el artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el cual establece es su primer párrafo:

Artículo 25. Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.

Es importante hacer un breve alto en el ejemplo antes citado, no solo para comprender a las normas constitucionales propragmáticas, sino también como éstas influyen en el dinamismo del sistema jurídico. El hecho de establecer las directrices que el Estado ha de seguir para la construcción de una sociedad prospera, hace del artículo antes citado una norma propragmática. El constituyente establece que el desarrollo integral, así como el bienestar de la nación mexicana son los fines del Estado mexicano, para poder realizar estos fines, otorga la rectoría de los recursos económicos de la nación mexicana a los poderes constituidos;

El manejo de los recursos debe de estar encaminado al crecimiento de las riquezas nacionales y su justa repartición, con el fin de que los individuos y los diversos grupos, se desenvuelvan dentro de un ambiente de respeto de la dignidad humana, así como el ejercicio óptimo de sus libertades; por tal motivo el Estado elabora un plan nacional de desarrollo para alcanzar los fines antes mencionados, dicho plan atiende a la circunstancia actual del país, para así poder elaborar estrategias y mecanismos que le permitan alcanzar de manera óptima sus objetivos.

2.1.2.2. Función Sistémica de la constitución

Se entiende por función sistémica al papel que la constitución desempeña al interior y al exterior del sistema; para poder ahondar en éste tema es necesario comprender la razón de ser de la constitución, de ahí que lo tendiente al poder constituyente es de gran relevancia para la correcta comprensión de la función sistémica. Por medio del poder constituyente el pueblo en ejercicio de la su soberanía nacional crea una constitución como la expresión de sus derechos naturales, es decir, la constitución es la manifestación del núcleo de derecho natural al ser la expresión del anhelo colectivo.

La soberanía es el poder absoluto que reside en el pueblo, “mediante éste poder la nación se autodetermina, es decir, se otorga una estructura jurídico política que se expresa en el ordenamiento fundamental o Constitución.”⁷⁵ En base a éste argumento se concluye que la nación en ejercicio de su poder soberano crea un orden jurídico, el cual tiene como finalidad el salvaguardar los derechos naturales así como garantizar el cumplimiento de los deberes naturales. Piedra angular del orden jurídico es la constitución, ésta es la expresión material de la voluntad soberana del pueblo.

La razón principal por la cual la nación se da así misma una constitución es garantizar el respeto de la dignidad humana de cada uno de los integrantes del grupo social, por tal motivo, el derecho natural rige al poder soberano. Sieyès considera que la nación “...existe ante todo y es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal; es ley misma. Antes de ella, por encima de ella, no hay más que el derecho natural.”⁷⁶ De ahí que se concluye que sobre el derecho positivo se encuentra la voluntad general y sobre ésta el Derecho natural.

⁷⁵ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, “Derecho Constitucional Mexicano” 15 va. ed., PORRÚA, México, 2002, p. 245

⁷⁶ SIEYÉS, Emmanuel J., ¿Qué es el Tercer Estado?, 3ra ed., UNAM, México, 1989, p. 108

Mediante la voluntad general la nación crea un poder constituyente, el cual es definido por Jorge Carpizo como "...la facultad de decisión sobre la organización jurídico política de la comunidad..."⁷⁷ La nación no puede ejercer de manera directa el poder constituyente, por ésta razón faculta a una asamblea para crear una constitución real.

Para poder entender el proceso constituyente es necesario conocer ciertos conceptos mencionados por Carpizo en su ensayo titulado "Algunas reflexiones sobre el poder constituyente" desde la perspectiva del derecho natural; es decir que los conceptos establecidos serán redefinidos bajo una visión ius naturalista, estos conceptos son:

- Función constituyente: es la capacidad natural para realizar el acto constituyente.
- Acto constituyente: acto por el cual el poder constituyente crea una constitución
- Órgano constituyente: es un grupo de delegados facultados para realizar el acto constituyente que le ha de dar una constitución a la nación.

Existen ciertos órganos del poder constituyente* que intervienen en el proceso de ejecución del acto constituyente; de lo cual se concluye que el darse una constitución no es un acto colectivo que realice toda la nación en una sola exhibición; sino que requiere diversos procesos previos a la realización del acto constituyente. Los órganos del poder constituyente:

- Asamblea Constituyente: por medio de un proceso de elecciones la nación designa a sus representantes; éstos se constituyen en asamblea para discutir y votar el proyecto de constitución.

⁷⁷ CARBONELL, Miguel, compilador, op. cit., p. 211.

* El poder constituyente en éste párrafo es sinónimo de nación

- **Asamblea Proyectista:** es un grupo de personas destacadas elegidas por la nación para crear un proyecto de constitución; al ser escogidos del mismo cuerpo de la nación se infiere que estos notables conocen la voluntad general y en base a ella crean un proyecto que cumpla las aspiraciones de la nación.

La constitución no solo es la expresión de las aspiraciones del pueblo como ente social; sino también es la base estructural de la entidad denominada como Estado; la cual es el medio idóneo para alcanzar el bienestar del pueblo. El Estado se encuentra constituido por un territorio, un pueblo y un solo poder; estos elementos son definidos y organizados en el cuerpo constitucional; de ahí se concluye que la función sistémica de la constitución es establecer el orden de la entidad conocida como Estado.

La función sistémica de la constitución consiste en organizar los elementos estatales de manera que cumplan con las expectativas manifestadas por la nación en la constitución. Cada elemento se encuentra organizando de acuerdo con los parámetros que exige el tipo de Estado en el cual se ha constituido la nación, por ejemplo: de acuerdo con el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la nación mexicana decidió constituirse en una república representativa, democrática y federal.

La presente tesis se encuentra enfocada al sistema jurídico mexicano; de ahí que el tipo de organización estatal a tratar en lo subsiguiente sea la federación; una vez hecha ésta aclaración se proseguirá a observar como la función sistémica constitucional se manifiesta en los diversos elementos del Estado.

El territorio es la extensión de tierra en donde se asienta un pueblo determinado así como el espacio sobre el cual el Estado ejerce su imperio. En el caso del Estado federal el territorio se encuentra dividido en entidades libres y soberanas; éstas se encuentran ligadas entre sí por el pacto federal. La

constitución establece en su contenido las partes integrantes de la federación así como los procesos mediante los cuales se han de dirimir los conflictos que entre estas se susciten, por ejemplo: En el caso del Estado mexicano en los artículos del 42 al 48 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece las partes integrantes del territorio nacional y los estados que integran la federación.

La nación o pueblo es definido como “comunidades humanas cuyos grupos o individuos componentes presentan una unidad cultural formada por diferentes vínculos o factores surgidos de su misma existencia histórica y que su propia vida mantiene, enriquece o transforma.”⁷⁸ La constitución establece los requisitos que un individuo debe cumplir para ser miembro del pueblo, así como las características necesarias para ejercer sus derechos políticos; en el caso del sistema jurídico mexicano en el capítulo II del título I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se establecen los supuestos mediante los cuales un individuo adquiere la nacionalidad mexicana; sea de nacimiento o de naturalización; así como las obligaciones de los mexicanos como integrantes del Estado deben de cumplir; cabe mencionar que de acuerdo con el artículo 39 y 41 de la carta magna, la soberanía nacional reside en el pueblo; éste la ejerce a través del voto.

El poder es la facultad de autodeterminación de los individuos integrantes de un pueblo determinado; parte de este poder le es delegado al Estado para que cumpla con sus fines a través de la instauración de un sistema jurídico; sobre éste punto se regresara en lo subsiguiente, por el momento solo es de relevancia la forma en la cual la constitución organiza éste poder a través de las siguientes tres subfusiones:

1. Función normativa: consiste en establecer los principios de orden y de derecho natural que fungirán como restricción del poder Estatal.

⁷⁸ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *op. cit.*, p. 95

2. Función orgánica: consiste en establecer la estructura de los órganos o instituciones que integran al sistema jurídico.
3. Función procedimental: consiste en establecer los procesos que dan al sistema jurídico dinamismo y actualidad.

2.1.1.2.2.1 Función normativa

La función normativa consiste en establecer las directrices fundamentales del sistema. En otras palabras, las normas constitucionales regulan el actuar de los órganos constituidos, así como sus diversas ramificaciones

Las normas constitucionales otorgan facultades y marcan los parámetros de legalidad de la actuación de los órganos constituidos; éstas no establecen sanción alguna en caso de incumplimiento como las normas jurídicas que constituyen la zona media o la línea de frontera, sin embargo, al ser las normas constitucionales presupuesto de validez* de toda norma o acto emitido por los órganos constituidos, su inobservancia trae aparejada la inexistencia del acto o norma que le es contrario.

La validez positiva de las normas jurídicas, así como los actos de las instituciones que integran la zona media y la línea de frontera deben de cumplir con dos condiciones esenciales; éstas son:

1. La validez formal: una norma debe de ser creada por medio de un proceso previsto en la constitución (Proceso legislativo y Jurisdiccional) o por un proceso derivado previsto en una ley secundaria que no contravenga la constitución (Procedimientos reglamentarios, actos administrativos acuerdos, etc.)

* La validez es definida por Kelsen como la existencia específica de las normas

2. La validez material: una norma no debe de contravenir lo establecido por el texto constitucional, así como los ideales constitucionales; el incumplimiento de alguna de estas condiciones trae consigo la inexistencia de la norma o acto.

Para esclarece lo tendiente a la validez material de las normas se analizará el siguiente ejemplo: El Congreso de la Unión expide una ley titulada “Ley de procedimientos de confesión” la cual establece diversos tipos de torturas para conseguir una información de los presuntamente implicados con la delincuencia organizada; ésta norma no cumple con las dos condiciones mencionadas de la siguiente manera:

1. Ideales Constitucionales: cuando el gobierno no cumple con su deber el pueblo se subleva de manera violenta destruyendo el sistema jurídico en su totalidad con el fin de crear un nuevo sistema normativo fincado en una constitución real. Esta constitución real es producto de la experiencia, expectativas y anhelos de un pueblo. En otras palabras, la constitución real es producto del deseo colectivo de alcanzar el bien común a través de un estado de derecho, el cual vele por sus derechos naturales y positivos; de ahí se concluye que los ideales constitucionales los principios meta jurídicos en los cuales se encuentra fundamentada la constitución. En el caso hipotético a trata la “Ley de procedimientos de confesión” contraviene los ideales constitucionales en los cuales se basa el artículo 20, apartado A, inciso II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los cuales se encuentran en el diario de los debates del Congreso Constituyente del 1916 en su 5° inciso:

El artículo 20 de la Constitución de 1857 señala las garantías que todo acusado debe tener en un juicio criminal; pero en la práctica esas garantías enteramente han sido ineficaces... “Conocidas son de ustedes señores diputados y de todo el pueblo mexicano, las incomunicaciones rigurosas, prolongadas en muchas ocasiones por

meses enteros, unas veces para castigar a presuntos reos políticos, otras para amedrentar a los infelices sujetos a la acción de los tribunales del crimen y obligarlos a hacer confesiones forzadas, casi siempre falsas, que sólo obedecían al deseo de librarse de la estancia de calabozos inmundo, en que estaban seriamente amenazadas su salud y su vida.⁷⁹

2. Constitucional: un sistema para poder funcionar de manera optima debe de encontrarse estructurado de manera adecuada; la existencia de cualquier tipo de inconcordancia trae como consecuencia inestabilidad en el sistema, lo cual lo puede llevar a la destrucción; por tal motivo los sistemas crean mecanismos internos que mitigan ésta clase de problemas; la mayor parte de los mecanismo de control constitucional se basan en el principio de supremacía constitucional, el cual identifica a las normas constitucionales “por la relación que guardan con las demás: por la superioridad respecto de la legislación, de toda creación normativa y de todos los actos de aplicación de la misma.”⁸⁰La inobservancia de dicho principio trae como consecuencia la invalidez de la norma contraria a la constitución. En base a lo antes argüido es de concluirse que la “Ley de procedimientos de confesión” es inconstitucional por ser contraria a los artículos 20, apartado A, inciso II, y 22 primer párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

Artículo 20. En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. Del inculpado:

...

II. No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio.

⁷⁹ CONGRESO DE LA UNION, “Diario de los debates del Congreso Constituyente”, (en línea, disponible en, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/Proy_CPEUM_06dic1916.pdf)

⁸⁰ DE OTTO, Ignacio, “Derecho Constitucional”, 8va reimpresión, Ariel, S.A., España, 2001, p. 17

...

Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.⁸¹

La validez positiva de una norma se encuentra condicionada por la validez natural de la constitución. En otras palabras, el sistema jurídico es válido en la totalidad de sus estructuras cuando la constitución es la expresión de los derechos naturales de la persona humana. A diferencia de las normas constitutivas del sistema, la carencia de validez natural no tiene como consecuencia la inexistencia de la constitución, sino la ilegitimidad de la totalidad del sistema. Una constitución ilegítima es en términos de Lassalle, una constitución de papel propia de las dictaduras o gobiernos de facto. Estos sistemas de facto carecen de derecho; es decir que no se encuentran constituidos por disposiciones jurídicas debido a que la juridicidad de un sistema deviene del derecho.

El derecho natural es el fundamento de la legitimidad del sistema jurídico, éste a diferencia del derecho positivo, es imprescriptible e irrevocable. El derecho natural es el fundamento del sistema jurídico el cual existe con la finalidad de garantizar el bien común, a través de salvaguardar los derechos inherentes a la persona humana, éstos son: el derecho a ser, a la libertad y al desarrollo de la personalidad; de ahí que una norma antagónica a los fines del sistema jurídico no vincula al pueblo a obedecerla por ser contraria a su voluntad general, la cual fue expresada en la constitución.

La función normativa de la constitución consiste en la facultad de regular el contenido, producción y actuación de las diversas estructuras que constituyen el sistema, a través del establecimiento de principios orgánicos y dogmáticos como presupuestos de validez.

⁸¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 142 va. ed. Porrúa, 2002

Principios dogmáticos: éstos son los derechos inherentes a la naturaleza humana son reconocidos por el poder constituyente como esenciales para la constitución de un sistema humanista que tenga como fin principal el garantizar respeto de la dignidad humana de todas las personas. Por tal motivo los derechos fundamentales que se encuentran en el texto constitucional limitan el actuar de los órganos del sistema jurídico. En otras palabras, todos los actos de los órganos del sistema jurídico así como los preceptos jurídicos derivados de la constitución deben de respetar los derechos fundamentales de los gobernados. La ley u acto de autoridad que violen los derechos fundamentales adolece, según Guastini, de una invalidez substancial, por contradecir lo ordenado en la constitución. Los derechos fundamentales se encuentran regulados por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el título primero, capítulo primero de las garantías individuales, así como en el título sexto, del trabajo y de la previsión social.

Principios orgánicos: son la base estructural estatal la cual se establece en las normas constitucionales que determinan, la forma de estado, la forma de gobierno y las funciones básicas del estado; la finalidad de éstas normas constitucionales es establecer los principios básicos de la organización del sistema jurídico para alcanzar los fines de la nación, es pertinente hacer la siguiente aclaración, los principios orgánicos básicos no abarcan la constitución de los órganos fundamentales del sistema solo los enuncian; por ejemplo: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establecen principios esenciales en la organización del sistema jurídico estos son: organización jurídico - política (forma de estado y de Gobierno) y organización jurídico – sistémica (principio de división de poderes)

2.1.1.2.2 Función orgánica

La función orgánica consiste en la construcción de las estructuras básicas del sistema; es decir; es el conjunto de normas encargadas de establecer la estructura, las facultades, así como la competencia de cada órgano. Los órganos pueden ser clasificados bajo dos criterios:

- Criterio jerárquico: una de las formas en las cuales el sistema jurídico se organiza al interior de sí en jerarquías, las cuales se determinan por el nivel de independencia que el subsistema u órgano posea respecto del sistema. La independencia radica en la capacidad de decisión sobre sí que el subsistema posee. Por su jerarquía los órganos se clasifican en sistemas, subsistemas y sistemas adicionales.
- Criterio funcional: de acuerdo a las funciones que desempeñan los subsistemas u órganos al interior y al exterior del sistema se les clasifica por su función en: órganos producción, órganos flujo de información y órganos de control y vigilancia. Cabe mencionar que un órgano puede realizar varias de éstas funciones, sin embargo solo una función determina su naturaleza al interior del sistema.

A través de la aplicación de los criterios de clasificación antes mencionados es posible comprender la naturaleza, el funcionamiento, la estructura interna, así como las diversas relaciones que guardan entre si los diversos elementos que integran los órganos principales, estos son: legislativo, ejecutivo y judicial.

1. El órgano legislativo: es el principal órgano de producción de estructuras a nivel interno, así como el encargado de los procesos de reestructuración y de disminución de complejidad del sistema. Aunque por naturaleza es un órgano de producción, también realiza funciones de control, procesamiento y flujo de información.

2. El órgano judicial: es el órgano encargado de aplicar las estructuras creadas por el órgano de producción primario para dar solución a las reacciones anómalas del entorno; mediante este proceso se recaba información la cual es procesada y aplicada al entorno para obtener reacciones satisfactorias por parte del entorno; de antes mencionado se concluye que es un órgano de flujo de información por naturaleza sin embargo también realiza funciones de control y producción de estructuras.

3. El órgano ejecutivo o administrativo: es el órgano encargado de aplicar al entorno las estructuras creadas por el órgano de producción principal (legislativo) con el fin de producir una reacción en el entorno; ésta reacción es procesada y convertida en información. Por la función que desempeña al interior del sistema es por naturaleza un órgano de flujo de información al interior y al exterior del sistema; cabe mencionar que también realiza funciones de control y producción de estructuras

Hasta ahora solo se ha hecho un esbozo de los órganos representativos del sistema jurídico; los cuales serán analizados a detalle en los subsiguientes apartados. La función orgánica de la constitución consiste en la creación de la estructura primaria de los órganos primarios del sistema; en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en el Título III en sus Capítulos II, III y IV la estructura, la naturaleza, la competencia y las facultades de los órganos legislativo, ejecutivo y judicial.

2.1.1.2.2.3 Función procedimental

Un proceso es el “conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno natural o de una operación artificial”⁸²; en el interior del texto constitucional se encuentran

⁸² Diccionario de la lengua española, *op. cit.*

establecidos diversos procesos que tienen por finalidad la transformación y preservación del sistema jurídico, a ésta característica de la constitución se le denomina función procedimental.

Los procesos que se realizan al interior del sistema pueden en un momento dado afectar la estructura sistémica de manera general o regional. Cuando un proceso transforma las bases estructurales del sistema se le denomina proceso general; cuando el proceso afecta la totalidad de una región o una parte de le denomina proceso regional.

Por la función que desempeñan al interior del sistema, los procesos se clasifican en:

1. Procesos constitutivos: son aquellos que tiene por finalidad la renovación periódica de los miembros que constituyen los órganos principales del sistema, por ejemplo la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece las bases para los procesos de renovación de los órganos legislativos y ejecutivo, así como en sus artículos del 50 al 60 la forma en la cual el Congreso de la Unión ha de constituirse para su correcto funcionamiento.
2. Procesos productivos: la producción autopoietica consiste en la facultad que tiene el sistema de crear sus propias estructuras en base a sus necesidades y a la información que éste recibe del exterior a través de los procesos de producción jurídicos, los cuales son de tres clases: directos, indirectos y de asimilación:
 - Procesos directo: las normas constitucionales establecen los principios regentes del sistema jurídico; por su generalidad estos principios requieren ser desarrollados a través de normas jurídicas especiales para su correcta aplicación en el mundo fáctico. Estas normas especiales son

creadas a través del proceso legislativo establecido en la constitución, el cual es realizado por el órgano de producción primaria denominado órgano legislativo. El proceso legislativo es un proceso directo de producción, por la naturaleza del órgano que lo lleva a cabo, es decir, el órgano legislativo es el único encargado de la creación de las normas jurídicas en sentido estricto, por tal motivo el proceso ordinario de creación de elementos jurídicos le corresponde a éste órgano. En el caso del sistema jurídico mexicano en los artículos 71 y 72 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece el proceso de formación de leyes a partir de la iniciativa de ley presentada por los funcionarios públicos establecidos en el artículo 71 del mismo ordenamiento.

- Proceso indirecto: existen dos órganos de aplicación de las normas jurídicas: el órgano administrativo es el encargado de aplicar las normas jurídicas especiales para hacer de los ideales de la constitución una realidad y el órgano judicial es el encargado de la solución de las controversias que se suscitan en el mundo fáctico que pueden llegar a causar un desequilibrio del sistema. Los actos producto del cumplimiento de sus funciones son parte importante del sistema jurídico, debido a que constituyen la interpretación o aplicación de un precepto jurídico a una circunstancia particular con el fin de cumplir con los principios constitucionales. Cabe mencionar que los actos administrativos y resoluciones judiciales no solo cumplen la misma función de las normas jurídicas que rigen el actuar humano e institucional, sino que también complementan a la norma jurídica legislada al darle un carácter real.

- Proceso de asimilación: A lo largo de la historia mundial se puede observar que desde la antigüedad los pueblos del mundo se han relacionado entre sí de diferentes maneras y por diversas razones; esto

ha traído como consecuencia la creación de un derecho mundial capaz de regular el trato entre naciones, con miras a la unificación total del mundo a través de un solo derecho común; a éste fenómeno se le denomina globalización del derecho, el cual es realizado a través de las instituciones mundiales como la ONU, UNCITRAL, FMI, OEA entre otros; los procesos de asimilación, son diversos dos de los mas representativos son la adopción de leyes modelo y la firma de tratados internacionales. En el caso del sistema jurídico mexicano en el artículo 135 constitucional establece que los tratados firmados por el presidente y aprobados por el senado forman parte de las leyes que rigen al Estado mexicano.

3. Procesos de control: existen subsistemas denominados órganos de control, éstos cumplen con la función de evaluar el funcionamiento del sistema jurídico, con el fin de detectar cualquier anomalía; cuando se presenta al interior del sistema una anomalía el órgano de control inicia un proceso correctivo o de control. No existe una clasificación de los procesos correctivos por su función, debido a que éstas se encuentran determinada por las características particulares del sistema jurídico al cual se hace referencia.; en el caso particular del sistema jurídico mexicano encontramos el procesos establecido en el artículo 79 de la carta magna, el cual es realizado por la entidad de fiscalización superior de la federación, por otro lado tenemos el juicio político establecido en los artículos 109 y 110 del mismo ordenamiento. Aun cuando no exista una clasificación funcional de los procesos de control, éstos se pueden clasificar por la interacción con el entorno:

- Internos: solo corresponde a los procesos al interior del sistema que no tiene eficacia en el entorno.
- Externos: son los procesos encaminados a restablecer el status quo entre el sistema y el entorno.

Procesos de Reestructuración: éstos procesos son los que afectan de manera significativa a la estructura de los sistemas jurídicos; éstos cambios pueden darse por una reducción u aumento de complejidad del sistema, así como por la desintegración parcial o total del sistema hasta el punto que solo el núcleo de derecho natural subsista. Estos procesos serán abordados a detalle cuando se aborde el tema de entorno y procesos de información. Los procesos estructurales son causados por el impacto que cierta información exterior causa al interior del sistema;

2.1.3. Sistema jurídico y Estado

La constitución es la base estructural sistémica del sistema jurídico, así como el principio de orden del Estado; para comprender la doble función de la constitución es necesario ubicar al sistema jurídico al interior del sistema global denominado Estado, el cual es “una institución pública dotada de personalidad jurídica,”⁸³ constituida por tres subsistemas que le son esenciales: el territorio, el pueblo y el poder; en éste último se ubica el sistema jurídico como su manifestación mas importante, de ahí se concluye que los subsistemas restantes constituyen su entorno.

El poder es la capacidad de autodeterminación del pueblo como unidad; es decir, cuando todos los individuos de un pueblo tienen un objetivo común, el poder que reside en ellos como unidad se manifiesta en un acto dirigido a cumplir el objetivo planteado. La constitución es creada mediante un acto soberano para constituir un sistema jurídico capaz de garantizar el estado de bienestar integral;

⁸³ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, op. cit., p. 401

En la presente tesis se define al sistema jurídico nacional como el conjunto de normas, instituciones y actos jurídicos encargados de regular el actuar extrínseco de los miembros de un grupo social definido a través del establecimiento de parámetros de conducta y la implementación de medidas de coerción; con el fin de alcanzar un estado de bienestar social óptimo. En la presente definición establece los medios de acción del sistema en el entorno así como fin último del sistema jurídico nacional.

Se le denomina sistema jurídico nacional por que éste solo regula el actuar de un grupo social determinado constituido en nación; es decir que la definición de sistema jurídico mencionada en el párrafo anterior solo es aplicable a los estados nación; en el caso del derecho que rige la comunidad internacional se al sistema jurídico mundial como el conjunto de tratados, instituciones y actos de carácter internacional encargados de regular el actuar de los estados nacionales a través del establecimiento de tratados internacionales respaldados por las fuerza coercitiva de los estados miembros de la comunidad internacional; con el fin de alcanzar la armonía mundial fundada en la cooperación y el respeto entre los países que constituyen la comunidad; la presente definición se caracteriza por sus notable diferencia con la definición de sistema jurídico nacional en los medios de acción del sistema sobre el entorno así como en su fin último; cabe mencionar que en el apartado correspondiente el entorno del sistema se estudiara con mas detalle la definición de sistema mundial.

1. La obligación moral que el pueblo se impone a si mismo de observar las disposiciones jurídicas integrantes del sistema jurídico, esto bajo la convicción de que el sistema jurídico que han creado es el medio idóneo para alcanzar el bien común.
2. La facultad conferida por el pueblo para implementar de manera exclusiva actos coercitivos; es decir; el pueblo le delega al sistema la facultad de

ejercitar de manera exclusiva presión social sobre aquellos que contravengan las normas jurídicas establecidas por el sistema

La base estructural sistémica del sistema jurídico es la constitución, ésta establece en su contenido la composición, las facultades, así como las funciones de las instituciones u órganos esenciales que componen al sistema jurídico, dependiendo del tipo de Estado que la nación haya decidido constituirse.

El sistema jurídico se encuentra constituido por tres subsistemas u órganos esenciales a los cuales Montesquieu hace referencia en el siguiente pasaje su obra “del espíritu de las leyes”:

Hay en cada Estado tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de los asuntos que dependen del derecho de gentes y el poder ejecutivo de los que dependen del derecho civil.

Por el poder legislativo, el príncipe, o el magistrado, promulga leyes para cierto tiempo o para siempre, y enmienda o deroga las existentes. Por el segundo poder, dispone de la guerra y de la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos o juzga las diferencias entre particulares. Llamaremos a este poder judicial y al otro, simplemente, poder ejecutivo del Estado.⁸⁴

El principio de división de poderes consiste en la limitación del poder político a través de su partición entre lo órganos esenciales del Estado; sin embargo ésta concepción del principio no es del todo acertada; Ricardo Sepúlveda Iguíniz parte de la naturaleza indivisible del poder político para argumentar que son las funciones del poder político las que se delegan a los órganos del Estado.

De acuerdo con Sepúlveda el fin del principio de división de poderes no es limitar el poder político sino equilibrarlo; es decir “la división de los órganos, con la salvedad (...) de que lo que en realidad se divide son as funciones, es el medio, y el fin es el equilibrio. En el equilibrio se concreta el fin del principio que estamos

⁸⁴ MONTESQUIEU, “Del Espíritu de las Leyes”, Tomo I, 2ª ed., Gernika, 2001, p. 209

analizando, en aras de implantar un verdadero Estado de Derecho.”⁸⁵ Un Estado equilibrado es en donde sus órganos gozan del mismo prestigio e influencia; los casos en los cuales no se encuentra éste equilibrio son Estados dictatoriales en los cuales uno de los órganos somete a los demás.

Los órganos esenciales que integran el Estado son: órgano legislativo (órgano de producción primaria), órgano ejecutivo (órgano primario de aplicación de estructuras) y órgano Judicial (órgano primario de solución de controversias); en el caso del sistema jurídico mexicano ésta división de facultades se encuentra en el artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el cual establece:

Artículo 49. El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo en el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar.

Para concluir lo tendiente al núcleo sistémico; solo queda hacer la aclaración que los tres órganos esenciales del sistema jurídico se encuentran ubicados en la zona media y la línea de frontera.

⁸⁵ SEPÚLVEDA IGUÍNIZ, Ricardo, “Derecho parlamentario constitucional mexicano”, colección obras monográficas, Themis, México, 1999, p. 41

2.2. Zona Media

La información básica de construcción interna del sistema jurídico proviene del núcleo sistémico; sin embargo ésta no es suficiente para mantener la identidad del mismo frente al entorno de ahí la necesidad de otro tipo de información capaz de actualizarlo a partir de los cambios cognoscibles del entorno, con la finalidad de crear estructuras más eficaces.

Las estructuras que se encuentran en la zona media son las normas jurídicas, las cuales se encuentran organizadas en grupos denominados leyes; las cuales son creadas, modificadas o derogadas por el órgano de producción primario u órgano legislativo.

El órgano legislativo u órgano de producción primario es el encargado de crear, modificar o derogar las estructuras principales que constituyen la zona media, dicha facultad se encuentra previamente establecida en la base estructural sistémica (constitución). La función legislativa es aquella "...que radica en el parlamento, dicta la voluntad nacional que se expresa en normas generales, abstractas e impersonales..."⁸⁶ es decir; la función propia del órgano legislativo es la de crear los elementos necesarios para satisfacer las necesidades del pueblo; éstos elementos son las normas jurídicas que rigen al entorno próximo.

Antes se indicó que las características del sistema jurídico así como la estructura de sus elementos dependen del tipo de Estado al cual se hace referencia. El Estado mexicano es democrático y representativo, por tal motivo el órgano primario de producción del sistema jurídico debe ser un órgano colegiado en el cual estén representados los grupos mayoritarios así como los grupos minoritarios que constituyen la nación mexicana; de ahí que es indispensable

⁸⁶ BÁTIZ VÁZQUEZ, Bernardo, "Teoría del derecho parlamentario", Colección textos jurídicos universitarios, Oxford University Press, México, 1999, p.27

abordar el tema de la democracia representativa antes de entrar al tema de órgano primario de producción.

Democracia viene del vocablo griego (δημοκρατία) que significa literalmente “gobierno del pueblo”, de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, democracia es el “...predominio del pueblo en el gobierno político de un Estado.” Por el contrario, Giovanni Sartori considera que las definiciones nominales de la democracia distan de lo que realmente ésta es.

Sartori parte de que una definición de democracia debe de incluir tanto la definición prescrita como la definición descriptiva; es decir, lo que la democracia es y debería ser; sobre éste punto regresaremos mas adelante. La democracia como forma de Estado y de gobierno se puede definir desde tres tendencias diferentes:

1. Democracia política: establece una igualdad jurídica y política entre los miembros del Estado.
2. Democracia social: establece una igualdad de estatus social; es decir que se encuentra en contra de la división de clases.
3. Democracia económica: propugna por una repartición justa de la riqueza.

Estos tres tipos de democracia no son términos aislados, como aseguran las diversas corrientes políticas y jurídicas; sino son partes de una sola democracia; Sartori argumenta que las tres democracias se relacionan entre sí; considerando a la democracia política como la “condición necesaria de las otras. La democracia en sentido social /económico amplían y complementan la democracia en sentido político ... Entre ésta y las otras democracias, la diferencia es que la democracia política es supraordenada y condicionante, y las otras son subordinadas y condicionadas.”⁸⁷

⁸⁷ SARTORI, Giovanni, “¿Qué es la democracia?”, Ed. Taurus, México, 2003, pp. 27-28

El pueblo es un elemento fundamental en la definición de democracia; entendemos por pueblo a la unidad indivisible compuesta por la mayoría y las diversas minorías, cabe mencionar que las democracias son concebidas como gobiernos de mayorías; sin embargo su carácter democrático deviene de los límites que se impone así mismo; estos consisten en el respeto de los derechos y libertades de las minorías.

Para Sartori la legitimidad del gobierno democrático deviene de la voluntad general, es decir, todo poder es legítimo si éste deviene de la base, que es el pueblo; de ahí el autor italiano concluye lo siguiente: "...hay democracia cuando existe una sociedad abierta en la que la relación entre gobernantes y gobernados es entendida en el sentido de que el Estado está al servicio de los ciudadanos y no los ciudadanos al servicio del Estado, en la cual el gobierno existe para el pueblo y no viceversa."⁸⁸

Existen diversas definiciones de democracia las cuales varían de acuerdo al lugar, momento histórico, así como ideología; Sartori clasifica en dos grupos a las definiciones de democracia, éstas son:

- Definiciones fundamentales: estas responde a la cuestión ¿Qué es democracia? Éste tipo de definiciones son acordes con un concepción racional de democracia, de ahí que el concepto pueblo como ente soberano, del cual deviene la legitimidad del gobierno sea la base sobre la cual se construye la definición de democracia.
- Definiciones instrumentales: estas responden a la cuestión ¿Cómo funciona la democracia? Éste tipo de definiciones son de corte empirista; por lo que la base de la definición descansa en el modo de operación de la democracia; es posible observar como en éste tipo de definición el

⁸⁸ *Ibid.* p. 47

concepto pueblo sea sustituido por conceptos como partidos político, sistema de partidos, entre otros.

Los tipos de definiciones antes mencionados se basan en las corrientes ideológicas conocidas como racionalismo y empirismo; las democracias radicales que llevan al exceso éstos principios llegan a irracionalismos o pragmatismos extremos; esto tiene como consecuencia el colapso del sistema; por eso es necesario integrar ambos principios para alcanzar un gobierno democrático verdadero.

Desde un enfoque descriptivo la democracia es una realidad en ese tipo de gobiernos, sin embargo, desde una perspectiva prescriptiva la democracia debe de ser algo distintos a la realidad que viven los gobiernos democráticos. Los ideales democráticos sirven como parámetros de transformación de la realidad de las democracias; las posibilidades de que éstos incidan en el mundo fáctico radica en la moderación de su principio regente; por ésta razón entre mas exagerado sea el principio es menos posible su realización en el mundo fáctico; a este tipo de ideales se les denomina ideales de choque y asalto. Sartori establece la función de los ideales en los gobiernos democráticos es:

“El deber ser siempre es llamado a equilibrar al ser. De hecho, el ideal queda como parámetro del que se espera sirva para medir e impulsar a lo real hacia una mejoría. La diferencia es que ahora es necesaria una crítica constructiva (no destructiva). Lo que quiere decir que los ideales están para reconcebirse como ideales que no se limitan a reaccionar ante lo real, sino que interactúan con lo real.”⁸⁹

Los ideales democráticos son el factor dinámico que hace posible la interacción, evolución y equilibrio entre la definición descriptiva y la definición prescriptiva de democracia. Al hablar de la definición de democracia se hace alusión de manera forzosa a cuatro conceptos fundamentales: igualdad, y soberanía popular, autogobierno y representación.

⁸⁹ *Ibid.* p. 81

Uno de los principios de la democracia es la igualdad; ésta se define literalmente como la "conformidad de algo con otra cosa en naturaleza, forma, calidad o cantidad."⁹⁰; sin embargo, éste tipo de definición aplicada al ámbito político da cabida al argumento de "todos los hombres son iguales" el cual es fundamento de los sistemas dictatoriales; de ahí que la cuestión no es la igualdad de los seres humanos sino, preguntarnos en qué son iguales los seres humanos; conforme con el artículo 1° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el cual establece que: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros,"⁹¹ de acuerdo con el presente precepto normativo el ser humano no es igual a otro en su totalidad; sino en dignidad y derechos.

Hervada define a la dignidad humana como la "eminencia de ser que constituye al hombre como persona"⁹²; éste atributo de la persona humana constituye el núcleo de juridicidad del derecho natural, de ahí se concluye que el derecho natural es inherente a la persona humana, así como el respeto a éste derecho constituye una obligación natural. En conclusión la igualdad de los seres humanos radica en su condición de persona como núcleo de derechos y obligaciones naturales, los cuales son universales en un doble aspecto, "1° por ser igual en todos los hombres; 2° por ser un núcleo de orden jurídico que se extiende a todos los hombres y todos los pueblos, esto es, a toda la humanidad."⁹³

Existen dos tipos de soberanía a nivel sistémico, una interna y otra externa, a lo largo de la presente investigación solo se ha abordado la soberanía externa o soberanía popular; la cual reside es el pueblo; por lo que se refiere a la soberanía interna del sistema jurídico ésta es definida por Andrés Serra Rojas como

⁹⁰ Diccionario de la lengua española 22va. ed. (<http://buscon.rae.es/draeI/>)

⁹¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos (<http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>)

⁹² HERVADA, Javier, *op. cit.*, p.515

⁹³ *Ibid.* p. 537

...la cualidad específica de poder del Estado y consiste en el Derecho de mandar en última instancia en forma inapelable –*autodeterminación*-, o en hacerse obedecer en el territorio estatal, fijando las normas a las cuales circunscribe su actuación –*autolimitación* -, y afirmando su independencia respecto de los demás Estados, sin más límites que los que crea el derecho internacional...”⁹⁴

La diferencia entre estos dos tipos de soberanías radica es su magnitud; la soberanía popular es de poder ilimitado e intemporal debido a que el momento de su aparición y el tiempo de duración es incalculable; mientras que el poder soberano del Estado es limitado y con una temporalidad mas estable a la del primero.

La soberanía del Estado reside en los órganos esenciales del sistema jurídico; por ésta razón los actos o disposiciones que emanen de los órganos del sistema son obligatorias para el pueblo. De acuerdo con Sepúlveda “Tan soberano es el parlamento como cualquiera de los demás órganos, pues todos están coaligados al mismo fin.” De la presente cita se concluye que los órganos del sistema jurídico están dotados de mismo poder soberano; por tal motivo ninguno es superior, sino se encuentran en un estado de equilibrio; además dicho poder se encuentra limitado por sus fines; posteriormente volveremos sobre la función equilibrante de los principios de división en el órgano legislativo.

Es voluntad de un pueblo constituirse en una democracia a través del poder soberano que detenta; éste tipo de gobierno puede ser de dos tipos; directo o indirecto. La democracia directa o autogobierno se presenta en localidades de población reducida, por el contrario la democracia indirecta o representativa opera en las megalópolis.

⁹⁴ SERRA ROJAS, Andrés, “Teoría del Estado”, 11va. ed., PORRÚA. México, 1990, p. 408

El autogobierno de acuerdo con la Real academia española es “Facultad concedida a una colectividad o a un territorio para administrarse por sí mismo...”⁹⁵ Los diversos tipos de autogobierno se clasifican de acuerdo a su intensidad, la cual en un sentido espacial se encuentra en “relación inversa a la extensión a la que se aplica.”⁹⁶ Por esa razón la eficacia del autogobierno es mayor en localidades de población reducida. En un sentido temporal “la intensidad de un autogobierno está en relación inversa a la duración en que se aplica.”⁹⁷ De acuerdo con la presente cita la eficacia máxima de un autogobierno dura un lapso de tiempo breve, por ejemplo: En tiempos bélicos se presentan autogobiernos de corta duración. En conclusión un autogobierno es de imposible realización porque en las megalópolis de éstos tiempos no cumplen con las condiciones necesarias para su implementación.

El órgano legislativo como un cuerpo colegiado dotado de soberanía solo es posible en “un sistema democrático representativo; esto es, un sistema político en el que la titularidad de la soberanía la tiene el pueblo, y éste la ejerce por medio de sus representantes elegidos en comicios periódicos y respetados.”⁹⁸ La democracia indirecta o representativa permite a los gobernados resolver sus problemáticas a través de sus representantes; éstos por medio de la discusión y el consenso llegan a dar acuerdos, en los cuales se ponderan los problemas, así como las diversas afectaciones y posibles soluciones, para después dar un resultado óptimo. En palabras de Sartori “...los representantes hablan, discuten, negocian, intercambian concesiones recíprocas y están, por lo tanto, en condiciones de acordar soluciones con suma positiva (para sus representados)...”⁹⁹

La estructura del órgano legislativo varía de acuerdo al tipo de sistema jurídico nacional al cual se está haciendo referencia, por éste motivo en la

⁹⁵ Diccionario de la lengua española 22va. ed. (<http://buscon.rae.es/drae/>)

⁹⁶ SARTORI, Giovanni, *op. cit.*, p. 76

⁹⁷ *Ibid.* p. 77

⁹⁸ BÁTIZ VÁZQUEZ, Bernardo, *op. cit.*, p. 22.

⁹⁹ SARTORI, Giovanni, *op. cit.*, p.124

presente investigación no se abordara el tema correspondiente a la estructura del órgano legislativo, así como se hará una breve alusión de su marco normativo; sin embargo se abordará de manera extensa lo tendiente a la función sistémica de órgano legislativo y su relación con el sentido del sistemas jurídico.

Para concluir el presente apartado solo queda establecer que al conjunto de normas destinadas a regular su funcionamiento, así como los actos del órgano legislativo, se le denomina derecho parlamentario. Estas normas, de acuerdo con el pensamiento de Sepúlveda, se dividen en:

- Normas externas: creadas por el poder constituyente, a éstas se les denomina normas de derecho parlamentario de carácter constitucional.
- Normas internas: creadas por el propio órgano para regular su funcionamiento interno; en el caso particular del sistema jurídico mexicano las disposiciones jurídicas que rigen al Congreso de Unión se clasifican en:
 1. Ley Orgánica:
 2. Leyes ordinarias con disposiciones parlamentarias
 3. Reglamentos
 4. Acuerdos parlamentarios.

2.2.1. Órgano primario de producción (función legislativa)

Durkheim define a la función “como la relación entre una institución y las necesidades de un organismo social ... como la actividad por la que una institución contribuye al mantenimiento del organismo”¹⁰⁰ de acuerdo con la

¹⁰⁰ ABBAGNANO, Nicola, “Diccionario de Filosofía”, 4ta edición en español, Fondo de Cultura Económica, México, 2004, p. 516

presente definición, la función es la relación existente entre órgano o institución y el organismo; éste concepto tiene un doble sentido en la presente investigación; por que puede ser entendido como sistema jurídico o entorno; de ahí se concluye que la función principal del órgano legislativo consiste su relación con el sistema como órgano de producción y con el entorno como órgano rector.

La función legislativa como la actividad rectora derivada de la relación existente entre el sistema jurídico y la sociedad como parte del entorno. Vincenzo Ferrari considera como una de las funciones principales del Derecho a la orientación social; "...en el nivel social general, no es simplemente regla , sino orientación general de la conducta a través de la influencia ejercida recíprocamente por los miembros del grupo, mediante modelos, más o menos tipificados, coordinados o coordinables institucionalmente..."¹⁰¹ a partir de la presente definición se concluye que existe una interacción entre el órgano y el entorno a través de las reglas sociales implementadas por las instituciones y los gobernados; éste tema se abordará a detalle en los siguientes incisos.

El órgano de producción realiza diversas funciones al interior del sistema, aunque su función principal consiste en crear las estructuras que conocemos como leyes, cabe mencionar que también tiene la tarea de equilibrar el poder al interior del sistema, la cual es primordial para la estabilidad y conservación del sistema jurídico; el fundamento de ésta función se encuentra en el principio de división de poderes; éste no solo consiste en división de funciones del poder (ejecutiva, judicial y legislativa), sino también es un sistema de contrapesos.

El problema al cual se enfrentan la mayor parte de los sistemas jurídico nacionales es la incorrecta implementación del principio de división de poderes; esto trae como consecuencia la creación de regímenes absolutistas (presidencialista, imperialistas, dictatoriales, etc.) en los cuales es imposible la

¹⁰¹ FERRARI, Vincenzo, "Funciones del Derecho", Colección Universitaria, Editorial Debate Madrid, España. 1989, p. 111

existencia de un estado de derecho. Los órganos esenciales del sistema constan del mismo poder soberano; sin embargo para mantener dicha igualdad es necesario un sistema de contrapesos, capaces de crear canales de interacción entre los órganos, optimizando su funcionamiento, así como limitando algunas de sus atribuciones; en el caso de órgano legislativo, éste realiza dos funciones subordinadas a la función legislativa que fungen como medios equilibrantes:

- Función de control: consiste en ser un órgano capaz de fungir como un contrapeso con el poder ejecutivo a través de mecanismos de control encargados de limitar su libertad de acción; estos mecanismos varían de sistema a sistema, en el caso del sistema jurídico mexicano encontramos el juicio político, la facultad de exclusiva de la cámara de diputados de aprobar el presupuesto de egresos, así como de revisar la cuenta pública a través de entidad de fiscalización superior de la federación.
- Función de representación: consiste en la característica del órgano legislativo de ser “un poder colegiado, una asamblea que discute y toma determinaciones en nombre de los ciudadanos que, al no poder hacerlo directamente, eligen a sus representantes...” de acuerdo con la cita, al reconocer el pueblo a los miembros del órgano legislativo como representantes de sus intereses, todos los actos del órgano son legitimados; por ésta razón las disposiciones jurídicas emitidas por el órgano legislativo legitiman los actos de los demás órganos del sistema. Cabe mencionar que la legitimidad del órgano legislativo “deriva de la legalidad del origen (de los representantes del órgano legislativo), ya sea elección o designación.”

Las funciones de control restringen el actuar de los órganos de aplicación del derecho, en especial los del órgano ejecutivo; por lo cual concluye que en la medida que el sistema jurídico tenga un órgano legislativo eficiente el estado de derecho, la justicia social y el bien común pueden llegar a ser una realidad. En el

siguiente apartado se abordará lo tendiente a la función principal del órgano legislativo por antonomasia consistente en la creación de leyes como una forma de procesar el sentido.

La función legislativa consiste en una labor de deliberación realizada al interior de parlamento o asamblea; la cual contiene "...en su seno las inquietudes y aspiraciones de la comunidad, y que funja como filtro cribador, asegurando que las leyes que de él emanen (...) se adecuen a las características de la comunidad y responda a su intereses y necesidades."¹⁰²

El sistema jurídico se caracteriza por ser un sistema social dotado de sentido; éste es procesado por diversos órganos del sistema entre los que se destaca el órgano legislativo. El proceso legislativo es el medio por el cual el sistema jurídico procesa el sentido, esto tiene como consecuencia la creación nuevas estructuras, así como el aumento o en su defecto la disminución de complejidad en el sistema.

La función legislativa consiste en la capacidad del sistema de procesar el sentido a través del proceso legislativo; para poder comprender ésta característica propia de los de los sistemas sociales es necesario abordar el tema concerniente al sentido.

El sentido es "...el *medium* que permite la creación selectiva de todas las formas sociales (...) El sentido tiene una forma específica, cuyos dos lados realidad y posibilidad, o también actualidad y potencialidad."¹⁰³ En otras palabras el sentido es la infinidad de posibilidades de acción y referencia existentes en el horizonte, de ahí que la autorreferencia, así como la construcción de complejidad a través del mejoramiento de la coacción de la selección de estructuras.

¹⁰² SEPÚLVEDA IGUÍNIZ, Ricardo, *op. cit.*, p. 56

¹⁰³ CORSI, Giancarlo, et al. "Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann", Colección autores, textos y Temas, Ciencias Sociales Num. 9, Universidad Iberoamericana, A.C., México, 1996, p. 146

El sentido como infinidad de posibilidades de acción y de selección permite comprender al entorno como una forma de sentido a la cual se proyecta el sistema. Los sistemas de sentido como el jurídico son por naturaleza inestables, de ahí la necesidad constante de actualizarse a través del procesamiento del sentido, el cual consiste en la "...reforma continua de la diferencia constitutiva de sentido entre actualidad y posibilidad. Sentido es la actualización continua de posibilidades."¹⁰⁴ En otras palabras, el procesamiento de sentido consiste en la actualización constante de posibilidades diversas con el fin de tratar de mantener el núcleo de actualidad del sistema jurídico.

A continuación se ilustrara lo concerniente al sentido con el presente ejemplo: El racismo es un problema social capaz de desestabilizar al sistema jurídico; en la presente problemática el sentido se constituye como la multiplicidad de posibles soluciones a escoger por el sistema; una vez actualizada una de las diversas posibilidades se abre otro abanico posibilidades es decir que se reproduce el sentido; regresando al ejemplo; el sistema jurídico mexicano ante la problemática del racismo decide firmar y ratificar la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; éste acto trae como consecuencia el problema de la implementación del tratado en el sistema jurídico, de ahí que se abre otro horizonte de posibles soluciones a adoptar por el sistema.

En el párrafo anterior se hizo referencia al modo en el cual el sentido se reproduce a través de la actualización constante de las posibilidades; éste proceso de reproducción depende de la información adquirida por el sentido del sistema o del entorno, éste último es el caso del ejemplo planteado en el párrafo anterior, en el cual tenemos un acontecimiento (racismo) de naturaleza externa al sistema pero de afectación directa; todo suceso relevante para el sistema constituye información la cual es un factor esencial en la reproducción del sentido. En

¹⁰⁴ LUHMANN, Niklas, *op. cit.*, p. 85

términos de la teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann se denomina información:

“...a un acontecimiento que selecciona estadios del sistema. Esto es posible sólo mediante estructuras que limitan y preseleccionan las posibilidades. La información presupone estructura, pero no es en sí misma ninguna estructura, sino un acontecimiento que actualiza el uso de estructuras.”¹⁰⁵

Cuando la información es procesada por el sentido obliga al sistema a la reestructurar los procesos de selección en base a la información adquirida, así como la creación de nuevas estructuras, de ésta manera se presenta un aumento o disminución de complejidad; éste proceso permite la evolución del sistema jurídico. Regresando al caso práctico planteado; una vez procesada la información (Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial) el sistema se encuentra ante otro horizonte de posibilidades de reestructuración (reproducción de sentido) para poder asimilar la información adquirida, éste es el caso de la medida implementada desde el 2005 por la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal consistente en el programa permanente por la no discriminación; éste busca la creación de mecanismos y estrategias capaces de articular, así como vincular a los diversos grupos sociales con el fin de promocionar el derecho a la no discriminación de todas las personas que habitan o transitan en la Ciudad de México.

El procesamiento del sentido no es un proceso que llega a un resultado inevitable; en caso de que la posibilidad seleccionada por el sistema no sea la más adecuada, existe la posibilidad de la remisión a un sentido posterior; éste tipo de remisión aparece como un horizonte último denominado mundo; cuando éste es concebido como sentido puede ser experimentado en todas partes. En otras palabras el mundo es la unidad de la infinidad de sentidos posteriores a los cuales el sentido mismo se puede remitirse, de ahí se concluye que el mundo “es más que la suma de entendimiento de todas las posibilidades de las remisiones plenas

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 86

de sentido. No es sólo la suma, es la unidad de esas posibilidades, lo que quiere decir sobre todo que el horizonte de mundo de cada diferencia garantiza su propia unidad como diferencia.”¹⁰⁶

Anteriormente se indicó que el sentido se compone por la diferencia entre actualidad y horizonte de posibilidad, ésta cualidad del sentido permite diferenciar las posibilidades abiertas que componen el horizonte. En otras palabras, el sentido se compone de la diferencia entre actualidad y horizonte, sin embargo es posible seccionarlo en diferencias de posibilidades; a esta operación de sentido se le denomina descomposición de sentido en general; lo cual da como resultado las diferentes dimensiones de sentido.

Las dimensiones se encuentran interrelacionadas, aunque el sistema tiene la posibilidad de actuar o negar posibilidades de manera relativamente autónoma en cada una de las dimensiones; le presentan distintos horizontes de posibilidades. Las dimensiones de sentido son:

Dimensión objetiva: el horizonte de remisión de ésta dimensión se estructura en base a la diferencia entre la identidad de “esto” y la negación de lo “otro” en relación de “esto”. En el caso de los sistemas sociales la distinción se hace respecto de temas comunicables; de los cuales el observador determina lo que constituye el tema (interno, esto) y lo ajeno a éste (externo, otro); para ilustrar el presente argumento se compararan hechos violentos ocurridos en abril de 1990 en Ruanda y los ocurridos el 30 de abril de 1970 en Inglaterra, con el fin de identificar los actos racistas dentro de la dimensión material; para cumplir con este objetivo se parte de la definición de al racismo para delimitar materia del tema comunicable.

Racismo: 1. m. Exacerbación del sentido racial de un grupo étnico, especialmente cuando convive con otro u otros. 2. m. Doctrina antropológica o política basada en este

¹⁰⁶ *Ibid.* p. 89

sentimiento y que en ocasiones ha motivado la persecución de un grupo étnico considerado como inferior¹⁰⁷

De la presente definición se desprende que un acto racista es aquel realizado por un grupo étnico en contra de otros grupos considerados como inferiores; por lo tanto los hechos ocurridos en Ruanda fueron actos racistas implementados por el ejército, así como el grupo social hutu, por otro lado los sucesos violentos ocurridos el día 30 de enero de 1972 en Inglaterra no pueden ser calificados como racistas, por la inexistencia de un sentimiento de odio racial como motivación de los actos. Si aplicamos la diferencia interno/externo al los sistemas sociales se llega a la conclusión que todo lo interno a criterio del observador constituye el sistema y todo lo externo forma parte del entorno.

La Dimensión temporal: “para los sistemas de sentido, (el tiempo es) la interpretación de la realidad en relación con diferencia de entre pasado y futuro”¹⁰⁸ en donde el presente consistente en el lapso de tiempo que tarda un acontecimiento en ser irreversible. Existen dos tipos de presentes uno irreversible y otro reversible, en éste último es posible remitirse a un sentido anterior en el mismo periodo de tiempo siempre y cuando éste no se vuelva irreversible, ejemplo: las etapas del proceso civil constituyen un presente reversible, en donde es posible realizar diversas remisiones a las diferentes partes del proceso a través de distintos recursos procesales; sin embargo cuando se dicta sentencia definitiva el presente se torna irreversible acto seguido se convierte en pasado.

La Dimensión social: Luhmann concibe a la sociedad “como un sistema constituido únicamente por comunicación en donde las personas forman parte del medio en el cual se desenvuelve el sistema”¹⁰⁹ a partir del presente argumento es posible comprender a la dimensión social como un horizonte de posibilidades de remisión de la comunicación basado en las diversas perspectivas del alter y el

¹⁰⁷ Diccionario de la lengua española 22va. ed.

¹⁰⁸ LUHMANN, Niklas, *op. cit.*, p. 97 lo que está entre paréntesis es mío

¹⁰⁹ *cfr.* BECHMANN, Gotthard y STEHR Nico, “The legacy of Niklas Luhmann”, ITAS (Institute for Technology Assessment and System Analysis) publicación, Enero – Febrero, 2002.

ego. “En la dimensión social se articula una conexión de perspectivas que constituye el mundo como un mundo social: aquí es donde es posible observar puntos de vista distintos, selectividades diversas, experiencias ajenas, consensos y disensos”¹¹⁰

De la cita anterior tomaremos la diferencia entre disenso y consenso producto de las perspectivas producidas por la observación recíproca entre el alter y el ego como horizontes de la dimensión social para dar el presente ejemplo: Los acontecimientos bélicos ocurridos en de 1991 al 2001 en la región conocida anteriormente como Yugoslavia llevaron a la creación de un Tribunal penal internacional para el procesamiento de los crímenes de guerra ocurridos en esa región; dentro de los que destaca el genocidio practicado por los servios en contra de los croatas y musulmanes residentes en el territorio de Herzego vina. El genocidio es argumento por los grupos étnicos vejados por los integrantes de la milicia servia; sin embargo ésta información se contrapone contra los criterios del Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia; por que en algunos de sus fallos el delito de genocidio no se integra, caso concreto el fallo en el juicio de Tadi.

Tadi es acusado por los hechos violentos cometidos en los campos de concentración de Omarska y Keraterm, así como en las ciudades de Pijerot, Optina y Kozarac consistentes en homicidio, tratos inhumanos, destrucción de viviendas, deportación de no servios, persecución y torturas; éstos actos constituyen violaciones a la Convención de Ginebra de 1949, así como a las leyes y costumbres de guerra; cabe mencionar que estos crímenes se encuentra establecidos en los artículos 2, 3, 4, 5 y 7 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (Statute of the international Criminal Tribunal for the former Yugoslavia). De acuerdo con el fallo del tribunal el acusado fue encontrado culpable de diversos crímenes contra la humanidad; sin embargo, el tribunal no se pronuncio respecto del crimen de genocidio establecido en el

¹¹⁰ CORSI, Giancarlo, et al., op. cit., p.64

artículo 4 del estatuto; lo cual constituyen un disenso al interior de la dimensión social en donde la información emitida por el tribunal difiere con la opinión del grueso de la población que vivió los actos genocidas practicados en contra de los musulmanes y croatas residentes en Herzegovina.

Caso similar fue el ocurrido en Acteal; el día 22 de diciembre de 1997 45 personas pertenecientes al grupo étnico tzotzil fueron privadas de la vida de manera indiscriminada al interior de una iglesia; el hecho fue calificado por las autoridades jurisdiccionales en su momento, como un acto terrorista perpetrado por un grupo paramilitar a raíz de un conflicto político, sin embargo el grupo social afectado califica los hechos como genocidio en base a su adecuación con el tipo penal establecido en el 149 Bis del Código Penal Federal así como del artículo 2 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (de la cual México es parte). Partiendo del sistema concebido como un conjunto de comunicación y medios es posible observar en el presente ejemplo la disidencia de opinión al interior de la dimensión social producto de las diversas perspectivas que la integran.

Las dimensiones de sentido se encuentran interrelacionadas, sin embargo gozan de cierta autonomía debido a que un acontecimiento puede ser ubicado y actualizado de manera indistinta en cualquiera de las tres dimensiones de sentido; lo cual facilita la remisión y el procesamiento de la información adquirida por el sistema a través del sentido.

Anteriormente se estableció que el sistema jurídico es un sistema social bajo la teoría sistémica, éste se encuentra constituido por comunicación y medios, el cual se proyecta a su entorno. El sistema jurídico se caracteriza por estar dotado de sentido; ésta cualidad le permite mantenerse actual de manera continua.

Los sistemas sociales dotados de sentido como el jurídico son capaces de articular y diferenciar el sentido en las tres dimensiones antes mencionadas. El sentido es dentro de la teoría de los sistemas una categoría carente de diferencia constituido por la diferencia entre actualidad y posibilidad de acción lo cual le permite al sistema su evolución continua. El sentido se encuentra en constante movimiento debido a su naturaleza inestable; estos movimientos del sentido se caracterizan por su autonomía en "...función de posibilitar la adquisición y el procesamiento de la información..."¹¹¹ con el fin de formar nuevos elementos al interior del sistema. La información consiste en un acontecimiento ubicado en un lapso de tiempo determinado que delimita la entropía* del sistema; ésta información puede ser interna cuando proviene de las diversas operaciones y enlaces al interior del sistema, la información es externa cuando ésta constituye una influencia del exterior.

El sentido evoluciona por medio de la información adquirida, posibilitando de ésta manera distintos horizontes de posibilidades a actualizar, lo cual tiene como consecuencia la creación de diversas estructuras; el procesamiento de la información interna como externa es realizado por diversos órganos del sistema. En el caso del órgano legislativo el procesamiento de sentido (y por ende de información) se lleva a cabo en el proceso legislativo en sentido amplio; éste se encuentra constituido por la etapa de gestación al interior de las comisiones o proceso prelegislativo, y por el proceso legislativo en sentido estricto establecido en el texto constitucional.

Existen dos clases de proceso legislativo en sentido estricto; uno ordinario consistente en la modificación o creación de estructuras ordinarias (normas jurídicas en general) mientras que el extraordinario modifica la base estructural sistémica (constitución), causando una reestructuración significativa en el sistema

¹¹¹ LUHMANN, Niklas, *op. cit.*, p.86

* 1. f. Fís. Magnitud termodinámica que mide la parte no utilizable de la energía contenida en un sistema. 2. f. Fís. Medida del desorden de un sistema. 3. f. Inform. Medida de la incertidumbre existente ante un conjunto de mensajes, de los cuales se va a recibir uno solo.

jurídico. Cabe mencionar que el proceso prelegislativo es el mismo al interior de las comisiones de las cámaras parlamentarias.

Las comisiones son las encargadas de realizar los proyectos de creación o modificación de estructuras integrantes del sistema jurídico, así como de la reforma constitucional; aunque solo mediante el proceso legislativo en sentido estricto se legitima y adquieren los proyectos la calidad de estructuras o de reforma. En otras palabras la función legislativa como labor de deliberación realizada al interior del congreso consiste en la integración del proyecto como estructura al interior del sistema.

Antes de abordar a las comisiones encargadas de estudiar los problemas internos (información interna) como externos (información externa) del sistema jurídico, es necesario ubicarlas en la estructura sistémica del órgano legislativo.

El órgano legislativo del sistema jurídico mexicano es bicameral; esto significa que el parlamento se encuentra compuesto por dos cámaras; una de diputados y otras de senadores respectivamente. La cámara de diputados representa la soberanía nacional; ésta se encuentra compuesta por quinientos diputados, trescientos uninominales elegidos por mayoría relativa, y doscientos plurinominales elegidos por representación proporcional; por otro lado la cámara de senadores representa el pacto federal; ésta se encuentra integrada por 128 senadores, 64 elegidos por mayoría relativa, 32 para la primera minoría, y 32 por representación proporcional. La importancia del congreso no radica en el número de integrantes sino la información ahí procesada por el sentido para la legitimación de la modificación o creación de estructuras, así como la información producida al momento que el congreso empieza a deliberar.

Al interior de ambas cámaras existen comisiones; éstas “tienen por objeto el despacho de los diversos negocios y la realización de las funciones propias de la

institución representativa”¹¹²; el artículo 39 de la Ley Orgánica del Congreso General de Los Estados Unidos Mexicanos establece:

ARTICULO 39. 1. Las Comisiones son órganos constituidos por el Pleno, que a través de la elaboración de dictámenes, informes, opiniones o resoluciones, contribuyen a que la Cámara cumpla sus atribuciones constitucionales y legales.

Pedroza de la Llave establece que las comisiones se rigen por tres principios: proporcionalidad, pluralidad y oportunidad política. El principio de proporcionalidad consiste el número de miembros por fracción parlamentaria depende de la presencia que éstos tienen al interior de la cámara. El principio de pluralidad atiende la diversidad política al interior de la cámara, de ahí que todos los grupos parlamentarios deben estar representados al interior de la comisión; por otro lado, el principio de oportunidad política consiste en la oportunidad concedida por el grupo parlamentario mayoritario a la oposición de la preeminencia en las comisiones encargadas de legitimar las decisiones de gobierno. En el texto constitucional se encuentran previstas cinco comisiones al interior del Congreso de la Unión; éstas son:

- Comisiones bicamerales: son las comisiones integradas por miembros de de ambas cámaras (artículo 77 fracción II), por ejemplo la comisión de seguridad nacional, o la comisión de concordancia y pacificación.
- Comisión permanente: mientras el Congreso de la Unión se encuentra en receso se establece una comisión permanente para realizar algunas de las funciones del congreso; ésta comisión se encuentra compuesta por 19 diputados y 18 senadores, sus atribuciones se encuentran establecidas en el artículo 78 de la constitución.

¹¹² PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía, “El Congreso de la Unión, integración y regulación”, UNAM, México, 1997, p. 169

- Comisión de Investigación: éstas tiene la función de investigar el funcionamiento así como el desempeño de la Administración pública federal y paraestatal de acuerdo con lo establecido en el artículo 93 de la constitución.
- Comisión de Vigilancia: ésta tiene la función de supervisar el funcionamiento de la Contaduría Mayor de Hacienda, la cual tiene como función principal la de fiscalizar la gestión financiera de la Administración Pública Federal, en términos del artículo 74 fracción II de la constitución.

Existen distintos tipos de comisiones al interior de las Congreso de la Unión; Pedroza de la Llave establece los siguientes criterios de clasificación:

1. Por la forma de creación: se clasifican las comisiones en las creadas por ministerio de ley o por acuerdo de cámaras.
2. Por su permanencia: se clasifican en ordinarias, éstas se caracterizan por su duración indefinida, y en especiales, las cuales son creadas para un propósito específico; en cuanto éste es resuelto la comisión desaparece.
3. Por materia: las comisiones se clasifican en administrativas, gobierno cameral, funcionamiento interno, Investigación, jurisdicción, así como estudio y consultas respecto del régimen y prácticas parlamentarias.
4. Por el número de miembros: se clasifica en determinados e indeterminados.

El tipo de modificación o estructura sugerida por la comisión se encuentra determinada por la naturaleza de la información; ésta puede ser interna o externa dependiendo del emisor. La información interna es producto de la actividad al interior del sistema, ésta da como resultado modificaciones o estructuras encaminadas al mejoramiento del funcionamiento de diversos órganos y

estructuras sistémicas, caso concreto La Ley Federal de Procedimiento Administrativo tuvo por fin el estandarizar las actuaciones de la administración pública federal. La información externa es producto de la influencia que el exterior ejerce sobre el sistema la cual se presenta como una forma de “determinación para la autodeterminación”¹¹³ del sistema, por ejemplo: Existen organismos internacionales capaces de influenciar al sistema jurídico nacional; éste es el caso de las recomendaciones emitidas por Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, las cuales influyen en los futuros proyectos de reforma.

El desarrollo del procesamiento de la información a través del sentido se da al interior de las comisiones en cuatro etapas distintas éstas son: selección de información, determinación del problema, estructuración de la iniciativa y concretización de la iniciativa; para ilustrar éste proceso se tocara el tema de la aplicación de los derechos humanos en México, partiendo de la información externa emitida por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Selección de información: por lo regular la información llega al sistema en cúmulos amorfos, de ahí la necesidad de segmentar la información para después clasificarla. En el caso práctico a desarrollar se observa que la información externa proviene del Diagnóstico Sobre la Situación de los Derechos Humanos en México practicado en el 2003 por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la cual emitió 31 recomendaciones producto del diagnostico antes mencionado; de éstas recomendaciones solo se elegirá la primera recomendación de alcance general:

Reformar la constitución para incorporar el concepto de derechos humanos como eje fundamental de la misma, y reconocer a los tratados de derechos humanos una jerarquía superior a los ordenes normativos federal y locales, con el señalamiento expreso de que todos los poderes públicos se someterán a dicho ordenamiento internacional cuando

¹¹³ LUHMANN, Niklas, *op. cit.* p. 87

éste confiera mayor protección a las personas que la Constitución o los ordenamientos derivados de ella...¹¹⁴

Determinación del problema: una vez seleccionada la información es posible ubicarla dentro de la dimensión objetiva para poder identificar su identidad en base a la diferencia entre “esto y lo otro”; en el caso práctico a analizar es posible identificar como el tema central de la recomendación citada en el párrafo anterior a la elevación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos a un nivel constitucional. Una vez ubicado el tema a tratar es necesario situarlo dentro de la dimensión social con el fin de llegar a un consenso en el cual todos y cada uno de los integrantes de la comisión estén de acuerdo en que el tema de la elevación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos a un nivel constitucional es el problema a tratar; en el presente caso práctico es posible observar el consenso existente al interior de la comisión ordinaria de derechos humanos en la exposición de motivos de la iniciativa de reforma al artículo 1° constitucional publicada en la Gaceta Parlamentaria, año XI, número 2438-I, martes 5 de febrero de 2008 la cual establece:

Uno de los grandes temas universales, de innegable reconocimiento y aceptación, lo constituyen los derechos fundamentales (...) La presente iniciativa tiene como propósito esencial el reconocimiento sustantivo de los derechos fundamentales frente a diversas actuaciones de entes (públicos y) privados que pudieran incurrir en su afectación (...) Con lo anterior daríamos un paso significativo en la evolución del estado de derecho constitucional que nos lleve a garantizar jurisdiccionalmente los derechos fundamentales en México...¹¹⁵

Estructuración de la iniciativa: primero se traza la directriz del proyecto a partir del tipo de proceso legislativo en sentido estricto a realizar una vez concluido el proyecto de la posible iniciativa. Una vez sentada la base se procesa la información a través del sentido con el fin de obtener una posibilidad acción o

¹¹⁴ <http://www.hchr.org.mx/documentos/libros/31recomendaciones.pdf>

¹¹⁵ Gaceta Parlamentaria, año XI, número 2438-I, martes 5 de febrero de 2008. Lo que se encuentra en paréntesis en el texto de la tesis es mío

posible iniciativa; cabe mencionar que al interior de la comisión el sentido se encuentra restringido por una estructura propia del órgano de producción primaria denominada técnica legislativa; ésta es definida como “el conjunto de reglas para hacer bien una ley”¹¹⁶. Una vez estructurado el texto de la posible iniciativa debe de ser situado dentro de la dimensión social en donde será analizado y votado por los miembros de la comisión; es posible la no aceptación, lo cual tiene como resultado la no aceptación de la posibilidad, así como la remisión a un sentido posterior. En otras palabras la aceptación de la posibilidad depende del consenso al interior de la comisión en la dimensión social, la cual se encuentra constituida por 5 ideologías divididas en 25 perspectivas individuales. Una vez obtenido el consenso la posible iniciativa pasa a otro estado en el procesamiento del sentido encaminado a la formación de una modificación, estructura del sistema o reforma constitucional. En el ejemplo planteado la posible iniciativa quedó de la siguiente manera:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

...

Los derechos fundamentales son oponibles a todo acto u omisión de entes públicos y privados que lesione, restrinja, altere o amenace en cualquier medida a esta Constitución y a las disposiciones legales que emanen de ella, así como a los tratados internacionales celebrados en términos del artículo 133 constitucional.¹¹⁷

Concretización de la iniciativa: una vez estructurada la posible iniciativa esta sale de los atrios de discusión de la comisión para entrar discusión al interior de la cámara; en donde los diputados o senadores (dependiendo de la cámara en la cual se encuentre) la analizarán con el fin de aprobarla como iniciativa de ley o reforma, así como también están en la posibilidad de devolverla a la comisión con

¹¹⁶BÁTIZ VÁZQUEZ, Bernardo, *op. cit.*, p. 10

¹¹⁷ Gaceta Parlamentaria., *op. cit.* Lo que se encuentra en negritas constituye la iniciativa de reforma constitucional.

las observaciones pertinentes. Cabe mencionar que ésta es la última etapa del proceso prelegislativo

Concluido la etapa prelegislativa inicia procesos legislativos en sentido estricto, éste puede ser ordinario o extraordinario dependiendo de la directriz de la reforma. El proceso ordinario de acuerdo con el pensamiento de Pedroza de la Llave se divide en siete etapas:

Iniciativa: es el acto por el cual se somete a consideración de las cámaras integrantes del Congreso de la Unión un proyecto de ley o decreto. Los sujetos facultados para presentar una iniciativa se encuentran establecidos en el artículo 71 de la constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; estos son: el Presidente de la República, los senadores y diputados del Congreso de la Unión, as Legislaturas de los Estados, así como la Asamblea legislativa del Distrito Federal en términos del artículo 122, ase primera, fracción V, inciso ñ.

Discusión: la iniciativa presentada por la comisión ante el congreso es información contingente que presupone una estructura la cual es colocada en la dimensión social al interior del congreso; es aquí en donde mediante un debate se exponen las distintas perspectivas o posiciones a favor o en contra de la aceptación de la iniciativa, para después someter a votación la iniciativa lo cual ha de arrojar como resultado un disenso o un consenso. De acuerdo con los artículos del 95 al 134 del Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos la discusión inicia con la lectura de la iniciativa, acto seguido el presidente de la cámara elaborará una lista de aquellos a favor o en contra de la iniciativa, la cual será discutida primero en lo genera y después por artículo. Una vez discutido el proyecto se procederá a votar si el proyecto es aprobado, desechada o si han de ser discutidos en lo particular los artículos integrantes de la iniciativa; una vez hechas las observaciones pertinentes respecto de cada uno de los artículos por parte de los integrantes de la

cámara se procederá a votar por la devolución de la totalidad o parte de la iniciativa a la comisión.

Aprobación: es el acto por el cual la discusión sobre una iniciativa llega a su final en una decisión consensual a través de una votación nominal, en donde las cámaras aprueba o desechan en su totalidad o parcialmente una iniciativa; cabe mencionar que cuando una iniciativa es desechada por la cámara de origen ésta no pasa a la cámara revisora para su discusión; pero en el caso de ser aprobada es analizada y puesta a discusión en la cámara revisora, la cual dependiendo del resultado de la votación, así como del análisis, puede ser devuelta con las debidas observaciones a la cámara de origen o aprobada para ser sancionada por el ejecutivo.

Sanción: es el acto por el cual el poder ejecutivo sanciona una iniciativa aprobada por el Congreso de la Unión para convertirse en ley; éste proceso permite a la cabeza del órgano administrativo expresar su percepción respecto de la iniciativa dentro de diez días útiles se tiene por aprobada, o puede tener tres efectos: la posibilidad de regresar la iniciativa con las debidas observaciones, la aceptación de la iniciativa de ley, o el ejercicio de la facultad de veto del ejecutivo; es decir, que el ejecutivo puede desechar la iniciativa de manera total o parcial, lo cual tiene como consecuencia el regreso de la iniciativa a la cámara de origen para correcciones (remisión de sentido), discusión en la cámara de origen y en la revisora, para después sancionarla y promulgarla.

Promulgación: es el acto por el cual el ejecutivo reconoce formalmente que la ley ha sido aprobada en los términos establecidos en la constitución; mediante éste acto la iniciativa adquiere el carácter legal y por lo tanto de estructura del sistema jurídico con obligatoriedad para todos los gobernantes y gobernados.

Publicación: es el acto por el cual es dada a conocer mediante el Diario Oficial de la Federación el decreto de ley a los gobernados.

Entrada en vigencia: las leyes así como diversas disposiciones jurídicas surten efectos tres días después de su publicación en caso de que no se estipule la entrada en vigor en sus transitorios.

El proceso legislativo ordinario aumenta o disminuye la complejidad al interior del sistema, sea mediante la creación o modificación de estructuras o por la derogación de las mismas; esto trae como consecuencia la evolución del nivel de influencia del sistema jurídico sobre el entorno próximo (pueblo), así como un aumento controlado de complejidad.

A continuación se abordara el tema tendiente al proceso de reestructuración establecido en la constitución denominado proceso legislativo extraordinario o de reforma constitucional; el cual consiste en la modificación de la base estructural sistémica lo cual trae como consecuencia un proceso de reestructuración y reacomodo de la totalidad o de un sector determinado de las estructuras integrantes del sistema jurídico. El proceso de reforma constitucional determina la rigidez del sistema jurídico; el sistema jurídico mexicano tiene como base estructural sistémica una constitución rígida, la cual requiere de un proceso especial para ser reformada conforme al artículo 135 constitucional.

Artículo 135. La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados.

El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.

De acuerdo con el pensamiento de Pedroza de la Llave existe un constituyente permanente, el cual se encuentra constituido por el Congreso de la

Unión, las legislaturas de los estados, así como la Asamblea Legislativa del Distrito Federal; éste se encuentra facultado para modificar, adicionar o derogar disposiciones constitucionales; sin embargo no puede crear otra constitución así como derogar o modificar en perjuicio de los gobernados las garantías individuales establecidas en el texto constitucional.

Los sujetos facultados por la constitución para presentar una iniciativa de reforma constitucional de acuerdo con los artículos 71 y 122, base primera, fracción V, incisos son: el Presidente de la República, los Diputados y Senadores al Congreso de la Unión, las Legislaturas de los Estados, así como la Asamblea del Distrito Federal en los términos que señala la constitución.

La iniciativa para poder ser posicionada en la dimensión social al interior del Congreso de la Unión es necesaria en términos del artículo 63 constitucional la existencia de un quórum de mas de la mitad de los miembros de ambas cámaras; esto se traduce en la presencia de 251 diputados y 75 senadores.

Una vez presentada la iniciativa se procede la discusión al interior de la cámara de origen; ésta inicia con la elaboración de las listas de los diputados o senadores a favor o en contra de la iniciativa; acto seguido los creadores de la iniciativa harán una exposición sobre los motivos y fundamentos de la iniciativa de reforma constitucional, para después entrar en a la fase de discusión de la reforma; una vez que el presidente de la mesa directiva de la cámara considere suficientemente discutida la iniciativa se pasa a la votación.

La votación en términos del artículo 147 del Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, debe de ser nominal; para la aprobación de la iniciativa de reforma constitucional es necesario que se presente como resultado de la votación una mayoría especial consistente en dos terceras partes de los miembros presentes en la asamblea; posteriormente una vez aprobada la iniciativa de reforma por la cámara revisora es enviada a las

legislaturas de los estados para su aprobación; cabe mencionar que se requiere 2 terceras partes de las legislaturas locales para que la iniciativa de reforma constitucional sea aprobada, sancionada y promulgada.

El proceso legislativo es el encargado de darle dinamismo al sistema jurídico a través de creación, modificación de estructuras, así como de reformar la base estructural sistémica o constitucional con el fin de alcanzar una adecuación armónica al entorno próximo constituido por la sociedad. A continuación se abordará el tema tendiente a las normas jurídicas como estructuras básicas del sistema jurídico situadas en la zona media.

2.2.2. La norma jurídica

La zona media se encuentra constituida por el órgano de producción primario, así como por un conjunto de estructuras organizadas jerárquicamente denominadas normas jurídicas; éste tema fue abordado desde una perspectiva positivista en el primera capítulo; sin embargo en el presente inciso se desarrollara desde la óptica naturalista de Javier Hervada.

El concepto de norma jurídica ha sido equiparado al de ley por diversos teóricos del derecho; sin embargo ésta última es una especie de la primera. Por razones metodológicas se abordara primero el concepto norma como estructura básica del sistema jurídico y posteriormente el concepto de ley.

Dentro del pensamiento de Javier Hervada, la norma no es derecho, sino regla de derecho. En palabras de autor, “Si el derecho es la cosa justa, aquella cosa debida a su titular, la norma establece el estatuto del derecho...En pocas palabras, regula al derecho, es su regla.”¹¹⁸ Partiendo de ésta perspectiva la

¹¹⁸ HERVADA, Javier, *op. cit.*, p. 315

norma como regla que desempeña una doble función respecto del derecho; la de ser causa y medida

De la norma dimana el derecho, por ésta razón es causa del mismo; por ejemplo: de acuerdo con el artículo 19 de la Declaración universal de los derechos humanos en relación con el artículo 6° constitucional; todo individuo tiene derecho a la libre expresión y opinión. Las normas antes mencionadas establecen el derecho mas no son el derecho; éste último es la cosa jurídica o debida, la cual consiste en la libertad de expresión que es diversa al precepto que la establece o regula.

La norma jurídica es medida al establecer requisitos, presupuestos y condiciones para el ejercer el derecho, por ejemplo: en el artículo 17 de la Declaración de los Derechos Humanos establece el derecho a la propiedad así como la inviolabilidad arbitraria de la misma; en relación con el artículo 16 constitucional; éste derecho puede ser perturbado solamente mediante mandamiento escrito fundado y motivado emitido por autoridad competente; en el presente ejemplo se observa como el derecho la inviolabilidad de la propiedad presenta una excepción bajo las condiciones antes mencionadas.

De acuerdo con las funciones que la norma desempeña respecto del derecho; ésta puede ser constitutiva por originar, modificar y extinguir derechos; así como reguladora en tanto establece los parámetros de conducta de los miembros de la sociedad.

Previo a abordar el tema de la naturaleza jurídica de la norma es necesario partir de su definición, desde la perspectiva del derecho natural de Hervada "...la norma jurídica es la regla del derecho, o también...es el estatuto de derecho."¹¹⁹ Ésta definición no rompe con el paradigma propuesto en la presente investigación si de inicio se concibe al derecho como cosa diversa al sistema jurídico. De

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 321

acuerdo con el autor español el derecho es lo justo mientras que la norma es regla de derecho, por lo tanto el sistema jurídico es un conjunto de normas, actos e instituciones encargadas de regular el derecho.

De lo anteriormente expuesto se concluye que la naturaleza jurídica de la norma descansa en su facultad de ordenar y regular la vida social. En otras palabras "... toda norma jurídica es un factor estructural dinámico, con la función de ordenar y regular el sistema de relaciones que constituyen los elemento del ordenamiento jurídico."¹²⁰ A partir de éste argumento se concluye que el derecho entendido como lo justo es una proyección en el entorno del sistema jurídico, el cual se encuentra en constante evolución a través de los diversos procesos sistémicos realizados al interior, lo cual tiene como consecuencia un aumento en el nivel de control o regulación de la vida social por medio de sus instituciones así como por los mismos particulares.

El adjetivo jurídico que acompaña al concepto norma denota su pertenencia al sistema jurídico, así como al derecho; desde un perspectiva positivista el solo se le atribuye el adjetivo jurídico a las normas que regulan el actuar humano extrínseco a través de un mandato acompañado de una sanción; sin embargo desde la visión de Javier Hervada la juridicidad de la norma radica en su relación con el derecho, es decir, independiente de su origen sea privado o publico, mientras la norma sea regla de derecho tendrá la calidad jurídica.

A lo largo de la historia de la filosofía jurídica se ha debatido si la facultad ordenadora de la norma proviene de su origen racional o volitivo. Razón es la "guía autónoma del hombre en todos los campos en los que es posible una indagación o una investigación..." "facultad" propia del hombre..."¹²¹ Ésta se caracteriza por poseer una función cognoscitiva y otra inventiva, por medio de la primera el ser humano descubre el mundo fáctico mientras la segunda lo

¹²⁰ *Ibid.*, p. 328

¹²¹ ABBAGNANO, Nicola, *op. cit.*, p. 885

transforma; ambas funciones de la razón se encuentran limitadas por la realidad del mundo, de ahí la imposibilidad de conocer lo inexistente o transformar el cobre en oro, en conclusión lo fáctico no solo es el parámetro de referencia de la razón sino también de la norma como su producto. Hervada considera a la voluntad como una potencia indeterminada encaminada al bienestar personal; ésta se mueve por motivaciones, las cuales llevan al individuo a un estado de felicidad, el problema radica en los actos perniciosos causados por un erróneo direccionamiento de las motivaciones, en base a lo anterior se determina que la norma carece de valor alguno al ser considerada como producto, es decir, el hecho de ser una norma injusta o arbitraria no demérita su calidad de acto volitivo.

De acuerdo con el pensamiento de Hervada la norma jurídica no puede ser un acto volitivo libre del todo por encontrarse regulado por una norma racional. El actuar humano es una expresión del ser limitada por la realidad, éste discernimiento es realizado por la razón. La estructura del ser rige el actuar individual mediante reglas en sentido ontológico y moral, el primer grupo de reglas consiste en limitaciones naturales propias del ser humano atendiendo a su realidad objetiva, potencias y capacidades por ejemplo: el hombre no puede escalar por superficies lisas debido a que su estructura anatómica se lo impide. El segundo grupo consiste en las reglas morales las cuales pertenecen a un orden del deber ser; se caracterizan por ser potencias que requiere de una actualización para el perfeccionamiento del hombre de manera dinámica y progresiva.

La norma jurídica desempeña una función ordenadora y reguladora respecto del derecho, la cual algunos autores se la atribuyen a un acto de la voluntad; sin embargo Hervada sostiene que la función de orden y de regulación, son propias de la razón aunque la capacidad de elección pertenece a la voluntad. En otras palabras, "...pertenece a la voluntad de elegir la solución que se ha de practicar, pero la ordenación de los medios...pertenece a la razón."¹²²

¹²² HERVADA, Javier, *op. cit.*, p. 348

La obligatoriedad de la norma jurídica no proviene del la voluntad superior del gobernante, por ser contrario al principio de igualdad de los seres humanos en dignidad y derechos establecido por el derecho natural, a partir de éste argumento se observa el error de la corriente positivista al establecer la superioridad de los gobernantes sobre los gobernados por medio del poder que detentan; Hervada establece que la obligatoriedad de la norma jurídica se fundamenta en la relación jurídica entre el órgano de gobierno y el gobernado debido a:

Gobernar, estar dotado de poder, es la función propia de un órgano de la sociedad, que cumple un servicio, satisfaciendo una necesidad de la sociedad. Esto supuesto, gobernar, dirigir, dar normas no es una relación personal de superioridad o imposición, sino una relación jurídica de servicio (orgánica en el Estado de Derecho). Por lo tanto la obligatoriedad de la norma no emana de la voluntad del gobernante, sino de la relación jurídica entre el órgano dotado de facultades normativas y el cuerpo social.¹²³

La relación entre el órgano de gobierno con la sociedad se fundamenta en una situación jurídica de función y servicio la cual desde una perspectiva sistémica consiste en un canal de comunicación entre el sistema con el entorno próximo; de ahí la función es el conjunto de actividades atribuidas a un órgano sistémico respecto del propio sistema jurídico o del pueblo; en éste último caso la proyección de la función al exterior se traduce en un servicio al pueblo el cual se realiza a través de los órganos fronterizos (órgano administrativo y jurisdiccional), éste acto de aplicación produce un proceso de retroalimentación a partir de la reacción del entorno.

El origen de la norma es un acto humano calificado como jurídico; por lo tanto en su creación interviene la voluntad de la realización del acto diseccionado por la razón. La racionalidad de una norma se presenta en un doble aspecto; primero en cuanto es congruente con la realidad y segundo en su calidad de regla ésta se presenta como “razón rectificadora por la prudencia y el arte.”¹²⁴ Hervada

¹²³ *Ibid.*, p. 352

¹²⁴ *Ibid.*, p. 356

considera que la prudencia como un actuar humano conforme a su calidad de persona se distingue dos tipos de actos humanos, intransitivos y transitivos.

Se le denominan intransitivos a los actos internos objeto de la moral o la ética; por tal motivo son susceptibles de ser calificados como virtuosos o perniciosos para el perfeccionamiento personal del ser humano, es decir, éstos actos pueden degradar o mejorar al ser en la medida de su virtuosidad; por ejemplo: una persona realiza de manera consuetudinaria actos justos es considerada una persona virtuosa; sin embargo una persona que realiza actos perniciosos es calificada como mala, injusta, perversas o fatua. Los actos intransitivos son regulados por la prudencia como virtud perteneciente a la razón práctica, razón por la cual se enfoca en el actuar correcto del hombre en su calidad de persona.

Por otro lado se encuentra los denominados actos transitivos, éstos se encuentran encaminados a la transformación del entorno en el cual se sitúa el ser humano; éstos actos comenta el autor español son guiados por "...la razón práctica rectificadas por el hábito recto o arte..."¹²⁵ Éste grupo de actos se enfoca en el actuar correcto respecto del mundo real; es decir de la correcta técnica o arte.

La racionalidad de la norma se mide en relación al prudente actuar, así como a la técnica correcta. Hervada considera que la norma para ser calificada de racional debe de cumplir con los siguientes requisitos:

1. Ser conforme a la naturaleza humana: la norma debe de ser conforme al derecho natural; es decir, reconocer y respetar el derecho a ser inherente al hombre en su calidad de persona.
2. Ser conforme al bien común: el fin del derecho o cualquier otro sistema social es el perfeccionamiento cualitativo de la sociedad; de ahí que, la

¹²⁵ *Id*

norma es una ordenación de la sociedad al bien común. En otras palabras, “...toda norma jurídica debe acomodarse al bien común tomando su más alto significado, pues las normas, o son ordenaciones en función del bien común... o se subordinan a él”¹²⁶

3. Ser conforme a la realidad social: la adecuación a la realidad es uno de los parámetros de racionalidad de la norma; cabe mencionar que es a ésta a la cual la norma jurídica regula y estructura de acuerdo a sus fines.

Hervada considera que la norma jurídica pertenece a la razón práctica en tanto es regla ordenadora y estructuradora del actuar humano. Las normas jurídicas no son productos de un razonamiento especulativo, sino de la realidad objetiva, por lo tanto pertenecen al razonamiento práctico, de ahí que éstas sean concretas y variables de acuerdo con la evolución de la sociedad.

En caso de que una norma jurídica no cumpla con los requisitos de racionalidad antes mencionados se denomina irracional; éste tipo de normas son completamente arbitrarias y contrarias al bien común, así como al derecho natural en su mayoría. Cabe mencionar que los regímenes absolutistas se caracterizan por encontrarse constituidos por ésta clase de normas.

La norma como anteriormente se indicó es un acto volitivo, es decir, la manifestación de la voluntad de un sujeto capaz de originar y regular un derecho. En el ámbito del derecho público ésta función es atribuída a los órganos de gobierno por parte de la base estructural sistémica; en palabras de propio Hervada “...la autoría de la norma jurídica, en cuanto es causa del derecho, pertenece de suyo y esencialmente al dominio, tanto directo como eminente y, en consecuencia no es privada del poder público.”¹²⁷ de acuerdo con ésta cita la norma jurídica

¹²⁶ *Ibid.*, p. 358 - 359

¹²⁷ *Ibid.*, p. 374

también puede provenir de la autonomía privada en los términos que el sistema disponga.

El concepto norma jurídica engloba a las disposiciones producto del poder público y de la autonomía privada; de ahí que la diferencia entre ambas disposiciones radica en su autor así como en la naturaleza del acto volitivo originario. Un tipo de norma jurídica esencial para el sistema es la ley, ésta estructura sistémica se caracteriza por su origen público; es decir; por ser producto de un acto jurídico realizado por un órgano del poder público en ejercicio de sus facultades.

El concepto ley es definido por Hervada como “la regla o norma que ordena la vida social en función del bien común, procedente de la potestad pública propia de una sociedad de máximo rango... Por su índole de regla, la ley estructura la sociedad.”¹²⁸ De acuerdo con la presente cita la ley tiene la facultad de estructurar a la sociedad regulando su actuar extrínseco. Las conductas que son objeto de la ley se caracterizan por hacer referencia a actos y relaciones humanas que impactan directamente a la dimensión social,* Hervada, mediante éste último concepto hace referencia a los acontecimientos externos ajenos al ser humano en su calidad de individuo aislado del entorno; es decir, todo acto extrínseco que afecta a un sector o a la totalidad de la sociedad. De lo anteriormente expuesto se puede observar como la ley se encuentra vinculada directamente con el ente social al cual estructura a través de tres funciones fundamentales que realiza, estas son:

- Función constitutiva: consiste en la creación de instituciones al interior de la sociedad.
- Función organizativa: la ley crea y regula el funcionamiento de los órganos públicos encargados de aplicarlas.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 375

* Luhmann como anteriormente se mencionó en incisos anteriores le da una diferente connotación a la dimensión social.

- Función reguladora de conductas: por medio de ésta función la ley regula el actuar de los miembros de una sociedad a través de la prohibición o permisión de ciertas conductas de relevancia social.

El Estado fue creado por la sociedad como un medio para alcanzar el bien común; por lo tanto todo elemento del sistema jurídico se encuentra alineado a éste fin de ahí se concluye que la ley estructura a la sociedad en atención a la realidad fáctica sin perder de vista su fin esencial, de no ser así el sistema se vuelve pernicioso, injusto e inestable lo cual tiene como consecuencia su inevitable destrucción.

Como elemento del sistema jurídico la ley es de carácter general así como obligatoria para los miembros de la sociedad. La generalidad radica en el principio de igualdad social así como en la oposición a los privilegios de ahí que la ley se encuentra dirigida a la totalidad de la comunidad a la cual estructura. El fundamento de la obligatoriedad de la ley radica en la unión social natural, es decir, de la sociedad como un solo ente que tiene por fin el bien común de todos sus integrantes, por lo tanto al ser la ley un elemento del sistema jurídico orientado a la obtención del bien común de la sociedad, ésta se encuentra obligada a acatarla para así poder alcanzar su fin último. En palabras del autor español:

Ésta unión social natural tiene por objeto la obtención del bien común, que es la dimensión necesaria para la consecución de los fines naturales del hombre, los cuales constituyen un deber ser para toda persona humana...Como sea que la ley es un elemento necesario para la sociedad, por medio de la cual los hombres se ordenan al bien común, la obligación de tender al bien común se concreta en la obligación de cumplir la ley.¹²⁹

¹²⁹ *Ibid.*, p. 387

Para terminar el tema de la norma jurídica solo resta abordar de manera breve el tema de su aplicación en el entorno próximo; en la presente tesis las normas jurídicas se clasificarán por su aplicación en internas y externas. Las normas internas o constitutivas regulan la actividad del sistema jurídico al interior así como crean nuevas estructuras sistémicas. Las normas jurídicas externas se proyectan al entorno próximo con la finalidad de provocar una reacción la cual puede ser prevista o imprevista para el sistema; éste tipo de normas pueden ser de aplicación directa en el entorno o de contingente cumplimiento.

Las normas jurídicas de aplicación directa en el entorno se encuentran constituidas en su mayoría por proyectos de carácter administrativo encaminados a mejorar las condiciones de vida de la sociedad a través de los órganos administrativos, por ejemplo para cumplir con el artículo 4° constitucional en su párrafo quinto el gobierno federal implementa el programa de esquemas de financiamiento y subsidio federal para vivienda.

Las normas de contingente cumplimiento tiene dos efectos al exterior, el primero consiste en la posible erradicación de un mal social a través de la prohibición de ciertas conductas; por ejemplo la Ley general de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia; el segundo efecto consiste en la posibilidad de incumplimiento de la norma jurídica por parte de los órganos de gobierno o de los gobernados; esto tiene como consecuencia la aplicación de la norma a través de un órgano jurisdiccional o administrativo dependiendo de la naturaleza de la norma jurídica, el tipo de procesos sistémicos así como las circunstancias bajo las cuales se presenta la violación de la norma jurídica. Ambas consecuencias se basan en la reacción del grupo social ante la norma, la cual puede ser favorable o desfavorable; ésta reacción sirve de parámetro de acción para el sistema jurídico.

2.3. Línea de Frontera

El objetivo de la presente investigación es estructurar una nueva teoría de los sistemas jurídicos basada en el derecho natural así como en el pensamiento de Niklas Luhmann; desde una óptica vital; el sistema jurídico tiene por finalidad hacer del bien común una realidad, a través de la correcta aplicación del derecho natural que le es inherente al ser humano.

El sistema jurídico se caracteriza por ser autopoiético, así como autorreferencial, lo cual supone una cierta cerradura del sistema al entorno, sin embargo esto no implica un hermetismo sistémico, por que a través del proceso comunicación, se abre un canal indirecto de información con el entorno; otro tipo de forma de relación con el sistema con el entorno es la proyección sistémica al entorno consistente en la afección que causa el sistema al exterior.

La autorreferencia le permite al sistema diferenciar sus elementos y realizar sus operaciones básicas así como formarse una idea del entorno producto de la cerradura autorreferencial. En la “clausura autorreferencial: el entorno puede limitar o ampliar el ámbito de posibilidades operativas del sistema, pero esto no anula el hecho de que las operaciones sean producidas y conectadas mutuamente sólo por el sistema.”¹³⁰

La apertura sistémica tendría como resultado la destrucción del sistema jurídico a causa de la pérdida de identidad frente al entorno, por ésta razón la cerradura autorreferencial es indispensable para su existencia, sin embargo el sistema debe de mantener su dinamismo interno, de ahí la necesidad de adquirir información por medio del proceso indirecto denominado comunicación.

¹³⁰ CORSI, Giancarlo, et al. op. cit., p. 37

Para Luhmann la comunicación es un proceso sistémico dotado de sentido basado en la diferencia entre el alter y el ego, el cual se encuentra constituido por tres fases interdependientes de selección denominadas:

- Emisión: acto por el cual el alter le notifica al ego un cúmulo de datos. La capacidad de discernimiento del ego es importante en el proceso comunicativo debido a que esta le permite identificar los datos que constituyen información.
- Información: al cúmulo de datos transmitidos por el alter se les denomina mensaje el cual se encuentra integrado por acontecimiento no codificados que constituyen ruido, y por acontecimiento codificados considerados por el ego como información.
- Comprensión: es un proceso realizado por el ego, consistente en un primer momento en la diferenciación del medio de notificación del mensaje notificado, con el fin de poder realizar la selección de los acontecimientos considerados por el ego como información, para después seleccionar de entre las posibles alternativas de reacción ante el mensaje informativo.

El entorno es la única fuente inagotable de información diversa al sistema, éste último se refiere al exterior por medio de las remisiones de sentido realizadas dentro del proceso de comunicación. En otras palabras, "...toda comunicación que necesita energía e información permanece dependiente del entorno, y tampoco se puede negar que cada comunicación remite, a través de las relaciones de sentido, directa o indirectamente al entorno."¹³¹ Esto le permite al sistema aumentar su complejidad, así como previene su desintegración en el entorno.

La reacción del sistema producto de la actualización de una posibilidad del horizonte de probables acciones frente a la información adquirida se le denomina

¹³¹ LUHMANN, Niklas, *op. cit.*, p. 157

cambio de estado en el receptor. La respuesta ante el estímulo informativo puede ser interna o externa dependiendo del tipo de sistema al cual se haga referencia; en el caso del sistema jurídico la acción es ambivalente, por ejemplo: la carne que se importa a bajo precio, merma la economía de los ganaderos mexicanos; por lo consiguiente, el sistema jurídico ante ésta información establece una cuota compensatoria de 0.80 de dólares por kilogramo de carne. En el presente ejemplo es posible observar como ante un impulso informativo el actuar del sistema es interno al momento de establecer una norma consistente en una cuota compensatoria (reestructuración interna), ésta acción del sistema se proyecta al entorno de manera directa (proyección sistémica al entorno), constituyendo un beneficio para los productores mexicanos de carne.

El flujo de información al interior del sistema producto de las referencias al entorno en el proceso de comunicación es controlado por el sistema a través de las barreras de selección temática, así como de los límites de selección.

El sistema coordina la comunicación por medio de la selección temática, la cual es un proceso de discriminación de aportaciones externas basado en la relevancia de la información en el funcionamiento sistémico, es decir, que el sistema solo seleccionara las referencias al entorno que constituyan información útil para sus procesos de renovación y expansión. La selección temática en el sistema jurídico versa sobre acontecimientos causantes del desequilibrio sistémico se clasifican en:

1. Acontecimientos previstos: son hechos fácticos previstos en el contenido de las normas jurídicas, su valor informativo no radica en el acontecimiento en sí, sino en la circunstancia en la cual ocurrió, por ejemplo un motociclista de manera imprudente rebasa en una curva, causando un accidente automovilístico, así como su deceso; de acuerdo con el código penal federal en su artículo 302 el conductor de auto que impactó la motocicleta cometió el delito de homicidio, por haber privado de la vida al motociclista,

sin embargo la circunstancia bajo la cual se suscitaron los acontecimientos antes mencionados, de acuerdo con el artículo 15, fracción I del ordenamiento jurídico antes citado, es causa de exclusión del delito por la no intervención de la voluntad del conductor. En el presente ejemplo se observa como la circunstancia es información relevante para el accionar del sistema jurídico.

2. Acontecimientos no previsto: son embates del entorno no previstos en el cuerpo normativo que fungen como agentes de los procesos de reorganización, además de ser factores claves en el aumento o disminución de los gradientes de complejidad del sistema, por ejemplo: La crisis estructural en la base del sistema mundial tiene como consecuencia fenómenos contrarios al derecho natural como el terrorismo, el cual alcanzó su auge a partir de los diversos actos terroristas que se han suscitado desde el 11 de septiembre 2001, en consecuencia existe un estado inseguridad a nivel mundial, ésta situación afecta de manera directa al sistema jurídico mexicano produciendo un cambio de estado, el cual tuvo como consecuencia las diversas reformas en materia penal publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 28 de junio del 2007,¹³² de entre las que destaca la adición del delito de terrorismo al Código Penal Federal. De acuerdo con el presente ejemplo el terrorismo era un acontecimiento fáctico irrelevante para el sistema jurídico hasta el 2007 cuando fue calificado como información relevante para el sistema jurídico mexicano.

El otro medio de restricción de los flujos de información provenientes de las referencias al entorno en el proceso de comunicación son los límites; éstos se encuentran ubicados en la línea de frontera o periferia del sistema; su función es la de diferenciar al sistema del entorno a través de interrumpir la causalidad de las estructuras sistémicas con el entorno, por medio del proceso de selección

¹³² Cfr., Diario Oficial de la Federación, México, del 28 de junio del 2007 (http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf/CPF_ref94_28jun07.doc)

específica. Los límites del sistema se encuentran regulados por los órganos de aplicación estructural y de aplicación estructural controversial los cuales pueden actuar de manera individual o conjunta dependiendo de la naturaleza de la acción del entorno.

El órgano de aplicación estructural implementa en el entorno las normas del sistema, a través de sus diversas instituciones, con la finalidad de producir una reacción del entorno, por ejemplo la reforma energética propuesta por el sistema jurídico mexicano, busca el aumento de los ingresos provenientes PEMEX a través de la entrada del capital privado al sector público; del presente ejemplo se concluye que el sistema busca como efecto positivo el aumento del producto interno bruto a partir de la reforma antes mencionada, aunque existe la posibilidad de que la reacción del entorno sea en un sentido negativo respecto de la acción del sistema jurídico, lo cual constituye un factor de desequilibrio sistémico; ésta clase de controversias son resueltas por el órgano de aplicación estructural controversial o por el órgano de producción primario.

Los actos que influyen al exterior producto de la actividad del sistema se denominan proyección sistémica al entorno. El sistema aplica sus estructuras al entorno con el fin de producir una reacción. La naturaleza inestable del entorno hace impredecibles la respuesta ante este estímulo sistémico, sin embargo ésta situación no es del todo caótica gracias a los cálculos de probabilidades realizados por el sistema en base a su idea de el entorno.

El sistema jurídico prevé las reacciones del entorno a través de los cálculos de probabilidad realizados por los órganos ubicados en la línea de frontera. El tema de la probabilidad aplicada al la proyección sistémica al entorno es muy vasto, de ahí que, para los fines de la presente investigación solo se abordarán de manera somera dos formulas de probabilidad.

La probabilidad básica se calcula mediante la fórmula $P(A) = \text{Casos favorables} / \text{casos posibles}$, por ejemplo: Un oficial de policía le impone una multa a un conductor por exceso de velocidad, éste último puede pagar la multa (caso favorable), no pagar la multa o impugnar la multa (casos posibles), de acuerdo con la fórmula de Laplace $P(A) = 1 / 3 = 0.3333 = 33.3 \%$ de probabilidad de que el acontecimiento deseado por el sistema suceda.

La probabilidad condicionada se calcula mediante la fórmula $P(A | B) = [P(A \text{ y } B)] / [P(B)]$ la cual se traduce como la posibilidad de B dado que A sucedió, ésta es resultante de la división en las posibilidades de que A y B se presenten de manera simultánea, entre la posibilidad de que solo B suceda, por ejemplo: La expectativa del sistema jurídico mexicano al entrar en vigor el día 2 de febrero del 2007 la ley general de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia, era la disminución de las agresiones en contra de las mujeres $[P(A \text{ y } B)]$.

Siguiendo con el ejemplo del párrafo anterior, es probable que la violencia contra las mujeres continúe o aumente a pesar de la entrada en vigencia de la ley; de acuerdo con el INEGI (Instituto Nacional de Estadística y Geografía) en su Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares del 2006 arrojó como resultado que 67 de cada 100 mujeres entre 15 años y más ha padecido algún tipo de violencia, otro dato relevante fue la estadística a propósito del día internacional de la mujer, la cual en su apartado de muertes intencionales o por violencia arroja como resultado que en nueve entidades federativas hubo un aumento en homicidios de mujeres por encima de la nacional (2.4 homicidios por cada 100 mujeres de 10 años y más); de entre los que destacan el estado de Guerrero con 5.7 homicidios por cada 100 mujeres de 10 años y más¹³³; de los datos estadísticos citados se concluye que existe un alto nivel de probabilidades de que las expectativas del sistema respecto de la ley general de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia sean bajas.

¹³³ Cfr., http://www.generosaludreproductiva.salud.gob.mx/descargar/MUJER_2008_2_.pdf

La probabilidad se encuentra relacionada con la doble contingencia que se presenta en el sistema jurídico. De acuerdo con la teoría sistémica de Niklas Luhmann los sistemas de sentido como el jurídico presentan el problema de la contingencia, la cual indica la probabilidad de actualización de una posibilidad, así como los riesgos aparejados a la decisión. La observación recíproca del ego y alter en la dimensión social producen el problema de la doble contingencia, es decir, al desconocer el ego los procesos sistémicos del alter y viceversa, la contingencia así como los riesgos se duplican, produciendo dos horizontes de sentido diversos al interior de la dimensión social; esto causa un estado de incertidumbre en el ego y en el alter. Los datos obtenidos del problema de la doble contingencia; no solo permiten al sistema medir el grado de peligrosidad o de éxito en la actualización de una posibilidad, sino perfeccionar los parámetros de selección sistémica.

Una cantidad considerable de las respuestas del entorno ante los estímulos del sistema son predecibles gracias a la información adquirida por las diversas referencias al entorno que realizan los órganos de aplicación estructural; por ejemplo: El órgano administrativo determina a una mujer de 65 años su pensión de retiro partiendo del salario base de cotización; de acuerdo con los cálculos de probabilidad del sistema; existe un 50% de probabilidades de que el entorno accione; ésta respuesta externa es procesada por el propio sistema a través de sus órganos de aplicación estructural; éste proceso da como resultado la emisión de una norma particular denominada sentencia, la cual surte efectos al exterior del sistema. En los siguientes dos incisos se abordará de manera somera el tema correspondientes al órgano de aplicación estructural y al órgano de aplicación estructural controversial.

2.3.1. Órgano de aplicación estructural (función administrativa)

El órgano de aplicación estructural se encarga de realizar la función administrativa consistente en “la ejecución de los actos materiales o de actos que determinan situaciones jurídicas para casos individuales”¹³⁴ subordinados al orden jurídico. La validez de los actos administrativos radica en su concordancia con el derecho natural, los principios dogmáticos y orgánicos establecidos en la base estructural sistémica, así como de las normas jurídicas integrantes de la zona media. Las bases de la función administrativa de los órganos de aplicación estructural se encuentran establecidas en la base estructural sistémica del sistema jurídico mexicano en su artículo 89, fracción I.

Artículo 89. Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes:

- I. Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia.

De acuerdo con el artículo citado, el órgano de aplicación estructural se encuentra constituido por instituciones o sistemas adicionales encargados de observar y ejecutar las normas jurídicas emitidas por el órgano de producción primario o poder legislativo.

Los sistemas adicionales que integran al órgano de aplicación estructural se caracterizan por su carencia de libertad de acción y decisión limitada, es decir que se encuentran en una relación de dependencia respecto del órgano al cual se encuentran subordinados. De acuerdo con el artículo 90 constitucional los sistemas adicionales incluidos en el órgano de aplicación estructural se clasifican por su grado de independencia en:

¹³⁴ FRAGA, Gabino, “Derecho Administrativo”, 42va ed., PORRÚA, México, 2002, p. 63

- Centralizados: la centralización administrativa realizada por el ejecutivo consiste en la monopolización del poder de nombramiento, mando, vigilancia, disciplinario, de revisión y de resolución de conflictos de competencia; estos órganos subordinados se encuentran previstos en el artículo 1° de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.
- Descentralizados: la descentralización consiste, de acuerdo con el pensamiento de Jorge Fernández Ruiz, en "...transferir de un determinado centro de toma de decisiones, un conjunto de atribuciones, funciones, facultades actividades y recursos, a favor de entes,... que se hallan en una situación de cierta subordinación, mas no en una relación de jerarquía, respecto del centro"¹³⁵

Los sistemas adicionales del órgano de aplicación estructural ejecutan el derecho a través de los actos administrativos. En un sentido estricto el acto administrativo es "...la declaración unilateral de voluntad de un órgano del poder público en ejercicio de la función administrativa, con el efectos jurídicos directos respecto de casos individuales específicos."¹³⁶ Los actos administrativos se caracterizan por:

1. La presunción de legitimidad: consiste en la presunción de que el acto administrativo se produjo de acuerdo con las normas jurídicas que integran al sistema.
2. La ejecutoriedad: consiste en la facultad del órgano administrativo de hacer cumplir de manera coactiva y autónoma los actos administrativos.

¹³⁵ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, "Derecho Administrativo", Mc Graw- Hill, México, 1999, p. 35

¹³⁶ Ibid., p. 127

3. La impugnabilidad: es la facultad del sujeto pasivo de impugnar el acto administrativo por no cumplir con todos los requisitos de validez que establece la ley.

Los actos administrativos para ser válidos y surtir efectos positivos al exterior del sistema deben de cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 16 constitucional, así como los establecidos en el artículo 3° de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, estos se resumen en:

1. El sujeto: de acuerdo con el artículo 16 constitucional en su párrafo primero el acto administrativo debe de ser expedido por autoridad competente; éste precepto se encuentra relacionado con la fracción 1° del artículo 3° de la LFPA. El emisor del acto administrativo debe de encontrarse facultado por la ley para realizar esa función, debido a que de no ser así el acto resultaría inválido, causando inestabilidad al exterior del sistema.
2. La voluntad: el acto administrativo es una declaración unilateral de la voluntad; ésta debe de ser expresada de manera perceptible para el sujeto pasivo, así como en los términos que la ley establece. En las fracciones VIII, IX y XII del artículo 3° de la LFPA, en las cuales se establece que la manifestación unilateral de la voluntad no debe de mediar error respecto de la identificación del expediente, documentos o nombre completo de las personas, así como el objeto, motivo y fin del acto administrativo. En la emisión de la manifestación unilateral del órgano administrativo no debe de mediar dolo y violencia.
3. El objeto: de acuerdo con la fracción II del artículo 3° de la LFPA el objeto del acto administrativo debe de ser determinado, determinable así como posible y lícito.

4. El motivo: éste consiste en la valoración jurídica de los hechos fácticos que motivan a la autoridad administrativa a emitir el acto administrativo; éste motivo debe de ser expresado de manera puntual así como debe de estar relacionado con las norma jurídica aplicable al caso concreto.
5. El fin: de acuerdo con la fracción III del artículo 3° de la LFPA la finalidad del acto administrativo debe de ser el interés público establecido por las normas jurídicas, el cual de acuerdo a lo antes argumentado en la presente tesis, se traduce en el garantizar el cumplimiento del derecho natural y las normas integrantes del sistema jurídico, y en consecuencia, el bien común.
6. La forma: los requisitos formales del acto administrativo se encuentran establecidos en las fracciones IV, VII, X, XIII, XIV, XV y XVI en las cuales establece que en los actos administrativos debe de cumplirse con las siguientes especificaciones:
 - Constar por escrito.
 - Establecer el nombre así como estar firmado por la autoridad emisora.
 - Mencionar el órgano emisor del acto administrativo.
 - Señalar lugar y fecha de expedición
 - El acto administrativo debe de ser notificado así como establecer el lugar y expediente en el cual obra.
 - Mencionar el recurso por el cual el acto puede impugnarse

El órgano de aplicación estructural a través de sus diferentes sistemas adicionales aplica las normas jurídicas a través de actos administrativos, los cuales pueden ser recurribles en caso de no cumplir con los requisitos de validez antes mencionados. Los recursos administrativos funcionan como un filtro de información controversial; en caso que el órgano de aplicación no pueda resolver la controversia, ésta sale de su competencia para ser procesada por el órgano de aplicación estructural controversial o poder judicial.

2.3.2. Órgano de aplicación estructural controversial (función judicial)

El órgano de aplicación estructura controversial o poder judicial es el encargado de resolver los desequilibrios sistémicos producto de la actividad de los órganos administrativos, así como ciertos acontecimientos externos que afectan directamente la actividad del sistema.

EL fin de la función jurisdiccional es el dar solución a las diferentes controversias de carácter interno y externo; esto bajo un criterio imparcial y equitativo. Desde una perspectiva convencional la función jurisdiccional se define como la "...aplicación de normas jurídicas a casos concretos, aplicación que obliga a los particulares y puede hacerse efectiva aun contra su voluntad."¹³⁷ Ésta definición es incompleta debido a que solo abarca los acontecimientos provenientes del entorno, sin considerar los sucesos internos que hacen al sistema inestable; para completar ésta definición se hará alusión al pensamiento del Doctor en Derecho, Ignacio Burgoa, el cual considera al control constitucional como la parte de la función jurisdiccional encargada de estabilizar al sistema jurídico cuando se presente un desorden de carácter interno.

Al interior del sistema jurídico la función jurisdiccional se encarga de dar solución a los diversos tipos de incongruencia que pueden presentarse al interior del sistema, tal es el caso de las sentencias dictadas en los juicios de amparo contra leyes, éstas pueden declarar si una norma es contraria a la base estructural sistémica; En otras palabras dicha sentencia puede desconocer la existencia de una norma jurídica al declararla como invalida.

El otro aspecto de la función jurisdiccional es la aplicación de estructuras sistémicas al exterior cuando se presente un desorden externo, lo cuales pueden

¹³⁷ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *op. cit.*, p. 229

ser producto de la espontaneidad del entorno o de una reacción a la actividad sistémica en el exterior.

De lo anterior podemos concluir que existen ciertas estructuras sistémicas que pueden ser aplicadas al exterior del sistema jurídico, por medio de la proyección sistémica en el entorno y de los procesos de comunicación realizados por los órganos fronterizos; lo cual tiene como consecuencia un control de cierto campo de información externo. En atención a lo anteriormente expuesto es posible dividir al entorno en tres sectores o áreas de acuerdo con el grado de influencia que ejerce el sistema sobre cada una de estas áreas, las cuales son.

Entorno próximo: este sector se encuentra integrado por un territorio, así como por un grupo de personas de característica comunes determinadas por el lugar de nacimiento o su ascendencia; así como el lugar de residencia, en donde el grado de influencia del sistema es elevado. El ámbito espacial de aplicación de las estructuras del sistema se limita al territorio, sin embargo existen casos en los cuales es posible aplicar estructuras jurídicas nacionales en otros países, a través de diversos mecanismos de derecho internacionales.

Entorno medio: se encuentran constituido por los territorios, así como los grupos sociales sobre los cuales no tiene ingerencia el sistema jurídico; exceptuando en los casos que prevé el de derecho internacional privado o de derecho internacional público.

Entorno lejano: se encuentra constituido por las circunstancias futuras que son inciertas, así como por las que le son ajenas o irrelevantes para el sistema jurídico; de ahí que su grado de influencia sobre este sector del entorno es nulo.

En el presente apartado solo se abordará lo concerniente a la relación del entorno próximo con el órgano de aplicación estructural controversial. Anteriormente se hizo mención que el fin del sistema jurídico era alcanzar el bien

común a través de la creación de mecanismos jurídicos y políticos que garanticen el cumplimiento de los derechos naturales inherentes a la persona humana; de ahí que todo acontecimiento contrario a los fines antes expuestos es considerado por el sistema como causa de desequilibrio en el orden jurídico o sistémico.

El órgano de aplicación estructural controversial determina si un acontecimiento se adecua al tipo establecido en la norma jurídica; acto seguido, hace un análisis de las circunstancias; para así poder emitir una solución basada en los principios de justicia, igualdad y equidad, a ésta resolución de le denomina sentencia.

La sentencia es una norma particular al interior, pero el exterior tiene un efecto aun mayor, debido a que ésta moviliza no solo a las instituciones fronterizas encargadas de aplicar las estructuras del sistema en el entorno; también se encarga de controlar a los agentes sociales a través de la eficacia de las sanciones implementadas por el sistema.

El control externo del órgano de aplicación controversial consiste, en la creación y la conservación de la figura de autoridad del sistema jurídico en la conciencia colectiva del entorno, por medio de la aplicación eficaz de sus estructuras. En otras palabras, el grado de control que ejerce el sistema sobre su entorno próximo radica en la eficacia de las estructuras e instituciones, las cuales crean en la sociedad un ambiente de seguridad y confianza en que el sistema jurídico va garantizar el goce de sus derechos naturales.

La interacción del sistema jurídico con su entorno a través de los distintos procesos que realizan los órganos de aplicación estructural se abordaran con más detalle a lo largo del siguiente capítulo el cual engloba lo concerniente a la dinámica sistémica.

CAPÍTULO III

Dinámica sistémica

3.1. El Entorno

La diferencia sistema/entorno es la base de la teoría general de los sistemas de Niklas Luhmann; en el presente capítulo se abordará el tema concerniente al entorno del sistema jurídico, el cual no solo funge como fuente de información, sino que también como supuesto de existencia del sistema jurídico.

El entorno no solo rodea al sistema, sino que lo dota de identidad. En otras palabras, “el entorno es más bien una condición previa de la identidad del sistema ya que ésta es posible únicamente gracias a esa diferencia.”¹³⁸ Se concluye que éste es un presupuesto de existencia del sistema.

La información producida por el sistema es insuficiente para mantenerlo en un estado evolutivo óptimo, es decir; a partir de la información que posee el sistema, éste crea estructuras y enlaces, sin embargo, al no existir un flujo informativo constante proveniente del exterior que lo renueve e innove, se encuentra condenado a colapsarse por la falta de dinamismo.

Para que el sistema pueda mantener un ritmo evolutivo continuo es indispensable una relación con su entorno; ésta relación no puede ser directa, por que el sistema perdería identidad frente a su entorno, lo cual lo llevaría a una desintegración inminente; es por eso que los procesos de comunicación con el entorno son indirectos así como controlados por los límites.

¹³⁸ LUHMANN, Niklas, *op. cit.*, p. 188

El sistema tiene una percepción limitada y distorsionada del entorno, la cual se encuentra basada en suposiciones sustentadas en la poca información que posee. En otras palabras, las limitaciones informativas del sistema le permiten la creación modelos ideales de entorno para accionar al interior así como para proyectarse al exterior, bajo un esquema de doble contingencia.

Los modelos ideales creados por el sistema representan su exterior como algo caótico e impredecible, sin embargo el entorno es un ente lógico, regido por diversas leyes agrupadas en disciplinas científicas, las cuales son capaces de explicar la mayor parte de los acontecimientos del mundo; de ahí que el cúmulo de información que constituye al entorno es una magnitud indescriptible que sobrepasa la capacidad de control y entendimiento del sistema.

La capacidad de entendimiento de los sistemas radica en su complejidad; debido a que un sistema complejo como el sistema jurídico, es capaz de estructurar, ordenar, controlar y aplicar grandes cúmulos de información, no solo al interior, sino que también al exterior. El sistema puede mantener cierto control sobre los impulsos provenientes del exterior debido a su capacidad de comprensión del entorno; el control del sistema sobre el exterior consiste en la posibilidad de prevenir la respuesta del exterior ante un impulso sistémico.

El sistema solo puede ejercer control sobre ciertas áreas del entorno; las cuales pueden ser de mayor o menor magnitud, dependiendo de la capacidad de comprensión del sistema; estas áreas o sectores externos son:

El entorno lejano, es un área constituida por lo desconocido; de ahí que la comprensión sobre éste sector es nula así como su control; por ejemplo: son parte del entorno lejano los confines del universo son por ser desconocidos para el raciocinio humano, así como todo acontecimiento futuro de realización incierta.

El entorno medio es un área constituida por un horizonte conocido e imaginable por el sistema, sobre el cual no tiene ninguna clase de control; es decir, todos acontecimientos que presencia el sistema, sobre los cuales no tiene ninguna clase de dominio, ejemplo: la invasión Irak fue presenciada por el sistema jurídico mexicano, éste no podía intervenir, debido a que los acontecimientos se encontraban fuera de su ámbito de aplicación territorial, sin embargo todos estos sucesos afectaron de manera colateral al sistema global denominado Estado Unidos Mexicanos, con la caída de la bolsa de valores y el quiebre de la economía mundial.

El entorno próximo: se encuentra constituido por dos áreas sobre las cuales el sistema tiene un control o un grado elevado de influencia; éstas son el territorio y la población; estas dos áreas pertenecen al sistema global denominado Estado del cual el sistema jurídico es parte. Cabe mencionar que el territorio así como la población que reside en el, constituyen el campo de acción del derecho, de ahí que no se pueden desasociar o concebir de manera separada, mas que para fines didácticos.

A lo largo del presente capítulo se abordará lo tendiente a las áreas del entorno próximo, así como los distintos procesos de interacción entre el sistema y las áreas antes mencionadas.

3.1.1. Territorio

El territorio es considerado como el espacio sobre el cual el sistema jurídico ejerce cierta influencia; de ahí que la validez de sus estructuras se encuentra sujeta a ésta limitante. Para comprender como opera el sistema jurídico en su territorio es necesario abordar lo correspondiente a la proyección sistémica en el entorno; ésta se define como los acontecimientos que acaecen en el exterior, producto de los

procesos sistémicos. En otras palabras la proyección sistémica en el entorno es la actualización de las estructuras jurídicas en el exterior.

La proyección sistémica al entorno se encuentra restringida por el territorio; es decir, el alcance de las estructuras jurídicas se limita a un espacio territorial definido; es por eso que las normas pertenecientes al sistema jurídico mexicano no son aplicables fuera del territorio nacional, la mayoría de las veces, sin embargo conforme el derecho internacional y las organizaciones internacionales van tomando fuerza, los sistemas estatales, así como los jurídicos. amplían su ámbito de proyección a otros territorios extranjeros.

El territorio es un ente inanimado incapaz de comprender y actuar; estas dos características son indispensables para realizar cualquier proceso comunicativo, por tal motivo, el territorio solo puede concebirse como el límite, así como el campo de acción material de la proyección de los sistemas jurídicos y sociales.

El amplio conocimiento sobre el territorio que posee el sistema jurídico le permite establecer áreas territoriales de control, a través de la creación de subsistemas facultados para aplicar ciertas estructuras jurídicas, por ejemplo: En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en sus artículos 42 y 43 describe las partes que constituyen el territorio nacional; sobre estas demarcaciones territoriales el sistema jurídico federal establece subsistemas denominados gobiernos estatales para poder tener un mayor control sobre el territorio-

El territorio no solo funge como campo de aplicación de estructuras sistémicas, también es un límite estructural para el sistema; es decir, el sistema jurídico no puede aplicar estructuras ni crear subsistemas más allá de los límites físicos que le impone el territorio, con excepción de las acciones permisibles por el derecho internacional, de no ser así el sistema jurídico estaría invadiendo el

ámbito competencial de otro sistema causando un estado de desequilibrio interno y externo.

Para terminar con el presente apartado se abordará lo concerniente a la forma de interacción entre sistema jurídico y el territorio; ésta relación se basa en los principios de zonificación y aumento de complejidad. La zonificación consiste en la división de un territorio definido en diversas áreas de influencia sistémica o de control; a medida que estas áreas se van multiplicando la complejidad del sistema va en aumento de manera proporcional.

El control del sistema jurídico sobre las áreas de control sistémico se basa en los principios de zonificación, éste principio puede tomar diversos matices dependiendo del tipo de estado al que se haga alusión; Las demarcaciones territoriales que constituyen una federación son organismos descentralizados, los cuales garantizan de manera amplia, el goce y el ejercicio de los derechos naturales de los seres humanos que habitan en la federación.

De acuerdo con el artículo 40 de la constitución las entidades federativas son libres y soberanas, sin embargo diversos autores concuerdan en que solo son autónomas debido a que se encuentran supeditados al régimen jurídico federal; al respecto comenta el Doctor Burgoa, “no son soberanos, ni libres, ni independientes, sino simplemente autónomos, en cuanto que su orden jurídico no es condicionante de su régimen interior sino condicionado.”¹³⁹

Las entidades federativas para tener un mayor control sobre los habitantes y los recursos económicos que se sitúan en el territorio estatal; se divide en sistemas adicionales denominados municipios o delegaciones; En el sistema jurídico mexicano la base estructural y operativa de éstos sistemas adicionales se encuentra contemplada en el artículo 115 constitucional; en el cual en su primer párrafo establece el principio de zonificación a nivel estatal

¹³⁹ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *op. cit.*, p. 902

Artículo 115. Los Estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa el Municipio Libre, conforme a las bases siguientes:

...

Los municipios de acuerdo con la fracción II del artículo citado, gozan de personalidad jurídica propia así como libertad de disponer de su patrimonio; estos sistemas adicionales se rigen por la ley orgánica municipal que expide el estado al cual pertenece, sin embargo en el caso de los pueblos indígenas pueden regirse por sus usos y costumbres o derecho consuetudinario, lo cual pareciera una excepción a la lógica del sistema, sin embargo no lo es.

La zonificación del territorio en grupos humanos más pequeños abre el camino a la diversidad; es decir; al existir más grupos humanos dentro de un sistema produce un aumento de complejidad; de ahí que los sistemas jurídicos adicionales que rigen a los municipios son muy diversos.

Aunque los sistemas jurídicos adicionales son libres y autónomos se encuentran supeditados en lo que hace a su organización a las bases estructurales y de operación establecidas por la entidad federativa a la cual pertenecen, sin embargo existe el caso particular de los municipios con población indígena; a éstos sistemas adicionales son facultados por la base estructural sistémica para regirse por estructuras normativas autóctonas; lo cual no significa que dichos sistemas jurídicos adicionales sean antagónicos o ajenos a la estructura del sistema jurídico, por el contrario, dan muestra de la diversidad de estructuras que el sistema puede ser capaz de albergar y armonizar.

Los sistemas jurídicos adicionales que rigen a los pueblos indígenas solo se encuentran supeditados a las normas de derecho natural reconocidas por el sistema jurídico; por ejemplo: el artículo 2 de la constitución establece en su fracción II y III

Artículo 2o. La Nación Mexicana es única e indivisible.

...

II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.

III. Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones, en un marco que respete el pacto federal y la soberanía de los estados.

De acuerdo con este precepto normativo los pueblos indígenas pueden integrar órganos adicionales de aplicación estructural (órganos administrativos) diversos a los establecidos, así como normas y procedimientos jurídicos de patrones diferentes a los que establece el sistema jurídico federal y estatal; aunque estos sistemas adicionales parezcan antagónicos o ajenos al sistema, se encuentran armonizados dentro del sistema a través de diversas limitaciones; la primera la establece la fracción segunda del artículo 2° constitucional, en la cual establece que la limitante los sistemas normativos de los pueblos indígenas son el derecho natural y los principios constitucionales.

El artículo 2° es solo la base estructural que da cabida a leyes como, la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca, la cual reconoce en sus artículo 10 y 28 reconoce los sistemas normativos internos (sistemas jurídicos adicionales que regulan las comunidades indígenas), así como regula las materias que en su momento pueden reglamentar los pueblos indígenas, las cuales se encuentran en el Capítulo Quinto del mismo precepto.

De lo antes expuesto se concluye que la zonificación del territorio nacional en subsistemas y sistemas jurídicos adicionales no solo es una cuestión de control social, sino de diversificación de las estructuras en un marco armónico y real que

le permita al pueblo el pleno goce de sus derechos naturales, así como el acceso a un estado de bienestar social.

3.1.2. Pueblo

Algunos teóricos caen en el error de considerar a la población y al pueblo como sinónimos; la población es un termino cuantitativo que hace alusión al número de personas asentadas en un determinado territorio; mientras que el pueblo es un termino cualitativo que se refiere a un grupo de personas que construyen vínculos entre si, esto con el fin de crear un sistema social, político y jurídico que les permita alcanzar ciertos fines colectivos; es por eso que en la presente investigación se utilizará el término pueblo.

El pueblo es definido como un “cuerpo instituido por hombres unidos por voluntad singular o consentimiento general, en un vínculo de sociedad para auxiliarse solidariamente en orden a un fin político...unión espiritual que respeta la particularidad de quienes le forman.”¹⁴⁰ En otras palabras, el pueblo es un conjunto de seres humanos unidos por un vínculo cultural, que para alcanzar sus fines en común, se organizan bajo un régimen social, jurídico y político, respetando la individualidad de sus miembros.

Para poder comprender la forma en la que el sistema jurídico influye o toma control de ciertas áreas del pueblo, es necesario desglosar los elementos esenciales de éste sistema social; estos son: a) la persona humana, b) La comunicación personal y social y c) Los vínculos de cohesión social.

¹⁴⁰ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, María de la Luz, “Valores del Estado en el Pensamiento Político”, 2da., ed., Mc. Graw Hill, México, 1997, p. 221

La persona humana: el hombre como especie es definido por la Real Academia Española como el “ser animado racional, varón o mujer”; de acuerdo con ésta definición, el hombre en su estado de naturaleza es un mamífero vertebrado perteneciente a los primates; sin embargo se diferencia de los demás seres vivientes por su racionalidad; ésta cualidad propia del género humano es el fundamento de la personalidad humana; es decir, la calidad de persona de los seres humanos proviene de su racionalidad.

El hombre visto como un ser racional es persona; la cual es definida desde una perspectiva positiva, como “el hombre en toda su plenitud, considerado como un ser dotado de voluntad y al mismo tiempo como destinatario de las disposiciones legislativas.”¹⁴¹ Desde la óptica del positivismo, la persona humana es un ente volitivo detentador de derechos, así como sujeto de la aplicación del derecho; de acuerdo con la definición en comento; la persona humana es el medio para que el derecho tenga existencia material; ésta percepción niega a la persona como principio y fin último del derecho. Desde la perspectiva del derecho natural la persona es origen del sistema jurídico; al respecto Hervada comenta que “... del ser personal de nuestro universo no se puede dejar de predicar la juridicidad, por que es una dimensión inherente a él: toda persona tiene necesariamente la dimensión de juridicidad.”¹⁴²

La juridicidad de la persona radica en su propia naturaleza, la cuestión es, ¿que de la naturaleza humana hace al hombre, persona humana?. Boecio define a la persona como un “ser individual de naturaleza racional.”¹⁴³ De la presente, es posible vislumbrar que la persona tiene dos atributos importantes: individualidad y racionalidad.

La individualidad de la persona humana radica en su propia naturaleza y en su singularidad.

¹⁴¹ GALINDO GARFIAS, Ignacio, “Derecho Civil”, 9na ed., PORRÚA, México, 1989, p. 301

¹⁴² HERVADA, Javier, *op. cit.*, p. 425

¹⁴³ *Ibid*, p. 433

Para Hervada, la naturaleza humana inherente a la persona es “...lo universal y común del hombre, aquello que es propio de la especie humana.” Es decir, la naturaleza humana se encuentra constituida por todos los atributos naturales y espirituales que nos identifican como seres humanos y diferencian de los demás seres vivientes.

Algunos de los derechos inherentes a la persona se originan en su naturaleza humana, por ejemplo: el artículo 1° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”¹⁴⁴ De acuerdo con el presente artículo los seres humanos son iguales, por el hecho de pertenecer a la misma especie; es decir; el principio de igualdad de los seres humanos radica en el factor biológico conocido como genoma humano, el cual unifica a la especie humana, así como dota de identidad e individualidad a cada uno de sus miembros; lo antes expuesto se encuentra establecido en el artículo 1° de la Declaración Universal Sobre el Genoma Humano, ésta establece que “El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad. En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad”¹⁴⁵

La naturaleza se encuentra constituida por todas las características comunes de los seres humanos, mientras que lo atribuible a la persona como ser individual consiste en todas aquellas características materiales y espirituales que lo diferencia de sus congéneres.

Las características materiales y espirituales que hacen del hombre (en lo individual) un ser único e irrepetible, enriquecen, diversifican e impulsan el

¹⁴⁴ Declaración Universal de los Derechos Humanos, <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

¹⁴⁵ Declaración Universal Sobre el Genoma Humano, http://portal.unesco.org/shs/en/files/2516/10596645521_declaration_espagnol.pdf/declaration%2B-%2Bespagnol.pdf

desarrollo de la humanidad; sin embargo a lo largo de la intrincada historia de la especie humana, han existido diversas ideologías necrófilas, fundadas en la exaltación o menosprecio de algunas características materiales o espirituales de ciertos grupos humanos; éste tipo de patología social ha causado la muerte de millones de seres humanos; tal es el caso del genocidio de la ex Yugoslavia o en Ruanda.

Las características que diferencian a los seres humanos son de diversos tipos; el primer párrafo del artículo 2° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que “1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.”¹⁴⁶ Las diferencias enunciadas en el presente artículo se clasifican en dos grupos principales; materiales y espirituales.

Las diferencias materiales son las características fisonómicas que hacen de la persona humana un ser único e irreplicable, por ejemplo, la raza, el color o el sexo; mientras que las diferencias espirituales son producto del desarrollo y evolución del alma¹⁴⁷ humana; este es el caso de la religión, la opinión política y el idioma. Las diferencias no deben ser motivo de exterminio o segregación de grupos humanos, por el contrario deben de ser causa de enriquecimiento espiritual así como intelectual.

El principio de igualdad entre los seres humanos se complementa con el derecho a la diferencia; porque, a pesar de las diferencias que presentan entre si los seres humanos; éstos son seres iguales en dignidad y derechos; de ahí que, toda forma de discriminación, sea material o ideológica – espiritual es violatoria de la dignidad humana así como de los derechos que de ella dimanar.

¹⁴⁶ Declaración Universal de los Derechos Humanos, *op. cit.* (lo subrayado es mío)

¹⁴⁷ EL alma humana se encuentra compuesta por la racionalidad, los sentimientos así como el vínculo que une al espíritu humano con Dios y el Universo.

Se entiende por discriminación material todos aquellos actos encaminados a la degradación de un grupo humano basada en sus diferencias físicas; éste es el caso de la discriminación racial, la cual en términos del párrafo primero del artículo 1° de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial “1. En la presente Convención la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.”¹⁴⁸

Los actos discriminatorios no siempre son prácticas evidentes; por lo regular son cuestiones sutiles encaminadas a la negación o anulación de la dignidad de un grupo social definido: por ejemplo: la expresión “María” tiene una connotación racista encaminada a la denigración de la mujer indígena; de ahí que los actos de discriminación no necesariamente tiene que ser genocidios o prácticas de *apartheid*.

La naturaleza se encuentra constituida por todo aquello que identifica a las personas como seres humanos; mientras que lo atribuible a la persona humana como ser singular; son todas aquellas características materiales y espirituales que lo diferencian.

Las diferencias ideológicas-espirituales que individualizan al ser humano provienen de una característica propia de su naturaleza denominada racionalidad;

¹⁴⁸ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cerd.htm>

en éste atributo del ser reside la dignidad de la de la persona humana así como su juridicidad; por lo tanto es la naturaleza racional hace al ser humano persona.

Hervada considera que la racionalidad, sitúa al hombre en un orden de ser superior, respecto de los demás seres que viven en el planeta. En palabras del autor, la diferencia del orden del ser consiste en que “no hay continuidad de grado de perfección entre el animal y el hombre, sino un salto cualitativo, un abismo. Justamente por eso el hombre es y se llama con propiedad persona.”¹⁴⁹

De la racionalidad humana se desprende la incomunicabilidad de la apersona; la cual consiste en la capacidad de la persona de afirmar su individualidad e identidad frente al otro. En otras palabras; desde una perspectiva sistémica, la incomunicabilidad de la persona es una cerradura autorreferencial que delimita así como individualiza al ser frente al entorno.

La incomunicabilidad de la persona humana no solo constituye a la persona humana como un sistema psíquico autorreferencial; sino que también la sitúa en una posición eminente en el esquema universal, o como dice Hervada en una trascendencia ontológica.

La naturaleza racional del ser humano, sitúa a la persona por encima de los estándares naturales, por lo tanto se afirma que la dignidad de la persona devine de su racionalidad; Gregorio Peces – Barba Martínez define la dignidad de la persona como “...una construcción de la filosofía para expresar el valor intrínseco de la persona derivado de una serie de rasgos de identificación que la hacen única e irrepetible, que es el centro del mundo y que está centrada en el mundo”¹⁵⁰

La dignidad de la persona no solo es el origen de los deberes y derechos naturales; sino es también el presupuesto de validez del sistema jurídico.

¹⁴⁹HERVADA, Javier, *op. cit.*, p.438

¹⁵⁰

Cabe mencionar que el concepto de definición humana se ha ido construyendo conforme ha evolucionado la conciencia de lo humano ¹⁵¹, por ejemplo: antes solo se consideraba como persona a los seres humanos libres de ciertas características raciales; hoy en día, todo ser humano es considerado persona; independientemente de su posición social, sexo o raza.

La especie humana se encuentra en evolución constante, de ahí que la dignidad de la persona sea un concepto dinámico, ilimitable e intangible; esto último quiere decir, que no es un bien jurídico definido o concreto, aunque es posible determinar algunos de sus elementos ex negativo, por ejemplo: La palabra “indio” se usa como un despreciativo alusivo al rechazo y menosprecio que se tiene de las etnias indígenas; por lo tanto ese tipo de prácticas son violatorias de la dignidad humana por que anulan de manera indirecta a los indígenas.

En el sistema jurídico mexicano se ha confundido el concepto de dignidad de la persona humana con el derecho a la no discriminación, tal como lo establece el artículo 206 del Código Penal para el Distrito Federal:

El problema dogmático no solo consiste en la confusión entre derecho a la no discriminación y la dignidad de la persona humana, también en el homologar a un concepto fundamental con un término derivado como lo es el derecho a la no discriminación.

En los sistemas de corte positivista, la dignidad de la persona humana se infiere de ciertos derechos básicos como lo es: el derecho a la vida, la libertad, la no discriminación, la igualdad, la libertad de expresión, así como la libre asociación entre otros, lo cual niega el carácter fundamental de la dignidad humana como principio generador de dichos derechos; al respecto comenta

¹⁵¹ Es la conceptualización que el ser humano hace de si mismo; definiéndose como un ser histórico, que ha pasado por diversos procesos evolutivos en el ámbito biológico, espiritual, social e intelectual. Cabe mencionar que ésta es una percepción holística e integral del ser.

Ignacio Gutiérrez "...de este modo se pone en relieve la limitada potencialidad sistematizadora que la dignidad despliega en nuestro ordenamiento, su incapacidad para servir como reducto último de garantía del individuo más allá del análisis fragmentario que los singulares derechos facilitan."¹⁵² De acuerdo con la presente cita, el problema de los sistemas tradicionales es el no incorporar dentro del cuerpo normativo al principio de dignidad de la persona, así como no considerarlo como un principio general del derecho; necesario para la integración del derecho a través de la función jurisdiccional.

La dignidad de la persona humana, así como los derechos que de ésta dimanar, se encuentran limitados por su propia naturaleza social. En otras palabras, los derechos y deberes inherentes a la persona producto de su dignidad, son limitados, así como condicionados por la sociabilidad de la persona.

La sociabilidad humana deviene de la naturaleza racional de la persona; ésta no es una capacidad dada como lo son los instintos; sino que se va desarrollando conforme el individuo toma conciencia de los otros que se encuentran en el espacio circundante, así como crea lazos o vínculos de interdependencia.

Dentro de la definición filosófica de persona se ha ubicado el centro de juridicidad de la persona humana; sin embargo falta la definición jurídica de persona, la cual se encuentra incluida en la definición filosófica; atendiendo a éste principio de subordinación, Hervada define a la persona en un sentido jurídico como "como sujeto de relaciones jurídicas."¹⁵³ De acuerdo con lo antes expuesto la primera relación jurídica de la persona surge de su sociabilidad, posteriormente se le puede ubicar como sujeto de derechos y obligaciones reconocidas por el orden jurídico; y demás posibilidades que puedan surgir.

¹⁵² Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio, "Dignidad de la persona y derechos fundamentales", Marcial Pons, Ediciones Jurídica y Sociales, S.A., España, 2005, p. 194

¹⁵³ HERVADA, Javier, *op. cit.*, p. 468

b) La Comunicación personal y social: la sociabilidad de la persona como antes se indicó es la capacidad de entablar relaciones con los otros; desde una perspectiva sistémica la persona se constituye en un sistema autorreferencial, este se comunica con los demás sistemas en el entorno circundante con el fin de crear vínculos para allegarse de información.

La incomunicabilidad de la persona desde una perspectiva sistémica es la capacidad de afirmar su identidad frente al otro; esto no implica un hermetismo sistémico; sino una cerradura autorreferencial; ésta permite, a través de los gradientes de complejidad aplicados a los límites, un mayor control de los canales de información proveniente del entorno.

La comunicación es el proceso indirecto, por el cual, los sistemas psíquicos se allegan de información con el fin de aumentar su complejidad, sin perder su identidad, el procesos de comunicación desde la óptica de Hervada implica una apertura al otro, esto con el fin de adquirir conocimiento, después llega a un nivel de comprensión, para después establecer un nivel de apertura en amor hacia el otro; ésta clase de amor propicia el crecimiento social; así como el establecimientos de valores y lineamientos sociales.

A nivel personal la comunicación no solo es una forma de allegarse de información, sino también es un medio de trascendencia espiritual; es decir; la persona tiene la necesidad de proyectarse a su entorno, a través de palabras, signos, música, arte, entre otros medios de comunicación.

La comunicación a nivel social es la base sobre la que se construye la estructura social, porque a través de ésta, los sujetos integrantes del grupo social pueden llegar a puntos de acuerdo, los cuales son necesarios para la constitución de estructuras sociales, políticas y jurídicas.

Por último, la comunicación con los sistemas en el entorno es fundamental para la existencia de los diversos sistemas que constituyen al Estado, por ejemplo: Los acontecimientos que acaecen en la sociedad son calificados y codificados por el sistema jurídico (información proveniente del entorno próximo); de ahí empieza un proceso de selección y estructuración de la información, para crear posteriormente normas jurídicas o estructuras sistémicas (codificación y reestructuración del sistema), las cuales se aplican a la sociedad por medio de actos jurídicos, éstos constituyen un mensaje (cúmulo de información) dirigido al sistema social o a uno de sus miembros.

c) Los vínculos de cohesión social: éstos son los distintos enlaces que la persona puede crear con el otro, con el sistema o con los sistemas en el entorno; cabe mencionar que existen diversos tipos de vínculos de sociabilidad o vínculos de cohesión social: los mas representativos son los siguientes: teleológicos, culturales, morales y jurídicos.

El actuar de la persona se guía por fines racionales, espirituales, así como sociales; estos últimos son indispensables para la constitución del pueblo; por que, el ser humano no puede evolucionar de manera optima sus capacidades intelectuales, así como alcanzar a realizar la mayor parte de sus anhelos en un estado de soledad; de ahí la necesidad de entablar lazos de comunicación con los otros, para así poder alcanzar sus fines particulares, a través de la realización de los fines generales de la sociedad.

La identidad de cada pueblo radica en sus diversos vínculos culturales, los cuales son producto de la socialización, así como de la evolución de los pueblos; ejemplo de ésta clase de vínculos son: la religión, costumbres, mitos, creencias, el concepto de raza, entre otros.

Desde una perspectiva sistémica los vínculos culturales constituyen límites a la influencia extranjera o del entorno; manteniendo la autenticidad así como la

identidad de los pueblos frente a la globalización (estimulo externo homogenizador). Otro atributo de los vínculos culturales, es el hecho de que no se encuentran sujetos a los límites territoriales del Estado, es decir, trascienden las fronteras físicas del sistema, claro ejemplo es el pueblo judío, éste se encuentra esparcido por todo el mundo, sin embargo sus vínculos culturales no solo les da identidad a sus miembros sino que los hace una a extensión del pueblo.

No todos los Estados se encuentran constituidos por un solo pueblo, sino que existen Estados “multicomunitarios” ¹⁵⁴, éstos son producto de fenómenos sociales como la colonización, la invasión, o la migración; el problema radica en la imposición de un concepto de cultura artificial basado en las creencias del grupo dominante; negando el derecho a la autodeterminación de los grupos minoritarios que constituyen al pueblo; esto produce descontento social y conflictos étnicos al interior del sistema, por ejemplo, en la época prehispánica existían diversos grupos autónomos disgregados por todo el territorio nacional; estos fueron unificados arbitrariamente bajo un mismo régimen, político, jurídico y cultural, a través de la conquista de los españoles; éste acontecimiento tuvo como consecuencia el trauma de la negación de la cultura indígena así como el rechazo de la cultura española, lo ha padecido nuestro país desde la época colonial hasta nuestros días, dicho fenómeno se manifiesta en los actos sociales de segregación, genocidio y marginación de los pueblos indígenas.

El término moral, para los fines de la presente investigación, es el conjunto de principios culturales que determinan el valor de los actos realizados por los miembros del pueblo, por lo tanto, dependiendo del lugar, así como el momento histórico en el cual uno se sitúe será la moral aplicable. La moral es el sistema normativo que rige el actuar común del pueblo en lo interno y en lo externo, por lo tanto crea vínculos de identidad entre sus miembros.

¹⁵⁴ DUVERGER, Maurice, “Sociología Política” 3ra reimpresión, Ariel, Mexico, 1988, p. 73

El vínculo moral de mayor importancia es el amor, entendido como la fuerza que unifica y perfecciona al ser individual así como al ente social. De acuerdo con la teoría psicoanalítica de Freud, existen dos estímulos o motivaciones instintivas al interior del alma colectiva denominadas Eros y Thanatos. El eros es una fuerza vital que perfecciona al grupo social, en palabras del eminente psicólogo, “el desarrollo de la Humanidad, como en el del individuo, es el amor lo que ha revelado ser el principal factor de civilización, y aun quizá el único, determinando el paso del egoísmo al altruismo...amor que nace del trabajo común.”¹⁵⁵

El amor es un elemento de cohesión que hace posible el crecimiento cualitativo de una sociedad, así como una característica fundamental de las sociedades sanas. Desde antaño se ha hablado del amor desde una perspectiva que trasciende lo romántico para desembocar en lo social; en Mateo 22:39 “Ama a tu prójimo como a ti mismo.”¹⁵⁶ Se presenta de manera clara uno de los principios fundamentales de convivencia social.

Al respecto Hervada comenta que “...la perfección ontológica (del ser) consiste en el conocimiento y la apertura al otro que se revela en amor”¹⁵⁷ De ahí que, El amor no solo es una fuerza de cohesión que perfecciona al ser humano en lo individual, sino que a nivel social unifica propósitos así como encamina las acciones del grupo hacia el bien común

Al interior del sistema social el amor coexiste como una fuerza instintiva que le es contraria, denomina por la teoría psicoanalítica como thanatos o instintos de muerte; Los instintos de muerte producto de algún trauma social degeneran en patologías sociales como la violencia, el narcisismo social y la necrofilia, son características de los gobiernos autoritarios fundamentados en ideologías racista, elitista, fascistas, etc. En incisos posteriores se ahondará en como estas

¹⁵⁵ FREUD, Sigmund, “Psicología de las masas”, 4ta. reimpresión, Alianza editorial, España, 2003, p. 41

¹⁵⁶ Santa Biblia, Nueva versión internacional, Vida Zondervan, China, 1999, p. 901

¹⁵⁷ HERVADA, Javier, *op. cit.*, p. 445

patologías se presentan de manera evidente en los grupos sociales acéfalos o masas.

Por lo que se refiere a los vínculos jurídicos fundamentales, estos son la nacionalidad y ciudadanía.

La definición o concepción de la nacionalidad depende de, si esta ligada al concepto de nación o de Estado nacional. El filósofo español Manuel García Morente define a la nación como “aquello a lo nos adherimos, por encima de la pluralidad de instantes en el tiempo, hay algo común que liga pasado presente y futuro en una unidad de ser en una homogeneidad de esencia...es un estilo de vida colectivo”¹⁵⁸ de acuerdo con la presente definición la nación es la síntesis de la evolución del pueblo, en otras palabras, es la personalidad colectiva resultante de los acontecimientos histórico culturales que han moldeado la cosmovisión de pueblo; la nación a través del vinculo de nacionalidad ubica a la persona dentro de un grupo social determinado, dotándola de una identidad grupal así como sienta las bases de su personalidad individual.

De acuerdo con la definición antes citada la nación es estilo de vida colectivo independiente de los límites estatales, entonces es posible concluir que un pueblo puede integrarse por diversas naciones (pueblos multiculturales o poliétnicos); sin embargo la doctrina clásica del Estado nacional considera que la nación es asimilable al pueblo, considerando a los diversos grupos minoritarios como partes de un todo carentes de identidad y por lo tanto de independencia; a partir de esta concepción homogénea de nación, propia de las teorías del Estado nacional, se define como nacionalidad al “... vínculo político y jurídico que relaciona a un individuo con un Estado”¹⁵⁹

¹⁵⁸ PEREZNIETO CASTRO, Leonel, “Derecho Internacional Privado”, 3° ed. Editorial Harla, México, 1984, p. 33

¹⁵⁹ GARCÍA MÁYNES, Eduardo, *op. cit.*, p. 405

Cabe mencionar que la mayor parte de los vínculos de cohesión social tiene la doble función de enlace estructural así como de límite sistémico; éste es el caso del principio de nacionalidad, el cual funge común límite de la proyección sistémica en el entorno, por que delimita a los sujetos de la aplicación de las normas constitutivas del sistema jurídico; sin embargo existen normas internacionales reconocidas por el sistema jurídico aplicables a los extranjeros residentes en el territorio nacional, tal es el caso de las garantías individuales, los derechos humanos contenidos en los diversos tratados internacionales suscritos así como ratificados por el gobierno del Estado, entre otros.

Los criterios de nacionalidad adoptados por el sistema jurídico obedecen a factores culturales y políticos, en el caso del sistema jurídico mexicano, estos criterios se encuentran establecidos en el artículo 30 constitucional los cuales son:

- Nacionalidad originaria: la nacionalidad mexicana se adquiere por el ius soli (lugar de nacimiento) y el ius sanguinis (parentesco).
- Naturalización: es la nacionalidad adquirida por el tiempo de residencia o por contraer nupcias con un nacional.

A partir de la nacionalidad se crea un vínculo de ciudadanía, el cual les otorga a las personas con la calidad de ciudadano el derecho de participar de manera activa en la construcción, así como en la aplicación del sistema jurídico; éste tema se abordará de manera mas profunda en incisos posteriores.

Por último los vínculos de cohesión social son producto de la conciencia colectiva¹⁶⁰ que posee el sistema social de si mismo, así como de su lugar en el entorno, por lo tanto, existen dos tipos de conciencia social:

¹⁶⁰ En su libro de “psicología de las masa” Freud utiliza el concepto de alma colectiva, cabe mencionar que el presente concepto es muy extenso por lo cual para los fines de la presente investigación, se utilizará el término, conciencia colectiva, acuñado por el psicólogo Mac Dougall,

- a) La conciencia sistémica interna: consiste en la capacidad de del sistema de retornar a su interior para evaluar su composición, así como su funcionamiento sistémico interno, en base a los derechos y deberes naturales inherentes a la persona humana, a los principios, normas, creencia, usos y costumbres que integran la cosmovisión del pueblo. La conciencia sistémica interna permite al sistema reestructurar la periferia y sus límites, con el fin de dar solución a los problemas internos o afrontar algún embate del entorno.

- b) Conciencia sistémica externa: es la capacidad del sistema de representarse así mismo en el entorno; esto le permite tener un mayor control de los procesos de proyección sistémica en el entorno y las posibles repercusiones que éstas pueden tener en el sistema; La conciencia sistémica externa es la afirmación de la individualidad del sistema frente al entorno.

Los niveles de conciencia del sistema social no siempre se encuentran relacionados de manera proporcional con los gradientes de complejidad; por que las diversas circunstancias externas en las que se encuentra inmerso el sistema social influyen en su crecimiento cuantitativo y cualitativo; por ejemplo la globalización es un fenómeno que potencia el crecimiento económico de los Estados, sin embargo esto no necesariamente implica un desarrollo social, como es el caso del sistema social mexicano, el cual ante globalización ha crecido económicamente, pero este crecimiento no se filtra a los estratos sociales mas bajos sino que se ve retenido por un circulo social privilegiado que aglutina la riqueza, como consecuencia los niveles de pobreza, marginación, prostitución e inseguridad social han aumentado, lo cual marca pauta de la decadencia social a la cual se enfrenta nuestro país hoy en día

La conciencia colectiva es producto de los diversos factores geográficos, climáticos, históricos y culturales que han influido forjado la cosmovisión del

pueblo. Los niveles de conciencia son directamente proporcionales a la solidez estructural del sistema, es decir, a mayor conciencia mayor resistencia ante los procesos homogenizadores provenientes del entorno; por lo tanto a partir de los niveles de de conciencia es posible clasificar a los sistemas sociales o pueblos en:

- Pueblos de identidad definida: el crecimiento estructura de éste tipo de sistemas sociales cualitativo así como cuantitativo, por que a pesar de haber pasado por fenómenos sociales adversos como lo son la conquista, la colonización, el genocidio, entreoíros, han podido superar los traumas que estos acontecimientos han causado en el sistema social; replanteando las estructuras básicas para así crear estructuras y límites fuertes para poder adecuarse y resistir a los diversos cambios externos que puedan afectarles, esto con el fin de fortalecer su identidad e individualidad frente a su entorno.
- Pueblos de identidad indefinida: el crecimiento estructural de ésta clase de sistemas no es armónico ni proporcionado, debido a que no han podido superar algún trauma social, esto les ha impedido replantear así como fortalecer de manera adecuada los principios básicos sobre los cuales se funda el sistema social, este es el caso del sistema social mexicano; producto de una conquista así como una colonización que duro 500 años, se creo un complejo social de inferioridad, así como el odio a la raíz española e indígena, produciendo una falta de identidad que se ha querido solventar con la adopción de costumbres extranjeras, caso concreto la costumbre de Halloween. Este tipo de pueblos son los susceptibles de convertir en masas así como de presentar diversas patologías sociales como el narcisismo, necrofilia o violencia socia entre otros.

El pueblo al igual que el sistema jurídico se rige en su actuar por el principio de racionalidad estructural el cual consiste en la congruencia que guardan entre si las estructuras así como con los diversos principios fundamentales del sistema

social; cuando las estructuras sociales presentan incongruencias al interior, su proyección en el entorno será errática; las incongruencias son producto de algún trauma o patología social que hace del sistema social un ente inestable.

3.1.2.1. La masa (degradación humana)

El pueblo es una entidad racional capaz de proyectarse al exterior a través actos colectivos producto la soberanía nacional o voluntad colectiva, dichos actos se encuentran encausados al bien común En otras palabras, el pueblo es un ente colectivo constituido por seres humanos únicos e irrepetibles, éste es capaz de moverse de manera armónica en una dirección determinada para garantizar el bienestar de sus miembros o bien común. La dirección de los movimientos sociales se encuentran determinados por las bases sistémicas, así como los diversos vínculos de cohesión social, por ejemplo las huelgas en Europa son movimientos sociales que causan impacto en las estructuras de gobierno debido a su racionalidad y fuerza, la cual se fundamenta en ciertos principios de sociabilidad, como lo son la solidaridad, el compañerismo y el lema que muchos conocen y pocos comprenden, la unión hace la fuerza, otro ejemplo son los comicios, en Europa lo votantes son concientes del valor del voto, no como en otros países en los que vota un 48% de la población, caso específico México.

Cuando las bases que fundamentan al sistema social son sólidas, el actuar social es racional y uniforme, sin embargo cuando este adolece de alguna anomalía producto de un trauma social, sus movimientos pueden ser incongruentes con los principios fundamentales, esta es una de las características particulares que definen a las masas.

Los sistemas sociales que tienen un actuar optimo se encuentran regidos por el principio de racionalidad estructural, un acto colectivo es calificado como

racional cuando es producto del procesamiento de sentido en la elección de la aplicación de una estructura del sistema social, ésta debe de estar fundada en la base estructural sistémica. Por otro lado las masas se rigen por la ley de causalidad, es decir, solo se reaccionan ante un estímulo externo de manera irracional.

Las masas son producto de la “aglomeración”¹⁶¹, para cumplir con los fines de la presente investigación, este fenómeno social es definido como el hacinamiento de personas en las capitales, producto de los movimientos migratorios a los centros económicos, así como el incremento desmedido de las tasa de natalidad. El principal problema producto de la aglomeración es masificación del ser social.

La aglomeración tiene su origen en la inequitativa distribución de la riqueza, así como la centralización económica, esta mala planificación económica de los Estados, obliga a los habitantes de las provincias a desplazarse a las capitales con la finalidad de encontrar un trabajo que les permita tener mejores condiciones de vida, sin embargo los recursos económicos de estas capitales se encuentran restringidos a ciertas clases o estratos sociales, dejando en un estado de pobreza económica e intelectual a la mayor parte de los individuos que integran la población residente en capital, lo cual tiene como consecuencia el aumento de analfabetismo, incultura y marginación, estos son algunos de los factores que propician la formación de las masas.

El problema de masificación se acentúa con los procesos de globalización debido a que este fenómeno promueve el establecimiento de una cultura sintética de mercado. La adopción de ésta cultura masa provoca en los pueblos identidad débil una crisis de principios en sus bases estructural.

¹⁶¹ ORTEGA Y GASSETTE, José, “La rebelión de las masas”, 40° ed., Ed. Espasa Calpe, S.A., España, 2007, p. 80

Es erróneo suponer que la pobreza de los pueblos es la causante de la degradación del ser social, por que existen pueblos que a pesar de su pobreza económica, tienen una identidad cultural fuerte que se impone ante los procesos de masificación, por otro lado existen pueblos económicamente acomodados que viven satisfaciendo las necesidades impuestas por la mercadotecnia con el fin de adquirir una supuesta identidad, este tipo de pueblos constituyen verdaderas masas.

Las masas carecen de fundamentos sólidos que dirijan su actuar y afirmen su identidad frente al entorno, esto representa un riesgo latente para la estabilidad del sistema social. Por lo regular las masas se encuentran en un estado estático, pero cuando un estímulo externo llega afectarlas de manera significativa, estas reaccionan la mayor parte de las veces en forma violenta y destructiva, provocando inestabilidad al interior del sistema.

Como antes se indicó, los principios sistémicos que fundamentan al sistema social son indispensables para la construcción de la persona humana, por lo que una sociedad de fundamentos inestables produce hombres masa; este es descrito por Ortega y Gasset como "...todo aquel que no se valora a sí mismo- en bien o en mal- por razones especiales, sino que se siente como todo el mundo y, sin embargo, no se angustia..."¹⁶² de acuerdo con la presente cita el hombre masa es un ser humano que renuncia a parte de su individualidad para alienarse a la homogeneidad impuesta por la globalización.

Uno de los problemas a los cuales se enfrentan los sistemas sociales son los gobiernos liderados por las masas; surge la interrogante de ¿cómo es posible que un grupo social tan básico tenga un alto nivel de injerencia en los asuntos públicos?, la respuesta es simple, el sistema democrático implementado en una sociedad de identidad indefinida, permite que la mayoría irracional pueda imponerse a la minoría racional, por ejemplo: en los comicios del 5 de julio de

¹⁶² *Ibidem*, p. 84

2009, el C. Rafael Acosta un hombre de escasa escolaridad, carente de los atributos necesarios para ocupar un puesto publico importante gana la jefatura de la delegación Iztapalapa, por que la masa se sintió identificada con ell; en conclusión la masa eligen lo similar, de ahí que todo lo que sea contrario o ajeno, aunque sea lo mejor para el sistema social en su conjunto le será desagradable, al respecto comenta Ortega y Gasset “Lo característico del momento es que el alma vulgar, sabiéndose vulgar, tiene el denuedo de afirmar el derecho de la vulgaridad y lo impone dondequiera...ser diferente es indecente.”¹⁶³

Para concluir con el tema de las masas se abordara tendiente a las patologías sociales, estas deformaciones de la percepción, así como de comprensión interna del sistema social provocan un síndrome de decadencia o de degradación sistémica.

El sistema que entra en un proceso de decadencia se encuentra fundamentado en ideologías falaces que lo abstraen de su realidad, con el tiempo la falta de congruencia sistémica lo hace inestable e insostenible, ésta situación lleva al sistema a una inevitable destrucción. Algunas de las patologías mas comunes que presentan las masas son las siguientes:

La necrofilia: a nivel individual no implica la realización del acto sexual con un cadáver, sino la actitud decadente que encuentra placer en la destrucción de todo lo vivo, esto a través de la negación de la propia esencia vital que es inherente a su ser. En el ámbito social, la necrofilia consiste en la concepción del ser humano como un objeto más de la producción, éste tipo de pensamiento utilitarista es propio de las sociedades industriales, en las que el ser humano se ha despojado su sociabilidad para amalgamarse a una vida encadenada a la tecnología y a la competitividad, ésta situación tan deplorable en la que el mundo se ha sumergido es una de las principales causas de suicidio juvenil en nuestros días, es deprimente ver como dicha mentalidad utilitarista y necrofilia está

¹⁶³ *Ibidem*, p. 86 - 87

acabando con la vitalidad de la juventud y del ser humano en general, al respecto Fromm comenta

...– las características mismas de la sociedad industrial moderna-, no son principios de vida sino de mecánica cuando se aplican a personas y no a cosas. La gente que vive en ese sistema se hace indiferente a la vida y hasta es atraída por la muerte. No se dan cuenta de ello. Toma los estremecimientos de la emoción por las alegrías de la vida y vive con la ilusión de que está mucho más viva cuantas más sean las cosas que posee y usa.¹⁶⁴

El narcisismo: a nivel individual consiste en posicionar al “yo” como centro de atención principal, de acuerdo con la teoría psicoanalítica de Freud, el ser humano nace siendo narcisista, por que solo tiene conocimiento de su esfera individual denominada como “yo”, conforme el niño va madurando su capacidad de razonar, de amar y de relacionarse con su exterior aumenta, mientras que su narcisismo se ve disminuido de manera considerable; cuando el sujeto no logra disminuir su narcisismo a los niveles óptimos, éste empieza a desarrollar patologías psicológicas como la psicosis, la celotipia, entre otras. A nivel social el narcisismo es necesario para la subsistencia del sistema social en un nivel óptimo, el cual no afecta la convivencia social, por otro lado, éste tipo de narcisismo substituye al narcisismo individual para garantizar la subsistencia del grupo social.

En los grupos sociales conocidos como masas, el narcisismo juega un papel importante para la subsistencia de sus miembros, por que la masa le da identidad, así como una razón de ser a los individuos a cambio de negar su propia individualidad. Lo peligroso de este tipo de masas narcisistas es su capacidad de gestar ideologías necrófilas como el racismo. Al respecto Fromm comenta que “El narcisismo de grupo necesita de satisfacciones, lo mismo que el narcisismo individual. En el nivel del individuo, esas satisfacciones las proporciona la ideología común sobre la superioridad del grupo propio y la inferioridad de todos

¹⁶⁴ FROMM, Erich, “El corazón del hombre”, 5° reimpresión, Fondo de cultura económica, México 1977, p. 63

los demás.”¹⁶⁵ En otras palabras el individuo alienado a una masa narcisista satisface su propio narcisismo a través de la exaltación de la masa.

Los vínculos incestuosos: son conocidos como síndrome de fijación en la madre o complejo de Edipo, ésta patología consiste en la dependencia que el individuo desarrolla respecto de la figura materna, no solo a causa del anhelo por su protección y el amor de la madre, sino también por miedo a la misma. A nivel colectivo el síndrome de fijación con la madre consiste en actitud de sumisión, dependencia, así como la negación de la libertad individual y colectiva, éste tipo de patología es propia de los pueblos con regímenes autoritarios, en donde el individuo se despoja de su capacidad de elección así como su responsabilidad frente al pueblo para depositar su vida y su confianza en el gobierno, en los partidos políticos, en la iglesia, entre otros. Para Fromm “La persona vinculada a la madre y la tribu no es libre de ser ella misma, de tener una convicción propia, de entregarse a algo. No puede abrirse al mundo, ni puede admitirlo, ésta siempre en la cárcel de la fijación maternal...”¹⁶⁶

Las patologías sociales antes expuestas determina la percepción que la masa tiene de si misma, así como el lugar que cree ocupar en el entorno, por ejemplos hutus vivieron dominados por varios siglos por los tutsis, con el fin de conservar su identidad, reestructuraron su sistema social sobre el principios de la raza hutu (percepción de si), con el paso de los años este principio racial se convirtió en una patología narcisista, que no solo produjo una idea de superioridad racial, sino de odio hacia la etnia dominante hasta ese entonces (posición en el entorno). Cabe mencionar que el principal problema de cualquier patología social es el sustraer a la masa del entorno real para ubicarla en una idea falaz de entorno producto de sus propios anhelos narcisistas, lo cual tiene las siguientes consecuencias:

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 97

¹⁶⁶ *Ibidem*, p.124

- Al no tener una idea real de entorno el sistema es incapaz de procesar los estímulos externos, así como accionar o proyectarse de manera adecuada al exterior con el fin de producir una reacción favorable.
- Al no poseer una idea de entorno el sistema es incapaz de adquirir nueva información lo cual produce una repetición de estructuras innecesarias cayendo en estado estático, lo cual produce a largo plazo la inminente destrucción. Por otro lado la fabricación de información falsa provoca incongruencias en los enlaces sistémicos, así como la inestabilidad del sistema.

Las patologías sociales no son incurables como muchos piensas, solo son difíciles de erradicar, por que la catarsis social implica un replanteamiento de los principios sistémicos. En otras palabras los pueblos deben de romper el hermetismo sistémico producto de las ideologías necrófilas y narcisistas que se ostentan como principios rectores del actuar social, para así poder adoptar principios vitales que amplían el horizonte de sentido del sistema social, así como propicia la integración armónica con su entorno circundante.

3.1.2.2. Diferencias entre masa y pueblo

El presente apartado no es para hacer una lista de diferencias entre la masa y el pueblo, sino una reflexión de cómo ambos sistemas sociales influyen en el sistema político del estado en el que residen; para los fines de la presente investigación el sistema político a tratar será el democrático.

Se le denomina movimiento social al conjunto de acción colectiva o gubernamental que atañen al grupo social de manera parcial o general. El movimiento social es inversamente proporcional a las dimensiones del sistema

social, es decir, los grupos sociales de dimensiones pequeñas pueden consolidar acuerdos sociales de manera pronta, así como realizar acciones esencialmente sociales o gubernamentales de manera pronta; por otro lado los grupos de dimensiones mayores requieren necesariamente de instituciones que administren y dirijan el actuar de los diversos grupos sociales que integran el pueblo, esto con la finalidad alcanzar el bienestar de sus miembros.

El pueblos de grandes dimensiones crean a través del ejercicio del poder soberano instituciones políticas encargadas de dirigir el actuar del sistema social. Los actos y políticas de las instituciones encaminadas a conducir el actuar del pueblo deben de cumplir con los principios sistémicos que rigen la sociabilidad humana.

Los pueblos reconocen que para alcanzar un estado de bienestar deben de obedecer, así como respetar las instituciones que han creado, sin perder de vista lo siguiente, cuando una institución no cumple con la finalidad para la que fue creada, puede ser reestructurada o eliminada por designio soberano del pueblo.

La obediencia colectiva a las instituciones depende del nivel de conciencia del sistema social, es decir, la eficacia de las instituciones, así como los cambios que estas puedan realizar al interior y en el entorno del sistema social depende de la obediencia crítica de los miembros del pueblo. Por otro lado la masa al tener una conciencia limitada, no pueden vislumbrar un proyecto social a largo plazo, por lo tanto solo actúan conforme a sus necesidades presentes. En otras palabras, las masas solo accionan ante un estímulo informativo violento que afecte sus intereses particulares, por lo tanto, este tipo de grupo social narcisista es en potencia una fuerzas de asalto al borde de la anarquía, la cual solo puede ser controlada de manera coercitiva.

Los pueblos de níveles de conciencia elevados tienen conocimiento del papel que desempeñan en la construcción del sistema político, así como en el

mejoramiento de las condiciones de vida al interior del sistema social; por lo que hace a las masas estas no son concientes del papel que desempeñan al interior del sistema jurídico es por eso que son apáticas en el mayor numero de los casos, por ejemplo, uno de los medios de participación colectiva comunes en las democracias representativas es el ejercicio del derecho al voto; en los sistemas sociales de una conciencia madura los comicios son verdaderas contiendas electorales, en donde el electorado tiene noción del gobierno que desea, mientras que la masa ejercerá dicho derecho inducido por alguna fuerza política o simplemente no lo ejercerá.

Uno de los problemas que enfrenta la democracia hoy en día es la inercia de las masas, es decir, las masas solo se mueven mediante estímulos como los escándalos, las notas rojas, en general el morbo, por ésta razón su opinión política es manipulable por lo medios televisivos, de ésta manera las masas al no tener conciencias de los fines, así como de fundamentos del sistema social, se vuelven incapaces de crear por si mismas una opinión política propia, lo cual debilita a la democracia, al respecto Giovanni Sartori

...la democracia representativa le basta, para funcionar, que exista una opinión pública que sea verdaderamente del público. Pero cada vez es menos cierto, dado que la videocracia está fabricando una opinión sólidamente hetero -dirigida que aparentemente refuerza, pero que en sustancia vacía, la democracia como gobierno de opinión pública.¹⁶⁷

Por otro lado el pueblo con un nivel de conciencia amplia exige una mayor participación en las decisiones que atañen al gobierno a través del ejercicio razonado del voto, por ejemplo, la derrota del partido del PP en España fue una manifestación del claro desacuerdo con la política exterior de Aznar, respecto de la situación en medio Oriente.

¹⁶⁷ SARTORI, Giovanni, "Homo videns, Sociedad teledirigida"2º reimpresión, Taurus, México, 2001, p.76

Conforme los pueblos evolucionan su participación en los asuntos públicos va en aumento hasta el punto de tener la madurez política necesaria para implementar mecanismos de democracia semi - directa como la segunda vuelta, la remoción de funcionarios electos por mandato popular o el plebiscito; cabe mencionar que la implementación de estos recursos, así como su eficacia solo puede ser posible, si el pueblo tiene conciencia de los procesos internos y externos que le acaece, así como una idea del proyecto de país que requiere para alcanzar el bienestar de sus miembros.

La falta de conciencia de las masas atenta contra la democracia, debido a que estas se entregan ciegamente a líderes esporádicos de ética dudosa, que solo proponen planes irreales e impactantes para dar solución al problema del sistema jurídico; ésta clase de funcionarios públicos electos por las masas en un número considerable de los casos, éste solo vela por sus intereses y los de su grupo político, dejando de lado las necesidades y las problemáticas del sistema social, lo cual a largo plazo empieza a causar estragos notables al interior del sistema jurídico. Las masas en un sistema democrático constituyen un grupo de presión importante por que “actúa directamente sin ley, por medio de materiales presiones imponiendo sus aspiraciones y sus gustos”¹⁶⁸ sin tomar en cuenta la circunstancia del sistema social.

Hasta ahora se ha descrito a las masas en estado de sopor, sin embargo, éstas también pueden llegar a constituir una fuerza revolucionaria que colapse al sistema estatal, es decir, que la masa tiene un poder capaz de provocar por si sola una revolución que destruya o replantee el sistema estatal. La revolución es un movimiento constructivo cuando, el pueblo en ejercicio de su poder soberano, decide replantear el sistema político así como el jurídico, esto con el fin de construir un nuevo sistema capaz de responder de manera optima a las necesidades y problemáticas del sistema social, por lo que se refiere a las revoluciones encabezadas por las masas, s suelen caer en peleas constantes por

¹⁶⁸ ORTEGA Y GASSETTE, José, *op. cit.*, p. 86

el poder, o a la instauración de regímenes autoritarios y narcisistas, ésta circunstancia es representada de manera irónica por Maurice Jolly a través de Maquiavelo:

Pero entonces, si son los pueblos los que eligen a sus amos, también pueden derrocarlos. Si tienen el derecho de establecer la forma de gobierno que les conviene, ¿quién podrá impedir que la cambien al capricho de su voluntad? El fruto de vuestras doctrinas no será un régimen de orden y libertad, será una interminable era de revoluciones.¹⁶⁹

La voluntad colectiva de las masa solo esta encaminada a un fin, el de destruir todo lo que le es ajeno, para imponer su visión limitada e inestable, carente de principios sistémico congruentes, lo cual puede llegar a tener como consecuencia la instauración de dos tipos de regímenes:

Regímenes autoritarios: las masas así como el pueblo disidentes se ve sometidos a la masa dominante, cabe mencionar que la fuerza de una masa no solo radica en el número, sino también en el poder económico y armamentista, por lo tanto a través de una fuerza coercitiva irracional los regímenes autoritarios consolidan sus sistemas irracionales e inhumanos.

Regímenes inestables: consiste en el conjunto de luchas sociales por el poder, que siguen al derrocamiento de un sistema estatal, esto no le permite al sistema social alcanzar una estabilidad sistémica, ésta circunstancia puede ocasionar a largo plazo una fragmentación irreversible del sistema social o su desintegración total.

Las formas extremas de regímenes de masas solo son un parámetro de medición de los diversos regímenes sociales, aunque no esta de mas mencionar,

¹⁶⁹ JOLY, Maurice, “Diálogos en el infierno entre Maquiavelo y Montesquieu” 10 ma. ed., Colofón S.A., México. 2001, p. 48

que éste tipo de regímenes inhumanos han pasado de ser una simple idea una realidad que viven países como Cuba, Venezuela, entre otros.

La antítesis de los regímenes de masas son los pueblos ideales o estructuralmente estables los cuales serán abordados con mayor detenimiento en el inciso siguiente.

3.1.2.3. El pueblo ideal

El pueblo ideal es una estructura sistémica que sirve como un parámetro de medición de la conciencia colectiva del pueblo; esta estructura ideal representa un sistema social utópico capaz de generar al interior una atmósfera de convivencia pacífica entre los diversos grupos que lo integran, a través de diversos instrumentos sistémicos de carácter social, político y jurídico.

El nivel de conciencia del sistema social determina por la influencia que la masa o el pueblo tiene en el sistema estatal; el grado de influencia de éstos dos grupos sociales puede determinarse a partir de ciertos indicadores jurídicos, políticos y sociales; para los fines de la presente investigación solo se abordarán los indicadores de mayor relevancia como lo son:

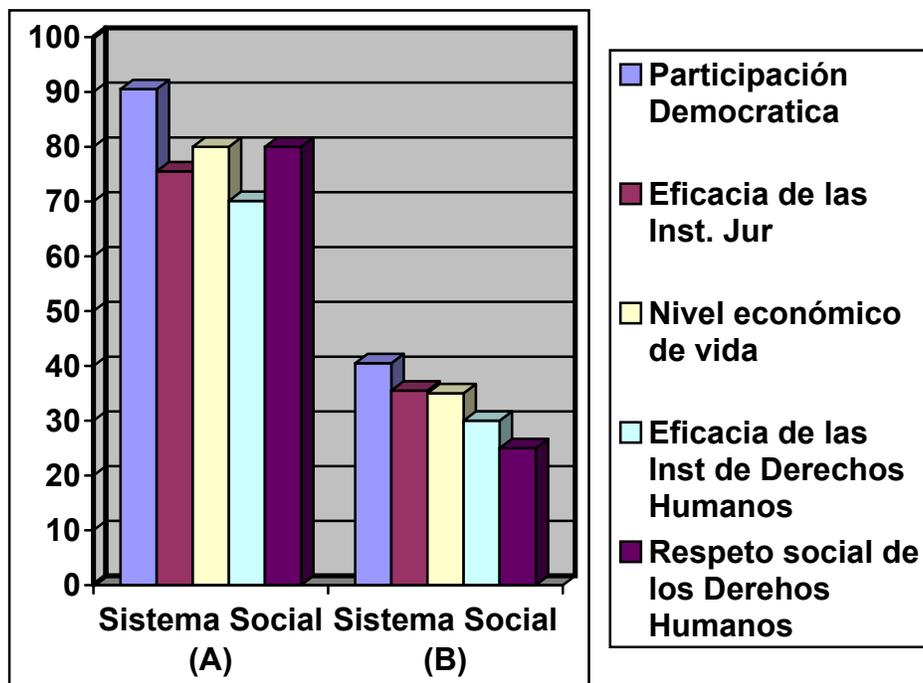
- a) Participación democrática: consiste en el nivel de incidencia de los distintos grupos sociales que constituyen un pueblo, en la construcción así como en el direccionamiento del sistema social a través del ejercicio del derecho al voto.
- b) Eficacia de las Instituciones jurídicas: uno de los factores esenciales para el mantenimiento de la estabilidad sistémica es la obediencia a las normas jurídicas, los usos, las costumbres sociales no violatorias de derechos

humanos y al sistema moral; todo esto con el fin de alcanzar el tan anhelado bienestar social. La eficacia de las instituciones se encuentra determinada por los siguientes indicadores: la cantidad de leyes e instituciones administrativas, el número de averiguaciones previas sin resolver, el número de presos en las cárceles, el nivel de delincuencia, la participación de las contribuciones del pueblo en el PIB, entre otros.

- c) Nivel económico de vida: éste se encuentra determinado por el ingreso per cápita así como por los índices de pobreza, la importancia de éste indicado consiste en su relación inversamente proporcional con la eficacia de las instituciones jurídicas, es decir, a mayor nivel de pobreza, menor eficacia del sistema jurídico, debido al aumento de los niveles de delincuencia es producto de la pobreza.
- d) Eficacia de las instituciones de derechos humanos: ésta consiste en el reconocimiento y adopción de los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, así como la difusión y la implementación de estos preceptos en el ámbito administrativo. En el sistema estatal mexicano la Comisión Nacional de los Derechos Humanos es la encargada determinar, en base a los distintos diagnósticos sociales y la contabilización del número de quejas, la eficacia de los derechos humanos en el ámbito administrativo.
- e) Respeto social de los derechos humanos: consiste en el conocimiento de los derechos humanos que tienen los diferentes grupos integrantes del sistema social, así como el hacerlos valer ante las instituciones a través de los diferentes recursos administrativos, recursos internacionales o la fuerza social. Por otro lado el respeto social de los derechos humanos también implica el respeto de los derechos humanos por parte del pueblo, es decir, los miembros de los distintos grupos sociales debe de reconocer y respetar los derechos inherentes a la persona del otro, porque las mayores

injusticias y violaciones de los derechos humanos se originan en el seno de la propia sociedad.

Para poder comprender de manera más amplia el papel que desempeñan los indicadores antes expuestos en la determinación de los niveles de conciencia colectiva se presentara una grafica en donde del 0 al 50 representa a un sistema social en donde la masas tiene un poder de decisión considerable, mientras que del valor 51 al 100 existe una mayor ingerencia del pueblo en el sistema social.



El fin último del sistema estatal es bienestar de los miembros del pueblo, la realización de dicho fin constituye la materialización del principio dignidad de la persona humana; cabe mencionar que de éste principio emana un complejo sistema de preceptos morales y éticos, los cuales son adoptados e interpretados por el pueblo para fungir como el fundamento ideológico del sistema estatal, y por lo tanto del sistema jurídico.

El sistema jurídico es producto del poder soberano del pueblo, esto lo hace parte del sistema estatal, por lo tanto el pueblo también es su motor vital; porque de éste provienen sus fundamentos validez y eficacia. En otras palabras el dinamismo del sistema jurídico proviene de las necesidades y valores sociales que genera el pueblo, por ésta razón, la eficacia y la clase de normas, procesos e instituciones del sistema jurídico del nivel de conciencia colectiva del sistema social; en incisos posteriores se abordará a profunda los procesos sistémicos que unen al sistema jurídico con el pueblo.

3.1.3. Sistemas en el Entorno

El pueblo así como el territorio no son los únicos sistemas en el entorno que tiene una influencia considerable en el sistema jurídico; sino que existen sistemas al interior del Estado que influyen de manera indirecta en la construcción del sistema jurídico como los partidos políticos; por otro lado, existen sistemas fuera de la esfera del sistema estatal que inciden en la construcción y reestructuración del sistema jurídico, como es el caso de Naciones Unidas.

Los sistemas en el entorno se encuentran en una relación de dependencia con el sistema jurídico; la cual consiste en, que de acuerdo al conocimiento del sistema respecto de su entorno próximo y medio, así como en la relevancia y el tipo de información que requiere de los otros sistemas, entabla una relación de dependencia con los otros sistemas.

El objeto de la dependencia entre sistema es de carácter informativo, como antes se indico los sistemas necesitan actualizar sus estructuras internas para poder realizar sus procesos sistémicos, como la reestructuración, así como aumento de complejidad del sistema, por lo tanto, el grado de dependencia de un sistema radica en la esencialidad de la información proveniente del exterior. Un

sistema puede depender de varios sistemas en el entorno y en distintos grados, para cumplir con los fines de la presente investigación solo se abordarán los tres niveles básicos de dependencia estos son:

- Nivel esencial: se presenta cuando un sistema requiere de la información proveniente de un sistema dimensiones mayores, para poder existir, caso concreto, el sistema jurídico depende de manera esencial del pueblo, por que éste le provee la información indispensable para su funcionamiento interno, así como es su principal campo de proyección sistémica.
- Nivel medio: se presenta cuando un sistema se encuentra en un estado de coordinación o de dependencia mutua, éste es el caso del sistema jurídico con los partidos políticos, los cuales son instrumentos esenciales para la construcción del sistema jurídico, aunque se encuentran supeditados a éste.
- Nivel bajo: consiste en una relación informativa irrelevante, porque el objeto del intercambio informativo no constituye información relevante para el desarrollo de los procesos sistémicos en ambos sistemas, éste es el caso de los Organismos no Gubernamentales, aunque los datos que arrojan son interesantes en cierta medida, pero no esenciales para sistema jurídico.

En los apartados anteriores se desarrollo a profundidad lo tendiente a los sistemas esenciales para el sistema jurídico, de ahí que, en los siguientes incisos se abordarán los algunos sistemas que se encuentran en un grado de dependencia media y baja, como los partidos políticos, los organismos internacionales así como las Organizaciones no gubernamentales.

3.1.3.1. Los partidos políticos

En el presente apartado no abordara lo tendiente a la teoría de la democracia, sino la función sistémica que realizan los partidos políticos como intermediarios entre el sistema jurídico y el pueblo; para los fines de la presente investigación los partidos políticos son sistemas fronterizos externos a través de los cuales el pueblo interviene en las determinaciones que le atañen al interior del sistema jurídico y del sistema gubernamental.

Los partidos políticos son elementos esenciales en la constitución de un sistema democrático; por que, de los partidos políticos salen los candidatos a ocupar los puestos gubernamentales de elección popular, es decir, el pueblo renueva los órganos de gobierno eligiendo a los candidato del partido político que represente mejor sus intereses. A partir su ideología los partidos políticos crean un plan de gobierno, el cual presentan y promociona al pueblo en las campañas electorales, éste último elige el plan que de solución a sus necesidades, así como mejore la calidad de vida del pueblo. La complejidad a de este procesos involucra al pueblo como emisor de información, al sistema jurídico como receptor y los partidos políticos como intermediarios.

Se le denomina a los partidos políticos intermediarios, porque el pueblo por si solo no puede llegar a puntos de acuerdo en un tiempo breve, de ahí la necesidad de facultar a los órganos constituidos para dirigir al pueblo y administrar los recursos del sistema estatal, sin embargo estos poderes requieren renovarse constantemente, para lo cual, se crea un sistema electoral que sistematice los procesos de materialización de la voluntad general en la elección de los funcionarios públicos que han de ocupar los puestos gubernamentales.

Las bases de los procesos electorales se encuentran previstas en la constitución mientras que su estructura se encuentra prevista en las leyes

reglamentarias correspondiente; la ejecución, vigilancia y solución de controversias en los procesos electorales es realizada por los órganos especializado del sistema jurídico, por ejemplo el sistema jurídico mexicano establece las bases de operación de los partidos políticos así como del procesos electoral se encuentran en el artículo 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales; por otro lado los órganos jurídicos encargados de ejecutar, vigilar y resolver las controversias que se suscitan en los procesos electorales son el Instituto Federal Electoral y el Tribunal Federal Electoral.

La estructura así como el funcionamiento al interior de los partidos políticos se encuentra prevista en sus estatutos los cuales deben de estar avalados por el sistema jurídico; cabe mencionar que no existe una estructura general para todos los partidos políticos debido a que esta varía de acuerdo con el país y la ideología, sin embargo la mayoría de los partidos políticos se rige por un órgano colegiado de gobierno el cual se encuentra regido por un presidente, cabe mencionar que los partidos operan a nivel nacional por medio de sus cedes o delegaciones estatales, esto en el caso del sistema político¹⁷⁰ mexicano.

En conclusión los partidos políticos se son sistemas intermedios que no solo sirven como medio para la integración del sistema gubernamental¹⁷¹ así como la integración del sistema jurídico sino que también estos crean conciencia colectiva a través de sus campañas y sus labores sociales.

¹⁷⁰ El sistema político es el que se encuentra constituido básicamente por el sistema de partidos políticos, así como las instituciones de carácter electoral.

¹⁷¹ El sistema gubernamental es el conjunto de personas que ocupan los puestos administrativos, legislativos y judiciales, las cuales son electas por el pueblo a través de los procesos electorales o designios administrativos, éstos funcionarios públicos o gubernamentales deben de actuar conforme al sistema jurídico, el cual es un conjunto de preceptos e instituciones que el sistema gubernamental materializa en el mundo fáctico.

3.1.3.2. Organismos Internacionales

La comunidad internacional se encuentra constituida por los sistemas estatales, los cuales se someten a las normas de derecho internacional a través de la suscripción de tratados internacionales los cuales son parte del sistema jurídico internacional.

Los sistemas estatales no se encuentran obligados por el sistema jurídico internacional, hasta en ejercicio de su soberanía reconocen a las instituciones de derecho internacional, así como se someten a su jurisdicción, a través de la firma de un tratado, por ejemplo: Naciones Unidas es un organismo internacional producto del tratado internacional conocido como la Carta de Naciones Unidas.

Los organismos internacionales son estructuras sistémicas creadas a través de un tratado internacional, éstas tiene como función principal velar por el cumplimiento del tratado así como la realización de los fines del mismo. En la presente investigación no se abordará lo tendiente al génesis as solo se abordara a la relación sistémica que guarda el sistema jurídico con los organismos internacionales.

Los tratados internacionales son estructuras informativas que regulan materias específicas como puede ser económica, humanitaria o comercial entre otras; éstas estructuras son adoptadas por el sistema jurídico a través de diversos procesos de aumento de complejidad y reestructuración sistémica, por ejemplo en el sistema jurídico mexicano en términos de los artículo 76 fracción I y 89 fracción X de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la Cámara de Senadores debe analizar el tratado a firmar considerando los siguientes puntos:

- 1) No debe de contravenir los principios del sistema jurídico establecidos en la base estructural sistémica o Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- 2) No debe de contravenir los principios internacionales adoptados por el sistema estatal como lo son la autodeterminación de los pueblos, la no intervención, la solución pacífica de controversias y los de más establecidos por la Carta de Naciones Unidas y el artículo 89 fracción X de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 3) Por último la firma del tratado debe de constituir un beneficio para el sistema estatal.

Una vez que el Senado aprueba el tratado y faculta al Presidente para firmar el tratado internacional en representación del sistema estatal, una vez firmado dicho instrumento internacional parte del sistema jurídico en términos del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos sin embargo no se encuentra totalmente asimilado por el sistema jurídico; debido a que por disposición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación los tratados internacionales se encuentran por encima de las leyes federales, por lo tanto, toda ley inferior que regule la misma materia del tratado debe de ser reestructurada para evitar la presencia del problema de la no correspondencia sistémica

Los tratados internacionales no solo reestructuran y aumentan la complejidad del sistema jurídico, sino que en algunos casos los Organismos que de éstos dimanar dan solución a controversias que se susciten entre los Estados partes, por ejemplo uno de los pocos organismos universales es Naciones Unidas, el cual establece en los artículos 7 y 92 de la Carta de Naciones como órgano para dirimir controversias de derecho internacional público, a la Corte Internacional de Justicia, ésta tiene bajo su jurisdicción en términos del artículo 93.1 a todos los miembros de Naciones Unidas; otro ejemplo son los paneles comerciales establecidos por

los tratados comerciales tal es el caso del TLCAN el cual en su Séptima parte Capítulos del XVIII al XX establece los órganos y los procedimientos para dirimir controversias como a la Comisión de libre comercio establecida en Capítulo XX sección A, artículo 2001 del TLCAN.

Las relaciones que el sistema estatal entabla con los otros miembros de la comunidad internacional abren sus horizontes de sentido permitiéndole adquirir nueva información a través de los procesos de comunicación que sostiene con los sistemas de su entorno; esto también le permite afirmar y proyectar su identidad en el entorno.

Por último, los tratos internacionales, así como las organizaciones que dimana de estos, ejercen un nivel de influencia considerable al interior del sistema estatal, debido a que son los principales agentes de la globalización, esto no quiere decir que sean nocivos para el sistema, como antes se menciona y se sigue sosteniendo, la disolución de los sistemas estatales radica en la debilidad de sus principios fundamentales y no en los procesos internos; porque la estabilidad, la racionalidad y la fuerza de un sistema se proyectan al exterior en identidad.

3.1.3.3. O. N. G. (Organizaciones no Gubernamentales)

Las organizaciones no gubernamentales son entidades de derecho privado de fines ecologistas, humanitarios y sociales, que por su mensaje altruista han sido acogidas y apoyadas de manera económica en muchos lugares del mundo. No existe propiamente una relación estrecha entre las organizaciones no gubernamentales y el sistema jurídico más que los procedimientos administrativos de registro, pago de impuestos entre otros, sin embargo estas ONG constituyen grupos de presión importantes a través de su incidencia en la conciencia colectiva.

Al construir conciencia las Organizaciones no Gubernamentales tiene la facultad de influir en el sistema jurídico a través de su motor vital, es decir, dichas organizaciones hacen del conocimiento de los problemas que éstas tienen por objeto solucionar, el pueblo puede reaccionar de dos maneras ante dicho proceso informativo: a) ignorarlo o B) interiorizarlos y hacerlos una necesidad para posteriormente exigirle al sistema jurídico que regule la problemática así como de solución a través del sistema gubernamental, por ejemplo la ecología unos activistas comenzaron a pugnar por el medio ambiente a través de protestas o se encadenaban a los árboles entre otras cosas, conforme la gente se hizo conciente de la problemática empezó hacer presión al punto de que se fundará una nueva rama del derecho denominada derecho ecológico.

3.2. Información

La información es “un evento que selecciona los estados del sistema, es decir, un evento que ejerce un influjo selectivo sobre las estructuras de un sistema, y que provoca transformaciones”¹⁷² de acuerdo con la presente definición la información es un factor de cambio al interior del sistema la cual puede ser de dos tipos:

- Información interna: conforme el sistema toma conciencia de los cambios y las problemáticas internas, éste genera su propia información, la cual sirve como parámetro para los procesos de reestructuración y aumento de complejidad.
- Información externa: el sistema a través del procesamiento de los horizontes de sentido establece comunicación de manera indirecta con su entorno lo que le permite allegarse de información, ésta constituye un factor

¹⁷² CORSI, Giancarlo, *op. cit.*, p. 95

importante para ampliar los horizontes de sentido del sistema, así como el aumento de complejidad del sistema.

En el presente apartado solo se abordará lo tendiente a la información externa y como esta afecta al sistema jurídico en específico; la información puede afectar al sistema jurídico en tres niveles dependiendo de la relevancia de la información puede afectar: línea de frontera, zona media y núcleo sistémico.

La información proveniente del exterior de menor relevancia proviene generalmente de el pueblo, éste tipo de información afecta de manera directa los órganos ubicados en la línea de frontera, estos son Órgano de aplicación estructural y el Órgano de aplicación estructural controversial.

La información de menor relevancia solo hace que los organismos de la frontera codifiquen la información, para después proyectar una reacción consistente en la aplicación de una estructura jurídica al caso concreto o a la información generada por el pueblo, sin alterar la estructura del sistema; por ejemplo: Un ciudadano solicita una licencia para poner un negocio, la Delegación analiza la solicitud y de acuerdo con la Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal, (estructura sistémica aplicable al caso) determina a través de un acto administrativo (proyección sistémica en el entorno) sin modificar la estructura del sistema

La información relevante en un sentido moderado afecta a la zona media lo cual puede constituir una reestructuración o aumento de complejidad, procesos que están a cargo del Órgano lo cual no siempre producirá una proyección inmediata en el entorno, por ejemplo la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer firmada por México en 17 de julio de 1980 y ratificada el 23 de marzo de 1981, así como el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer ratificado por México el 15 de marzo de 2002, y demás disposiciones

internacionales encaminadas a la erradicación de la violencia contra la mujer firmadas y ratificadas por México han tenido como resultado la creación de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, afectando de esta manera la estructura del sistema jurídico, debido a que a partir de esta ley se hicieron modificaciones a los códigos penales federales y locales entre otras leyes, lo cual constituye una reforma regional al sistema jurídico.

La información de mayor relevancia es aquella que afectar al núcleo sistémico, cabe mencionar que esta afectación solo puede ser a la base estructural sistémica, porque el núcleo de derecho natural es inamovible, ahora bien, las reformas constitucionales o estructurales, son de dos clases

- Parciales: estas consisten en una reforma a articulado de la base estructural sistémica, esto tiene como consecuencia reformas a nivel zona media y reglamentos y procedimientos de la línea de frontera, por ejemplo la reformas de 1992 al artículo 27 constitucional; en donde se cambia la naturaleza jurídica del ejido, esto tiene como consecuencia que la tierra ejidal pueda pasar a ser propiedad privada.
- Totales: estas consisten en la destrucción del sistema jurídico con el fin de construir un sistema jurídico que de cumplimiento a los principios establecidos por el núcleo de derecho natural; caso concreto la revolución de 1910 en donde el pueblo se levanto en armas para destruir el régimen absolutista que había hasta ese entonces, para después plantear un nuevo proyecto de nación el cual se expreso en la constitución de 1917.

En conclusión información es necesaria en sus diversos niveles de relevancia para que el sistema jurídico pueda mantenerse en un estado dinámico que le permita satisfacer todas las necesidades y dar respuesta a las problemáticas sociales, esto con el fin de alcanzar el estado bienestar de los miembros del sistema. En el inciso siguiente se abordará el tendiente a explicar

como los valores constituyen información relevante para la humanización del sistema jurídico, así como del sistema social.

3.2.1. Valores como Información

La información es la proyección de una estructura en su entorno, cuando el sistema filtra la información a través de sus límites y la estructura por medio de sus procesos sistémicos, ésta pasa a ser una estructura del sistema; es decir, que la información presupone una estructura sin serlo; los valores son información no estructurada que se encuentra en el motor vital del sistema jurídico

Los valores no son esencias volátiles que se encuentran en el mundo de las ideas de Platón, sino entidades concretas que materializan en el mundo fáctico, Risieri Frondizi, considera que los valores no se encuentran desprendidos del objeto valioso, así como del sujeto que realiza la valoración; esto traducido a la teoría sistémica, consiste en comprender al valor como la cualidad del objeto valorado por el sistema.

De acuerdo con lo antes expuesto en proceso de integración de los valores el sistema juega el papel de sujeto que valora al objeto; cabe mencionar que el acto de valorar se encuentra viciado por los criterios estructurales que dan identidad al sistema, por ésta razón, ningún juicio de valor emitido por un sistema es igual al de otro, aunque se trate del mismo objeto; ejemplo en el sistema jurídico mexicano el lapidar a una mujer no solo es injusto y va en contra de los las estructuras medias y periféricas, también está en contra de los derechos naturales establecidos en el núcleo sistémico, mientras que algunos países de medio oriente el lapidar mujeres es un acto de justicia; lo antes expuesto nos deja ver que los valores son relativos en cuanto circunstancia, tiempo, espacio y cultura, sin embargo son absolutos en su base informativa.

Para poder explicar la parte absoluta del valor en el sujeto se partirá del siguiente caso práctico: un hombre perteneciente a una sociedad primitiva caza una liebre, llega otro hombre y se lleva el producto de su trabajo, éste terrible acontecimiento causa un descontento ésta sensación es el principio de valor en un sentido negativo (injusticia); posteriormente el ladrón priva de sus alimentos a varias personas de la comunidad, esto genera un descontento colectivo (injusticia generalizada), para poder aplacar esta incomodidad los aldeanos deciden lapidar al ladrón para después comérselo con el fin de retribuir sus alimentos robados (justicia), de acuerdo con éste ejemplo, es un acto de justicia el recuperar lo perdido, en el presente ejemplo se puede observar como el valor nace de una sensación bienestar o malestar, las cuales son estructuradas por los sistemas psíquicos y por el sistema social en principios, que pueden ser definidos, así como replanteados conforme la concepción de lo humano evoluciona.

El objeto de la valoración puede ser un acto o un objeto; los partidarios del objetivismo son partidarios que todos objetos tiene un valor intrínseco, sin embargo de acuerdo Frondizi esto es una falacia debido a que las circunstancias pueden alterar el valor del objeto valorado, el clásico ejemplo: del rubí mas grande del mundo en circunstancias normales es de mayor valor respecto de un vaso de agua, pero si la circunstancia cambia a ser un desierto el vaso de agua va valer mas que un rubí.

Risieri Frondizi considera que el valor es un cualidad estructural, es decir, es el atributo de la estructura del objeto, en donde la estructura se caracteriza por tener “propiedades que no se encuentran en ninguno de los miembros o partes constitutivas ni en el mero agregado de ellas...por eso la estructura es autentica...”¹⁷³ De acuerdo con la presente definición la estructura caracteriza por

¹⁷³ FRONDIZI, Risieri, “¿Qué son los valores?, decimoséptima impresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2001. p. 209

su autenticidad, unidad, así como la interdependencia de sus partes, éstas atribuciones le dan a la estructura una cualidad, a la cual se le denomina valor.

Si los valores son cualidades de las estructura como es posible convertirlos en información, para dar solución a la presente problemática se presentara el siguiente caso práctico; Estados Unidos ataca Irak sin una razón real, la comunidad internacional declara que los acontecimiento suscitados son inhumanos, mientras que Estado Unidos sostiene un discurso vacío sobre la imposición de la democracia, las estructuras fácticas, es decir, los acontecimientos pasan a ser información, cuando son comunicados, la cuestión aquí es ¿cual de estas dos discursos es información valiosa? La información se considera valiosa cuando existe una opinión general predominante, producto de la proyección de lo humano.

Una información objeto de valoración, se considera valiosa cuando expresa lo eminente de la esencia humana; en el ejemplo antes mencionado el discurso norteamericano es información pero no se expresa un valor mientras que el desacuerdo de la comunidad internacional constituyen un valor (dignidad humana) como información.

3.2.2. Cualificación del sistema a través de los valores

En capítulos anteriores se menciona que la base estructural sistémica o constitución fue creada por voluntad soberana del pueblo, mientras que las normas jurídicas de la zona media, así como los reglamentos de los órganos de la línea de frontera se han creado y reestructurado a partir de la información proveniente del entorno, principalmente del pueblo.

El tipo de información que el sistema jurídico capta de su entorno determina las el contenido de las estructuras así como su eficacia, es decir, dependiendo de la conciencia colectiva del pueblo, será la nitidez de la información proyectada en el sistema jurídico, por ejemplo: la mayoría de los integrantes de los grupos sociales que constituyen la Unión Europea, a través de un plebiscito expresaron su desagrado por proyecto de Constitución Europea.

La opinión de los pueblos constituye información, la cual es un reflejo del nivel de conciencia colectiva del sistema social, éste tipo de información es valiosa, cuando expresa un mandato o una alerta respecto de alguna necesidad o problemática social que requiere de la regulación del sistema jurídico, sin embargo, la información generada por las masas es ruido, mensajes difusos, no codificables.

En la medida que el pueblo participa de manera más activa en la construcción del sistema jurídico; ya sea presentado iniciativas ciudadanas, votando en los plebiscitos para la aprobación de leyes, así como al exigir la transparencia en la presentación de la cuenta publica, el sistema se vuelve eficaz y humano.

La forma en la cual el sistema social cualifica al sistema jurídico es a través de información vital en un proceso algo complejo y en la mayor parte de los casos tardado, para poder explicar mejor este proceso de cualificación se expondrá el siguiente caso práctico, México hasta 1957 era un país que le negaba el derecho a votar a las mujeres por ser consideradas como ciudadanos de segunda categoría a partir de la movilización de los grupos feministas y la presión internacional se reconoció el derecho del voto a las mujeres, en el presente ejemplo se puede observar que postura de desacuerdo del sistema social ante la discriminación de las mujeres (información) produjo un cambio en el sistema jurídico que no solo es el reconocimiento del derecho al voto sino la dignificación de la mujer así como el reconocimiento su calidad de humana, de esta manera se cualifican los sistemas.

La complejidad del proceso radica en la nitidez de la expresión de la voluntad general, las masas no tiene esa claridad de expresión los pueblos si, por que éstos se reconocen como una unidad esencial que busca el bienestar de sus miembros, así como la afirmación y trascendencia de su cultura al exterior, de ahí que el respeto a las leyes, así como la participación ciudadana en los procesos dedocráticos son fundamentales para que el pueblo construya instituciones eficaces, humanas y transparentes que le permitan alcanzar el estado de bienestar.

En conclusión, el proceso de cualificación consiste en la integración de los valores, principios y anhelos sociales expresados por el pueblo al sistema jurídico lo cual puede ser a través de los diferentes recursos democráticos o sociales como, los mecanismos de democracia semi-directa, la huelga, las manifestaciones, los paros económicos entre otros medios de presión.

3.3. Proceso de transformación sistémica a través de los valores.

El sistema jurídico se encuentra en un estado de interdependencia con los demás sistemas en el entorno principalmente con el pueblo, éste es el principal generados de información relevante para el sistema jurídico, así como el inicio y el retorno del proceso de transformación sistémica a través de los valores, el cual se divide para su estudio en las siguientes etapas.

Opinión pública: la constitución de la opinión pública entendida como la reacción del sistema social respecto una problemática o acontecimiento social el cual puede ser regional o general sin embargo, la opinión pública también puede ser entendida como la interpretación y la aplicación de los valores al interior del sistema social; por lo tanto existen dos tipos de procesos de de transformación

sistémica, los cuales se abordarán en la presente investigación de manera simultánea, esto con el fin de que el lector pueda identificar las diferencias que existen entre ambos procesos.

Regionalización: consiste en el análisis de las problemáticas propias de cada región, para después clasificarlas por semejanzas, esto con el fin encontrar la problemática social; por ejemplo en varios estados de la república se reportan un alto índice de discriminación racial contra las mujeres indígenas, el sistema no toma en cuenta el tipo de etnia o lugar en donde se realizó el menoscabo de las garantías en ésta etapa del proceso, solo se enfoca al factor general que constituye la discriminación de las mujeres indígenas.

Por lo que se refiere al proceso de regionalización de los valores, éste consiste en el análisis de las coincidencias estructurales que se presentan las diferentes interpretaciones o concepciones del valor, que poseen los diferentes grupos sociales.

Procesamiento de la opinión pública: éste es el proceso de estructuración de la información captada por el sistema jurídico, a través de sus órganos fronterizos. En otras palabras, el órgano primario de producción atrae la opinión pública captada por los órganos fronterizos, con la finalidad de crear una estructura jurídica que regule problemática social planteada por la opinión pública, por ejemplo: en los últimos años la violencia contra las mujeres ha ido en aumento, ante ésta situación, el sistema jurídico decide crear la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, así como reestructurar las instituciones administrativas y jurisdiccionales.

Al interior del sistema jurídico la concepción general de valor provoca que la estructura que contiene dicho valor sea reestructurada, esta situación desencadena una revaloración de las estructuras y de los procedimientos internos. En otras palabras, los valores se expresan en principios estructurales, los cuales

se encuentran en el núcleo sistémico, por lo tanto un cambio en éste nivel implica una reestructuración genera o regional, debido a que todas y cada una de las estructuras deben de encontrarse alineadas con la nueva concepción del principio, por ejemplo para un sistema jurídico arcaico, el valor del ser humano es equivalente a su color de piel, posteriormente el sistema social se ve influenciado por una corriente humanitaria que considera a todos los seres humanos nacimos iguales, éste cambio a nivel sistémico tiene como consecuencia la derogación de toda norma que contravenga la nueva concepción de ser humano, posteriormente se crean nuevas estructuras acordes con el principio estructural renovado.

Materialización de las estructuras jurídicas: consiste en la proyección sistémica de las normas jurídicas a través de los actos realizados por los órganos aplicación estructural y de aplicación estructural controversial. En otras palabras, los órganos en comento, analizan los matices que la problemática adquiere en las distintas regiones, esto con el fin de dar soluciones acordes con las características de cada región.

En el caso de los valores su materialización se da de manera genera debido a que el principio estructural que contiene al valor no solo fundamenta a las estructuras del sistema, sino que norma el actuar de los órganos fronterizos, así como del sistema social, por ejemplo: a partir de la reforma estructural las autoridades administrativas no pueden discriminar a las personas de color así como deben de sancionar a cualquier miembro del sistema social que implemente alguna forma de discriminación racial.

Reacción el sistema social puede reaccionar de tres formas ante la proyección sistémica del sistema jurídico, estas son:

- De manera positiva: cuando la problemática queda solucionada.

- De manera negativa: cuando las acciones lejos de atenuar la situación la empeoran, causando un descontento social de dimensiones mayores.

- No reacciona quedándose en un estado estático.

La reacción del sistema social ante el proceso de transformación sistémico a través de los valores, no solo consiste en la cualificación del sistema jurídico, sino en el aumento del nivel de conciencia del sistema social.

CONCLUSIONES

1. Las teorías positivistas identifican al sistema jurídico como un objeto aislado de su entorno.
2. Las teorías positivistas de corte monista o excluyentes identifican al sistema jurídico como un ente hermético desvinculado del pueblo.
3. Para las teorías positivistas excluyentes aplicables a los sistemas jurídicos romano canónico germánicos, solo reconocen como criterio de validez jurídica a los medios de producción de normas jurídicas, así como su correspondencia con la constitución y la norma fundamental.
4. Las teorías positivistas excluyentes no reconocen como criterios de validez a los principios de derecho natural.
5. La exclusión de los principios de derecho natural como criterios de validez del sistema jurídico, radica en el no reconocimiento del entorno, como elemento esencial para la existencia del sistema jurídico.
6. Una teoría de los sistemas jurídicos dual se fundamenta en el binomio sistema/entorno, el cual fue establecido por Niklas Luhmann.
7. La teoría jurídica dual engloba y armoniza criterios de derecho positivo, así como de derecho natural.
8. Los sistemas jurídicos se dividen en tres zonas sistémicas las cuales son el núcleo sistémico: Núcleo sistémico, Zona Media y Línea de Frontera.

9. Las tres zonas sistémicas se interrelacionan al interior del sistema a través de canales de información los cuales realizan procesos de selección estructural.
10. Lo sistemas jurídicos no pueden relacionarse de manera directa con el entorno, sin embargo lo hacen a través referencias y proyecciones sistémicas al entorno.
11. El entorno es un ente de dimensiones indefinidas así como una fuente de información inagotable.
12. El entorno suministra al sistema de la información necesaria para que éste realice sus procesos internos de reestructuración y el aumento de complejidad.
13. Existe una relación esencial entre el sistema y su entorno, por lo tanto no se puede explicar al sistema sin vincularlo al entorno.
14. El entorno se divide de acuerdo al nivel de influencia e interacción con el sistema en tres zonas: el entorno lejano, medio y próximo.
15. El entorno próximo no solo es la primordial fuente de información del sistema, si no el campo de mayor interacción con el entorno.
16. El sistema se transforma a partir de los cambios que se realizan en el entorno próximo; su interacción con éste le permite adecuarse a las circunstancias, como resultado el sistema jurídico soluciona de manera eficaz las problemáticas sociales.
17. El sistema jurídico pierde ineficacia cuando se le desvincula de su entorno, esto causa el problema de la no correspondencia sistémica.

18. A través de la interacción del pueblo con el sistema jurídica, éste se humaniza, ingresando principios de derecho natural en la base estructural sistémicas, así como establecerlos como criterios regentes de las actuaciones administrativas y judiciales.

19. La humanización del derecho se puede de dos maneras, la primera consiste hacer de los principios de derecho natural derecho positivo, mientras que la segunda consiste en que a través de participación activa del pueblo en los comicios, la opinión popular se vuelva un parámetro para la creación de normas jurídicas.

BIBLIOGRAFIA

- 1) AUSTIN, John, "The province of jurisprudence determined", 2da ed., Burt Franklin, New York, 1970.
- 2) ABBAGNANO, Nicola, "Diccionario de Filosofía" , 4ta edición en español, Fondo de Cultura Económica, México, 2004.
- 3) BÁTIZ VÁZQUEZ, Bernardo, "Teoría del derecho parlamentario", Colección textos jurídicos universitarios, Oxford University Press, México, 1999.
- 4) BAUTISTA ETCHEVERRY, Juan, "El debate sobre el positivismo jurídico incluyente", UNAM, México, 2006, p. 13
- 5) BECHMANN, Gotthard y STEHR Nico, "The legacy of Niklas Luhmann", ITAS (Institute for Technology Assessment an System Analysis) publicación, Enero – Febrero, 2002.
- 6) BOBBIO, Norberto, "El problema del positivismo jurídico", 8va ed., Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, FONTAMARA, México, 2004.
- 7) BURGOA ORIHUELA, Ignacio, "Derecho Constitucional Mexicano" 15 va. ed., PORRÚA, México, 2002.
- 8) CARBONELL, Miguel, compilador, "Teoría de la Constitución, ensayos escogidos", UNAM / PORRÜA, México, 2000.
- 9) COPI, Irving M. y COHEN, Carl, "Introducción a la Lógica". 1ra. reimpresión, Limusa, México, 1997.

- 10) CORSI, Giancarlo, et al. "Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann", Colección autores, textos y Temas, Ciencias Sociales Num. 9, Universidad Iberoamericana, A.C., México, 1996.
- 11) DE AQUINO, Tomás, "Tratado de la ley" 7ma ed., col. Sepan cuantos núm. 301, PORRÚA, México, 2000.
- 12) DE OTTO, Ignacio, "Derecho Constitucional", 8va reimpression, Ariel, S.A., España, 2001.
- 13) DE PINA, Rafael, "Diccionario de Derecho", 29va ed., Porrúa, México 2000.
- 14) DUVERGER, Maurice, "Sociología Política" 3ra reimpression, Ariel, Mexico, 1988.
- 15) FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, "Derecho Administrativo", Mc Graw- Hill, México, 1999.
- 16) FERRARI, Vincenzo, "Funciones del Derecho", Colección Universitaria, Editorial Debate Madrid, España. 1989.
- 17) FRAGA, Gabino, "Derecho Administrativo", 42va ed., PORRÚA, México, 2002.
- 18) FREUD, Sigmund, "Psicología de las masas", 4ta. reimpression, Alianza editorial, España, 2003.
- 19) FROMM, Erich, "El corazón del hombre", 5° reimpression, Fondo de cultura económica, México 1977.

- 20) FRONDIZI, Risieri, "¿Qué son los valores?, decimoséptima impresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2001.
- 21) GALINDO GARFIAS, Ignacio, "Derecho Civil", 9na ed., PORRÚA, México, 1989.
- 22) GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, "Introducción al estudio del Derecho", 51va. ed., PORRÚA, México, 2000.
- 23) GONZÁLEZ GONZÁLEZ, María de la Luz, "Valores del Estado en el Pensamiento Político", 2da., ed., Mc. Graw Hill, México, 1997.
- 24) GORSKI, D.P. y TAVANTS, P.V. , "Lógica", Grijalbo, México.
- 25) GUTIÉRREZ Gutiérrez, Ignacio, "Dignidad de la persona y derechos fundamentales", Marcial Pons, Ediciones Jurídica y Sociales, S.A., España, 2005.
- 26) HART, H. L. A., "El concepto de Derecho", Reimpresión de la 2da ed., Abeledo – Perrot, Argentina, 1992.
- 27) HART, H. L. A., "Post scriptum , al concepto del derecho" s. ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2000.
- 28) HERVADA, Javier, "Lecciones propedéuticas de filosofía del Derecho", 3ra ed., Eunsa, España. 2000.
- 29) HOERSTER, Norbert, "En defensa del positivismo jurídico", Gedisa, Barcelona, 1992.

- 30) JOLY, Maurice, "Diálogos en el infierno entre Maquiavelo y Montesquieu", Ed. Colofón, México, 2001
- 31) KELSEN, Hans, "Teoría pura del derecho", 1ra. ed. en español, UNAM, México, 1979.
- 32) KELSEN, Hans. "Teoría General del Derecho y del Estado", 5ta reimpresión, UNAM, 1995.
- 33) LASSALLE, Ferdinand, "¿Qué es una Constitución?", 12va. ed., Colofón S.A., México, 2001.
- 34) LOSANO, Mario G., "Los grandes sistemas jurídicos", 1ra. reimpresión, Ed. Debate, Madrid, 1993.
- 35) MONTESQUIEU, "Del Espíritu de las Leyes", Tomo I, 2ª ed., Gernika, 2001.
- 36) NARANJO Mesa, Vladimiro, "Teoría Constitucional e Instituciones Políticas", 8va ed., Editorial Temis S.A., Colombia, 2000.
- 37) ORTEGA Y GASSETTE, José, "La rebelión de las masas", 40º ed., Ed. Espasa Calpe, S.A., España, 2007.
- 38) PECES – BARBA, Gregorio, "Ética, Poder y Derecho", Ed. Fontamar, México, 2000.
- 39) PECES – BARBA, Gregorio, "La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho", Ed. Dickinson, México, 2002

- 40) PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía, “El Congreso de la Unión, integración y regulación” , UNAM, México, 1997.
- 41) PEREZNIETO CASTRO, Leonel, “Derecho Internacional Privado”, 3° ed. Editorial Harla, México, 1984.
- 42) RAZ, Joseph, “El concepto de sistema jurídico”, UNAM, México, 1986.
- 43) Santa Biblia, Nueva versión internacional, Vida Zondervan, China, 1999.
- 44) SARTORI, Giovanni, “¿Qué es la democracia?”, Ed. Taurus, México, 2003.
- 45) SARTORI, Giovanni, “Homo videns, Sociedad teledirigida” 2° reimpresión, Taurus, México, 2001.
- 46) SEPÚLVEDA IGUÍNIZ, Ricardo, “Derecho parlamentario constitucional mexicano”, colección obras monográficas, Themis, México, 1999.
- 47) SERRA ROJAS, Andrés, “Teoría del Estado”, 11va. ed., PORRÚA. México, 1990.
- 48) SIEYÉS, Emmanuel J., ¿Qué es el Tercer Estado?, 3ra ed., UNAM, México, 1989.

LEGISLACIÓN

A) Constitución

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, (<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>)

2. Gaceta Parlamentaria, año XI, número 2438-I, martes 5 de febrero de 2008.
Lo que se encuentra en paréntesis en el texto de la tesis es mío.

B) Tratados Internacionales

1. CONVENCIÓN DE GINEBRA DE 1949,
(http://www.un.org/spanish/documents/Instruments/docs_sp.asp)
2. CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL,
http://www.un.org/spanish/documents/instruments/docs_sp.asp
3. CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y LA SANCIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO,
http://www.un.org/spanish/documents/instruments/docs_sp.asp
4. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS,
http://www.un.org/spanish/documents/instruments/docs_sp.asp
5. DECLARACIÓN UNIVERSAL SOBRE EL GENOMA HUMANO,
(<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990So.pdf>)
6. ESTATUTO DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, (<http://www.icty.org/sid/135>)

7. TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON AMÉRICA DEL NORTE,
(http://www.economia.gob.mx/?P=5200_5205_1)

C) Códigos y Leyes Federales

1. CÓDIGO PENAL FEDERAL, (<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>)
2. LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
(<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>)
3. CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERA,
(<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>)
4. LEY ORGÁNICA DEL CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS,
(<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>)
5. LEY GENERAL DE ACCESO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA, (<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>)
6. LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL,
(<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>)

D) Leyes Locales

1. CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL
(<http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/10/319/default.htm?s=>)
2. LEY DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS DEL ESTADO DE OAXACA (<http://www.congresooaxaca.gob.mx/lx/info/legislacion/028.pdf>)
3. LEY DE DESARROLLO URBANO DEL DISTRITO FEDERAL
(<http://www.tcadf.gob.mx/pdf/ldudf.doc>)

PAGINAS ELECTRÓNICAS CITADAS

- a) CONGRESO DE LA UNION, “Diario de los debates del Congreso Constituyente”, (en línea, disponible en, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/Proy_CPEUM_06dic1916.pdf)
- b) CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL;
<http://www2.ohchr.org/spanish/law/cerd.htm>
- c) DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHO HUMANOS
(<http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>)
- d) DECLARACIÓN UNIVERSAL SOBRE EL GENOMA HUMANO
<http://portal.unesco.org/shs/en/files/2516/10596645521>

declaration__espanol.pdf/declaration%2B-%2Bspanol.pdf

- e) DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, MÉXICO, DEL 28 DE JUNIO DEL 2007 (http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf/CPF_ref94_28jun07.doc)
- f) DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, 22va. ed. (<http://buscon.rae.es/drae/>)
- g) RECOMENDACIONES DEL RELATOR DE NACIONES UNIDAS A MÉXICO: <http://www.hchr.org.mx/documentos/libros/31recomendaciones.pdf>)