



POLITOLOGÍA DEL DERECHO

Tesis de doctorado en derecho



**FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES**

**SECRETARÍA DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS DE POSGRADO
DOCTORADO EN DERECHO
MTRO. JOSÉ SAMUEL PORRAS RUGERIO**



BENEMÉRITA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE PUEBLA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

SECRETARÍA DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS DE POSGRADO

POLITOLOGÍA DEL DERECHO

TESIS DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO

ASESOR:

DR. FEDERICO CÉSAR LEFRANC WEEGAN

PRESENTA:

MTRO. JOSÉ SAMUEL PORRAS RUGERIO

CIUDAD UNIVERSITARIA

PUEBLA, PUE.

ABRIL, 2016



**FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES**

Porque pertenecer a la familia Porras Rugerío
ha sido y es el lujo de mi vida, para ella está
dedicado este esfuerzo intelectual.

México Distrito Federal a 25 de febrero de 2016

**COORDINADOR DEL DOCTORADO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
BENEMERITA UNIVERSIDAD AUTONOMA DE PUEBLA
PRESENTE**

Quien suscribe Dr. Federico César Lefranc Weegan, en calidad de Tutor del **Maestro José Samuel Porras Rugerio** aspirante al grado de **Doctor en Derecho**, con la tesis intitulada *Politología del Derecho*, manifiesto a usted lo siguiente:

Que una vez analizados los aspectos correspondientes al planteamiento del problema, al objeto de estudio, al aparato teórico, así como la justificación y el método seguido para realizar la investigación, considero que satisfacen los criterios establecidos por esta Universidad para la presentación del examen de grado. Por lo anterior otorgo mi **VOTO APROBATORIO** con el fin de que, el doctorando pueda continuar con las gestiones pertinentes y para todos los efectos a que haya lugar.

Sin otro particular por el momento, quedo de usted para cualquier aclaración.

ATENTAMENTE



Dr. Federico César Lefranc Weegan

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.	VII
ADVERTENCIAS PRELIMINARES.	XII
ESTADO DEL ARTE.	XIV
CAPÍTULO I.- EL DERECHO ROMANO EN MÉXICO.	1
I.1.- El título jurídico de Colón.....	7
I.2.- Instrumentos jurídicos de la conquista.	9
I.2.1.- La bula alejandrina.	11
I.2.2.- El requerimiento de Palacios Rubios.....	13
I.2.3.- La encomienda.....	16
CAPÍTULO II.- EL PODER DEL PODER.	22
II.1.- Poder y representación política.	29
II.2.- El jefe de Estado.	33
II.3.- El primer acto creador del derecho.....	37
II.4.- Poder, política, economía y derecho.	40
II.5.- Política jurídica o derecho.	54
II.6.- El laberinto de “lo jurídico”.	58
II.7.- Ordenamiento y clasificación del quehacer humano.	63
CAPÍTULO III.- DERECHO Y SU EPISTEMOLOGÍA.	67
III.1.- Política y derecho.....	76
III.2.- Justicia y derecho.....	79
III.3.- Ser y deber ser. Hecho y derecho.	84
III.4.- Inducción y regulación.....	90
III.5.- Dogmática jurídica y ciencia del derecho.	93
III.6.- Ley y legalidad.	99

CAPÍTULO IV.- JURIDICIDAD Y POLÍTICA JURÍDICA.	105
IV.1.- Lenguaje jurídico.....	107
IV.2.- Política jurídica.	111
IV.3.- El contenido del derecho.....	113
IV.4.- Exposición de motivos y normativa jurídica.....	117
 CAPÍTULO V.- POLITOLOGÍA DEL DERECHO.	 119
V.1.- Lenguaje jurídico y discurso sobre derecho.	121
V.2.- La eficacia del derecho.	123
V.3.- Estado de derecho.....	131
V.4.- Politología del derecho.	135
 CONCLUSIONES.	 142
 FUENTES DE INFORMACIÓN.	 160

INTRODUCCIÓN.

“Desocupado lector: sin juramento me podrás creer que quisiera que este libro, como hijo del entendimiento, fuera el más hermoso, el más gallardo y más discreto que pudiera imaginarse. Pero no he podido yo contravenir al orden de la naturaleza, que en ella cada cosa engendra su semejante. (...) Muchas veces tomé la pluma para escribirle, y muchas la dejé, por no saber lo que escribiría; y estando una suspenso, con el papel delante, la pluma en la oreja, el codo en el bufete, y la mano en la mejilla, pensando lo que diría... Porque ¿cómo queréis vos que no me tenga confuso el qué dirá el antiguo legislador que llaman vulgo cuando vea que, al cabo de tantos años como ha que duermo en el silencio del olvido, salgo ahora, con todos mis años auestas, con una leyenda seca como un esparto, ajena de invención, menguada de estilo, pobre de conceptos y falta de toda erudición y doctrina... Pero yo... no quiero irme con la corriente del uso, ni suplicarte casi con las lágrimas en los ojos, como otros hacen, lector carísimo, que perdones o disimules las faltas que en este... vieres...”. Miguel de Cervantes

La idea de poner a la política jurídica de un Estado como objeto de investigación científica vino a raíz de una revisión de los postulados de Hans Kelsen en la obligada relectura de la *Teoría pura del derecho*. Esa precisión y diferenciación que hace -en el prólogo de la obra- entre “ciencia jurídica” y “política jurídica”; entre el derecho que es y cómo deba ser, me dieron a pensar en algo así como la existencia de dos caras del derecho. El jurista practica, teoriza y enseña el derecho “que es”; tal como lo expresa el texto legal. Queda siempre la duda de por qué el derecho es como es y por qué no puede, o podría, ser de otra manera; por qué tiene determinados contenidos y no otros. Debe haber “alguien” que, por motivos propios o ajenos, tome las decisiones sobre cómo sean y qué deban decir las leyes; para luego pasarlas, bajo la forma de “iniciativa de ley”, por un proceso legislativo que culmina con la publicación oficial. La iniciativa deja de serlo y se convierte en ley que se presenta a la sociedad como el derecho “que es”.

Otras reflexiones me llevaron después a cuestionar el significado de las dos expresiones utilizadas por aquél. Sobre todo porque, en ambas, los sustantivos aparecen calificados por el mismo adjetivo: “jurídica”. Esta calificación encamina,

indefectiblemente, a la búsqueda del significado conceptual y práctico del vocablo “juridicidad” como origen de lo “jurídico”. Generalmente se le asigna la condición lingüística de sinónimo de “legal” o “derecho” y, por extensión, –ahora creo que arbitraria- se da el mismo sentido y significado a “ciencia jurídica” que a “ciencia del derecho”. Sin embargo, tal extensión no ha alcanzado a equiparar “política jurídica” con “política del derecho” que, siendo terminológicamente posible como expresión que tendría un significado propio, ha sido muy poco empleada –y de este modo relegada o rechazada- en tanto no aparece en boga con el mismo pregón que aquellas otras.

Se ha generado un cabo suelto en los análisis, que tiende un velo a la comprensión del derecho como instrumento de ordenación social, por la ausencia de estudios sobre política jurídica que tendría que obligar, moralmente, a los juristas a emprender un estudio de frontera entre poder, política y derecho que nos ayude a encontrar ese cabo. Una novedosa visión de los historiadores de la ciencia, les ha llevado a introducir la costumbre de separar las obras clásicas en dos grandes géneros: por un lado, las que consagraron la verdad oficial de su época y, por el otro, las que se inmortalizaron subvirtiéndola. Creo que esa es la razón central que divide, realmente y no por cuestiones formales o accesorias, a las dos grandes posturas filosóficas con las que se analiza y maneja el derecho: positivismo y teoría crítica. Tanto aquella como esta separación tienen, por punto de referencia común, la asunción de una posición frente a la política manifestada en las diferentes formas concretas de ejercicio del poder históricamente utilizadas para organizar una sociedad.

Buscar la relación que guardan, entre sí, poder, política, economía y derecho, surge del intento por responder dos preguntas elementales: ¿qué se construye socialmente mediante los contenidos del derecho? y ¿por qué debemos obedecerlos? Con tales cuestiones nos adentramos a aquello que sólo hemos analizado como características de sus normas: la obligatoriedad, heteronomía y coercitividad. En búsqueda de la respuesta, decidí retomar esa licencia intelectual a la que se refirió Carlos S. Nino en el sentido de que nadie está impedido para ensayar nuevas posturas acerca del derecho, distintas de las existentes. En el

esquema de la gran división, este trabajo se ubicaría del lado de la teoría crítica con la aspiración de que esta corriente retome como objeto de estudio no sólo al derecho sino, también, sus fuentes reales que se expresan como ejercicio del poder público, en la política jurídica determinante de los contenidos del derecho y su imposición para ser el derecho “que es”.

La cabal comprensión del derecho, como fenómeno social, solo podrá lograrse mirándolo como un todo desde sus distintas perspectivas posibles. Esta reflexión nos lleva a considerar que toda problemática relativa al derecho es, a final de cuentas, un problema de relación entre seres humanos; y que la propalación de una descategorización conceptual entre personas y cosas –como recurso lingüístico de comunicación- es lo que induce a seguir creyendo que se obedece al derecho; o que es, éste, el que obliga o coacciona. Un sentido lógico indica que las normas de derecho –en tanto discurso escrito- no poseen tales atributos sino solamente los anuncian y previenen con ellos; pero que, en realidad, aluden a un tipo de relación entre unos hombres que mandan y otros obligados a obedecer. Entre hombres con poder y los carentes de él. El derecho hace patente una relación de poder y voluntad entre seres humanos dentro de una sociedad: poder para obligar y voluntad para dirigir el sentido de la obligación. Se accede así, al examen de las relaciones sociales entre los hombres y a un modo concreto de organización de la sociedad. El modo social de ser.

Para soportar nuestra idea de comprensión del derecho, hacemos una revisión histórica para observar cómo llega a nuestro orden jurídico la tradición del derecho romano; luego examinamos el origen histórico y fáctico del poder como atributo estatal; lo que nos permite, mediante una reflexión filosófica, acercarnos a investigar los alcances del concepto ‘juridicidad’, que nos conduce a sostener que las relaciones humanas propiciadas por el derecho no las analiza la “ciencia jurídica” por su propia naturaleza y fines como instrumento del poder; en cambio, sí puede hacerlo la “ciencia del derecho” auxiliada por la filosofía –entendida como el más alto nivel de reflexión para obtener conocimiento sobre un objeto de estudio- partiendo de la base que la juridicidad es la potestad estatal para imponer al derecho

–conforme a una política jurídica introducida al seno social por vías legislativa, administrativa y jurisdiccional- sus contenidos generales e individuales. La juridicidad reúne en su ámbito tres capacidades estatales con las que se configura el derecho: poder, política y lenguaje escrito.

Con tal propósito, establecemos a la ‘política jurídica’ como nuestro objeto o campo de estudio y formulamos la propuesta de que sea la “politología del derecho”, como rama nueva de la ciencia del derecho, la que se encargue de su estudio, no sólo para describir la prescripción de las normas jurídicas sino para prever el significado de su sentido prescriptivo en la tarea de construcción pública de la realidad social.

No podemos levantar monumentos que festinen la ‘legalidad’ y exaltar el “estado de derecho” sin dejar plenamente asentado que la exigencia o imposición de cumplimiento de la ley atiende a circunstancias históricas concretas; y que, precisamente por ser históricas, registran que la letra de la ley –los contenidos del derecho- es creada, modificada o anulada por hombres con poder político. Eso hace de la legalidad un régimen de voluntad política. Llegar al discernimiento sobre si los actuales contenidos del derecho y sus formas concretas de aplicación estatal están creando la realidad social pertinente, la que conviene a la convivencia racional de los seres humanos en el mundo, en un país o lugar determinado, será el objetivo básico por alcanzar, poniendo al alcance del jurista este trabajo que aspira a ser herramienta epistemológica para ello.

Esta aspiración encuentra su explicación en un atrevimiento intelectual: aventurarnos a examinar las barreras, fronteras o umbrales que, artificialmente, han sido levantados para hacer creer que el derecho, la política y el poder –militar y económico- son campos de estudio separados entre sí. En nuestra visión, todos aparecen juntos desempeñando una tarea común que se resume en el papel que desempeña el estado dentro de una sociedad. Construir una cosmovisión que los abarque es una tarea urgente que deben abrazar juristas y filósofos, no porque lo digamos nosotros, sino porque al ritmo y dirección de la noción de progreso en que actualmente está encaminada la sociedad mundial, es altamente previsible su deshumanización y –en una especie de holocausto II- el gradual exterminio de los

hombres que no tienen más poder que ser, simplemente, seres humanos. Hacer investigación de frontera significa, hoy por hoy, comenzar a oponerse a la construcción de un futuro del mundo que está dando cabida a todos los horrores que se engendran en la deshumanización del hombre.

La magnitud de los errores que puedan quedar de manifiesto en este trabajo, sin duda, expresan las dificultades del problema teórico que intentamos resolver. En su trazo hemos seguido, básicamente, el método histórico procurando seguir la lógica que bondadosamente brinda el dios Cronos; sustrayendo de los sucesos sociales en los que el derecho está presente, las enseñanzas que –por inducción o deducción- nos ayudaron a construir hipótesis, método de trabajo y conclusiones. Como todo proceso de conocimiento científico decimos: nada está acabado, aún está por hacerse; digamos que esto puede caracterizarse como una ‘teoría inconclusa del derecho’; así podrá ser identificada fácilmente.

En la configuración de este germen de teoría tienen responsabilidad solidaria, en su tiempo, los compañeros del Centro Educativo Cultural y de Organización Social (CECOS) de Ciudad Netzahualcóyotl, México; luego los abogados Carlos Fernández del Real (q.e.p.d.), María Estela Ríos González, Juan Pablo López Yee y María Eugenia Meza Arceo; y, por último, Eleazar Maldonado Cisneros, Leopoldo Uribe García y José Luis León Salamanca; todos, de quienes agradeceré siempre su entrañable amistad y la paciencia de sus enseñanzas. Mi más sincero reconocimiento y profundo agradecimiento al señor Rubén Sarabia Sánchez, “Simitrio”, por su contribución a ella; su aportación –involuntaria pero invaluable- es la más sólida para efectos del método científico en tanto su lucha política en Puebla al frente de la Unión Popular de Vendedores y Ambulantes “28 de Octubre” y su paso injusto por distintas prisiones de México, han sido cruel experimentación digna de la observación científica que se requiere para filosofar sobre el derecho, su función social y sus relaciones con el poder y la política. Finalmente, mi agradecimiento a la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla que hizo posibles los estudios; y, al Dr. Federico César Lefranc Weegan por la agudeza de sus observaciones metodológicas y su esfuerzo para revisar esta tesis.

ADVERTENCIAS PRELIMINARES.

Para mejor exposición y comprensión de este trabajo es menester establecer advertencias que deberán tenerse presentes durante su lectura.

PRIMERA.- Hasta la fecha no existen reglas claras para el uso de un lenguaje que no discrimine ni marque diferencia entre hombres y mujeres. Los lingüistas aún no se ponen de acuerdo sobre la manera de hacerlo en el idioma español. Sería impropio y hasta ramplón acudir con deplorable frecuencia al énfasis sobre la existencia de los dos sexos. Para salvar el obstáculo optamos por utilizar el masculino genérico clásico que alude a la especie humana; en tal entendido, toda mención que hagamos “del hombre” representa, en la misma medida, a hombres y mujeres.

SEGUNDA.- Se ha vuelto inveterada costumbre en los tratadistas del derecho hacer una extensión arbitraria del lenguaje al utilizar, como sinónimos, lo jurídico, con la ley o el derecho. Se origina por ello una confusión de conceptos no calificable de simple problema semántico, pues no da el mismo resultado social el uso del lenguaje propio del derecho efectuado por los órganos del Estado, que hecho por los particulares. El poder de imposición distingue a lo jurídico de lo doctrinario en sus respectivas referencias sobre el derecho. Es difícil batallar contra este uso tan extendido, sin embargo, aquí buscamos su diferenciación de significado y ponemos énfasis en ella.

TERCERA.- Las ideas que perfilan nuestra disposición de ánimo para sostener la hipótesis de que, es, el propio contenido del lenguaje jurídico –y la acción u omisión del Estado en lograr su cumplimiento- el que determina, como consecuencia lógica y necesaria, el surgimiento de la realidad social que se presenta ante nuestros ojos; y que así es conscientemente construida; las hemos retomado de pensadores de todos los tiempos bajo dos criterios: uno, ellos también reflexionaron acerca de la conducción de los destinos colectivos en las sociedades del tiempo en que les tocó vivir; dos, el diálogo generacional nunca ha sido roto pues los seres humanos seguimos teniendo la misma naturaleza gregaria y ese

diálogo se da, no sólo por la presencia de los textos de los autores de antaño, sino por lo que esos textos y su reflexión son capaces de provocar en el intelecto individual o colectivo de nuestra sociedad actual.

CUARTA.- Hacemos formal reconocimiento de que en la construcción de algunas oraciones que forman parte de este trabajo retomamos vocablos o expresiones lingüísticas que aparecen utilizados en la documentada introducción al libro de Lewis Carroll, *Alicia en el país de las maravillas*; y por Mario Bunge, en los dos libros consultados, sin hacer cita de cada una de ellas a fin de no llenar el aparato crítico con cuestiones menores, en la medida en que solo se trata de palabras o locuciones cuyo uso no se nos hubiera ocurrido, estimándolas adecuadas para mejor exponer la idea de este trabajo. Conste.

Para el adecuado tratamiento de nuestra hipótesis de trabajo iniciamos con la exposición sucinta de lo que constituye el estado del arte que presentan los estudios sobre política jurídica que se conocen en México. La búsqueda se hizo acudiendo a la Internet y a consulta directa de los índices bibliográficos que ofrecen distintas editoriales conocidas por su acercamiento y proclividad hacia los estudios del derecho, que tuvo el siguiente resultado.

ESTADO DEL ARTE.

Con afán de conocer lo que se ha dicho sobre el tema de nuestra investigación, acudimos a la búsqueda de reflexiones o teorías sobre los dos puntos centrales que lo configuran: política jurídica como objeto de estudio y politología del derecho como su herramienta de conocimiento. Utilizamos los buscadores de palabras que proporciona Internet e hicimos consulta directa de los catálogos de publicaciones que ofrecen las casas editoriales, anexas a los libros que publican. Sobre la frase “politología del derecho” podemos decir que, hasta ahora, era inexistente y, por tanto, que podría ser considerada como una aportación nuestra al lenguaje teórico sobre el derecho, cuya aceptación o rechazo dependerá del soporte que pueda encontrar tanto en este trabajo como en otros que lleguen a escribirse bajo esa denominación.

En cuanto a la primera, lo encontrado se reduce a dos trabajos: un artículo de revista denominado “Política jurídica”; y un libro titulado “*Elementos de política jurídica*” coordinado por Ignacio Carrillo Prieto, editado por la UNAM en el año 1992. Lo demás que puede encontrarse en la búsqueda al respecto, se orienta a “lo político” y “lo jurídico” como entidades separadas.

El artículo es escrito por Rafael López Murcia, Juez del Tribunal de Sentencia en Comayagua, Honduras. Aparece publicado por la Revista Telemática de Filosofía del Derecho, número 9, 2005/2006, ISSN 1575-7382, pp.267-277, (en <http://www.rtfed.es/numero9/13-9.pdf>) cuyo tratamiento teórico, en apretada síntesis, es el siguiente. Sostiene:

“La expresión “Política Jurídica” parece dada a la paradoja. Se explica el contenido doctrinario de la expresión como proveniente del iuspositivismo jurídico y se esboza una crítica desde posiciones cercanas a la crítica iusnaturalista y a la teoría de la argumentación. La política es compatible con el derecho, si partimos de la dogmática constitucional moderna, pues se admite la existencia de una cierta objetividad dentro de los valores fundantes. Con todo, se redundaba en un cierto relativismo, pues no siendo susceptible de definición el concepto de justicia, no cabría ahondar en la posibilidad de una “política” pensada en base al paradigma científico. Pese a esta grave crítica, el formalismo jurídico a ultranza ha sido superado por modernas tendencias dentro de la Filosofía del Derecho. Analizando la relación de política y jurisdicción, partiendo de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales (LOAT) hondureña de 1906, y tomando en consideración esta tesis, cabría

conjeturar que, ya desde ese entonces, la legislación orgánica nacional precavía el ejercicio del control constitucional difuso por parte de los juzgados y tribunales de la República.”

El citado autor establece como palabras clave de su idea: política jurídica, positivismo jurídico, iusnaturalismo, formalismo jurídico, valores, neoconstitucionalismo. El sumario de su disertación consta de tres capítulos: I.- Noción de política jurídica, II.- El argumento de la injusticia; III.- Política jurídica y jurisdicción. Bibliografía.

A decir de este autor: “Con Política Jurídica se quiere significar que los juicios de valor sobre el derecho deben emitirse en un ámbito conceptual distinto del derecho mismo”. Cita a diverso autor –Roberto M. Jiménez Cano- para decir que “la teoría pura es ciencia jurídica, pues se encarga del Derecho que <es>; la política jurídica no es ciencia y se ocupa del Derecho que <debe ser>”. Sostiene que: “La noción de política jurídica conlleva a una metodología que presupone al derecho como distinto y separado de la moral” asumiendo que: “La consideración positivista del derecho y la moral no es hoy uniforme ni mayoritaria.” Y que, un denominado “positivismo jurídico incluyente ha morigerado el normativismo extremo de antaño y ha hecho más porosa la ciencia que estudia al derecho positivo al insoslayable problema de los valores.” López Murcia, anuncia lo que él considera política jurídica al decir: “trataré a continuación de reseñar a uno de los primeros hitos filosóficos que desafiaron la noción de una ciencia como pureza y de la crítica axiológica como sinónimo de política jurídica.”

Hace referencia, en el capítulo II, al hecho histórico del nazismo con sus campos de exterminio como el suceso que cuestionó el ideal positivista de la pureza de la ciencia del derecho, considerando que “la argumentación de la injusticia” entraña un conflicto de valores con la noción misma de derecho:

“Este hecho fueron los hornos diseñados para infligir muerte y sufrimiento a millones de seres inocentes en Dachau y alrededores. Las ordenanzas emitidas para desprover a la gente de vida, propiedad y libertad, bajo el supuesto legal de que estaba expropiada la dignidad de quienes pertenecieran a un grupo diferente de seres humanos (untermenschen), al modelo representado por el grupo dominante. Y todo bajo la cobertura y basamento de un régimen formalmente democrático. Pues no habremos de olvidar que el régimen político jurídico que hizo posible la barbarie fue posible, a su vez, por una marea humana de más de diez millones de votos en la Alemania de la posguerra y de la crisis capitalista de los años treinta.”

López Murcia recurre a la evocación del pensamiento de Gustavo Radbruch, autor en el que cree encontrar el punto de demarcación entre el positivismo jurídico y el iusnaturalismo:

“El conflicto entre justicia y certeza jurídica puede resolverse de forma que se dé prioridad al derecho positivo, asegurado por la promulgación y el poder, incluso si este no es razonable y es injusto en sus contenidos, excepto en el caso en que la contradicción entre el derecho positivo y la justicia se vuelva tan intolerable que la condición de <derecho incorrecto> tenga que hacer lugar a la justicia.”

Una referencia a Guido Fassó, lleva a López Murcia a decir que el iusnaturalismo “...indujo a muchos a buscar valores que no solo dependieran de la voluntad del Estado, sino que pudieran imponerse a ésta, limitándola y controlándola.” No deja inadvertido un hecho al que califica como paradoja:

“...que la cumbre del positivismo jurídico formalista coincida históricamente con una de las depravaciones políticas más grandes de la historia como fue el nacionalismo alemán. Este “Leviatán”, como bien observa Fassó, ni siquiera respetó el principio de legalidad, toral para el desenvolvimiento normal de las estructuras jurídicas del Estado, llegando entonces a una especie de paroxismo en que termina devorándose a sí mismo.”

Más adelante, a base de citas, fija lo que al parecer son las premisas de su reflexión: “El derecho positivo que no aspire a la idea de derecho, es decir, que no sirve a la justicia, es incorrecto, es un injusto legal”. (...) “...el derecho correcto es la entidad fáctica que sirve a la justicia, en la cual aspira a realizarse como una norma ética.” Estos planteamientos le conducen a considerar que el “argumento de la injusticia” –ideado por Radbruch- sería el elemento que “conexionaría de cierta forma la fenomenología jurídica (el derecho como es formalmente) con el problema axiológico (el derecho como perfeccionamiento moral o posibilidad de realización ética)”. Con cierta aridez teórica señala:

“Ahora bien, un análisis conjunto de la imprecisión normativa –derivada de esa materia maleable e inasible con que trabaja el derecho, como es el lenguaje-; sumado a la falta de predecibilidad, en cuanto a lo que será reconocido como jurídico en el itinerario cotidiano de la norma hacia la eficacia; aunado ello a la carencia de estándares valorativos de universal aceptación, consecuencia de la creciente complejidad y concomitante pluralismo, que son blasones de la época contemporánea, devendría en admitir la indecibilidad conceptual respecto a lo que es justicia en términos puramente abstractos o generales. “

Finalmente, López Murcia cree encontrar en el ejercicio de la función judicial el medio para la realización de la política jurídica, pues la concibe como problema axiológico:

“...si aceptamos la noción de límite como constitutiva del accionar de la política —y no otra cosa proponen los derechos fundamentales de primera generación—, esto significaría que la política; en sus diferentes esferas que le son inherentes dentro de la democracia republicana, incluyendo desde luego la actividad legislativa debe estar sometidas a derecho, y específicamente a ese régimen derecho del régimen democrático, esa “...ley por la cual el soberano mismo fue investido como rey” (Bracton). Tal derecho fundacional (Grundnorm), no es otro que la Constitución de la República, la cual, con mayor o menor suceso, jura el alto funcionario cumplir y hacer cumplir al tomar posesión del cargo.”

Establece que son “características indispensables” del Derecho positivo las “formas mínimas de protección de las personas, de las propiedades y de las promesas”; a su decir, en ello coincidirían Hart y Alexy; y con ello se rechazarían “las tesis formalistas a ultranza, en virtud de las cuales el Derecho puede tener cualquier contenido”. Llega a la conclusión de que:

“Y es en la práctica judicial donde se conoce, no solo las antinomias de la ley, sino que la inacabada tentativa de aplicación del “derecho correcto”, aquel derecho que aplicado dentro de una pluralidad de respuestas plausibles al caso concreto, conlleva a una realización mayor de la justicia. Donde se ve con mayor definición el problema de la valoración crítica y metódica del derecho es, entonces, en el ejercicio de la jurisdicción, la cual está llamada a conocer el problema de la interpretación de la Constitución y las leyes, en una forma armónica e integral.”

Como podrá apreciarse, en el tratamiento que este juzgador da a la cuestión de “política jurídica”, concurren entreveradas cuestiones que previamente no han sido adecuadamente clasificadas en categorías o planos de discusión (derecho positivo, positivismo jurídico, iusnaturalismo y teoría de la argumentación). Abordar dicho concepto —inexistente en la ley— bajo el esquema metodológico de la dogmática jurídica, dar como presupuesto indiscutible que tal expresión alude a la cuestión axiológica del derecho partiendo de atribuir a éste los calificativos de “justo” o “correcto”; para arribar a la conclusión de que el problema lo puede enfrentar el ejercicio jurisdiccional como función de estado, nos demuestra que una buena parte del problema para analizar el derecho se encuentra en el establecimiento de las premisas de razonamiento necesarias para su estudio.

Dar por sentado que los presupuestos epistemológicos sobre el derecho de los cuales parte el teórico, filósofo o jurista para su análisis, son algo así como de aceptación general o universal, será una simple creencia que imbuja falsedad a los mismos y lleve a una concepción desfigurada del fenómeno en estudio. Las dos diferencias fundamentales que existen entre este estudio y el que ahora proponemos son, primero, la premisa básica del razonamiento: López Murcia identifica al derecho con la justicia; nosotros lo vemos como expresión de poder; segundo, aquel utiliza como método de análisis la dogmática jurídica; nosotros la teoría política. Estas diferencias en el punto de arranque, dan origen y lugar a la diversidad o franca contradicción de las posibles conclusiones.

Por otra parte. En el texto coordinado por Ignacio Carrillo Prieto encontramos una compilación de varios trabajos: “Relaciones jurídicas: Estado y sociedad”; “Perspectiva jurídica de la Reforma del Estado”; “La Universidad reformada”; “La soberanía en el umbral del tercer milenio”; “Algunas tendencias actuales en la teoría del derecho”; “Derechos humanos y sociedad”; “Contribución mexicana a la juridicidad de los derechos del hombre”; “Tortura y derechos humanos”; “La violencia ¿vocación de nuestro tiempo?”; “Las investigaciones del Instituto Nacional de Ciencias Penales en la lucha contra el delito”; “La criminalística en la profesionalización policial” y “Apostillas a la hermenéutica”.

Ninguno de ellos está encaminado directamente a tratar el tema concreto de la política jurídica, sino únicamente a la propuesta de posibles contenidos de ella en diversas parcelas del quehacer del Estado para organizar a la sociedad vía las leyes respectivas. Nuestra diferencia salta a la vista al ofrecerse aquí “elementos”. Nosotros queremos intentar la visión de conjunto sobre el concepto de “política jurídica” con la finalidad de conocerla; saber qué es; establecer su relación con un proyecto político de país y la que guarda con los contenidos del derecho como instrumento para la creación y mantenimiento del orden jurídico nacional que determina el orden social. Estaremos, así, en aptitud de conocer el papel que cumple el derecho en la creación –pública, política o estatal- de la realidad social vivida en una sociedad determinada.

Acompañamos tal idea con la propuesta de que sea la “politología del derecho” la ciencia que nos proporcione las herramientas metodológicas y analíticas para su estudio y comprensión, así como el saber alternativo necesario para proponer soluciones a la problemática derivada de la política jurídica específica con la que se conduce a un estado-nación a través de los contenidos con que se dota al derecho. Para sustentarla partiremos de un examen histórico de los orígenes, llegada y evolución del derecho que ha venido a conformar el orden jurídico mexicano al que, los tratadistas, suelen clasificar como perteneciente a los sistemas jurídicos de tradición romana. Atisbemos un poco en el fenómeno social que representó la recepción, en el Nuevo Mundo, de la normativa surgida en la vieja Roma, Occidental y Oriental, que nos llega a través del descubrimiento y la conquista por España, con sus implicaciones en todos los órdenes de la vida social que ese hecho tuvo para los habitantes originarios de la América y, en particular, de México.

Parece ir quedando al descubierto que la poca existencia de lo que Edgar Morín ha llamado “conocimiento complejo” en México obedece más –en lo que al ámbito de reflexión sobre el derecho se refiere- a la excesiva, y ya insana, predilección por la dogmática del derecho que condiciona, por contrapartida, un viciado rechazo intelectual en los abogados (¿hemos renunciado a la posibilidad de ser jurisconsultos, en el sentido de proponernos ser versados en todo lo concerniente al derecho?) por los problemas de la política y la filosofía que dicen no entender o creen que contaminan al derecho; cegando cualquier visión posible sobre las relaciones existentes entre ellos. Lejos estamos de sugerir que este trabajo sea expresión de conocimiento complejo. En todo caso, lo más que podríamos decir, es que tuvimos el ánimo de pensamiento abierto para tratar de infiltrarnos en esas poco buscadas y exploradas relaciones del derecho.

CAPÍTULO I.- EL DERECHO ROMANO EN MÉXICO.

Saber que el orden jurídico mexicano se clasifica y agrupa dentro de los de tradición romana¹ es un dato que no proporciona elementos suficientes para comprender las formas de introducción del derecho romano en México, su significación histórico-social, ni las implicaciones que actualmente tiene en la vida de las instituciones políticas y jurídicas. Con la introducción-recepción del “derecho romano”² ¿el Nuevo Mundo adquirió, simplemente, una copia de sus normas e instituciones jurídicas; o, todo un modelo de organización social como civilización, cosmovisión y modo de vida? La posible respuesta que se dé a esta pregunta aventura un panorama intelectual, parcial o integral, dogmático o científico, positivo o filosófico; que proporcionará el marco teórico y los elementos de método para abordar el estudio del derecho que pueden determinar los alcances de la pretensión por conocerlo y comprenderlo.

En los estudios de derecho, aun los que se relacionan con su filosofía o historia, si bien suelen estar nutridos por el pensamiento de Sócrates, Platón y Aristóteles preferentemente; casi nada sabemos de la historia del derecho en Grecia, específicamente en la Atenas considerada universalmente como el baluarte de la democracia. Sería ilógico pensar en que siendo la cuna de la filosofía que ha trascendido los tiempos, nada importante hubiesen dicho en materia de derecho.

¹ “El ideal político de la humanidad es un conjunto de doctrinas cuyos principios, dogmas y objetivos son parte de la tradición jurídica de Occidente y, como tal, herencia de la jurisprudencia romana de la Edad Media, i.e., tal y como fue concebida en Bolonia.” Tamayo y Salmorán, Rolando, *Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de Occidente. Estudio histórico sobre la recepción de la ciencia jurídica y su impacto en las ideas políticas*, México, UNAM-IIJ, 2005, p. 3.

² La expresión “derecho romano” adquiere diversa significación dependiendo de las circunstancias concretas en que sea utilizada. Una es a la que alude Guillermo F. Margadant: “¿Qué es el derecho romano? Originariamente, es el derecho reconocido por las autoridades romanas hasta 476 d. de J. C. y, desde la división del imperio, el reconocido por las autoridades bizantinas —estrictamente hablando, hasta 1453— dentro de su territorio. Conocemos este derecho, sobre todo, por la gran compilación realizada por juristas bizantinos en tiempos del emperador Justiniano (527-565) y llamada desde la Edad Media, el *Corpus iuris civilis*, para distinguirla del *Corpus iuris canonici*.” En Margadant S., Guillermo Floris, *El derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, 5ª ed., México, Esfinge, 1974, p. 11. Otra, es aquella que distingue: “Con la expresión “derecho romano” nos referimos, ab ovo, a la disciplina dogmática así llamada y no a un derecho positivo histórico.” En Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, nota 1, pie de página, p. 2.

Representa un enorme vacío histórico que, al parecer, nadie estaría interesado o se atreve a intentar llenar. No es un simple olvido. Pudiera pensarse que se trata de un vacío político derivado, por lo menos, de la reticencia para analizar las teatralizaciones de las obras que legaron al mundo.³ Y para el mundo, esto, ha sido una tragedia más que griega. Occidente históricamente y hasta hoy refleja, como civilización, más la influencia de las instituciones del derecho romano; y menos -por ausencia, olvido o confinamiento político- influencia del derecho griego que hizo de Atenas la democracia por antonomasia.

Cronológicamente no existió conexión de ninguna clase entre los llamados imperios, romano de occidente y romano-oriental, con el hoy continente americano; durante la existencia de aquellos, se ignoró la de éste. De modo que la llegada de las instituciones jurídicas romanas a suelo del Nuevo Mundo⁴ se dio a través de dos hechos históricos que modelan nuestra historia como sociedad: el descubrimiento y conquista⁵ por parte de España, preponderantemente; país que ya había asimilado y asumido tales formas jurídicas como modelo de relaciones sociales:

³ “*Edipo Rey* es una especie de resumen de la historia del derecho griego. Muchas obras de Sófocles, como por ejemplo, *Antígona* y *Electra*, son una suerte de ritualizaciones teatrales de la historia del derecho. Esta dramatización de la historia del derecho griego compendia una de las grandes conquistas de la democracia ateniense: la historia del proceso a través del cual el pueblo se apoderó del derecho de juzgar, de decir la verdad, de oponer la verdad a sus propios señores, de juzgar a quienes lo gobernaban. Esta gran conquista de la democracia griega, el derecho de dar testimonio, de oponer la verdad al poder, se logró al cabo de un largo proceso nacido e instaurado definitivamente en Atenas durante el siglo V.” En Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, trad. Enrique Lynch, Barcelona, Gedisa, 2007, p. 66.

⁴ “Al momento de llevarse a efecto el descubrimiento de América, los principios doctrinales de la patrística y los romano canónicos tenían plena vigencia en Europa y necesariamente sirvieron de fundamento para las empresas indianas y normaron las relaciones entre españoles e indígenas, con la aceptación y el reconocimiento de toda la comunidad europea, por lo menos hasta los inicios del siglo XVI, cuando la escolástica vino a dar explicaciones distintas para el hecho americano.” En Icaza Dufour, Francisco de, *Plus Ultra. La monarquía católica en Indias 1492-1898*, México, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2008, p. 73.

⁵ “Una vez consumada la conquista de Tenochtitlan en 1521 los pueblos indígenas quedaron sometidos a la corona española y los territorios conquistados constituyeron una colonia que se llamó Nueva España. La legislación que rigió la Colonia se integró tanto por las leyes españolas como por las disposiciones especiales que la metrópoli expidió para las colonias de América, así como por las especiales para la Nueva España. Entre los ordenamientos que estuvieron en vigor en la Nueva España podemos citar el Ordenamiento de Alcalá, las Leyes de Toro, la Nueva Recopilación, la Novísima Recopilación y las Siete Partidas. Respecto al derecho propio de las colonias americanas se creó la Recopilación de las Leyes de Indias promulgada en 1680. Como leyes especiales para la Nueva España podemos mencionar la Ordenanza de Intendentes de 1786 relativa a la organización política, administrativa y judicial de la Colonia. A partir de la Conquista se aplicaron en México las

“El hallazgo en el siglo XI del texto completo de la obra jurídica del emperador Justiniano, conocida más tarde en su conjunto como *Corpus Iuris Civilis*, produjo en Italia el renacimiento de la ciencia jurídica para después difundirse por toda Europa. (...) En sus obras doctrinales, tanto los civilistas como los canonistas adoptaron los principios de la patrística para aplicarlos a los infieles. Obviamente, para quienes doctrinalmente eran defensores del *dominium orbi* atribuido al romano pontífice, por necesidad reconocieron su primacía sobre todas las potestades terrestres y no abrigaron la menor duda respecto de la sujeción de los infieles a su potestad”.⁶

El cristianismo puede ser visto, históricamente, de dos maneras: como simple creencia en el advenimiento del “reino de Dios”; y, como religión oficial del imperio romano. Su diferencia básica es, por paradójico que parezca, política, como lo acredita la diversidad de sus implicaciones sociales: como creencia, declina cualquier responsabilidad para ordenar los asuntos del mundo, de “este mundo”; como religión oficial imperial, desarrolla una política a través de la Iglesia:

“La doctrina política (o mejor las políticas) de la Iglesia medieval presenta etapas que se antojan paradójicas. Los primeros cristianos no tenían, propiamente hablando, nada que pueda llamarse ‘ideas políticas’. Constituían pequeños grupos de creyentes, esperando el advenimiento del “reino de Dios”, manteniéndose alejados del mundo y sus asuntos. A este respecto habla la contundente afirmación de Saul de Tarsus —i.e. Pablo de Tarsus (c. 10- c. 67d C), la más prominente figura del comienzo de la cristiandad- de que los cristianos declinan cualquier responsabilidad para ordenar los asuntos del mundo. Otra postura habrían de adoptar cuando el cristianismo deviene la religión oficial del Imperio. Con la “imposición” de Constantino (c. 280-337) comienza a desarrollarse una política de la Iglesia y, *pari pasu*, surge una doctrina política para la cristiandad. (...) Una Iglesia como ente estructurado, con sus propios órganos de gobierno es, probablemente, una de las más importantes transformaciones que introdujo el cristianismo en la escena política medieval. Nunca antes se había pensado en dos autoridades coordinadas regulando la conducta de los hombres y, cada una, suprema en su propia esfera. Los efectos de esta dualidad fueron múltiples. Las relaciones entre estas autoridades fue (*sic*), por decirlo de alguna manera, impredecible. La tendencia de la enseñanza cristiana, en un principio, era exaltar la autoridad de los gobernantes civiles y proclamar el deber de obediencia sumisa incluso hacia el poder despótico.”⁷

Teniendo en cuenta esta suma de poderes, vayamos hacia la época del descubrimiento de América. Cuenta la historia que una vez que el navegante genovés Cristóbal Colón, logró convencer de sus planes descubridores de nuevos

leyes españolas e indianas, *ambas de corte romano*, las Siete Partidas, la Nueva y la Novísima Recopilación principalmente.” En Sirvent Gutiérrez, Consuelo, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, 16ª ed., México, Porrúa, 2014, pp. 54-55.

⁶ Icaza Dufour, *op. cit.*, nota 4, p. 71.

⁷ Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, nota 1, pp. 9-10.

y desconocidos mundos a los Reyes Católicos y aceptadas formalmente por éstos, las exigencias de aquel; sólo quedó pendiente darle *forma jurídica* a la empresa y para este fin se empleó como instrumento la capitulación.⁸ En la remembranza de esta historia seguimos a De Icaza que sostiene:

“El descubrimiento, conquista y poblamiento de las Indias fue una empresa de la corona española, que ante la imposibilidad material y económica de efectuarla por sí sola, se vio en necesidad de aceptar la colaboración de aquellos particulares decididos a poner en riesgo su vida, su honra y su hacienda para la ejecución de los proyectos. Eran, dice Pietschmann, ‘empresas dirigidas y encauzadas por el Estado, pero financiadas y organizadas por los particulares’. Cada uno de los integrantes de las expediciones, en la medida de sus posibilidades, hacía su aporte: los ricos, de su fortuna; los medianos, algunos dineros, armas o animales, y los pobres, se conformaban con ofrecer su esfuerzo personal. De esta manera el Estado no corría ningún riesgo, pues si la empresa fracasaba no perdía nada, probablemente ni siquiera llegaran a tener noticias del revés en la corte, en cambio, si se alcanzaba el éxito, cabía la posibilidad de lograr buenas ganancias, en ocasiones inimaginables. Lo anterior no significa una absoluta inhibición por parte de la Corona de participar, dirigir y permitir tales empresas, pues en todas ellas se hacían siempre patentes los altos fines del Estado español en América, como era en primer lugar, la evangelización de los naturales. Lo más fascinante de la empresa española en Indias fue el *legalismo* inspirador de sus acciones, la voluntad de llevarla a cabo con el mayor *apego a los principios jurídicos* de la época, aunque como toda empresa humana estuvo llena de errores, tropiezos y fracasos. *Toda expedición al Nuevo Mundo debía encontrarse sustentada en derecho y las capitulaciones fueron el instrumento jurídico previo e indispensable para la realización de toda empresa de descubrimiento, conquista o colonización, aunque por diversas circunstancias no siempre fue acatado este principio, de hecho muchas expediciones se llevaron a efecto sin satisfacer este requisito previo, o bien se le dio cumplimiento después de haberlas realizado*”.⁹ (El énfasis en *italicas* es mío).

Esta revisión histórica nos va mostrando claramente el uso, sentido y fines perseguidos con la invocación y aplicación de las instituciones jurídicas, el papel de la religión y las posibilidades del poder –con el uso del derecho- desplegadas por el Estado español. ¿Qué fueron, pues, las capitulaciones¹⁰ como instrumento jurídico

⁸ Icaza Dufour, op. cit., nota 4, pp.9-10.

⁹ *Ibíd*em, pp. 10-11.

¹⁰ “Por capitulación o asiento, entendemos: el acuerdo de derecho público celebrado ente la corona y un particular, por el cual, la primera concedía su permiso para llevar a cabo la realización de un fin determinado a cargo del segundo, obligándose la corona a otorgar mercedes específicas, condicionadas al cumplimiento por parte del particular de todas y cada una de las obligaciones consignadas a su cargo en dicho documento o dicho en otras palabras, al buen éxito de la empresa”. *Ibíd*em, p. 11.

habilitado para los efectos de descubrimiento, conquista y colonización del Nuevo Mundo?

“Las capitulaciones encuentran sus antecedentes remotos en las cartas pueblas del periodo de la Reconquista, que es, según Claudio Sánchez Albornoz, ‘la clave de la historia de España y raíz profunda, viváz, magnífica, de la empresa de América’. Dichas cartas eran instrumentos expedidos por los reyes o por los señores, para otorgar determinados privilegios a quienes se animaran a poblar un lugar específico, generalmente situado en tierras fronterizas o recién recuperadas del invasor moro, con el fin de crear un núcleo de población cristiana y de esa manera afianzar su dominio sobre los territorios. (...) la naturaleza jurídica de las capitulaciones ha sido objeto de las más distintas opiniones entre los autores que se han ocupado de su estudio debido a su complejidad, tanto por las partes que intervenían en la celebración del acto, en especial la corona, cuya participación se fundaba en sus derechos soberanos sobre los territorios indianos, como por la redacción de su texto, hecha por lo general en forma unilateral, similar a la de una concesión, *por encontrarse contenidos dentro de los fines de las capitulaciones los mismos fines del Estado español en las Indias, y por último, por no encontrarse su regulación ni dentro de las fuentes del derecho castellano, ni de las del derecho indiano*. Los derechos, obligaciones y privilegios materia de las capitulaciones, como sucede en cualquier contrato, con frecuencia fueron motivo de enconados regateos entre las partes, para finalmente darse entre ellas un acuerdo de voluntades, a pesar de lo cual, su redacción se hacía siempre en forma unilateral, como si se tratara de una merced debida a la exclusiva voluntad de los reyes, probablemente con el objeto de salvaguardar el prestigio y preeminencia de la real persona. (...) Las capitulaciones cumplieron con importantes finalidades de orden de público (*sic*), tales como la evangelización de los indios, los intereses económicos de la Real Hacienda, la incorporación a la corona de nuevas tierras y vasallos y, en fin, un sinnúmero de cuestiones de orden político, económico y social, que les hacían rebasar el ámbito del derecho privado, para situarse en la esfera del derecho público... (...) En cuanto a las partes contratantes, una era la corona, representada por el rey o por las autoridades autorizadas para representarlo, como eran el Consejo de Indias y la Casa de Contratación en España, y en Indias los virreyes, las audiencias y los gobernadores. El otro contratante era el o los particulares que pretendían efectuar una empresa en las Indias. Las obligaciones de los contratantes eran: por una parte de la corona, conceder la licencia para la realización de la empresa y, en su momento, hacer efectivas las mercedes prometidas, que siempre se preocupó porque le fueran lo menos onerosas posibles; en cuanto a las obligaciones a cargo del empresario, eran de los más variados...por lo que nos limitaremos a enumerar solo aquellas en donde se revela un interés jurídico¹¹ más importante...a) Concesión de oficios con o sin jurisdicción. De éstos, los otorgados con mayor frecuencia fueron los de adelantado, de gobernador, de capitán general, de alguacil mayor, etcétera, en forma vitalicia y algunas veces hasta por tres vidas; b) la tenencia de una o varias fortalezas, por una, dos, o tres vidas, o de manera perpetua; c) El reparto de tierras y encomiendas; d) La propiedad y beneficio de las minas; e) La realización de rescates con los indios; f) El hallazgo de tesoros y la realización de

¹¹ La concepción significativa del “interés jurídico” corresponde al autor del libro que venimos citando. Resulta prudente buscar la conexión lógica de esa expresión, con los actos que señala como materializaciones de aquel.

presas y cabalgadas; g) Las concesiones de rentas y derechos”.¹² (El énfasis en *itálicas* es mío).

Podemos hallar aquí las características fundamentales que presentaba el poder absoluto del rey, examinando los contenidos jurídicos de las capitulaciones, en dos sentidos: primero, respecto de terceros –en este caso los habitantes¹³ de las tierras por descubrir- cuya voluntad no es requerida para efectos de la celebración de éstas; segundo, con relación a quienes celebraban dichas capitulaciones con la corona –los incipientes burgueses- cuya situación legal era descrita así:

“Por su parte, el empresario o caudillo debía cumplir con las obligaciones contraídas dentro de un plazo determinado, formar la empresa y por su exclusiva cuenta hacer todas las erogaciones necesarias para costearla. La corona tenía derecho de exigir el puntual cumplimiento de las obligaciones, como por lo general se asentaba en el texto de las capitulaciones: “os mandaremos castigar y proceder contra vos como contra persona que no guarda y cumple y traspasa los mandamientos de su rey y señor natural”. También era frecuente exigir al empresario un fiador lego, llano y con un caudal suficiente para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas. La posición de los empresarios era ciertamente desventajosa, al no tener posibilidad de emprender acción alguna en contra de la corona para hacer efectivos sus derechos y además ésta podía variar unilateralmente en cualquier momento el contenido de las capitulaciones o bien, a la hora de verse precisada a darles cumplimiento, hacer rebajas en lo prometido a los empresarios. Por ello, no es de extrañar la inmensa cantidad de rogativas y lamentos dirigidos al rey por los conquistadores, cuando una vez cumplidas sus obligaciones, el rey no satisfacía las promesas ofrecidas y entonces le pedían su cumplimiento, ya no como una graciosa merced, sino como el pago de una deuda”.¹⁴

En esta imbricación entre el cumplimiento, o no, de las obligaciones del rey para con los empresarios o caudillos y la correspondiente exigencia de estos para obtener el cumplimiento de las obligaciones reales como pago de deudas, se encuentra el origen y liga histórica que ata al poder político y al poder económico en la configuración de los modernos estados nacionales como los factores reales de poder que determinan los procesos de conducción política de una sociedad.

¹² Icaza Dufour, op. cit., nota 4, pp. 12-13.

¹³ “Toda capitulación o asiento constaba de tres partes: primero, el encabezado, en donde el rey hacía concesión de la licencia indispensable para efectuar la empresa; en segundo lugar, se consignaban las obligaciones a cargo del empresario; y, por último, eran enumeradas las mercedes, condicionadas al buen éxito de la empresa, junto con la advertencia al empresario de que sería sancionado, en caso de no ajustarse a los términos de la capitulación o de no cumplirlos debidamente; a partir de 1526, se acostumbró agregar una cláusula recomendando el buen trato de los indios”. *Ibíd.*, p. 14.

¹⁴ *Ibíd.*, pp. 13-14.

I.1.- El título jurídico de Colón.

Acostumbrados, dogmáticamente, los juristas a considerar que todo acuerdo de voluntades es un contrato, poco reflexionamos en los “regateos”, enconados o no, que se dan entre las partes de manera previa a su celebración ni los motivos por los que se suscitan; y que, a final de cuentas, determinan los contenidos concretos de aquellos. Ubicándonos en los meses previos a la partida de la expedición de Cristóbal Colón (1492) hacia el nuevo mundo, ésta, estuvo enmarcada por la celebración de una capitulación entre la corona española y el navegante genovés. Los regateos entre las partes –que precedieron a su celebración- conforme a la reseña histórica de la que nos auxiliamos, fueron así:

“...continuó el regateo entre la corona y Colón para acordar en definitiva los términos y condiciones de la capitulación. Las pretensiones del genovés aún parecían descomunales a los ojos de los reyes, pero el ligur, sin tener en cuenta el ocaso de los privilegios señoriales, no parecía dispuesto a ceder ni un ápice, exigía para sí y su descendencia a perpetuidad, cargos y preeminencias similares a los que disfrutaban los herederos del almirante don Alfonso Enríquez, amén de reclamar jugosas ventajas de carácter económico, derivadas del tráfico mercantil que se llegara a dar entre los dos continentes. Además de desorbitadas, los Reyes Católicos consideraron las pretensiones de Colón contrarias a los lineamientos de su política, sobre todo en lo referente a la perpetuación de los cargos públicos, pues entre sus objetivos ocupaba un lugar preponderante la recuperación y conservación de la *plenitudo potestatis*, que implicaba la eliminación de los derechos de carácter señorial y, más aún, la abstención de otorgar nuevos, como se había acordado en las cortes de Toledo de 1480, se trataba, como enseña Pérez de Tudela, de fortificar el poder regio, tan maltratado por la nobleza...”¹⁵

Acerca del lugar donde fueron firmadas las capitulaciones que dieron título jurídico a Colón para adquirir derechos sobre las tierras descubiertas y por descubrir, y de los fines perseguidos por la corona al celebrarlas, se expone lo siguiente:

“Los largos años de penurias, infortunios y angustias sufridos por Colón, llegaron a su fin el 17 de abril del 1492 cuando, en la Vega de Santa Fe de Granada, en el campamento en donde Fernando el Católico había sentado sus reales hasta ver expirar el reinado de los nazarís, se efectuó la firma de las capitulaciones ansiadas, dándoles la forma de privilegio rodado, como respuesta a las peticiones elevadas por el almirante. Mas la forma importaba poco, lo medular era el apoyo, el financiamiento, el patrocinio para romper la servidumbre

¹⁵ Ibídem, p. 15.

comercial impuesta a Europa por la expansión de los osmaídies turcos por todo el Medio Oriente, para llegar hasta las lejanas costas del Cipango, fertilísimo en oro y piedras preciosas, según lo había asegurado Toscanelli, a los dominios del Kahn, llamados Catay, Mangí y Ciamba, a la India mítica, al Quersoneso Áureo en cuyo extremo se situaba el paso al Océano Índico y finalmente, recalar en las celebérrimas Islas de la Especiería para llevar al Viejo Continente las riquezas del oriente junto con la apetecida canela, el clavo, la pimienta, el jengibre, la nuez moscada, el orégano y todas las demás especias, para entonces más apreciadas que el mismo oro, y en el recorrido por aquellos lugares lejanos descubrir islas y tierras firmes jamás vistas por cristiano alguno, para someterlas al dominio de los Reyes Católicos y darles miles de vasallos, cuyas almas serían rescatadas de la idolatría al incorporarlas a la verdadera fe. En la redacción final de la capitulación se abstuvieron de intervenir directamente los reyes, lo mismo que Colón, limitándose éste a presentar tan sólo un memorial en donde expresaba sus demandas. (...) La capitulación fue redactada en forma unilateral, no como contrato, sino como una carta de merced, agregando a cada una de las peticiones de Colón la fórmula “place a sus altezas”.¹⁶

De acuerdo con los señalamientos que hace Francisco de Icaza, los privilegios concedidos a Colón pueden dividirse en dos grupos: cargos públicos y ventajas de orden económico. Al primer grupo pertenecen los siguientes privilegios: a) Almirante de la Mar Oceana quedando “...a su cargo la organización y dirección de todas las flotas y armadas destinadas a las Indias, facultades jurisdiccionales¹⁷ en el mar, en las costas y en los puertos, abarcando “toda la justicia é jurisdicción alta e baja, cevil e criminal, é el mero e mixto imperio”, consistente en el derecho de conocer todas las causas en donde se impusiera pena de muerte, mutilación, destierro, condena a servidumbre o concesión de libertad al siervo y entender de pleitos civiles con cuantía menor de trescientos maravedíes de oro, nombramiento de tutores y curadores y otras causas similares, además de una serie de prerrogativas económicas en el tráfico comercial y marítimo de las Indias ; b) Honor y dignidad de poder anteponer el “don” a su nombre (don Cristóbal); c) Visorrey y gobernador general de todas las tierras e islas que descubriere “para en toda vuestra vida e después de vos, vuestro fijo e subcesor, e de subcesor en subcesor para siempre jamás”; con facultad de proponer a los reyes ternas de candidatos para ocupar los cargos de gobierno en aquellas tierras; d) Ser obedecido como a la

¹⁶ Ibídem, p. 16.

¹⁷ Conviene para efectos teóricos y prácticos, en el estudio del derecho y la política jurídica, tener presente este antecedente histórico que muestra fehacientemente de quién surge la facultad jurisdiccional, en tanto potestad del rey conferida por medio de la capitulación; de igual forma debe irse percibiendo la relación simbiótica que se dio entre “cargos públicos” y “ventajas de orden económico”.

“persona misma del Rey” (según privilegio de 16 de agosto de 1494). Al segundo grupo, pertenecen los demás privilegios conferidos a Colón en la Capitulación de Santa Fe que fueron de carácter meramente económico, por tener la empresa objetivos de naturaleza mercantil, pues la idea fundamental de su viaje era encontrar una ruta de navegación hacia las Indias orientales, para de esa manera burlar la muralla otomana que privaba a Europa de las apetecidas riquezas del lejano oriente”.¹⁸

De esta manera, jurídicamente y sin conocimiento ni consentimiento de los naturales del Nuevo Mundo, la corona española les determinaba e imponía una situación jurídica frente al descubridor, a quien ya le había otorgado derechos respecto de ellos y sus naturales posesiones.

I.2.- Instrumentos jurídicos de la conquista.¹⁹

Las exitosas expediciones de Colón y Américo Vespucio llegando a tierras hasta entonces desconocidas a finales del siglo XV pusieron, frente a frente, a dos tipos de hombre: el europeo y el “indio”, entre los que -por motivo de lo que histórica y culturalmente se ha dado en llamar “conquista del nuevo mundo”- se forja una modalidad particular y específica de relaciones humanas basadas en la subordinación de los descubiertos frente a los descubridores, de los conquistados frente a los conquistadores. Las importantes diferencias culturales entre unos y otros derivadas de un distinto desarrollo político y social que implicó un marcado contraste en la posesión de ciencia y tecnología –el uso de las armas como medio para esclavizar hombres y obtener riquezas de la tierra- fueron el reflejo de ese

¹⁸ Cfr. Sobre los privilegios que tuvo Colón y partes importantes del texto de la capitulación de Santa Fe véase: Icaza Dufour, *op. cit.*, nota 4, pp. 16-21.

¹⁹ Decidimos conservar la clásica expresión de ‘conquista’ (del nuevo mundo) y rechazar la pretendidamente posmoderna “encuentro” (de dos mundos) atendiendo a la presencia de la violencia, registrada por la historia, que desataron los españoles frente a los indios como mecanismo de ocupación territorial y de sometimiento. Bajo este hecho histórico el concepto de ‘encuentro’ resulta un eufemismo ideológico que busca encubrirlo, minimizarlo o soslayarlo.

encuentro entre dos cosmovisiones sobre la idea de la presencia del hombre en este mundo. Como seres humanos no eran opuestos; culturalmente sí,²⁰ en tanto cada uno provenía de sociedades desarrolladas con bases de convivencia distintas que los hacían verse, uno al otro, como diferentes.

A finales del año 1493, conocida ya la trayectoria marítima hacia el nuevo mundo, Colón llegó a asentarse²¹ a suelo americano: “Pronto La Española, a la que Colón había identificado con la bíblica Ofir, quedó convertida en la puerta de acceso a Las Indias, de ella iban y venían las flotas de España y también de ella partían las empresas descubridoras con rumbo a las tierras incógnitas de América, no de balde fue llamada por Las Casas “llave de todas Las Indias”.²²

¿Cuáles fueron los instrumentos jurídicos a los que recurrieron los conquistadores para domeñar la voluntad de los indios, colonizar sus tierras y qué tipo de relaciones humanas surgieron de este, mal llamado “encuentro”? Nos referiremos, para mera ilustración, a tres instrumentos fundamentales: la bula alejandrina, el requerimiento del abogado Palacios Rubios y la encomienda; que son ejemplificativos de los dos objetivos fundamentales que el poder español —a través de ellos— buscó conseguir: apropiarse del territorio —con sus riquezas

²⁰ Sobre Pánfilo de Narváez y su incursión en Cuba, don Bartolomé de las Casas —capellán militar de aquel— contaba lo siguiente: “...montado en una yegua y al frente de treinta españoles flecheros, recorría la región de Bayamo. Como era tan confiado, una noche, encontrándose en despoblado, él y los suyos se echaron a dormir descuidando poner centinelas. Se encontraban en lo más profundo del sueño, cuando fueron rodeados por centenares de indios; pero éstos, en lugar de atacarlos, perdieron el tiempo saqueando la impedimenta. Despertaron los españoles al sentir a los intrusos y, a toda prisa, como pudieron, ensillaron la yegua. Narváez montó vistiendo solo una camisa, y con un pie descalzo, puso un pretal de cascabeles en el arzón y comenzó a galopar entre los indios sin arremeter a ninguno. Fue tanta la confusión y el temor que les infundió, que al momento se dispersaron por los montes. Con esa cabalgata en solitario terminó de consumir la conquista de la isla.” En Miralles, Juan, *Hernán Cortés Inventor de México*, México, Maxi Tusquets, 2009, p. 17. Obsérvese la diferencia cultural: “*pero éstos, en lugar de atacarlos, perdieron el tiempo saqueando la impedimenta*”, “*Fue tanta la confusión y el temor que les infundió, que al momento se dispersaron por los montes.*” Aún de las Casas, siendo religioso, por su cultura, establece como equívoco de los naturales no haber atacado a los españoles y perder el tiempo saqueando la impedimenta. No puede saberse cuál fue el pensamiento de los nativos, con su cultura ante lo desconocido, al verse en la circunstancia narrada. Pero la imaginación podría indicar que la actitud de éstos, por número y actitud ante la impedimenta y al ruido de los cascabeles, no era belicosa.

²¹ “En esta ocasión su flota era bastante más numerosa que la de su primer viaje, estaba integrada por tres carracas, doce carabelas y dos naos de porte mayor e iba acompañado por mil quinientos hombres, entre agricultores, empleados públicos, un médico y trece misioneros...”. En Icaza Dufour, op. cit., nota 4, p. 74.

²² Ídem.

minerales- y someter a la población nativa, como mano de obra, para efectuar su explotación. Son, también, ilustrativos de las formas jurídicas utilizadas como vía de implantación e imposición de las instituciones del derecho romano en suelo americano frente a sus habitantes; mismas que serán el cimiento natural sobre el que se asientan, con el transcurso de las épocas históricas hasta nuestros días, las instituciones que configuran la estructura fundamental de los sistemas jurídicos presidencialistas en América Latina.

I.2.1.-La bula alejandrina.

El Papa Alejandro VI (Rodrigo de Borja, 1492-1503) expidió a favor de los Reyes Católicos, Fernando e Isabel –a petición de ellos- la bula denominada *Inter caetera*, el 3 de mayo de 1493, mediante la que:

“...motu proprio, o sea por su exclusiva voluntad, en virtud de “la autoridad de Dios omnipotente concedida a san Pedro y el vicariato de Jesucristo que ejercemos en la tierra”, hacía donación, concesión y asignación perpetua a los reyes de Castilla y León, de todas las islas y tierras firmes descubiertas y por descubrir navegando hacia el occidente, siempre y cuando no pertenecieran a algún príncipe cristiano e imponía a los reyes la obligación de realizar la evangelización de los naturales”.²³

Por la disparidad de fechas existente, entre la bula alejandrina y la capitulación de Santa Fe, se desprende que los Reyes Católicos negociaron con Colón otorgándole prerrogativas sobre las cuales, ellos, no tenían título que los avalase para conferir las. El poder de la Iglesia se los otorgó a posteriori mediante esta bula, cuyo fundamento era la voluntad divina que el Papa²⁴ decía ejercer en la tierra, a cambio de que los reyes evangelizaran a los naturales. La evangelización

²³ Ibídem, p. 37. Tómese, aquí, la consideración siguiente: la bula papal que dona a los reyes las islas y tierras por descubrir hacia el occidente es de fecha 3 de mayo de 1493; mientras que la capitulación de Santa Fe se firmó el 17 de abril de 1492; es decir, un año antes.

²⁴ Un antecedente de la misma naturaleza se dio en el año 1436 “...pues el propio Papa Eugenio IV, dos años más tarde, en la bula *Rex regnum*, permitió a los portugueses apropiarse de las tierras africanas y sojuzgar a sus habitantes, calificados como sarracenos, infieles, perseguidores de cristianos etcétera.” Ibídem, p. 70.

de los indios no sólo significó conversión y adoctrinamiento a la fe cristiana, sino, sobre todo explotación.²⁵

El maltrato que los españoles dieron a los indios fue de tal magnitud, por su violencia y crueldad, que algunos clérigos provistos de buena fe en la práctica de la evangelización, alarmados ante lo que veían, se vieron en la necesidad de protestar ante el rey. Un domingo de adviento del año de 1511, Fray Antonio de Montesinos, en la isla La Española, desde el púlpito, daba "...inicio a su defensa del indio y a la condenación de las conductas inhumanas y pecaminosas observadas por los encomenderos, a cuya causa morían los naturales y se había visto despoblada la isla:

"¿Con qué derecho y con qué justicia tenéis en tal cruel y horrible servidumbre aquestos indios? ¿Con qué autoridad habéis hecho tan detestables guerras a éstas gentes que estaban en sus tierras mansas y pacíficas, donde tan infinitas dellas, con muerte y estragos nunca oídos, habéis consumido? ¿Cómo los tenéis tan opresos y fatigados, sin dalles de comer ni curallos en sus enfermedades, que de los excesivos trabajos que les dáis incurrir y se os mueren, y por mejor decir, los matáis por sacar y adquirir oro cada día? ¿Y qué cuidado tenéis de quien los doctrine, y conozcan a su Dios y criador, sean bautizados, oigan misa, guarden las fiestas y domingos? ¿Estos, no son hombres? ¿No tienen ánimas racionales? ¿No sois obligados a amarlos como a vosotros mismos? ¿Esto no entendéis? ¿Esto no sentís? ¿Cómo estáis en tanta profundidad de sueño tan letárgico dormidos? Tened por cierto, que en el estado en que estáis no os podéis más salvar que los moros o turcos que carecen y no quieren la fe de Jesucristo".²⁶

Tenemos, en este pasaje de visión clerical, dibujada la realidad del encuentro entre el hombre europeo y el nativo americano así como la posición social que adquirieron unos y otros derivada del descubrimiento y conquista del nuevo mundo. El sermón de Montesinos estuvo fincado en cuestionar a los españoles el derecho, justicia, autoridad y congruencia religiosa, que justificaren la opresión, hasta la

²⁵ "La Conquista de América no significa solamente la incorporación de nuevas extensiones de tierra a los dominios de la corona española, significa también la incorporación de los indígenas al mundo cristiano de occidente, incorporación que no fue sólo un resultado, sino una condición. La justificación del dominio de las nuevas tierras, la justificación del sometimiento de sus antiguos señores a la corona de Castilla, la justa guerra, se estableció por la necesidad e importancia de convertir un mundo de infieles a la verdadera fe. El propósito religioso de convertir a los paganos fue el verdadero título de la expansión jurisdiccional española. Así, pues, el problema de la cristianización e hispanización del indígena, o en última instancia, de su "occidentalización" estuvo siempre ligado a la necesidad de justificar la expansión imperial europea." Moreno Toscano, Alejandra, "El siglo de la conquista", en Cossío Villegas, Daniel (Coord), *Historia general de México*, tomo1, 2ª ed., México, Colmex-Harla, 1987 (reimp), p. 326.

²⁶ Citado por Icaza Dufour, op. cit., nota 4, pp. 75-76.

muerte, de los naturales. La España del siglo XV, bajo el reinado de los católicos Fernando e Isabel, poseía un orden jurídico que por obvias razones no contemplaba qué hacer con las tierras recién descubiertas y sus habitantes.²⁷ El reclamo de Montesinos, era a tal punto justificado que su denuncia se convirtió en un escándalo para la corona.

La respuesta real se dio en 1512, encargando a una Junta en Burgos con los más eminentes teólogos y juristas de la Corte de España para analizar la problemática expuesta por Montesinos; y al Consejo de Castilla, para que elaborara las leyes necesarias para reglamentar las encomiendas.²⁸

I.2.2.- El requerimiento de Palacios Rubios.

Sobre la base de considerar la donación pontificia a la corona española como título legítimo de dominio sobre el nuevo mundo, así como la obligación adquirida por los españoles para evangelizar a los naturales; tenía que resolverse el problema de buscar remedio a la circunstancia que planteaba el hecho de que los pobladores ignoraban esos derechos territoriales de España y adoraban a sus propios dioses, lo que orilló a España a buscar una justificación para emprender una guerra en su contra. De Icaza comenta:

“La solución práctica fue brindada por Juan López de Palacios Rubios (1450-1524) quien en opinión de Las Casas, era “doctísimo en su facultad de jurista estimado en ella más que todos, y por bueno y buen cristiano también tenido”. Doctor en cánones y maestro en las universidades de Salamanca y Valladolid, oidor de las cancellerías de Valladolid y Ciudad Real y más tarde integrante del Consejo Real de Castilla...Para resolver en la práctica los problemas derivados del desconocimiento por parte de los aborígenes de los derechos que asistían a España sobre Las Indias, Palacios Rubios redactó un requerimiento, probablemente inspirado en la doctrina medieval de los dos estandartes...El requerimiento fue elaborado por Palacios Rubios, de acuerdo con los principios de la doctrina romano

²⁷ Esta postura había sido asumida ya por Tomás de Aquino: “En cuanto a la ley positiva, por ser de creación humana, destinada a regir a una comunidad determinada, por más perfecta que esta ley pueda ser, no puede extenderse su vigencia a otra comunidad. De esta manera, los principios del *ius comune*, no obstante su perfección técnica, no podían ser aplicados a los indios americanos, por carecer sus normas de vigencia entre ellos.” Citado por Icaza Dufour, *op. cit.*, nota 4, p. 73.

²⁸ *Ibídem*, p. 79.

canónica...a fin de que fuera leído con toda formalidad por los capitanes españoles, al momento de tener un primer contacto con los indios y ante la fe de un escribano real, encargado de levantar la correspondiente acta de los hechos que allí se suscitasen. El texto del requerimiento –continúa De Icaza- resultaba muy claro y accesible para cualquier europeo de la época, pero el ilustre jurista que lo redactó y las autoridades que lo aprobaron, hicieron patente su ingenuidad y su desconocimiento de la realidad americana. Así, por ejemplo, no se tuvo en cuenta el hecho de que los indios no tenían ni remota idea de los principios dogmáticos del cristianismo, ni de los presupuestos del *ius comune*, que constituían el apoyo doctrinal del documento y por tanto les resultaba ininteligible. Tampoco se percataron de los grandes problemas de comunicación que se planteaban entre indios y españoles, debido a la ignorancia de sus respectivos idiomas, las dificultades para conseguir traductores, el simple hecho de que al enfrentarse la hueste hispana a los naturales, huían despavoridos o los enfrentaban con violencia, sin darles siquiera oportunidad alguna para llevar a cabo la formal lectura del texto, así como la mala fe de algunos capitanes, que daban lectura al documento después de haber librado la batalla.”²⁹

Este pasaje –y los que a continuación se detallan- exhibe, con descarnada crueldad, el papel que históricamente cumplió la triada formada por la política, la religión católica³⁰ y la violencia de las armas en la configuración de los trazos fundamentales –vuelto tradición- para la organización de las sociedades que habitaban los territorios del nuevo mundo con base en la ocupación violenta de ellos. Sobre el contenido del requerimiento, De Icaza nos dice:

“En primer lugar el requerimiento proclama, de acuerdo con los principios doctrinales del catolicismo, la existencia de un solo Dios creador del cielo, la tierra, de un hombre y una mujer, “de quien nosotros y vosotros y todos los hombres del mundo fueron y son descendientes y procreados”, y entre ellos escogió a uno llamado san Pedro, “para que de todos los hombres del mundo fuese señor y superior...y diole todo el mundo por su reino, señorío y jurisdicción”. Más adelante...explica cómo un sucesor de Pedro en la dignidad pontificia “hizo donación destas yslas y tierra firme del mar Oceano a los dichos Rey y Reina y a sus subcessores en estos reynos, nuestros señores, con todo lo que en ellas ay, segund se contiene en ciertas escripturas que sobre ello pasaron segund dicho es, que podeys ver sy quisieredes; ansy que Sus Altezas son reyes y señores destas yslas e tierra firme, por la dicha donación. De todo lo anterior resulta evidentísimamente que la potestad de jurisdicción espiritual y temporal trajo su origen de Dios supremo y máximo desde el cual pasó al pueblo, a los jueces, a los reyes y a los sacerdotes. Más tarde fue traspasada totalmente a Cristo el cual obtuvo exclusivamente la monarquía del mundo. Cristo a su vez transfirió dicha potestad a Pedro su vicario y a los sucesores de éste o sea los Romanos Pontífices, los cuales en su totalidad se consideran como uno solo...Estos la concedieron y la otorgaron a otros a saber: la potestad espiritual a los prelados eclesiásticos y la temporal a los emperadores, reyes y otros señores temporales. (...) Por ende, como mejor puedo vos ruego y requiero que

²⁹ Ibídem, pp. 82-83.

³⁰ “La moralidad y la religión son, ciertamente, ingredientes fundamentales de la política; pero a título de instrumentos.” En Sartori, Giovanni, *La política. Lógica y método en las ciencias sociales*, 3ª ed., trad. Marcos Lara, México, FCE, 2002, p. 209.

entendays bien esto que os he dicho, y tomeys para entenderlo y deliberar sobre ello el tiempo que fuero (sic, por fuere) justo y reconocays a la Yglesia por señora y superiora del universo mundo, y al Sumo Pontífice, llamado Papa, en su nombre, y al Rey y a la Reyna nuestros señores en su lugar, como a superiores e señores y reyes desas yslas y tierra firme, por virtud de la dicha donación, y consintays y deys lugar que estos padres religiosos vos declaren y prediquen lo susodicho. Sy ansy lo hizierdes, hareys bien, y aquellos a que soys tenidos y obligados, y Sus Altezas, y yo en su nombre, vos recibirán con todo amor y caridad, y vos dexaran vuestras mujeres, hijos y haciendas libres sin servidumbre, para que dellas y de vosotros hagays libremente todo lo que quisierdes e por bien tuvierdes, y no vos compeleran a que vos torneys christianos, salvo sy vosotros, informados de la verdad, os quisierdes convertir a nuestra santa fee católica, como lo han hecho casy todos los vecinos de las otras yslas, y allende desto, Su Alteza vos dará muchos privilegios y exenciones, y vos hara muchas mercedes. Sy no lo hizierdes, o en ello dilación maliciosa pusierdes, certifico que con el ayuda de Dios yo entrare poderosamente contra vosotros y vos haré guerra por todas las partes y maneras que yo pudiere, y vos sujetaré al yugo y obediencia de la Yglesia y de Sus Altezas, y tomaré vuestras personas y de vuestras mujeres e hijos y los haré esclavos, y como tales los venderé y disporné dellos como Su Alteza mandare, y vos tomaré vuestros bienes, y vos haré todos los males e daños que pudiere, como a vasallos que no obedecen ni quieren recibir a su señor y la (sic) resisten y contradicen; y protesto que las muertes y daños que dello se recrecieren, sean a vuestra culpa, y no de Su Alteza, ni mia, ni destos cavalleros que conmigo vinieron; y de cómo los digo y requiero pido al presente escriuano que me lo de por testimonio sinado, y a los presentes ruego que dello sean testigos.”³¹

En esta reseña, de Icaza señala que este requerimiento fue calificado como una poco afortunada ocurrencia de su autor y causa de muchas anécdotas y risas, entre las que cuenta las siguientes:

“...como fue el caso narrado por el bachiller Martín Fernández de Enciso, cuando escuchó sorprendido la respuesta dada por el cacique del Cenú en el Darién al requerimiento de los españoles, cuando se verificó una primera entrevista entre ellos, en la que el aguerrido cacique manifestó su entera conformidad con la existencia de un solo Dios, pero su desacuerdo con un Papa que obsequiaba los bienes ajenos y su repulsa a unos reyes que pretendían apropiárselos. Igualmente chusco, resulta el pasaje reseñado por Fernández de Oviedo, cuando acompañó a Pedrarias a su expedición, en que, mientras el capitán daba lectura solemne al requerimiento los indios hacían manifiesta su hostilidad y ante la inminencia del ataque, el distinguido cronista dijo al capitán: “Señor, parésceme que esos indios no quieren escuchar la teología del Requerimiento, ni vos tenés quien se la dé a entender; mande vuestra merced guardalle, hasta que tengamos algún indio déstos en una jaula, para que despacio lo aprenda, é el señor obispo se lo dé a entender” y a Pedrarias no quedó más remedio que guardar el documento y echarse a reír.”³²

³¹ Icaza Dufour, op. cit., nota 4, pp. 83-85.

³² Ídem.

Con respecto a estas situaciones que, así como entonces, hoy también nos parecen hilarantes, de Icaza hace una observación sobre la reacción y actitud que asumió el poder español sobre dicho requerimiento, visto como acto jurídico:

“A pesar del fracaso práctico del requerimiento, la obligatoriedad de su lectura se mantuvo por prescripción real hasta el gobierno de Felipe II y si bien es cierto que fue objeto de severas críticas, condenado por Las Casas como un acto “injusto, impío, escandaloso, irracional y absurdo, infamante para la fe y para la religión cristiana”, e incluso mandó a su autor al infierno, para arder en unión del cardenal Ostiense, la realidad es que el documento y la formalidad de su lectura, son prueba patente, pese a la candidez de su autor, del esfuerzo oficial por efectuar las empresas españolas en las Indias con el mayor apego al derecho y a las costumbres vigentes en Europa, ya que no podían ser otros, pues ninguno de los muchos sistemas jurídicos de los aborígenes americanos, ni remotamente contemplaba soluciones para un hecho de semejante complejidad, porque el único título de sus conquistas era la fuerza.”³³

Tales consideraciones permiten asociar junto al acto jurídico –en este caso el requerimiento–, un “esfuerzo oficial”, “mayor apego al derecho”, “costumbres vigentes en Europa” y la fuerza (bélica) como “único título de sus conquistas” como los ingredientes que concurren para modelar y configurar a la “juridicidad” como elemento definitorio de cualquier sistema social calificado como “derecho” que instrumentaliza un orden jurídico concreto.

I.2.3.- La encomienda.

Con motivo del llamado ‘memorial’ de Montesinos y su reclamo al trato inhumano que los españoles daban a los indios, surgieron los trabajos –en 1512- de la Junta de Burgos que recomendaba, al Consejo de Castilla, tomar en cuenta sus propuestas en la elaboración de las leyes necesarias para reglamentar las encomiendas, cuyos abusos e injusticias habían sido causa del escándalo en la isla La Española, denunciados por el fraile. De los trabajos de la Junta de Burgos surgieron siete proposiciones dirigidas al Rey para enfrentar la problemática de los indios revelada por Montesinos. Entre ellas destacamos las siguientes:

³³ Ídem.

“(…) Lo tercero, que Vuestra Alteza les puede mandar que trabajen, pero que el trabajo sea de tal manera que no sea impedimento a la instrucción de la fe y sea provechoso a ellos y a la república, y Vuestra Alteza sea aprovechado y servido por razón del señorío y servicio que le es debido por mantenerlos en las cosas de nuestra sancta fe y en justicia. Lo cuarto, que ese trabajo sea tal que ellos lo puedan sufrir, dándoles tiempo para recrearse, así en cada día como en todo el año, en tiempos convenientes. (...) Lo sétimo, que por su trabajo se les dé salario conveniente, y esto no en dinero, sino en vestidos y otras cosas para sus casas.”³⁴

Como Fernando el Católico no quedara conforme con los resultados alcanzados por la Junta de Burgos decidió, por separado, escuchar la opinión de los teólogos. Fray Bernardo de la Mesa, de la orden de Santo Domingo –luego obispo de Cuba- fue el encargado de dar la respuesta al rey, exponiendo los pareceres en siete proposiciones, de las que destacan las siguientes:

“(…) La segunda, que siendo los indios, como lo eran, súbditos, vasallos de Su Alteza y no siervos, justamente se les podrán imponer y pedir servicios tales, que fuesen dentro de los límites de vasallos, porque los indios no eran siervos por derecho...La tercera, que pues los indios habían de dar el dicho tributo y servicio a su príncipe, y no tienen manera para le dar otro, sino el personal...La cuarta, que pues los indios eran dados al rey para su bien, y la ociosidad es el mayor mal que ellos puedan tener, que debía Su Alteza con gran estudio trabajar de les quitar el daño depravado de la ociosidad...La quinta proposición, que para evitar el dicho vicio de la ociosidad y los otros vicios que della se siguen, era lícito que Su Alteza repartiese los indios entre los fieles de buena conciencia y de buenas costumbres, los cuales, allende de los ocupar, les enseñen las cosas de la fe y de las otras virtudes...La sexta es, que los fieles, a quien los indios por el repartimiento fueren concedidos, son obligados a les dar suficiente mantenimiento y moderar sus trabajos de tal manera, que no sean exasperados, ni aborrezcan la fe, ni las buenas costumbres de los fieles...La sétima es, que Vuestra Alteza les debe tasar los trabajos y el mantenimiento, y darles propia hacienda, como a libres, y casas, e imponerles en la policía conveniente a su capacidad...”³⁵

Fue, finalmente, el Real Consejo de Castilla el que redactó treinta y dos leyes conocidas como Ordenanzas de Burgos, aprobadas el 27 de diciembre de 1512, para regular la condición, libertad y trabajo de los indios. Comenta de Icaza:

“Estas ordenanzas son antecedente de nuestra legislación laboral, por regular temas tales como: el trabajo de los indios, la obligación de pagarles un salario, el descanso dominical, el trabajo de las mujeres y de los menores de edad, la jornada laboral, la obligación de proporcionarles casa habitación, etcétera”³⁶

³⁴ Ibídem, p. 79.

³⁵ Ibídem, p. 80.

³⁶ Ibídem. pp. 80-81.

Alejandra Moreno nos muestra otra perspectiva considerativa acerca del papel y función que la Corona Española asignó a la encomienda, como forma privilegiada de arraigar a los españoles idos a América y mecanismo para poder mantener la “conquista”; así como los intereses que protegía Hernán Cortés como conquistador. Dice:

“Cuando en 1523 Cortés recibe la orden real que prohíbe el establecimiento de encomiendas en la Nueva España, cuenta con el poder efectivo para desafiar a la Corona y proteger la institución. La encomienda le parece estratégicamente necesaria; sin ella no habría alicientes materiales para la “conservación de la tierra”. La actitud de Cortés dibuja a grandes trazos la sociedad que trataron de imponer los conquistadores durante la primera mitad del siglo XVI: una sociedad de “conquista” cuyo premio fuera la explotación sin límites de los dominados, aun contrariando las decisiones de la Corona. La sociedad de “conquista” nació de la lucha militar. Sus primeras jerarquías se establecen precisamente en proporción a la participación y triunfos en empresas de conquista. Los rasgos de militarismo de esa sociedad original no permitieron, como señala Gibson, que se definiera ningún límite al abuso de la institución que la sustentaba: la encomienda. Nacida de modelos peninsulares, durante el periodo antillano de la dominación, la encomienda se convirtió en el principal medio de control privado de las poblaciones indígenas. (...) En principio legal, la encomienda se presentó como una institución benéfica para la cristianización de los indios. Se consignaba un grupo de indígenas a un español –el encomendero–, quien tenía derecho de recibir tributo y servicio de los indios a cambio de doctrina y protección. De esta manera se trasladaba a los particulares el costo de la cristianización del indígena que no podía cubrir íntegramente la Corona; pero, además, la encomienda tuvo otros fines más concretos y específicos. Fue la forma de premiar a los conquistadores por los servicios prestados a la Corona durante la conquista. Al concederles encomiendas, se aseguraba el poblamiento –proporcionando la fuerza de trabajo que requerían sus empresas económicas– y se consolidaba la dominación. La encomienda resultó un medio eficaz para controlar la organización social indígena. (...) Pero sobre todo, la encomienda resultó un mecanismo efectivo de control político del grupo español. (...) La encomienda permitió el surgimiento de jerarquías sociales bien definidas dentro del grupo de conquistadores de Nueva España. La desigual distribución de encomiendas –por un mecanismo circular que beneficia a quienes ya habían sido beneficiados– define algunos de los diversos grupos que conforman la primera sociedad colonial novohispana.”³⁷

Concluimos este apartado con la mención que hace de Icaza sobre el resultado que tuvieron esas leyes. Resaltamos, no tanto lo que expresa sino, especialmente, los presupuestos que se dan por hechos en tales manifestaciones y que revelan postura ingenua o cándida sobre las leyes y su eficacia. Dice:

“En la realidad, aunque sea triste el aceptarlo, las Leyes de Burgos y sus leyes complementarias estuvieron destinadas al fracaso, no por ser malas o equivocadas, sino por la

³⁷ Moreno Toscano, op. cit., nota 25, pp. 339-340.

perfidia de los encomenderos que se las ingeniaron para no cumplirlas o lo hicieron a su conveniencia, inclusive con la conformidad de algunas autoridades.”³⁸

Destaca esta postura ideológica que alaba el texto de la ley y condena a “la realidad” por su no aplicación y consecuente ineficacia; subyace la condena moral para los encomenderos y las autoridades que permitieron su incumplimiento o retorcimiento, a pesar de lo cual, se sostiene el valor del discurso contenido en las leyes pues no eran “malas o equívocas”, simplemente... ¡no se cumplían!

Con esta semblanza de la conquista de la Nueva España y la descripción sucinta de los instrumentos jurídicos que fueron utilizados para lograrla, estamos queriendo señalar que la ocupación de la tierra y la encomienda, como instituciones jurídicas, fueron impuestas a los aborígenes americanos mediante la fuerza militar; que son las instituciones básicas que configuran la propiedad privada³⁹ y el trabajo asalariado como forma y contenido que nutrieron al orden jurídico y, por consecuencia, el orden social prefigurados desde España; y que tal imposición representó la implantación en el Nuevo Mundo de las instituciones del *ius civile* del derecho romano,⁴⁰ dominante en Europa, como modo primordial de organización social basada en la división socioeconómica de los hombres.⁴¹

³⁸ Icaza Dufour, op. cit., nota 4, p. 81.

³⁹ Al hablar de la propiedad conforme al derecho romano, Floris Margadant dice: “MODOS ORIGINARIOS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD. Son varios: 1.- El primer modo es el de la *occupatio*. Por ella hacemos nuestra una cosa que está dentro del comercio, pero que, en este caso concreto, no pertenece de hecho a nadie o pertenece a un enemigo, en caso de guerra. Se necesita la aprehensión material, para realizar la *occupatio*, de tal *res nullius*. Esta *occupatio* creaba un derecho de propiedad a favor del ocupante, aunque éste no supiera que se trataba de una *res nullius* y pensara robar la cosa. Nótese, pues, que en la *occupatio* se presenta el curioso caso de que la posesión produce inmediatamente la propiedad.” En Margadant S., op. cit., nota 2, pp. 254-255.

⁴⁰ No puede perderse de vista, al analizar el derecho romano y sus instituciones, que tal ordenamiento perteneció a un imperio que se fundó y mantuvo esencialmente a base de guerra: “El derecho de servir en las legiones, finalmente, tenía gran importancia práctica, pues gracias a sus prestigiosos generales y centuriones, y también a causa de su notable disciplina, los ejércitos romanos triunfaban en la mayoría de las batallas, y el botín solía ser importante. En tales circunstancias, este derecho de servir en las legiones resultaba todavía más interesante para un buen soldado, por el hecho de que Roma estuvo casi constantemente en guerra con otros pueblos.” Ibídem, p. 130.

⁴¹ “Muchos autores pretenden que los esclavos no son personas, sino cosas. Sin embargo, el asunto no es tan sencillo. Gayo trata de los esclavos en la parte de su libro que se refiere a las personas, y la autoridad del dueño sobre los esclavos no se designa como derecho de propiedad, sino como una *dominica potestas*, limitada en tiempos imperiales por una amplia legislación social en beneficio de los esclavos. Además, tanto el derecho romano religioso como el *ius naturale* los equipara a los demás seres humanos. Esta vacilación en el tratamiento jurídico de los esclavos se manifiesta

En términos de influencia legislativa actual, Floris Margadant lo expone de la siguiente manera:

“...el mundo está repartido en dos grandes familias de sistemas jurídicos: la anglosajona y la romanista. México pertenece a la segunda. El derecho romano influyó en el derecho mexicano por cuatro conductos principales: 1. El derecho español; por ejemplo, *Las Siete Partidas*, que en parte tenían carácter de derecho vigente en México hasta la expedición del Código Civil de 1870. 2. El derecho napoleónico y los otros grandes códigos europeos, todos los cuales contienen mucho derecho romano y sirvieron de inspiración a las codificaciones mexicanas. 3. El estudio intensivo del *Corpus iuris* que realizaron generaciones anteriores de juristas mexicanos. 4. El influjo de la dogmática pandectística y la gran autoridad científica de los grandes romanistas alemanes del siglo pasado, como von Savigny, von Jhering, Windscheid, Dernburg y otros. Por todos estos contactos, basta ya una ligera vuelta del calidoscopio jurídico para convertir el derecho romano en el moderno derecho mexicano, especialmente en materia de derechos reales, obligaciones y sucesiones.”⁴²

Estas serían, en conjunto, las razones fundamentales que explican por qué el orden jurídico mexicano, es colocado en la clasificación de los pertenecientes a los sistemas jurídicos de tradición romana del derecho. La historia de los sucesos políticos que rodearon, particularmente en España, al descubrimiento del nuevo continente, la conquista de su territorio y la dominación sobre sus habitantes; muestra que tales actos fueron, pretendidamente, cobijados bajo un manto de legalidad, dando formalidades jurídicas a cada uno de ellos. Por encima de dichas formalidades, sobresale un hecho innegable: el poderío militar español fue lo que hizo posible la consumación de la conquista y colonización –en el caso nuestro- del Tenochtitlan que, para ellos, fue la Nueva España. Se advierte en tales hechos una circunstancia específica: la conexión entre el poder bélico del Estado español y la imposición “jurídica” de los pactos celebrados con los nativos para ceder, en favor de aquel y sus encomenderos, el dominio de los territorios que ocupaban hasta

también en una curiosa cita de Ulpiano: “dentro del *ius civile*, los esclavos no son considerados como personas; pero en el derecho natural, todos los hombres son iguales”. El *ius honorarium* ocupaba una posición intermedia entre los extremos señalados por Ulpiano; no considera al esclavo como una persona completa, ni tampoco como si no fuera una persona, sino que da eficacia procesal a muchos actos jurídicos realizados por él mediante las *actiones adiectitiae qualitatis*. Esto era necesario, pues gran parte de la vida económica de Roma estaba en manos de los esclavos.” *Ibidem*, pp. 120-121. Más adelante –este mismo autor- describe la existencia de la figura jurídica de *locatio conductio operarum*, el contrato de trabajo por el cual el *locator* se obligaba a proporcionar a un patrón, el *conductor*, sus servicios personales durante algún tiempo, a cambio de cierta remuneración periódica en dinero.” *Ibidem*, p. 411.

⁴² *Ibidem*, p. 12.

antes de la llegada de los europeos; así como la sumisión de sus hombres, esclavizándolos para trabajar la tierra y explotar las riquezas naturales de la misma que, luego, serían enviadas a España.

Conviene por ello, en el siguiente capítulo, intentar un acercamiento a ese punto de conexión entre el poder de estado y la juridicidad de los actos que, socialmente, con la amenaza en última instancia del uso de ese poder bélico, un estado puede imponer en una comunidad determinada bajo el rubro genérico de “derecho”.

CAPÍTULO II: EL PODER DEL PODER.

Con tales antecedentes históricos, hablar del ‘poder’⁴³ en una investigación sobre el derecho que rige en una sociedad determinada, es hacer referencia necesariamente al poder de crear, modificar, aplicar, interpretar y anular las normas que constituyen el orden jurídico establecido en ella; es, por tanto, hablar del poder político o poder público o poder del Estado, y de la causa o razón que orienta tales actividades transformadoras de esas normas. Es formularnos la pregunta de ¿qué se construye, socialmente hablando, con las normas del derecho que imponen comportamientos humanos, exigibles incluso con uso de la fuerza? García Maynez enseñaba que: “El fundamento del derecho radica en el poder.”⁴⁴ Desarrollaba esta idea con un sentido peculiar:

“...definimos el orden jurídico vigente como el conjunto de reglas imperativo-atributivas que en una época y un lugar determinados el poder público considera obligatorias. De la anterior definición se infiere que el vigente es el derecho del Estado, es decir, el conjunto de normas creadas o reconocidas por la organización política.”⁴⁵

La explicación que daba para el cabal entendimiento de tales afirmaciones consistía en sostener que: “El poder político mantiene y garantiza el orden jurídico, que de este modo se transforma en derecho positivo.”⁴⁶ Tenemos entonces, en esa perspectiva, tres elementos relacionados entre sí: poder político, orden jurídico y derecho positivo. ¿Cómo se relacionan entre sí? Un ejercicio de imaginación visual podría presentarnos a tales conceptos con la semejanza de un edificio de tres pisos donde el derecho positivo se ve como base y sostén, el orden jurídico como piso intermedio y el poder político encima de los dos. Esta posibilidad nos mostraría la forma en que la sociedad aprecia estos conceptos: la proximidad cotidiana con el derecho positivo; cierta visión difusa del orden jurídico y la visión lejana del poder político y sus conexiones con los anteriores.

⁴³ Hablar del poder, sus tipos y las posibilidades de su uso en una sociedad es tema inagotable, fuera del alcance de este trabajo y razón de la acotación al poder y su relación con el derecho.

⁴⁴ García Maynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 8ª ed., México, Porrúa, 1958, p. 41.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 97.

⁴⁶ *Ídem*.

También, podría mostrarnos una visión representativa de la estructuración vertical del poder político considerado desde la perspectiva de los hombres que lo detentan y aquellos privados de él, que se traduce en una división social entre los que ordenan y los obligados; donde el orden jurídico cumpliría la función de preservar estos roles humanos impuestos desde el poder,⁴⁷ como expresión de supremacía que divide a los seres humanos; es decir, el orden jurídico construye un orden social. Otra posibilidad de comprensión la brinda la arista semántica de tales conceptos. Kelsen ha observado que:

“La identidad de Estado y orden jurídico resulta patente por el hecho de que incluso los sociólogos caracterizan al Estado como sociedad “políticamente organizada”. Como la sociedad –en cuanto unidad- está constituida por una organización, es más correcto definir al Estado como “organización política”. Toda organización es un orden. Pero ¿en dónde reside el carácter “político” de dicho orden? En el hecho de que es un orden coercitivo. El Estado es una organización política que regula, monopolizándola, el uso de la fuerza. Este es, según hemos visto, uno de los caracteres esenciales del derecho. El Estado es una sociedad políticamente organizada, porque es una comunidad constituida por un orden coercitivo, y este orden es el derecho.”⁴⁸

Tendríamos que considerar que el hilo significativo que rige y ata a los conceptos de poder político, derecho positivo⁴⁹ y orden jurídico es que los tres son mecanismos de organización social, donde primero y segundo se presentan como instrumentos y el tercero como resultado. Desprendemos de ello que todos los problemas en torno al derecho son problemas sobre el diseño de organización para una sociedad concreta: “En ese sentido los sistemas sociales designados como “derecho” son órdenes coactivos de la conducta humana.”⁵⁰ Es decir, la organización de los seres humanos en sociedad tiene como presupuesto la naturaleza gregaria; y sobre ella se levantan el poder político –poder coactivo- y el

⁴⁷ “El poder en su esencia y en su culminación desprecia las transformaciones. Se basta a sí mismo; se quiere solo a sí. Es en esta forma que le pareció admirable al hombre; absoluto e irresponsable, no obra en favor de nada ni de nadie. Su mayor brillo lo encuentra cuando se presenta en esta forma; y hasta hoy nada puede impedirle volver a aparecer siempre de esta forma.” En Canetti, Elías, *Masa y poder*, 6ª reimp., trad. Horst Vogel, Madrid, Alianza Editorial, 2010, p. 243.

⁴⁸ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, 3ª ed., trad. Eduardo García Maynez, México, UNAM, 2010 (reimp) Colecc. Textos universitarios, p. 226.

⁴⁹ “El derecho es siempre positivo, y su positividad consiste en el hecho de que es creado y nulificado por actos de seres humanos...” *Ibidem*, p. 134.

⁵⁰ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1983, p. 47.

derecho, para imponer un orden social en ella. El hombre, como especie gregaria, requiere naturalmente del grupo y de la producción de bienes para su sobrevivencia. Marx lo describía así:

“...en la producción social de su vida, los hombres contraen determinadas relaciones necesarias e independientes de su voluntad, relaciones de producción, que corresponden a una determinada fase de desarrollo de sus fuerzas productivas materiales. El conjunto de estas relaciones de producción forma la estructura económica de la sociedad, la base real sobre la que se levanta la superestructura jurídica y política y a la que corresponden determinadas formas de conciencia social. El modo de producción de la vida material condiciona el proceso de la vida social, política y espiritual en general. No es la conciencia del hombre lo que determina su ser, sino, por el contrario, el ser social es lo que determina su conciencia.”⁵¹

El factor que da sentido a un orden jurídico, como modo específico de organización social y que nutre de contenido a las normas de derecho que lo configuran, es la ubicación forzosa de los seres humanos frente a la declaración que, a través del derecho, se hace respecto de la propiedad de la tierra, de los bienes producidos socialmente y de aquellos naturales que se encuentran en el territorio sobre el que se asienta la población de un Estado. Esta declaración, que se sostiene mediante el poder estatal, fija en las leyes las bases del modo de producción social de bienes y servicios y el régimen de apropiación de lo producido; así como las formas de adquisición de los bienes de la tierra caracterizándole así como una formación económico-social concreta cuyo desenvolvimiento histórico puede hallarse en la historia del derecho, en la historia de las formaciones económicas o en la historia en general. Desde el ángulo propio de su estudio Marx sostuvo que: “...la anatomía de la sociedad civil hay que buscarla en la Economía Política.”⁵²

Es, pues, la organización de estas relaciones económico-sociales que los hombres traban entre sí con motivo de la producción de los bienes y servicios necesarios para subsistir; es decir, las relaciones económicas entre ellos, lo que constituye el objeto central de regulación por el derecho. Así, el sistema social al que llamamos derecho tiene como presupuesto implícito de las decisiones

⁵¹ Marx, Carlos y Engels, Federico, “Prologo de la contribución a la crítica de la economía política”, *Obras Escogidas*, Tomo I, Moscú, Editorial Progreso, 1971, p. 343.

⁵² *Ibidem*, p. 342.

contenidas en el lenguaje que lo constituye, la existencia de una organización política que decide los términos de la organización social mediante un discurso cuyo contenido se hace obligatorio a través de la fuerza (poder) que da, la organización política misma, y la violencia dirigida a hacer cumplir esa voluntad para fijar las formas de organización de los seres humanos en sociedad. La historia de la humanidad no refleja más que las formas en que los hombres que tuvieron poder,⁵³ organizaron a las sociedades en las que vivieron.

Todas las sociedades, salvo la tribal como apuntó Engels⁵⁴ tuvieron “estado” y “derecho”; queriendo decir con esto que se organizaron con base en la “política” como voluntad del poder. El concepto “poder” puede encontrar, circunstancialmente, una diversidad de significados, entre ellos el de “vencer o dominar a alguien”,⁵⁵ sin embargo, cuando aparece calificado como “político” adquiere sentido social para referirse a la dominación entre las clase sociales que históricamente han existido en el desarrollo de la humanidad clasificando a hombres libres y esclavos, patricios y plebeyos, señores y siervos, maestros y oficiales; y, ahora, capitalistas⁵⁶ y proletarios.

Esta división social se hace posible, precisamente, por la presencia de un poder político que establece y determina la condición social de propietarios y no propietarios,⁵⁷ y las formas de relación entre unos y otros, a través del derecho

⁵³ “El poderoso, de cuya existencia depende la de los demás, goza de la mayor, de la más nítida de las distancias; en ello, no sólo por su brillo, él es el sol o, más ampliamente, como entre los chinos, el cielo. El acceso a él se hace dificultoso; se construyen en su torno palacios cada vez con más salones. Cada portal, cada puerta está bajo estricta vigilancia; es imposible entrar contra su voluntad. Él, desde su distante seguridad, puede hacer agarrar a cualquiera, dondequiera que se halle. Pero ¿cómo agarrarlo a él, al cien veces apartado?” Canetti, *op. cit.*, nota 47, pp. 243-244.

⁵⁴ Me refiero a la clásica obra “*El origen de la familia, la propiedad privada y el estado*” de Federico Engels.

⁵⁵ *Diccionario panhispánico de dudas*, Colombia, Distribuidora y Editora Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, S.A., 2005, p.510.

⁵⁶ Utilizo este término por encontrarlo análogo al concepto de “burguesía” clásico en las obras de Marx, en tanto, como categoría económica, fija la posición de las clases sociales frente a los medios de producción: propietarios y desposeídos. Tal conceptualización es más científica que la jurídica que divide a trabajadores y patrones separados sólo por la subordinación y el pago del salario, que no refleja aquella otra posición, sino, más bien la oculta.

⁵⁷ “La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.” Artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

positivo que, sostenido por ese poder en tanto fuerza, da lugar al orden jurídico como orden social impuesto entre los seres humanos. Cuando, por ejemplo, la legislación laboral define los conceptos de patrón y trabajador,⁵⁸ no sólo establece los presupuestos personales necesarios para la aplicación de sus normas sino, también, impone una estratificación social dada la obligatoriedad de que están revestidas las mismas.

Kelsen, al reflexionar sobre el poder, ha señalado dos de sus características básicas: una: “El poder, en sentido social o político, implica autoridad, es decir, la relación de superior a inferior”⁵⁹; y, dos: “El Estado es descrito como el poder detrás del derecho, del cual deriva éste su fuerza”.⁶⁰ El poder, en tanto fuerza, deriva en primer lugar de las propias formas de acceso a él,⁶¹ así como de todas las posibilidades que brinda la organización humana que llamamos “estado”. Esa organización humana,⁶² de carácter permanente, estructurada de manera vertical bajo la conducción de un “jefe” que, en los sistemas jurídicos contemporáneos de tradición jurídica romana, adquiere el nombre de “presidente de la república”, adquiere la representación política bajo cuyas órdenes se encuentra tanto la gobernación del estado, como el manejo de la fuerza base de coacción que sostiene, mantiene y da respaldo a esa gobernanza que se basa en la aplicación de las leyes. Webber ilustra la cuestión del poder en términos que nos permiten ir clarificando la relación entre poder y derecho. Dice:

“Veamos cómo los poderes políticamente dominantes empiezan a consolidar su potestad. Esta es una cuestión que engloba toda forma de dominio; por consiguiente, el mando político en cualesquiera de sus aspectos, ya sea tradicional, legal o carismático”⁶³.

Esta expresión webberiana nos conduce a la consideración de que el poder políticamente dominante engloba todas las formas de dominio y mando político

⁵⁸ Ver artículos 8 y 10 de la Ley Federal del Trabajo vigente.

⁵⁹ Kelsen, *op. cit.*, nota 48, p. 226

⁶⁰ Ídem.

⁶¹ “De ahí que la principal forma de acceso al poder en todos los países latinoamericanos, durante el siglo XIX, haya sido por el ejercicio de la acción armada.” En Valadés, Diego, *Constitución y política*, 2ª ed., México, UNAM, p. 219.

⁶² “Puede decirse que están organizados cuando su conducta recíproca se encuentra sometida a un orden, a un sistema de normas”. Kelsen, *op. cit.*, nota 48, p. 115.

⁶³ Weber, Max, *El político y el científico*, trad. José Chávez Martínez, México, Ediciones Coyoacán, 2006 (reimp), Colecc. “Diálogo abierto” número 27, p. 11.

entre las que, el legal, es solo uno de los aspectos que adquiere ese dominio y mando. Quizá el más importante comparado con los de tradición y carisma puesto que un mando político basado en cualquiera de estas dos formas, finalmente termina por sostenerse en el poder mediante los mecanismos legales que respalda el poder. El poder políticamente dominante consolida su potestad por vía del aspecto legal⁶⁴ pues, como lo ha advertido Kelsen: “El derecho es un medio, un medio social específico, no un fin”.⁶⁵

Regular las relaciones entre los hombres a través de medidas de coacción acredita la existencia de relaciones humanas sostenidas a base de fuerza.⁶⁶ En tal sentido se torna comprensible que los teóricos del derecho vengán señalando que: “El Derecho es un vehículo que puede transportar cualquier clase de mercancía. Una ley injusta y dura es una norma tan válida como la ley más justa”⁶⁷ como lo ha advertido Vinogradoff; o que: “De ahí que cualquier contenido que sea, puede ser derecho. No hay comportamiento humano que, en cuanto tal, por lo que es como contenido, esté excluido de ser el contenido de una norma jurídica”⁶⁸ según lo ha precisado Kelsen.

La calificación de una ley como justa o injusta –en terminología de Vinogradoff- solo puede provenir del examen del contenido de sus normas. Si cualquier contenido respecto al comportamiento humano puede ser derecho –en la concepción de Kelsen- entonces es la política, entendida como voluntad de los hombres que detentan el poder, la que determina los contenidos del derecho. Este es el alcance que tiene el poder político al instrumentalizar el derecho para lograr una forma determinada de organización de los hombres en sociedad.

⁶⁴ “Cuando el Poder no es todavía Poder sino está en lucha por serlo, sus dogmas se hacen declaraciones de principios, programas, planes de acción, en suma, son estatuas en proyección. Cuando el Poder se hace de la silla del Poder, sus dogmas se hacen leyes, constituciones, reglamentos, en suma, son estatuas de papel que luego son estatuas de piedra”. Subcomandante Insurgente Marcos, *En algún lugar de la selva lacandona. Aventuras y desventuras de don durito*, México, Ediciones y Gráficos Eón S.A de C.V., 2008, p. 223

⁶⁵ Kelsen, op. cit., nota 48, p. 23.

⁶⁶ “El derecho y la fuerza no deben ser entendidos como absolutamente incompatibles entre sí. Aquel es la organización de ésta”. *Ibíd.*, pp. 24-25

⁶⁷ Vinogradoff, Paul, *Introducción al derecho*, México, FCE, 1985, p. 27.

⁶⁸ Kelsen, op. cit., nota 50, p. 205.

El poder organizado y personificado en el “estado” registra la actividad de los individuos desde que nacen hasta que mueren. Con ello les da identidad nacional y los incorpora al orden social establecido por el orden jurídico, que se configura a través de ese medio que es el derecho. Lo contrario genera la ficción de considerar, jurídicamente, inexistente al individuo que no está registrado formalmente. El derecho cumple, para el poder, una función definida:

“El derecho es un orden que asigna a cada miembro de la comunidad sus deberes y, por ende, su posición dentro de la comunidad, por medio de una técnica específica, estableciendo un acto coactivo, una sanción dirigida contra el individuo que no cumple su deber. Si ignoramos este elemento no podremos diferenciar el orden jurídico de otros órdenes sociales.”⁶⁹

Esta caracterización del derecho es una aportación esencial para que el jurista comprenda no sólo la relación existente entre el poder y el derecho, sino, una distinción que aquí intentaremos conseguir: distinguir entre política jurídica y derecho, así como su consecuencia: *el derecho es un orden que asigna a cada miembro de la comunidad...su posición dentro de la comunidad*. Tengamos presente esta apreciación que nos lleva a pensar en la significación que tiene tanto el sustantivo “orden”, como su verbo “ordenar”, que adquieren un comprensible doble sentido complementario de “mandar” y “acomodar”.

Mandar y acomodar para establecer un orden jurídico y, consecuentemente, un orden social, se logra mediante la acción de gobernar un estado. La puesta en marcha de un orden jurídico tiene como herramienta básica la institucionalización de la generalidad de las normas del derecho que permiten o prohíben conductas a los individuos, respecto de las cosas o de otros individuos; y facultan, o no, la acción de los órganos estatales para vigilar y sancionar el desempeño de aquellas conductas. Kelsen hace precisión en esto:

“Una ley penal puede contener la proposición: “El hurto será castigado con prisión.” El sentido de esta oración no consiste, como su tenor literal pareciera mostrarlo, en enunciar algo sobre un acontecer fáctico, sino que es una norma: una orden o una autorización para que el hurto sea castigado con prisión.”⁷⁰

⁶⁹ Kelsen, *op. cit.*, nota 48, p. 33.

⁷⁰ Kelsen, *op. cit.*, nota 50, p. 21.

La generalidad de las leyes, en los sistemas de tradición romana, proviene de las iniciativas del poder ejecutivo. El paso de tales iniciativas por el proceso legislativo establecido constitucionalmente se convierte en un *modus operandi* para sensibilizar a la población acerca de la pretensión del ejecutivo para facultar a los órganos estatales a castigar, de tal o cual manera, la conducta prescrita en una ley. También permite pulsar el sentir social, de aceptación o rechazo, sobre dicha pretensión ejecutiva. Una vez que tal iniciativa ha sido “discutida y aprobada” legislativamente, no sale aún convertida en ley.⁷¹ Será necesario que, de nueva cuenta, regrese al ejecutivo para su promulgación y publicación; siendo, hasta entonces, cuando será ley que forme parte del orden jurídico. Este proceso, con las variaciones propias del rango de la norma por crear, modificar o anular, confiere el inmenso poder de mando y dirección que un jefe de estado tiene conferido en la estructura constitucional de un estado.⁷²

II.1.- Poder y representación política.

El problema del poder y la representación política en toda sociedad, históricamente, se ha resuelto por medio del uso violento de las armas entre grupos sociales para dar lugar a la construcción o constitución de los estados como representación política de cada una de ellas. Dentro de una sociedad puede hablarse de su organización social y de su organización política pero ha venido quedando en la semioscuridad la determinación de la relación entre ambas: si la organización social es fruto de la organización política o viceversa.⁷³ El poder bélico

⁷¹ En este sentido, el legislativo no es un poder; salvo las leyes que rigen su propio funcionamiento –que no requieren de publicación– todas las demás, jurídica y socialmente, adquieren tal condición hasta que son promulgadas y publicadas por el ejecutivo. Facultad de la que carece el legislativo.

⁷² Para dimensionar y aquilatar el poder del que puede disponer el jefe de estado, debe considerarse que “Estado” es federación, estado y municipio (artículo 3º), la potestad privilegiada que tiene aquel como “Supremo Poder Ejecutivo de la Unión” (artículo 80), así como el cúmulo de atribuciones y facultades que le confiere el artículo 89; entre otros, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁷³ “En este sentido, el nudo más difícil de desatar es entre lo “político” y lo “social”, entre el ámbito de la política y la esfera de la sociedad. (...) A menudo se oye decir que mientras en el pensamiento

que llegue a tener un grupo de hombres dentro de un conglomerado social para lograr una revolución, una independencia o un golpe de estado, determina que sea esa fuerza o poder violento la que esté en aptitud de establecer la organización política denominada “estado”, y sea ésta la que, asumiendo la representación política, rijan todas las formas de organización en una sociedad.⁷⁴ Especialmente para el establecimiento sobre las formas de relación que los hombres guarden respecto de los bienes materiales que ofrece el territorio asiento de la población, así como las que deriven del trabajo ajeno y sus frutos, ese poder bélico efectúa la declaración política de tener la representación del pueblo.⁷⁵

De entrada, quien asume el poder del estado dentro de una sociedad por vía de las armas, adquiere como parte de su representación política, el control y disposición de todos los bienes que conforman el territorio denominado nacional.⁷⁶ Esta doble relación es la que descubre la diferencia semántico- conceptual entre

griego la politicidad incluía la socialidad, hoy nos sentimos inclinados a invertir esta diada e incluir lo político en lo social y la esfera de lo político en la esfera de lo social.” Sartori, *op. cit.*, nota 30, pp. 201-203.

⁷⁴ Al hablarnos del México anterior a la Conquista, Pedro Carrasco nos dice: “Parte del carácter limitado de la división social del trabajo es lo que puede llamarse “fusión internacional”, característica de sociedades primitivas y arcaicas, en las que aparecen combinadas actividades que en sociedades más complejas se desdoblan en instituciones claramente separadas. Las actividades económicas, políticas, militares y ceremoniales estaban íntimamente conectadas en cuanto a las instituciones y el personal que las emprendía. *La economía estaba dirigida por el estado, las relaciones económicas en la producción y distribución de bienes se basaban en las relaciones políticas de sujeción y dominio.* Parte fundamental del excedente económico se destinaba a obras públicas y a los gastos ceremoniales de las instituciones políticas y religiosas. El militarismo y el ceremonial religioso estaban íntimamente relacionados con el culto guerrero. Los altos personajes del gobierno se dedicaban a actividades tanto civiles como militares y religiosas y dentro de cada uno de estos campos se combinaban los aspectos legislativos y judiciales. El control político de los medios de producción en condiciones de economía natural se manifestaba de manera muy principal en la asignación, por el soberano, de tierras y de tributarios a instituciones o individuos. El soberano solo en parte hacía sus pagos en especie con los bienes que obtenía como tributo, o de sus tierras y artesanos. La norma era asignar las fuentes mismas que habían de producir esos bienes, o sea tierra y tributarios, lo cual significaba una cesión de autoridad sobre la gente y una segmentación del territorio, es decir, una descentralización política.” Carrasco, Pedro, “La sociedad mexicana antes de la Conquista” en *Historia general de México*, 3ª ed., México, El Colegio de México, 1987 (reimp), pp. 188-189

⁷⁵ “Así, se dice también del monarca absoluto y de un dictador llegado al poder por usurpación, que representan al pueblo...” “Representación” (política) significa aquí lo mismo que la representación civil. Se dice: “El incapaz de hecho no actúa de por sí, pero lo hace a través de su representante legal.” Ello significa: “Se atribuye al incapaz de hecho los actos del representante legal, porque éste debe realizar mediante sus actos los intereses del representado.” En Kelsen, *op. cit.*, nota 50, p. 303.

⁷⁶ Para dimensionar el significado que adquiere la representación política de un estado y los conceptos de propiedad originaria y territorio nacional, véanse los artículos 27 y 42 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que los establecen.

poder y política; el control es fuerza, la disposición es voluntad. La política es la voluntad del poder que se expresa en todos los ámbitos del quehacer del estado. Giovanni Sartori ha ideado el concepto de “autonomía de la política” que pretende sostener en cuatro tesis:

“Además, se pueden sostener al respecto cuatro tesis: primero, que la política es *diferente*; segundo, que la política es *independiente*, es decir que sigue leyes propias, instaurándose literalmente como ley de sí misma; tercero, que la política es *autosuficiente*, autárquica en el sentido de que basta para explicarse a sí misma; cuarto, que la política es una *causa primera*, una causa generadora no sólo de sí misma sino también de todo el resto, dada su supremacía.”⁷⁷

Atribuir a la política tales características, sobre todo las de autonomía y autarquía, significa pasar por alto la existencia del “poder de las armas” como acto originario del poder político; ese poder sí concentra esas dos características; la política, no. Ésta no existe sin el poder, como origen y como aspiración social. La política representa el sentido que el poder da a su propio ejercicio, a su voluntad para regir los destinos de un conglomerado poblacional que, así, alcanza el rango de sociedad. La política se manifiesta como voluntad de dominio proveniente del poder que se ejerce por vía del gobierno del estado, así como en las distintas formas de oposición que tal voluntad encuentra entre los miembros de la sociedad. Sartori cree ver en las dimensiones de la polis griega la base posible del “vivir político”⁷⁸ y, en el tránsito de la *polis* a la *civitas* romana, una especie de dilución de la política como forma de vida. Dice:

“Está claro que donde los griegos decían *polítes*, los romanos decían *civis*, así como es claro que *polis* se traduce al latín por *civitas*. Pero los romanos absorbieron la cultura griega cuando su ciudad había sobrepasado ampliamente la dimensión que admitía el “vivir político” según la escala griega. Por lo tanto la *civitas*, con respecto a la *polis*, es una sociedad de politicidad diluida; y esto en dos aspectos. Primeramente, la *civitas* se configura como una *civitas societas*, es decir, adquiere una calificación más elástica, que amplía sus límites. Y en segundo aspecto, la *civitas* se organiza jurídicamente. La *civilis societas*, en efecto, se traduce a su vez en una *iuris societas*. Lo que permite sustituir la “politicidad” por la “juridicidad”.⁷⁹

⁷⁷ Sartori, *op. cit.*, nota 30, p. 208.

⁷⁸ “El vivir “político” —en y para la *polis*— era al mismo tiempo el vivir colectivo, el vivir asociado, y más intensamente, el vivir en *koinonía*, en comunión y “comunidad”. *Ibidem*, p. 203

⁷⁹ *Ibidem*, p. 204.

Dos afirmaciones de Sartori merecen aquí una reflexión específica pues constituyen, quizá, uno de los puntos oscuros y poco esclarecidos que al paso de los tiempos más han atormentado la conciencia de los juristas en los estudios acerca del derecho y su relación con la política. Es decir, en su búsqueda de la relación existente entre lo político y lo jurídico. La primera es la que dice que “la *civitas*, con respecto a la *polis*, es una sociedad de politicidad diluida”; y, la segunda, es la que sostiene que: “La *civilis societas*, en efecto, se traduce a su vez en una *iuris societas*. Lo que permite sustituir la “politicidad” por la “juridicidad”. Ambas afirmaciones sobre dilución y sustitución de la politicidad solo en apariencia reflejarían la diferencia nominal entre las *politeias* griegas y la ley de las 12 tablas o el Corpus iuris civilis romanos; pues históricamente ha quedado claro que “*politeia*” en Grecia, o “*lex*” en Roma, fueron los instrumentos obligatorios utilizados para la organización de las diversas sociedades griegas y romanobizantinas.

Esas afirmaciones no tendrían sentido ni cabida en los estados modernos que se estructuran con base en una constitución política, donde lo político y lo jurídico coexisten como unidad indisoluble, también, bajo la o las diferencias que puedan hallarse entre constitución y ley. Otra posibilidad, diversa a la apreciada por Sartori, sería que el “vivir político” no necesariamente derive de las dimensiones geográfico-poblacionales de una ciudad, sino de la diferente naturaleza de la construcción político-social en uno y otro caso: democracia en Atenas e imperio en la Roma antigua. Las exigencias de coexistencia humana, en una y otra formación política, pudieron ser diferentes al transitarse del consenso de las leyes en la primera, a la imposición y obediencia de ellas en la segunda. En este sentido es el poder y su voluntad de dominio los que determinan las formas democráticas o autocráticas de su ejercicio; el poder no está sujeto a elección pues, por su naturaleza, la imposición es su modo de vida. El poder puede todo, cuando no lo puede, ha dejado de serlo.

II.2.- El jefe de Estado.

En torno a la figura del jefe de estado y la dimensión de su poder se han tejido todo tipo de ideas en tanto la condición personal de su titular es, evocando el papel de los emperadores romanos y los reyes absolutos, el centro de poder cuyo origen no ha terminado de desmitificarse. Toda la formación política de lo que histórica y culturalmente ha dado en llamarse “Occidente” tiene como origen remoto, o ejemplo, a la sociedad imperial romana. Contra lo que hasta hoy pueda pensarse y decirse sobre el “derecho romano”, el legado más importante dejado para las formaciones sociales posteriores a la decadencia del imperio que adoptaron sus instituciones jurídicas como modelo para la organización y ordenación de su vida social, ha sido fundamentalmente uno:

“Tenemos que examinar muy brevemente las características principales de cada una de las etapas de la historia última del derecho romano, sin olvidar que ese derecho es la expresión de la voluntad del monarca: el autócrata es el único legislador.”⁸⁰

Kant aludía al poder supremo de una manera muy peculiar, digamos, metafísica ideológica. Decía:

“El origen del poder supremo es *inescrutable*, bajo el punto de vista práctico, para el pueblo que está sometido a él; es decir, que el súbdito no debe *razonar* prácticamente sobre este origen, como sobre un derecho controvertido (*jus controversum*) con respecto a la obediencia que le debe. Porque, puesto que el pueblo para juzgar valederamente del poder soberano de un Estado (*summum imperium*), debe ya ser considerado como reunido bajo una voluntad legislativa universal, no puede ni debe juzgar de otra manera, más que como agrade al poder soberano existente (*summus inperans*). Que haya tenido lugar un verdadero contrato primitivo de sumisión civil (*pactum subjectionis civilis*) a este poder, o que el poder haya precedido y que la ley no haya venido sino más tarde; o que haya debido suceder así; todo esto para el pueblo, que está ya sometido a la ley civil, son disputas vanas y, sin embargo, peligrosas para el Estado. Porque, si el súbdito que investiga hoy este último origen quisiese resistir a la autoridad existente, debería ser castigado con toda razón, expulsado o desterrado (como proscrito, *exlex*) en nombre de las leyes de esta autoridad. Una ley que es tan santa (inviolable) que aun es un crimen en la práctica ponerla en duda, y por consiguiente impedir su efecto por un solo instante, es concebida de tal suerte que no debe ser mirada como procedente de los hombres, sino de algún legislador muy grande, muy íntegro y muy santo; y tal es el sentido de la máxima “Toda autoridad viene de Dios”; máxima que enuncia, no ya un *principio* histórico de la constitución civil, sino una *idea* como principio de la razón

⁸⁰ Baynes, Norman Hepburn, *El imperio bizantino*, trad. María Luisa Diez-Canedo, Francisco Giner de los Ríos, México, FCE, 1949 (10ª reimp. 2014), Colecc. Breviarios núm. 5, p. 153.

práctica, a saber: que es menester obedecer al poder legislativo actual, sea cualquiera su origen. De aquí el principio: El soberano en la ciudad no tiene hacia el súbdito más que derechos, no deberes (de coacción); por lo demás, si el órgano del soberano, *el gobernante*, obra contra las leyes, por ejemplo, en materia de impuestos, de quintas, etcétera; contra la ley de la igualdad en la distribución de las cargas públicas, el súbdito podría interponer *quejas (gravamina)* a esta injusticia, pero jamás ninguna resistencia.”⁸¹

Esta visión kantiana deviene de aquellas disputas ideológicas de la Europa de los siglos XVI y XVII surgidas al calor del problema por establecer la predominancia para ejercer el poder político entre un rey o un parlamento: “En Inglaterra, donde el poder regio no se vio seriamente amenazado en el siglo XVI, no se produjo por entonces una teoría del absolutismo regio, o soberanía completa del monarca; en cambio, en Francia esa teoría acabó por prevalecer a fines de aquel siglo.”⁸² Por tanto, la visión en uno u otro sentido, representaba una toma de posición política entre el absolutismo regio y la oposición que ya se manifestaba en su contra.

“En Francia, y en realidad en todas partes, las diferencias de religión estaban inextricablemente entremezcladas con fuerzas políticas y económicas. A mediados del siglo XVI se había demostrado que el sistema centralizado de la monarquía francesa, que Maquiavelo admiraba como forma mejor de gobierno monárquico, estaba sujeta a abusos tan serios que por el momento amenazaban con privar a la corona del apoyo de la alta clase media, de la que dependía en realidad su poder. Los abusos en materia de impuestos, lo lento e inseguro de la justicia y la venalidad de los funcionarios ejecutivos dependientes del monarca permitieron algo a lo que podría denominarse reacción. Los privilegios de las provincias, de la nobleza, de las ciudades más o menos autónomas y, en general, de las instituciones medievales amenazaron con debilitar las instituciones más característicamente modernas del gobierno regio centralizado. Ninguno de estos problemas era específicamente protestante o católico pero ambos bandos religiosos lo utilizaron según convenía a sus intereses. (...) Por ello, la literatura política polémica de Francia después de iniciarse las guerras civiles se dividió en dos tipos principales. Había, por una parte, escritos que defendían la santidad del oficio regio; a fines del siglo XVI esta tendencia había cristalizado en la teoría del derecho divino, afirmando la inviolabilidad del derecho del monarca a su trono, derecho derivado directamente de Dios y transmitido hasta él por legítima herencia. La importancia de esta teoría estriba principalmente en las consecuencias prácticas deducidas de ella: en primer lugar, el deber de obediencia pasiva que tenían los súbditos para con sus soberanos a pesar de las diferencias doctrinales y en segundo la imposibilidad de que un monarca fuese depuesto por un poder externo como el papado. Por otra parte hubo varias teorías “monarcómacas” como vinieron a ser denominadas, que hacían derivar

⁸¹ Kant, Immanuel, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, 1ª reimp., México, UNAM, 1978, pp.149-150.

⁸² Sabine, George H., *Historia de la teoría política*, 3ª ed., trad. Vicente Herrero, México, FCE, 1998 (reimp) p. 294.

el poder regio del “pueblo” o comunidad y defendían el derecho a resistir al monarca en determinadas circunstancias.”⁸³

Este pasaje histórico puede acreditar que una ‘doctrina’ del derecho, como la expuesta por Kant, cumple una función social de toma de postura política frente al poder estatal y un adoctrinamiento ideológico proveniente de quienes ejercen el poder, dirigido hacia los súbditos para que éstos acepten el obrar de aquellos, sin oponer resistencia pues –conforme a tal doctrina- el poder provendría de Dios. No hay en esto ninguna paradoja: la doctrina del derecho hasta las postrimerías del siglo XVIII, adoctrina sobre la sumisión de los hombres sin poder hacia quienes lo detentan.⁸⁴ Calificarlos como “principios metafísicos” tal vez les dio, en su tiempo, esa dosis necesaria de inexpugnabilidad para hacerlos incuestionables.

Una especie de santificación e idolatría hacia el rey o monarca –evocadora de los tiempos romanos donde los reinos de la tierra y el cielo eran conducidos por los emperadores- hace que Kant establezca como un principio metafísico el de la inviolabilidad de su persona. Sostenía:

“La violencia ejercida en su persona, por consiguiente, el atentado a la vida del príncipe (*monarcho-machismus sub specie tyranicidii*) no es permitido. La más ligera tentativa en este género es un crimen de *alta traición* (*proditio eminens*); y un traidor de esta naturaleza debe ser castigado con la pena de muerte, como culpable de haber querido matar a su *país* (parricida).”⁸⁵

Obras como esta ejercieron -y ejercen- socialmente una poderosa influencia ideológica que se basa en el culto a la personalidad del monarca o rey como pieza central de ejercicio del poder político para la organización de una sociedad. Si al

⁸³ Ibídem, pp. 294-295.

⁸⁴ “El más conocido de los hugonotes que escribieron sobre teoría constitucional es Francis Hotman, cuya *Franco-Galia* se publicó en 1573...El libro pretende ser una historia constitucional de Francia y demostrar que el reino no había sido nunca una monarquía absoluta. Hotman considera que incluso la sucesión hereditaria es una costumbre de origen relativamente reciente, basada tan solo en el consentimiento tácito del pueblo. De modo más específico sostenía que el monarca era electivo y que sus poderes estaban limitados por los estados generales que representan a todo el reino, apoyando esta tesis con una nube de precedentes de autenticidad más que dudosa. El argumento se basaba en el principio del constitucionalismo medieval de que las instituciones políticas derivan su derecho de prácticas inmemoriales inherentes a la propia comunidad. En este sentido el consentimiento del pueblo, expresado en tales prácticas, es la base legítima del poder político, y la propia corona deriva su autoridad de su posición jurídica como órgano de la comunidad.” Ibídem, pp. 296-297.

⁸⁵ Kant, *op. cit.*, nota 81, p.152.

analizar los pasajes de esta obra de Kant, hemos considerado que aún bajo el título de *Principios metafísicos de la doctrina del derecho* subyace la toma de una posición política frente al poder político de su tiempo; ello se explica porque existieron, también, otras obras que cuestionaron ese poder regio y el derecho que imponía. Sabine destaca la existencia de la obra, escrita en 1579, denominada *Vindiciae contra tyrannos*, de la que dice: “En consecuencia, hay que examinarla con algún cuidado, tanto por lo que representó en la Francia de su época, como para ver hasta qué punto se aproxima a la doctrina posterior de los derechos del pueblo.”⁸⁶

“La *Vindiciae* está dividida en cuatro partes, cada una de las cuales trataba de resolver un problema fundamental de la política contemporánea. Primera ¿están obligados los súbditos a obedecer a los príncipes si mandan algo contra la ley de Dios? Segunda, ¿es lícito resistir a un príncipe que desea anular la ley de Dios o que ataca a la iglesia, y en tal caso, a quién, por qué medios y con qué derecho se le puede permitir tal resistencia? Tercera, ¿hasta qué punto es lícito resistir a un príncipe que está oprimiendo o destruyendo al estado, y a quién, por qué medios y con qué derecho se le puede permitir tal resistencia? Cuarta, ¿pueden lícitamente o están obligados los príncipes vecinos a ayudar a los súbditos de otros príncipes, cuando tales súbditos se ven afligidos por defender la verdadera religión o están oprimidos por una tiranía franca?”⁸⁷

Quedaron así, sentadas las bases y fijadas las cuestiones políticas fundamentales a resolver en la construcción de los estados modernos como suma de mando del poder organizado de la violencia que permite conseguir la obediencia a los mandatos del derecho y la preservación social de ese poder, con base en el manejo de los conceptos de soberanía -del rey o del pueblo- e internacionalismo en sus nacientes expresiones ideológicas.

Con una perspectiva histórica específica ya sobre Latinoamérica, Diego Valadés ha afirmado:

“Los elementos fundamentales que pueden apuntarse como comunes a los países latinoamericanos y que contribuyeron al desarrollo del poder presidencial durante el siglo XIX son:

- 1º. Tradición indígena;
- 2º Afirmación del poder nacional;
- 3º Tendencias federalista y centralista;
- 4º Poder de la Iglesia;
- 5º Sistemas electorales;
- 6º Organización social;
- 7º Responsabilidad política del Ejecutivo;

⁸⁶ Sabine, op. cit., nota 82, p. 297.

⁸⁷ Ibídem, p.298.

8° Presiones externas,
9° Inestabilidad institucional;
10° Incultura política.”

Es evidente que no todos los anteriores elementos han tenido el mismo peso específico en el fortalecimiento del poder presidencial durante el siglo XIX en América Latina.”⁸⁸ En tal lista, es notoria la ausencia de la imposición-recepción de las instituciones jurídicas del derecho romano traídas por el descubrimiento, conquista y colonización de América por parte de las potencias europeas España y Portugal; que nosotros hemos colocado como fundamental para explicar la pertenencia de nuestro sistema jurídico a la tradición romanista.

II.3.- El primer acto creador de derecho.

Al hablar aquí de “derecho” damos por sobrentendido que nos referimos al derecho positivo.⁸⁹ Aceptamos sobre esta expresión la perspectiva kelseniana.⁹⁰ Por su propia lógica significativa ambas expresiones tienen como presupuesto sine qua non la vigencia del mismo, de modo tal que agregar a cualquiera de ellas el calificativo “vigente”⁹¹ implicaría una redundancia teniendo en cuenta que la posibilidad contraria es inadmisibles; es decir, no puede hablarse de un “derecho no vigente” pues desde el momento en que el derecho positivo pierde vigencia

⁸⁸ Valadés, Diego, op. cit., nota 61, p. 209.

⁸⁹ No corresponde a los alcances de este trabajo entrar en la teorización sobre el derecho positivo en su oposición significativa frente al derecho natural.

⁹⁰ “El derecho positivo es siempre el derecho de una comunidad determinada: el derecho de los Estados Unidos, el de Francia, el mexicano, el internacional”. Kelsen, op. cit., nota 48, prólogo del autor.

⁹¹ “La expresión ‘derecho vigente’ depende, fundamentalmente, de ‘vigente’ (‘derecho’ en esta expresión alude a disposiciones legislativas o costumbres, aunque, generalmente, a leyes y reglamentos). “Vigente” (del latín *vigens-tis*, participio presente de *vigere* “tener fuerza, vigor”) significa: “actual”, “que tiene fuerza”, “que domina o prepondera”. Lo que está vigente o en vigor es algo que es actual, que vale ahora. Así, “vigencia” significa “duración o periodo en que algo vale o prepondera”. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, 2ª ed., México, Themis, 2001 (reimp), p. 120.

mediante las fórmulas previstas en él, o por una revolución; deja de serlo e inmediatamente pasa a formar parte de la historia del derecho.⁹²

Para la mejor comprensión del contenido y sentido del derecho, tenemos que semejar vivir al revés,⁹³ invirtiendo y recreando el curso del tiempo y, por consecuencia, el de la memoria. Es la historia del derecho la fuente de saber empírico sobre su desempeño y resultados. La comparación de contenidos de la constitución o de las leyes, en cada materia de regulación, que brinda la historia del derecho y el derecho; es decir, el examen comparativo de los contenidos entre la normativa abrogada o derogada y la vigente, muestran tanto las diferencias de regulación de una materia determinada, como la lógica evolutiva de esa regulación. El sentido histórico social hacia el que se conducen las relaciones humanas que se generan en una sociedad. Si sólo nos atenemos al contenido de la norma vigente sin mirar sus antecedentes, perdemos esa orientación o sentido lógico que brinda el análisis de ambos contenidos. El hombre que vive su presente, ignorando su pasado, difícilmente podrá prever su futuro.

El derecho, en tanto discurso normativo sujeto a una vigencia que le da validez, no permite mirar sus contenidos más que en presente; pierde su perspectiva social e histórica. En razón de ello, del examen de la norma vigente solo puede obtenerse una escasa previsión acerca de lo que socialmente podrá ocurrir o se tendrá por consecuencia, con la aplicación de determinados contenidos de observancia social obligatoria.⁹⁴ No podrá vislumbrarse respuesta consistente a la pregunta de por qué los contenidos de las normas vigentes fueron establecidos de la manera en que aparecen y no de algún otro modo posible. La sociedad se limitará

⁹² “Aunque la expresión ‘derecho positivo’ puede tener significados diversos (especialmente los asignados por la crítica exacerbada o fanática de algunos opositores) esta expresión, tanto en su uso originario como dentro de las diferentes corrientes del positivismo, tiene un núcleo más o menos estable que puede caracterizarse así: el derecho positivo es el derecho “propriadamente hablando”, el derecho puesto (laid down) por instituciones sociales de cierto tipo, el cual constituye el objeto propio de la ciencia del derecho y de su historia”. Ibídem, p. 117.

⁹³ “-¡Vivir al revés!- repitió Alicia, en la más absoluta perplejidad-. ¡Jamás había oído semejante cosa!” En Carroll, Lewis, *Alicia en el País de las Maravillas. A Través del Espejo*, 13ª ed., trad. Ramón Buckley, Madrid, Cátedra Letras Universales, 2010, p. 297.

⁹⁴ “...permite a la palabra “derecho” aparecer como expresión de un concepto que tiene un significado social altamente importante...a saber: la técnica social que consiste en provocar la conducta socialmente deseada a través de la amenaza de una medida coercitiva que debe aplicarse en caso de un comportamiento contrario.” Kelsen, *op. cit.*, nota 48, p. 22.

a observar tales mandatos, voluntariamente o por compulsión, sin saber a ciencia cierta la razón de ello ni hacia donde la encaminan como tal.

La necesidad de conocer y saber por qué el derecho tiene determinados contenidos normativos y no otros, nos encamina directamente al punto de la política jurídica; esto es, a investigar quién o quienes determinan tales contenidos para las leyes, por qué los pueden imponer, desde cuándo y que fines individuales o sociales persiguen y consiguen con ello. Esa misma necesidad nos obliga a preguntarnos ¿cuál es el primer acto creador de derecho? Lógicamente esta respuesta la proporciona la historia del derecho y no el derecho. Para dar una respuesta recurrimos –junto con Kelsen- a la diversa connotación semántica que la expresión derecho tiene como orden jurídico de un Estado:

“La validez de las normas jurídicas puede ser limitada en el tiempo, y es importante advertir que el principio, lo mismo que el fin de tal validez encuéntrase determinados únicamente por el orden al cual las normas pertenecen. Permanecen válidas mientras no son derogadas en la forma que el mismo orden jurídico determine. Este es el principio de legitimidad. Tal principio, sin embargo, únicamente vale en determinadas circunstancias. Deja de valer en el caso de una revolución, entendida esta palabra en su sentido más general, de tal manera que abarque el llamado *coup d’Etat*. Una revolución, en este sentido amplio, ocurre siempre que el orden jurídico de una comunidad es nulificado y substituido en forma ilegítima por un nuevo orden, es decir, cuando la substitución no se hace en la forma prescrita por el orden anterior. En este punto carece de importancia examinar si tal substitución se produce mediante un levantamiento violento contra los individuos que hasta entonces tenían el carácter de órganos “legítimos”, capacitados para crear y modificar el orden jurídico. Carece igualmente de importancia investigar si la substitución se efectúa a través de un movimiento emanado de la masa del pueblo, o a través de la acción de personas que ocupan posiciones dentro del Gobierno. Desde el punto de vista jurídico, el criterio decisivo de una revolución es que el orden en vigor es derrocado y reemplazado por un orden nuevo, en una forma no prevista por el anterior. (...) Así pues, nunca es la Constitución simplemente, sino todo el orden jurídico, lo que cambia a consecuencia de una revolución.”⁹⁵

Para dimensionar adecuadamente el significado social de estas afirmaciones, en cuanto ayudan a comprender nuestro punto temático acerca de cuál es el primer acto creador de derecho, enlazamos a este pensamiento de Kelsen, el de Lassalle que nos explica lo que es la constitución:

“Monarquía...aristocracia...la gran burguesía...los banqueros...la conciencia colectiva y la cultura general...la pequeña burguesía y la clase obrera...He ahí, pues, señores, lo que es,

⁹⁵ Ibídem, p. 138. Este planteamiento teórico de Kelsen justificaría una revaloración de su teoría.

en esencia, la constitución de un país; la suma de los factores reales de poder que rigen en ese país. ¿Pero qué relación guarda esto con lo que vulgarmente se llama constitución, es decir, con la constitución jurídica? No es difícil, señores, comprender la relación que ambos conceptos guardan entre sí. Se toman estos factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión escrita, y a partir de ese momento, incorporados a un papel, ya no son simples factores reales de poder, sino que se han erigido en derecho, en instituciones jurídicas, y quien atente contra ellos atenta contra la ley, y es castigado.”⁹⁶

Este enlace nos permite vislumbrar que el derecho de un estado-nación surge de una revolución, siendo esta su primer acto creador, en donde el grupo social organizado triunfante busca imponer un orden jurídico, es decir, un orden social determinado de conformidad con el proyecto político de nación que enarbole como propuesta específica de organización de una sociedad.⁹⁷ Esto puede apreciarse con claridad siguiendo la historia del derecho y no únicamente su estatus vigente.

En la época histórica analizada por Lassalle (Francia, 1862) esos estamentos sociales a los que se refiere, con su respectivo poder político y económico, configuraban la estructura social garantizada por el derecho; su orden jurídico. Cuando Kelsen señala que una revolución derroca un orden jurídico, nos muestra la perspectiva y dimensión que tiene el primer acto creador de derecho.

II.4.- Poder, política, economía y derecho.

En la historia del derecho en México queda perfectamente identificada como norma fundante básica, la Constitución de 1824, en la medida en que surge como consecuencia de la declaración de independencia respecto a España y nos

⁹⁶ Lassalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, 5ª ed., México, Ediciones Coyoacán S.A de C.V., 1999, pp. 39-52.

⁹⁷ “Ustedes, en enero de 1959, no instauraron el cambio revolucionario de la noche a la mañana, sino que instalan una especie de transición ¿verdad? -Nosotros ya habíamos designado un gobierno. Yo había planteado que no aspiraba a la Presidencia. Me interesaba demostrar que no luchaba por intereses personales. Buscamos un candidato y escogimos a un magistrado que se había opuesto a Batista y había absuelto a los revolucionarios en un importante juicio. ¿Manuel Urrutia? -Urrutia. Gana prestigio. Lástima que no hubiera tenido un poco más de modestia, sencillez y sentido común. ¿Usted no quería ser presidente en aquel momento? -No, a mí no me interesaba. Lo que quería era la Revolución, la lucha, el desarrollo de nuestro heroico Ejército Rebelde. Bueno, podía venir una elección en un momento dado y yo podía aspirar a la Presidencia si lo deseaba; pero no andaba en eso. *Estaba interesado en las leyes revolucionarias y en la aplicación del programa del Moncada.*” En Ramonet, Ignacio, *Fidel Castro. Biografía a dos voces*, México, Debolsillo, 2009, p. 225.

configura como el estado-nación denominado Estados Unidos Mexicanos. Sobre ella, Mario de la Cueva ha dicho:

“Todos los historiadores convienen en que la Constitución de 1824 fue una transacción entre las estructuras religiosas, sociales y económicas que venían de los siglos de la Colonia, y la generación de la Independencia que pretendía romperlas para liberar al hombre. De ahí que el pensamiento y las fórmulas fuesen menos brillantes que en 1814, y que, como diría Lassalle, los factores reales de poder concurren al banquete constitucional con sus armas en la mano. Un dictador llevado al poder por las fuerzas conservadoras, pero que ya no contaba con su apoyo, hizo que la conciencia nacional y los hombres se sublevaran en Ayutla para poner fin al dolor de la República. Su causa inmediata no fue el problema económico, sino la libertad hollada por el poder espiritual y económico de la Iglesia y por la dictadura, un ideal que cualquiera que fuese su origen, apareció a los hombres como el paso primero para crear un futuro humano; se explica así que en la Asamblea Constituyente los más importantes debates giraran en torno de los derechos del hombre, de las libertades de pensamiento, de enseñanza y de conciencia. Sin embargo, la fuente última de los males nacionales estaba en el poder económico de la Iglesia, fundado en la propiedad de los bienes de mano muerta; de ahí que la ley de desamortización hiciera que la batalla por la libertad se librara entre el pueblo y la Iglesia, aliada con las clases conservadoras. Creemos que en la revolución social de nuestro siglo se marca con mayor precisión la influencia directa de los factores económicos: en ella, la vida se adelantó al pensamiento para romper una estructura que ahogaba al pueblo y le mantenía en la miseria. La declaración de derechos sociales nació en los campos de batalla, sin ninguna doctrina que le precediera, como un clamor de los hombres que querían, ante todo, vivir como seres humanos. Es cierto que en la asamblea de Querétaro, después de que los representantes del pueblo plantearon la urgencia de asegurar a los trabajadores un medio decoroso de vida, se habló de los nuevos derechos del trabajo, paralelos a los viejos derechos del hombre, pero fue una justificación a posteriori, cuando ya estaba decidido que se consagrarán.”⁹⁸

Las luchas sociales por el poder del Estado y la imposición de un proyecto social para la República, entre los históricos bandos de los conservadores y liberales, dieron lugar a importantes reformas de esta constitución registradas en los años de 1857 y 1917. De la primera, Burgoa comenta:

“La Constitución de 1857, emanada del Plan de Ayutla, que fue la bandera política del partido liberal en las Guerras de Reforma, implanta el liberalismo e individualismo puros, como regímenes de relaciones entre el estado y el individuo. Puede afirmarse, pues, que dicha Constitución fue el reflejo auténtico de las doctrinas imperantes en la época de su promulgación, principalmente en Francia, para las que el individuo y sus derechos eran el primordial, si no el único, objeto de las instituciones sociales, que siempre debían ser respetadas como elementos superestatales. Más que regímenes de gobierno propiamente dichos, más que sistemas de organización política y jurídica, el individualismo y el liberalismo implican las posturas que el Estado, como entidad superior, puede adoptar frente a sus

⁹⁸ Cueva, Mario de la, *Teoría de la constitución*, 2ª ed., México, Porrúa, 2008, p. 57.

miembros en las constantes relaciones entre ambos. Dichos regímenes traducen, pues, como todos los demás que son adversos y diversos (socialismo, intervencionismo estatal, etc.), la esfera de actividad, de competencia del Estado en sus relaciones con los gobernados, demarcando la injerencia de sus órganos en el ámbito de conducta de aquellos.”⁹⁹

De la del año 1917, surgida al término de la históricamente llamada Revolución Mexicana se han hecho, y seguirán haciéndose, infinidad de análisis sobre el significado de la introducción de los contenidos plasmados en los artículos 3, 27 y 123 genéricamente denominados “derechos sociales”. Esta constitución es el resultado de la introducción de esos derechos, en calidad de reformas, a la de 1857. Bajo el criterio significativo de ‘revolución’ al que aludió Kelsen, al no haber sido derrocado el orden jurídico establecido por la constitución del 57, la revolución mexicana no tuvo tal carácter ni puede, por tanto, considerarse a la de 1917, como norma fundante.

De 1917 a esta segunda década del siglo XXI, el poder político en México ha reformado dicha constitución –en más de 600 ocasiones- adaptándola a las necesidades de una forma específica de organización de la sociedad en un mundo que cambia aceleradamente y de los requerimientos propios del ejercicio de ese poder. Esta realidad tangible, verificable, de tantas reformas a la constitución deja como inquietud teórica la cuestión de si ¿el gobierno, en ejercicio del poder del Estado, debe ceñirse al mandato de la constitución o la constitución es modificable para satisfacer las necesidades de cada gobierno?

México, hoy, ya no forma parte del Nuevo Mundo. Paradójicamente, está inmerso en un nuevo mundo. El mundo actual está caracterizado por el fenómeno de la globalización¹⁰⁰ en que la empresa transnacional gobierna la economía, los estados y dota de contenido a los órdenes jurídicos; (parafraseando a Lenin¹⁰¹: la

⁹⁹ Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo*, 24ª ed., México, Porrúa, 1988, pp. 123-124.

¹⁰⁰ “Hoy las élites ricas se reparten el poder político para manipular las reglas del juego económico, manejando la democracia y creando un mundo en el que las 85 personas más acaudaladas acumulan tanta riqueza como la mitad de la población más pobre del planeta junta.” O dicho de otra forma: “Si se reuniera el dinero de 3,570 millones de personas que viven en pobreza, juntarían lo equivalente a las 85 personas más ricas en el mundo.” OXFAM-México, Informe, 31 de enero de 2014, en <https://plus.google.com/+OxfamM%C3%A9xico#+Oxfam> tomado el 3 de febrero de 2014, 13:53 horas: www.oxfamMexico.org

¹⁰¹ Me refiero a V. I. Lenin y al título de su obra “*El imperialismo fase superior del capitalismo*”.

fase ultrasuperior del capitalismo), el reacomodo del orden político y económico a nivel mundial y la supremacía de la ideología neoliberal erigida como la justificación y fundamentación filosófica de tales cambios. Zaffaroni lo destaca así:

“...las circunstancias del mundo han variado de modo notorio, en razón de una pluralidad de signos alarmantes: el poder se planetarizó y amenaza con una dictadura global; el potencial tecnológico de control informático puede acabar con toda intimidad; el uso de ese potencial controlador no está limitado ni existe forma de limitarlo a investigar sólo hechos determinados; las condiciones del planeta se deterioran rápidamente y la vida misma se halla amenazada. Se opera un enorme proceso de concentración de capital que procura mayor renta sin detenerse ante ningún obstáculo no ya ético, sino incluso físico; los estados nacionales son débiles e incapaces de proveer reformas estructurales; los organismos internacionales se raquitan y desacreditan; la comunicación masiva, de formidable poder técnico, está lanzada a una propaganda *völkisch** y vindicativa sin precedentes; la capacidad técnica de destrucción puede arrasarse la vida; se desatan guerras unilateralmente con fines claramente económicos; y, para colmo, el poder planetario fabrica enemigos y emergencias —con los consiguientes *estados de excepción*— en serie y a alta velocidad.”¹⁰²

En suma: “Un mundo —ha dicho Ulrich Beck— en el que las riquezas, igual que los riesgos, se distribuyen de manera radicalmente desigual.”¹⁰³ Cualquier teorización posmoderna sobre el derecho, ineludiblemente, debe buscar la relación de su objeto con este perfil de la sociedad mundial que impacta la configuración económica de cada Estado-nación —y las condiciones de vida de su población— atendiendo a la forma en que éste decide insertarse dentro del fenómeno de la “globalización”.¹⁰⁴ Necesario resulta establecer la importancia que vitalmente juega

¹⁰² Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, México, Ediciones Coyoacán, 2007, Colecc. “Alter libros” núm. 5, p. 16. * “La palabra *völkisch* —aclara el autor en pie de página— suele traducirse como *populista*, especialmente en Europa y Estados Unidos. Su traducción más correcta sería *populachero*, sea, un discurso que subestima al pueblo y trata de obtener su simpatía de modo no ya demagógico sino brutalmente grosero, mediante la reafirmación, profundización y estímulo primitivo de sus peores prejuicios. Esta precisión es importante en América Latina, pues la traducción corriente en otros continentes se confunde con el *populismo* latinoamericano, en el que se suelen enrolar una serie de lideratos políticos que, con todos sus defectos y contradicciones, es incuestionable que promovieron avances notables en las sociedades de la región y que no siempre ni mucho menos usaron la técnica *völkisch*; la que, por otra parte, es muy usada por sistemas que nada tiene que ver con el *populismo* político.”

¹⁰³ Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*, trad. Rosa S. Carbó, Barcelona, Paidós, 2008, p. 17

¹⁰⁴ Desde hace varios años, la sección mexicana del Club de Roma, había advertido sobre: “La posible congruencia de los agrupamientos económicos regionales con las políticas de globalización inspiradas en el pensamiento económico y los intereses comerciales y financieros de los Estados Unidos, algunos países de Europa y, hasta cierto punto, Japón (miembros del G-7.” En Urquidí, Víctor L. (coord.), *México en la globalización. Condiciones y requisitos de un desarrollo sustentable y equitativo*, México, FCE, 1997 (reimp), p. 24.

en ello el “jefe de estado” o “presidente” como personificación humana que, material y jurídicamente, es quien asume la posición política –subordinada o independiente– en el manejo del Estado¹⁰⁵ en los ámbitos nacional e internacional, en consonancia con los lineamientos políticos, económicos e ideológicos que marcan la construcción de la globalización: “El imperio se está materializando ante nuestros propios ojos.”¹⁰⁶

En la representación política que detenta el jefe de estado, un concepto esencial como el de soberanía, sufre el deterioro que propicia la mayor o menor lejanía entre el representante y sus presuntos o reales representados, asemejándola, en el peor de los casos, más a soberbia de poder hacia la sociedad que se hace patente en la irrefrenable inclinación a modificar los contenidos de las bases constitutivas del Estado, la orientación de las leyes y los criterios de su interpretación y aplicación; sin que los afectados tengan una participación directa en la determinación de los contenidos normativos.

Bajo ninguna circunstancia el jurista o el filósofo pueden ignorar estas modificaciones de la realidad social que han traído consigo los cambios fundamentales en los contenidos del derecho. Para el análisis de un orden jurídico de tradición romanista, no podemos insistir en pedir prestados conceptos y teorías que fueron pensados para analizar el sistema jurídico anglosajón. Debemos poner en anaqueles distintos de la historia del derecho aquellos conceptos clásicos de ‘grupo de personas en hábito de prestar obediencia’ a un “soberano” artífice de los “mandatos” o “disposiciones jurídicas” que conforman el derecho u orden jurídico de una sociedad, tal como lo hicieron en su tiempo Jeremy Bentham o John Austin;¹⁰⁷ parece increíble que a estas alturas del avance de los órdenes jurídicos en el mundo, sigamos anclados en las teorías que sobre el ámbito de lo jurídico se dieron

¹⁰⁵ “...por el comportamiento efectivo de los Estados, es decir, por la conducta de los hombres que, según los órdenes jurídicos estatales, actúan como gobierno.” En Kelsen, op. cit., nota 50, p. 227.

¹⁰⁶ Hardt, Michael y Negri, Antonio, *Imperio*, trad. Alcira Bixio, Barcelona, Paidós, Colecc. Surcos número 3, 2005, p. 13.

¹⁰⁷ Cfr: capítulos III y IV de la obra de Tamayo y Salmorán, Rolando, *Juris Prudentia: More Geométrico. Dogmática, teoría y meta teoría jurídicas*, México, Fontamara, 2013, Colecc. Doctrina Jurídica Contemporánea número 67, pp. 87-141; y capítulo I de la obra de Raz, Joseph, *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 1986, pp. 23-45.

en Europa en los siglos XIX y XX –Escuela Histórica, jurisprudencia de conceptos, jurisprudencia analítica, etc.- o, en Norteamérica, con el realismo jurídico; sin que los latinos pongamos nuestro grano de arena para teorizar, en específico, sobre los órdenes jurídicos de tradición romana que rigen nuestras sociedades.

Para ello, en primer lugar, es menester hacer a un lado el concepto del “soberano” y, en su lugar, abrir espacio al de “jefe de estado” como cargo máximo de poder político en el que, juntas o separadas, se depositan las funciones de mando del Estado¹⁰⁸ y conducción política del mismo; de cuya voluntad convertida en ley (decisión política expresada jurídicamente) depende, fundamentalmente, la estructuración, orientación y vigencia de un orden jurídico que basa, en la violencia física,¹⁰⁹ su observancia, mantenimiento y permanencia como tal.¹¹⁰

El cúmulo de atribuciones y facultades que se otorgan al “jefe de estado”, desde la formación de la constitución originaria, será lo que determine la configuración de la estructura de poder del estado, la forma de gobierno, el régimen político y la formación económica de cada sociedad. Impuestos socialmente mediante la fuerza de un poder bélico triunfante, estos factores constituyen el orden jurídico establecido como base de la organización social en cada estado-nación:

“Al convertirse la presidencia en el eje del poder económico y social dentro de un Estado, y al faltar instrumentos institucionales y formas de organización social que hicieran derivar la autoridad hacia otros sectores o hacia otros órganos del propio poder, era natural que la presidencia misma se convirtiera en el centro de atracción y de interés más importante dentro de cada uno de los Estados latinoamericanos.”¹¹¹

¹⁰⁸ “El Estado –dice Weber- al igual que toda entidad política, es un enlace de dominio de individuos sobre individuos, sostenido mediante la legítima defensa; es decir considerada como tal. Para que se sostenga es necesario, pues, que los súbditos acaten la autoridad que pretenden tener quienes a la sazón la ejercen.” En Weber, *op. cit.*, nota 63, p. 9.

¹⁰⁹ Como lo advierte Kelsen: “El derecho y la fuerza no deben ser entendidos como absolutamente incompatibles entre sí. Aquél es la organización de ésta.” En Kelsen, *op. cit.*, nota 48, pp. 24-25.

¹¹⁰ “Los países en América Latina, exceptuando a Cuba, han estado situados en los mismos cánones de la Carta de las Naciones Unidas que el resto de los países “occidentales”, aun cuando en varios imperan todavía sistemas autoritarios en que los procesos electorales adolecen de corrupción, los sistemas judiciales carecen de independencia, se conculcan los derechos humanos, no priva el respeto a la ley, y en varios casos se pone en duda el régimen de derecho que suponen las constituciones.” En Urquidí, Víctor L. *op. cit.*, nota 104, p. 20.

¹¹¹ Valadés, *op. cit.*, nota 61, p. 219.

La idea kelseniana de la norma fundante, puede comprenderse de mejor manera en su sentido de “constitución de un estado” solo acudiendo a la historia (general, del derecho o de las instituciones) como crónica de sucesos o del acontecer social, que nos muestra en qué época y bajo qué circunstancias políticas, económicas y sociales concretas ocurrió eso: el surgimiento de un Estado políticamente independiente y las bases de su constitución. Para el sistema jurídico mexicano eso lo encontramos en la revisión histórica de las luchas armadas que dieron lugar a la Constitución de 1824, lograda después de la independencia frente a la Corona española en medio de la disputa política entre la constitución de un imperio a través de una junta instituyente; o, la de un estado mediante un congreso o asamblea constituyente.

Esta disputa solo reflejaba la pugna por el poder y su forma de ejercicio en la opción de monarquía o república;¹¹² no había desacuerdos en torno al modelo económico impuesto por –y desde– la conquista. La disputa ideológica que circundaba a la del modelo político se daba entre Agustín de Iturbide enarbolando las doctrinas de Rousseau y los diputados del Congreso instalado en noviembre de 1823, quienes argumentaban con base en la Constitución de los Estados Unidos de América:

“Efectivamente, cuando se reinstala el Congreso, Iturbide maneja conceptos rousseauianos: “como la voluntad soberana de los pueblos reunidos en una gran sociedad no tiene ni puede tener otro objeto que el bien y felicidad de ella misma, el órgano de esta voluntad es la representación nacional”. Más adelante llega a decir: “que la representación nacional va a concertar las voluntades de todos”. (...) El nuevo Congreso se instaló solemnemente en noviembre, un año después de la disolución violenta hecha por Iturbide de la anterior asamblea. Los diputados –dice Zavala– vinieron llenos de entusiasmo por el sistema federal y su manual era la Constitución de los Estados Unidos del Norte, de la que

¹¹² “La contienda se establece entre los provinciales, con el credo de las soberanías parciales y los moderados partidarios de un régimen central fuerte y unitario. En un oficio con el que el Superior Gobierno de la Nación da contestación a la diputación provincial de Guadalajara se dice: El pretexto de la soberanía popular con que Guadalajara ha querido cubrir su proceder ha tenido muy mala aplicación. La soberanía reside únicamente en la nación: este es un axioma en política; pero su ejercicio es privatorio de la representación legítima y esta no puede figurarse por un solo Estado o provincia de las que han compuesto siempre una sociedad, porque resultarían tantas soberanías cuanto son aquéllas.” En Carrillo Prieto, Ignacio, *La ideología jurídica en la constitución del estado mexicano 1812-1824*, México, UNAM, 1986, p. 165

corría una mala traducción impresa en Puebla de los Ángeles, que servía de texto y de modelo a los nuevos legisladores.”¹¹³

Recorrer las páginas de la historia rememorando los sucesos que dieron lugar a las distintas constituciones políticas que han tenido vigor en nuestro país - 1824, 1857 y 1917-, inexorablemente nos conduce a examinar las interminables disputas bélico-militares que se han librado en aras de la obtención del control y poder del estado como aparato de conducción social. ¿De qué manera se reúnen poder, política, economía y derecho en la configuración de un orden jurídico? La respuesta, aunque pueda parecer una reiteración de la pregunta, es: pues así, en la creación del orden jurídico. Política y economía se funden para dar contenido a las normas del derecho en el establecimiento de una formación económico-social, que el poder del estado, con sus estructuras burocrática y bélico-militar, eleva a la condición de orden jurídico. Otro binomio estrechamente relacionado es el de poder y dinero que da pauta para moldear al concepto de eficacia del derecho que examinamos más adelante.

Analizar el derecho a través de su contenido muestra otras ventanas que dan cuenta de la conexión del derecho con la economía al ligar los conceptos de ‘juridicidad’ y ‘capitalismo’ como una forma, entre otras posibles, de organización económica de una sociedad:

“No es función esencial del derecho objetivo estatuir tales derechos subjetivos en sentido técnico, a diferencia de la función consistente en estatuir obligaciones jurídicas. Constituye una configuración posible, pero no necesaria, del contenido del derecho objetivo; una técnica particular de que puede servirse el derecho, pero que de ningún modo está obligado a hacerlo. Se trata de la técnica específica del orden jurídico capitalista, en cuanto éste garantiza la institución de la propiedad privada, atendiendo, por lo tanto, en forma muy especial al interés individual. Esta técnica, por lo demás, no domina en todas las partes del orden jurídico capitalista sino sólo aparece plenamente desarrollada en el terreno del denominado “derecho privado”, y en ciertas partes del derecho administrativo.”¹¹⁴

Estas expresiones de Kelsen relativas a la “técnica específica del orden jurídico capitalista” para garantizar “la institución de la propiedad privada” atendiendo al “interés individual”; tienen presupuestos históricos localizables en los

¹¹³ *Ibidem*, pp. 165-166.

¹¹⁴ Kelsen, op. cit., nota 50, pp. 148-149.

orígenes del capitalismo: la ganancia¹¹⁵, el ascenso económico-político de la burguesía¹¹⁶ y las instituciones de comercio¹¹⁷ que “no corresponden a periodos históricos nítidamente definidos sino que aparecen en cada país de Europa occidental desde el siglo XI hasta la conquista del poder por la burguesía entre el siglo XVII y el XIX. La caída del régimen feudal fue un proceso gradual jalonado por levantamientos súbitos y violentos.”¹¹⁸

Pueden hallarse también, los nexos de la juridicidad con lo social, concibiendo al derecho desde una perspectiva más amplia, más profunda; como un hecho que necesariamente se presenta y se desarrolla en sociedad, en la cual cumple un papel específico para la organización de los seres humanos que la componen.

¹¹⁵ “La ganancia, la diferencia entre el precio que el mercader pagaba al comprar, y el precio que recibía al vender, se consideraba deshonrosa en una sociedad que ensalzaba las nobles virtudes del matar y alababa a quienes vivían “de los esfuerzos y fatigas” (...) de los campesinos. La ganancia se miraba como una forma de la usura, y se pensaba que el alma del mercader estaba en peligro. El odio vino más tarde, cuando una nobleza necesitada de dinero efectivo para financiar sus guerras y su estilo de vida descubrió que los mercaderes tenían más que ella.” En Tigar, Michael E. y Levy, Madelaine R., *El derecho y el ascenso del capitalismo*, México, Siglo XXI, 1981, p. 18.

¹¹⁶ “En su mayor parte, sin embargo, el crecimiento de las fortunas de los mercaderes y del poder de estos se logró por medio de conflictos armados, y por lo que las clases acomodadas veían como nada menos que la revolución, punible –como lo sugirió Beaumanoir- con largas penas de prisión y hasta con la muerte. A fin de protegerse a sí mismos y sus mercancías de los estragos de la nobleza, los mercaderes se sintieron forzados a crear condiciones que permitieran el comercio. Un hombre, o varios, bien armados y hábiles en el empleo de las armas, podría atravesar Europa vendiendo artículos de pequeño volumen –como sedas o especias- que eran a la vez valiosos y fáciles de transportar para trocarlos por dinero contante. Eso sería venta. Pero para un comercio ordenado y sistemático, haría falta un sistema que proporcionara la seguridad física y posibilitara los créditos, seguros, y transmisión de fondos. La manufactura, considerada por oposición al tráfico de mercancías importadas exigía un sistema de comercio aún más protegido socialmente así como un nivel técnico superior.” *Ídem*.

¹¹⁷ “...a medida que el mercader fue ampliando su campo de acción para crear *instituciones de comercio* –ciudades, puertos, almacenes, bancos, talleres, etc.- entró cada vez más en colisión frontal con los intereses económicos y políticos de los señores feudales de uno u otro sector de territorio. La clase mercantil chocaba continuamente con leyes y costumbres destinadas a proteger a los detentadores del poder feudal. (...) Finalmente, están las leyes que los mercaderes hicieron para ellos mismos, el sistema jurídico que moldearon para que sirviera a sus propios intereses. Primero crearon tribunales para arreglar los litigios que surgían entre ellos, luego arrancaron u obtuvieron con lisonjas concesiones de príncipes espirituales o temporales a fin de establecer zonas de libre comercio, y finalmente –en un periodo de siglos- se lanzaron al poder sobre las naciones. El proceso de la legislación burguesa vio la creación y la aplicación de normas legales específicas sobre los contratos, la propiedad, y los procedimientos judiciales; esas normas legales se dictaron conforme a un contexto de ideología jurídica que identificaba la libertad de acción de los empresarios con el derecho natural y con la razón natural.” *Ibidem*, pp. 18-19.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 19.

“Pero en la medida en que un orden jurídico es un sistema social, sólo regula positivamente la conducta de un hombre en tanto y en cuanto se refiere, inmediata o mediatamente, a otro hombre. Se trata de la conducta de un hombre frente a otro hombre, a varios hombres o a todos los demás hombres; es el comportamiento recíproco de los hombres lo que configura el objeto de esa regulación. La relación de la conducta de un hombre, hacia este o aquel otro hombre, puede ser individual, como en el caso de la norma que obliga a todo hombre a abstenerse de matar al otro; o la norma que obliga al deudor a pagar una determinada suma de dinero al acreedor; o la norma que obliga a todos a respetar la propiedad ajena. La relación puede tener también carácter colectivo. La conducta regulada por la norma que obliga a cumplir el servicio militar, no es la conducta de un individuo frente a determinado otro individuo, como en el caso de la norma que prohíbe el homicidio, sino una conducta frente a la comunidad jurídica, es decir: frente a todos los hombres sujetos al orden jurídico, pertenecientes a la comunidad de derecho.”¹¹⁹

Esto significa que el derecho, a través de la constitución y las leyes que desarrollan sus preceptos, está dotado de los contenidos que delinean un modelo de organización social basado en una específica estructuración de un sistema de relaciones económicas entre los hombres cuya garantía de seguimiento está en la fuerza del Estado.¹²⁰ A través de la imposición de un determinado contenido a las normas puede apreciarse, teleológicamente, aquella doble vertiente señalada por Kelsen¹²¹:

“Mas, no es solamente, quizás, el interés del acreedor concreto, lo protegido por la norma jurídica que obliga al deudor; es más bien el interés asumido por la autoridad jurídica de la comunidad jurídica en el mantenimiento de un determinado sistema económico.”

El estudio del sentido con que está dotado el lenguaje de las normas, su contenido, tiene que hacerse desde dos planos o perspectivas, cada una de las cuales necesariamente arrojará resultados diferentes pero complementarios para obtener una visión integral del fenómeno: uno, el sentido de la norma para efectos de inducción de conductas sociales y de aplicación a casos específicos; y, dos, el sentido que adquiere el conjunto de normas que constituyen el orden jurídico. La primera, nos mostrará el qué y cómo del ejercicio del poder (político, público o

¹¹⁹ Kelsen, *op. cit.*, nota 50, p. 46

¹²⁰ “El Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, permanencia y equidad al *crecimiento de la economía* para la independencia y la democratización política, social y cultural de la nación.” Artículo 26 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹²¹ Kelsen, *op. cit.*, nota 50, p. 46.

estatal) a través del derecho; la segunda, el por qué –motivos y razones tenidos en cuenta- de la política jurídica en la configuración del modelo social de relaciones económicas.

Buscando una noción más confiable acerca de lo que es “derecho”, Kelsen daba esta base argumental:

“Desde el punto de vista de la ciencia, libre de toda clase de juicios de valor morales o políticos, la democracia y el liberalismo son únicamente dos principios posibles de organización social, lo mismo que la autocracia y el socialismo. No hay ninguna razón científica por la que el concepto del derecho tuviera que definirse de tal modo que excluyese las dos últimas clases de organización de la sociedad. [Derecho] Designa una técnica específica de organización social.”¹²²

Abordar el estudio integral del sentido de la norma en los dos ámbitos –esto es, sentido de la norma y del orden jurídico- corresponde a la ciencia del derecho como área del conocimiento que no debe limitarse a la búsqueda del qué y cómo, ofrecido en respuesta por el derecho; sino que, precisamente por su condición de ciencia, tiene que investigar –sobre la base de analizar y cuestionar toda la construcción argumental de su contenido- hasta encontrar la respuesta al porqué de la orientación y sentido que guarda el orden jurídico, en tanto imposición, de una clasificación y acomodo de los hombres en un sistema social y económico determinado mediante el derecho. Esta perspectiva de análisis del derecho, a través del contenido de sus normas, ha sido casi olvidada. Incluso, algunos autores dan impresión de impulsar y fomentar esa amnesia sosteniendo que, en tanto no puede encontrarse un contenido igual en los sistemas jurídicos “...será conveniente olvidarlo casi completamente”¹²³. Sobra decir que los efectos sociales de tal olvido han sido, son y serán francamente nocivos.

Asumir esta idea significa voltear hacia otro lado para fingir que en los contenidos del derecho no hay nada por investigar. Es renunciar al verdadero conocimiento del derecho. Es evadir la perspectiva de estudio que nos puede brindar la posibilidad de descubrir no sólo el sentido de las normas, sino las

¹²² Kelsen, op. cit., nota 48, p. 6.

¹²³ “Los juristas analíticos, a excepción de H.L.A. Hart, han puesto poca atención al problema del contenido [del sistema jurídico] y, como hemos decidido desarrollar nuestras conclusiones sistemáticas en gran medida a través del examen crítico de las teorías anteriores, será conveniente olvidarlo casi completamente.” Es la expresión completa en Raz, Joseph, op. cit., nota 107, p. 19.

características comunes que dan identidad a los órdenes jurídicos como base de su clasificación en sistemas. Reconocer la dificultad de generalizar respecto a características comunes al contenido de los órdenes jurídicos no significa que no las haya. Ubicar a un orden jurídico concreto dentro de los pertenecientes a la tradición romana implica, por lo menos, dar por supuesto que las instituciones jurídicas con las que se erigió en estado y rigen su vida política y la conducción social, tienen como fuente de inspiración las del derecho romano, históricamente trasladadas y adaptadas a las circunstancias concretas de ese país. Esta será una deducción posible, de indudable valor científico por investigar.

Es el jefe de estado como concentrador del poder político¹²⁴ el que determina, como expresión de la voluntad estatal, cuales son los contenidos primordiales con los que se dota a las normas jurídicas de todo rango, directa o indirectamente. Traigamos, a guisa de ejemplo, el caso del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN) celebrado por el Estado mexicano, con Estados Unidos de Norteamérica y Canadá, que entró en vigor el día 1 de enero de 1994 y veamos sus efectos sobre el orden jurídico mexicano. Malpica de Lamadrid nos dice:

“La modernización jurídica se llevó a cabo durante la administración del presidente Carlos Salinas de Gortari. Ésta se fue realizando previa a las negociaciones, durante las negociaciones y posterior a las negociaciones del TLC. Podemos afirmar que la modernización del sistema jurídico mexicano guarda una íntima relación con el TLC. El antiguo modelo de desarrollo de México se basó en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; con una intervención directa del gobierno en la economía nacional; una industria altamente protegida, basada en un esquema de sustitución de importaciones. Un modelo cerrado, con una fortísima influencia del derecho constitucional y una escasa importancia del derecho internacional público. Con una filosofía proteccionista y con un tipo de cambio regulado. El nuevo modelo de desarrollo de México se basa en el TLC; con una intervención moderada del gobierno en la economía nacional; una industria abierta a la competencia internacional, basada en una plataforma de exportaciones competitivas. Un modelo abierto, con una influencia internacional importante y con un mayor peso específico del derecho internacional público. Con una filosofía neoliberal, o, si se quiere, liberal social; con un tipo de cambio libre. La negociación del TLC con Estados Unidos y Canadá la hizo México partiendo de la base de que nuestro país ya no era un país en vías de desarrollo; por lo tanto, no se pudo beneficiar de ventajas no recíprocas. La política de comercio exterior de nuestro país se acercó a la de los países ricos; por lo que entramos a formar parte de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE). Por lo que de ahora en

¹²⁴ “El poder político es la eficacia de un orden coactivo que se reconoce como derecho.” Kelsen, *op. cit.*, nota 48, p. 227.

adelante, si no se modifica nuestra posición, el foro básico de México para el comercio será únicamente la OCDE. El compromiso gubernamental ante este organismo es el de no defender, en otros foros, tesis que vayan contra la filosofía de los países ricos, reunidos en la OCDE. Entre 1989 y noviembre de 1994, en seis años, se han emitido más de 550 disposiciones jurídicas importantes: decretos de reformas a leyes, reglas, acuerdos, resoluciones, reglamentos, leyes, circulares, instructivos, procedimientos, tratados, programas, manuales de servicios, estatutos, avisos. Que han configurado una modernización constitucional, convencional y legislativa en los campos de inversiones extranjeras, entidades paraestatales, comunicaciones, franja fronteriza, transferencia de tecnología, propiedad industrial, regulación sobre extranjería, ecológica, derechos humanos, mercado de valores, negocios bancarios, fianzas, seguros, inversiones, aspectos tributarios internos e internacionales, aspectos monetarios, industriales, agrarios, religiosos, educativos y de seguridad pública. 1. **Nuevas disposiciones constitucionales.** Hasta 1994 se han realizado cuando menos diez reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que han modificado: 1) los artículos 5º, 35, fracción III; 36, fracción I; 41, 54, 60 y 73, fracción VI, base 3ª, y se derogaron los artículos transitorios 17, 18, y 19; 2) el artículo 27; 3) los artículos 3º, 5º, 24, 27, 130, y se adicionó el artículo decimoséptimo transitorio; 4) el artículo 4º; 5) el artículo 102; 6) artículos 3º y 31, fracción I; 7) artículos 82, fracción III; 8) artículos 28 y 123; 9) artículos 31, 44, 74, 79, 89, 104, 105, 107, 122, así como la denominación del título quinto, adición de una fracción IX al artículo 76 y un primer párrafo al 119, y se derogó la fracción XVII del artículo 89; 10) se reformaron los párrafos octavo y noveno, decimoséptimo y decimooctavo del artículo 41; 11) reforma de la fracción I del artículo 82. 2. **Nuevas disposiciones legislativas.** En el mismo lapso comentado se publicaron cuando menos 38 importantes leyes. Se inició con el Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, y continuó con la: 1) Ley de Instituciones de Crédito, 2) Ley de Agrupaciones Financieras; 3) Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial; 4) Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura; 5) Ley Agraria; 6) Ley Orgánica de los Tribunales Agrarios; 7) Ley de Pesca; 8) Ley Minera; 9) Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos; 10) Ley Federal sobre Metrología y Normalización; 11) Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público; 12) Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios; 13) Ley que Armoniza Diversas Disposiciones con el GATT, Los Tratados para Evitar la Doble Tributación y para la Simplificación Fiscal; 14) Ley de Aguas Nacionales; 15) Ley Forestal; 16) Ley Federal de Competencia Económica; 17) Ley Federal de Protección al Consumidor; 18) Ley Federal de Cinematografía; 19) Ley Federal de Correduría Pública; 20) Ley Federal de Sanidad Animal; 21) Ley de Nacionalidad; 22) Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal; 23) Ley General de Educación; 24) Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal; 25) Ley General de Asentamientos Humanos; 26) Ley de Comercio Exterior; 27) Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal; 28) Ley del Banco de México; 29) Ley Orgánica de la Armada de México; 30) Ley de Inversión Extranjera; 31) Ley de Adquisiciones y Obras Públicas; 32) Ley de Navegación; 33) Ley del Servicio Exterior Mexicano; 34) Ley Federal de Sanidad Vegetal; 35) Ley de Amnistía; 36) Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos; 37) Ley General de Sociedades Cooperativas; 38) Ley Federal de Procedimientos Administrativos.”¹²⁵

¹²⁵ Malpica de Lamadrid, Luis, “La modernización del sistema jurídico mexicano y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLC)”. En Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Un homenaje a Don César Sepúlveda*, Escritos jurídicos, México, UNAM, 1995, pp. 245-264.

La celebración de un tratado internacional para libre comercio es un acto jurídico de innegable contenido económico. Si como consecuencia de su celebración el gobierno mexicano pone en marcha la estructura del poder del estado para modificar el texto constitucional y adaptar las leyes secundarias, con la finalidad de hacerlas compatibles y facilitadoras con los objetivos económicos perseguidos con la celebración del tratado, queda claro que toda la normativa legal involucrada en rededor de ese hecho, tiene un contenido incuestionablemente de carácter económico.¹²⁶ La evidencia fehaciente de que el grueso de la legislación de una nación posee contenido de carácter económico la brinda empíricamente el hecho de que la casi totalidad de los conflictos, generados por la aplicación de la ley, se resuelve mediante convenios, resoluciones administrativas, sentencias o laudos con contenido pecuniario.

Las determinaciones políticas básicas que se insertan en la “constitución”¹²⁷, y acreditan la fusión inextricable entre poder, política, economía y derecho son: el establecimiento de la propiedad privada, el trabajo asalariado, el crecimiento económico y la libertad de industria y comercio, garantizados por el estado.¹²⁸ Tales determinaciones son esenciales en la conformación del modelo económico capitalista. Todos los problemas sobre la distribución del producto social son resueltos sistémicamente por el estado mediante la implantación de leyes cuyo contenido está perfilado en función del sostenimiento de la estructura económico-social sobre la que se levanta el edificio de categorías jurídicas – propietario, banquero, patrón, trabajador, ejidatario, vendedor, contribuyente, concesionario, usuario, etc.-establecidas en cada estado-nación, que clasifican y estratifican a la población. Néstor de Buen señala:

¹²⁶ “El derecho, sin embargo, no es un producto de la inteligencia –o al menos no lo es sólo de la inteligencia-, sino una consecuencia de las relaciones de producción.” En De Buen, Néstor, Bueno Magano, Octavio y Albuquerque, Rafael, *Los Grupos de Empresas Nacionales y Multinacionales y el Derecho del Trabajo*, México, UNAM-IIJ, 1982, p. 9.

¹²⁷ “Los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas de derecho, sino de poder; la verdadera Constitución de un país solo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen; y las Constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores reales de poder imperantes en la realidad social;” Lassalle, *op. cit.*, nota 96, p. 47.

¹²⁸ Ver artículos 5, 26, 27 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

“Como resultado de situaciones particulares, en los últimos cuarenta años se viene produciendo en algunos países de orientación capitalista, dentro de una política nacionalista y propicia a formas socializantes de atenuación de la condición de las clases desposeídas (legislación laboral, libertad sindical formal, seguros sociales, etcétera), la tendencia a la participación decisiva del Estado en la vida económica. En ocasiones porque la coyuntura internacional así lo permitió (nacionalización del petróleo); en otras por el imperativo del enorme volumen de las inversiones necesarias (siderurgia, metalurgia y petroquímica); a veces por dejación misma de los particulares que no tuvieron éxito en las empresas, lo que llevó al Estado a tomar su control para evitar cuestiones de desempleo o evitar privación de un producto o servicio nacional necesario (vgr: aviación, etcétera), lo cierto es que cada vez se acusa más la intervención del Estado. México es un excelente ejemplo.”¹²⁹

Si contrastamos esta visión sobre la intervención del Estado en la vida económica a través de los contenidos de las leyes a que alude Néstor de Buen y comparamos con lo acontecido a la llegada del Tratado de Libre Comercio de América del Norte o, aún más, con los procesos denominados como “reformas estructurales”¹³⁰ que impulsa el actual gobierno mexicano basado en la reforma de la Constitución y las leyes secundarias, advertiremos que poder, política, economía y derecho se hallan indisolublemente ligados en los contenidos de la norma jurídica que así, modela obligatoriamente, un modelo de relaciones económicas específicas con base en el establecimiento de categorías jurídicas que configuran una realidad económico-social entre la población. El papel del estado, como simple garante del cumplimiento de la ley que posee tales contenidos, deviene en ser el aparato o estructura política que garantiza la formación económica que se fija a través de los contenidos del derecho.

II.5.- Política jurídica o derecho.

Cuando Hans Kelsen fijaba los trazos del sentido significativo de ‘pureza’ de su teoría del derecho, establecía una diferencia:

¹²⁹ De Buen, Néstor, et. al., op. cit., nota 126, p. 20.

¹³⁰ Bajo este membrete el actual gobierno de México promovió las reformas energética, laboral, financiera, fiscal y de telecomunicaciones; proceso que implicó modificaciones a la Constitución y a leyes secundarias; sobre lo cual no abundaremos aquí por ser temas de actualidad.

“En cuanto teoría pretende, exclusiva y únicamente, distinguir su objeto. Intenta dar respuesta a la pregunta de qué sea el derecho, y cómo sea; pero no, en cambio a la pregunta de cómo el derecho deba ser o deba ser hecho. Es ciencia jurídica; no, en cambio, política jurídica”.¹³¹

La formulación de esta distinción conduce al jurista a preguntas que resultan pertinentes: ¿por qué sólo estudiamos derecho y no política jurídica? ¿por qué teorizamos sobre el primero y no sobre la segunda? ¿son diferentes o representan dos caras de una sola moneda? Pongámonos en ese retrato del hombre eterno al que se refirió Francisco Thámara¹³² y abordemos tales cuestiones “acertando o errando, cayendo o tropezando, o como mejor puede” para encontrarles una respuesta adecuada.

Kelsen distinguió,¹³³ así, dos quehaceres de Estado y, consecuentemente, dos objetos o campos de estudio que ameritan de tareas intelectivas para una adecuada comprensión del derecho: ciencia jurídica y política jurídica. La primera, respondería a las preguntas de qué y cómo es el derecho. La segunda, a cómo pueda o deba ser hecho. Tal precisión epistemológica sugiere que el derecho específico de una nación, su orden jurídico, abstraído a la condición de objeto de estudio, puede ser examinado desde esas dos perspectivas. Queda suficientemente claro que el examen del derecho, tal y como es, tiene por presupuesto lógico que “alguien”, previamente, decidió cuál debía ser su contenido; ese contenido que lo muestra a los ojos sociales tal como es. Es decir, el sentido de la voluntad política declarada obligatoria por el Estado, convirtiéndola en ley, es política jurídica para el que impone y derecho para el obligado a obedecer. Hablar de política y ciencia jurídicas, respectivamente, implica en el sentido más propio, hacer referencia a tareas de Estado relativas a la creación, modificación y anulación; así como de

¹³¹ Kelsen, *op. cit.*, nota 50, p. 15.

¹³² Cfr. Icaza Dufour, *op. cit.*, nota 4, p. 1; que cita a Francisco Thámara (1550) diciendo: “Nuestro ánimo y entendimiento nunca se satisface de cosa deste mundo, nunca se harta, nunca se contenta, siempre esta hambriento, siempre desabrido, siempre descontento, continuamente desea más, espera más, procura más. Y de aquí provienen que nunca haze sino inquirir, investigar, ymaginar y pensar cosas nuevas inauditas y nunca vistas, y en la inquisición, invención y conocimiento dellas, se macera y aflige, hasta que al fin acertando o errando, cayendo o tropezando, o como mejor puede, haya y alcanza lo que quiere”.

¹³³ “Alicia se quedó maravillada de la coherencia de aquel razonamiento. ¡Cómo no se me habrá ocurrido a mí antes! —comentó admirada”. En Carroll, *op. cit.*, nota 93, p. 255.

aplicación del derecho. La interpretación, es una herramienta de uso compartido. La contracara intelectual de tales actividades, en la sociedad civil, estaría representada por la politología y la ciencia del derecho.¹³⁴

La enseñanza que se imparte acerca de la legislación nacional está diseñada para mostrarla como derecho, no como política jurídica. Se enseñan los mecanismos legislativos de producción y los administrativos y judiciales de aplicación del derecho para que el jurista se familiarice con las reglas jurídicas como modo y modelo de interacción dialéctica entre individuos y Estado, soslayándose la importancia que tiene el poder ejecutivo en el plano de realización de aquel y, sin cuestionar los motivos o razones por los cuales esas reglas, en su contenido normativo sean, así como son; ni por qué, no puedan ser de otra manera. En este mismo sentido y como consecuencia de la educación recibida, se da el ejercicio profesional del jurista.

Cuando la teoría, enseñanza o práctica de la legislación que conforma un orden jurídico se basa en mostrarlo como “derecho”, en realidad no hay teoría, enseñanza o práctica “del derecho” sino, a lo mucho, habrá teoría, enseñanza y práctica del modo estatal de imposición de la voluntad política expresada en la normativa. Dicho en otros términos: enseñar, teorizar o practicar la legislación de un orden jurídico como expresión del derecho, sin efectuar esas mismas actividades para mirar su faz de política jurídica, implica una visión parcial del examen del comportamiento y actividad económica de los hombres; pues al estar éstos regulados jurídicamente de un modo específico, la enseñanza, teoría y práctica dan seguimiento a ese modo legal, sin saber ni preguntarse por qué no puede ser de otro modo. Es como saber unas cosas y no saber otras, sobre lo mismo: “Vivir en un medio de no-saber fabricado significa, por consiguiente, buscar respuestas desconocidas a preguntas que nadie sabe plantear con claridad”.¹³⁵

¹³⁴ Damos aquí a “ciencia del derecho” el significado kelseniano: “En la evidente afirmación de que el objeto de la ciencia del derecho es el derecho...Pero la ciencia del derecho sólo puede *describir* el derecho; no puede, a diferencia del derecho producido, en normas generales e individuales por la autoridad jurídica, *prescribir* algo. Ningún jurista puede negar la diferencia esencial que se da entre una ley publicada en un diario oficial legislativo y un comentario jurídico científico de esa ley; entre un código penal y un tratado de derecho penal”. En Kelsen, *op. cit.*, nota 50, p. 86.

¹³⁵ Beck, Ulrich, *op. cit.*, nota 103, p. 165

Es pertinente formular aquí una paráfrasis al pensamiento de Luis Dallanegra para afirmar que, cuando en un sistema –como el jurídico– “...el poder es la variable rectora de su funcionamiento y orden...”, la comprensión del derecho es compleja en razón de que, abrumadoramente, las teorías, enseñanza y práctica provienen de ámbitos del poder, cercanos a él o ideológicamente afines:

“Una teoría en la que se muestra sólo la visión desde el poder, no es tal ya que no alcanza a abstraer la otra parte de la perspectiva del sistema, la que abarca a la gran mayoría de sus miembros, los que carecen de poder y que, en general, están subordinados con pocas o nulas posibilidades.”¹³⁶

Una nueva reflexión y teorización acerca del derecho debe tener, por tanto, una visión totalizadora del orden jurídico: “que contemple, no solo, la mirada desde el “poder”, sino también desde la carencia del mismo.”¹³⁷ Así pues, el otro ángulo de apreciación solo puede lograrse analizando al derecho desde la posición de quien lo puede imponer y dotar de contenido; o sea, visto como la política jurídica de un sistema político¹³⁸ específico que hace obligatoria una determinada voluntad, convirtiéndola en ley, para conducir a la sociedad en la forma y términos deseados por los gobernantes de un Estado:

“Hace más de diez y ocho siglos que los hombres vienen lanzando su anatema sobre aquel execrable emperador romano que, habiendo exigido obediencia a ciertos decretos fiscales promulgados ‘en secreto’, como se quejaron y protestaran de ello los ciudadanos, burló indirectamente el requisito de la publicidad, haciendo grabar lo decretado en caracteres muy diminutos y fijarlo a gran altura sobre el suelo, para que no pudieran enterarse y fuesen muchos, por tanto, los transgresores y muchas las multas que imponer; y somos tan ciegos, que todavía no hemos caído en la cuenta de que Calígula no es solamente una individualidad desequilibrada que pasa por el mundo en una hora; que es toda una humanidad...”¹³⁹

¹³⁶ Dallanegra Pedraza, Luis, *Realismo sistémico estructural. Política Exterior como “Construcción” de Poder*, Argentina, Teoría, edición del autor, 2009, prólogo del autor.

¹³⁷ Ídem.

¹³⁸ Seguimos a Tamayo y Salmorán cuando señala: “Para el análisis que sigue, voy a entender por ‘sistema político’: el conjunto de normas y comportamientos jurídicos (actos de creación y aplicación de derecho) vinculados con el ejercicio del poder.” En, Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, nota 107, p. 262. O en la perspectiva de: “El sistema (organización) político de la sociedad de clases es un sistema de instituciones (entidades públicas, partidos políticos, agrupaciones sociales) y normas en cuyo marco transcurre la vida política de la sociedad y se ejerce el poder del Estado”. Sin autor, *Teoría del Estado y el Derecho*, trad. V. Médnikov, Moscú, Progreso, 1987, p. 12.

¹³⁹ Costa, Joaquín, *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre*, Barcelona, CALPE Sucesores de Manuel Soler Editores, sin año, Manuales Gallach, t. 12, pp. 9-10.

Este pasaje ilustra adecuadamente la diferencia entre política jurídica y derecho, entre la voluntad del poder y su imposición social a través del mecanismo funcional del aparato estatal configurado por las formalidades del derecho. Quizá sea posible hallar, en el desafío que representa intentar ésta mirada integral del fenómeno jurídico, la razón para poder decir que existe una diferencia entre construir la sociedad y ser construido por ella. La diferencia entre vivir en el mundo y tratar de entenderlo; llegar a su comprensión como presupuesto indispensable del saber en dónde debe actuarse para transformarlo y hacerlo más confortable. Este perfil ha sido relegado y es necesario retomarlo atendiendo a los desastrosos resultados sociales de la legalidad impuesta.

II.6.- El laberinto de “lo jurídico”.

Otro problema de gran trascendencia y profundidad que enfrentan los juristas en el análisis del derecho, es la dificultad de saber claramente qué es ‘lo jurídico’ y la relación que guarda con aquel. En este apartado solo describiremos cómo se presenta. De manera práctica se ha generalizado su uso como calificativo para un gran número de sustantivos equiparándolo, por asociación simple, con todo lo que se relacione con el derecho. Podemos encontrar tratados de ‘metodología jurídica’ o de ‘metodología del derecho’; suele hablarse indistintamente de ciencia jurídica y ciencia del derecho; de teoría jurídica y teoría del derecho; de filosofía jurídica y filosofía del derecho, etc. Parece que la idea de tratarlos como sinónimos ha sido suficiente para ignorar la pregunta ¿qué relación existe entre lo jurídico y derecho? El problema que se observa en el uso de tales expresiones, que a la vista se quieren presentar como significando lo mismo, es que en todas ellas ‘derecho’ aparece como sustantivo, en tanto que ‘jurídico(a)’ aparece como un calificativo. Es decir, como vocablos, no aparecen desempeñando la misma función gramatical y eso tendría que movernos a sospecha sobre su pretendida identidad conceptual. Examinemos algunos ejemplos.

Bobbio, sostiene que la concepción formal de la justicia no debe ser repudiada ni mucho menos ridiculizada “...porque todo orden jurídico, sea positivo o natural, divino o humano parece no poder prescindir de aquella.”¹⁴⁰ Con ello nos lleva a reflexionar si todo orden *jurídico* puede ser “positivo o natural, divino o humano”. El concepto, así utilizado, induce ya confusiones terminológicas.

En Robert Alexy¹⁴¹ encontramos una alusión a lo jurídico cuando, al analizar el tema de los derechos fundamentales que aparecen en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, externa lo siguiente:

“Una teoría jurídica de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental es, en tanto teoría del derecho positivo de un determinado orden jurídico, una teoría dogmática. *Dista mucho de ser claro que es lo que convierte a una teoría en una teoría dogmática y, por tanto en jurídica.* Parece obvio orientarse, ante todo, por aquello que realmente se practica como ciencia del derecho y se denomina <dogmática jurídica> o <jurisprudencia>, es decir, por la ciencia del derecho en sentido estricto y propio.”

En este planteamiento de Alexy, se aprecian otras vertientes dilemáticas frente a lo jurídico: su relación con la dogmática, la jurisprudencia y la ciencia del derecho según el sentido del silogismo que propone: si lo jurídico deviene de la dogmática o si, por el contrario, la dogmática es la que deviene de lo jurídico. Aún más, la postura de Alexy nos arrastra al diverso problema –del que él parece zafarse en aras de la obviedad dejándolos como sinónimos- sobre si los conceptos de dogmática jurídica, jurisprudencia y ciencia del derecho poseen el mismo significado.¹⁴²

¹⁴⁰ Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, 9ª reimp, México, Fontamara, 2007, Colecc. “Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política” número 12, pp. 19-20.

¹⁴¹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., trad. Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, Colecc. El derecho y la justicia, pp. 12-13. Las cursivas son mías, no del autor.

¹⁴² Carlos S. Nino advertía: “Al pretender hablar de la “ciencia jurídica” uno tiene la sensación de estar pisando un terreno espinoso y resbaladizo en el que es muy difícil eludir la declamación, el lenguaje vago y los lugares comunes. (...) Una razón está dada por la falta de una terminología adecuada que permita identificar inequívocamente y sin connotaciones engañosas la empresa intelectual de la que se está hablando. La expresión “ciencia jurídica” es insatisfactoria puesto que parece prejuzgar acerca del carácter científico de la actividad en cuestión, con las implicaciones que ello trae aparejado en relación a los rasgos que ella debería presentar; “teoría jurídica” es también una expresión inadecuada, ya que parece aludir más bien elaboraciones de alcance limitado más que a la actividad intelectual global en cuyo contexto tales elaboraciones se formulan; la denominación “dogmática jurídica” es equívoca porque hace referencia a una modalidad particular de teorización frente al derecho, con ciertos presupuestos y metodología específicos y que se ha

Otra perspectiva de uso de esa calificación se aprecia en Kelsen cuando afirma: “*La teoría del derecho que hemos presentado aquí es una teoría jurídica, si tal tautología se permite.*”¹⁴³ De primera impresión parecería pretender igualar –con la reserva implicada –“si tal tautología se permite”– los significados de ‘teoría del derecho’ y ‘teoría jurídica’.

Bodenheimer¹⁴⁴ cree encontrar y diferenciar, en las relaciones interpersonales de los personajes de la historia de Daniel Defoe *Vida y aventuras de Robinson Crusoe* –que se desarrolla en una isla desierta– elementos de carácter jurídico y de derecho. Escribió:

“La relación entre Robinson y Viernes es una relación de poder... La relación entre Robinson y el capitán, por el contrario, es una relación de Derecho.(...) La circunstancia de que en la isla de Robinson no haya poder superior –no haya gobierno– que pueda garantizar y hacer cumplir fielmente el acuerdo, no destruye el carácter jurídico de la relación.”

Obsérvese que sostiene su consideración en señalar que se trata de una relación de poder aunque en la isla no hay gobierno; es decir: “poder superior que pueda garantizar y hacer cumplir fielmente el acuerdo”. A su juicio, tal ausencia no destruye el carácter jurídico de la relación entre Robinson y Viernes. Por otro lado, califica como relación de derecho la existente entre Robinson y el capitán. Así pues, Bodenheimer establece al elemento “poder” como propio de la relación ‘jurídica’; en tanto que su carencia respecto del otro, la fija como propio de la relación de ‘derecho’; ambos casos los considera bajo ausencia de gobierno.

Otra vertiente que asume el problema de “lo jurídico” es su punto de relación lingüística con la política. En ello también podemos encontrar expresiones diferenciadas. Gilberto Giménez¹⁴⁵ nos dice:

“El discurso político-jurídico y sus correspondientes aparatos son indisociables de los fenómenos de poder y, particularmente, de las formas estatales de poder. De aquí la

desarrollado en determinados países y etapas históricas pero no en otros; la expresión “jurisprudencia” es lamentablemente ambigua en nuestro lenguaje, estando más bien asociada con las costumbres judiciales.” En Nino, Carlos S., *Algunos modelos metodológicos de la “ciencia” jurídica*, 4ª reimp., México, Fontamara, 2007, Colecc. “Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política” número 25, p. 9.

¹⁴³ Kelsen, *op. cit.*, nota 48, p. 192.

¹⁴⁴ Bodenheimer, Edgar, *Teoría del derecho*, 2ª ed., trad. Vicente Herrero, México, FCE, 1994, Colección popular, número 60, pp.16-17.

¹⁴⁵ Giménez, Gilberto, *Poder, estado y discurso*, México, UNAM, 1981, p. 11

tentación de definir simplemente esta forma de discurso como discurso del poder o en torno al poder.”

En este planteamiento salta a la vista la estructura biconceptual¹⁴⁶ usada para calificar al discurso como “político-jurídico”; sugiere, de entrada, que el autor aún no ha establecido distinción entre los ámbitos de lo político y lo jurídico, así como la relación que guardan entre ellos; lo cual también representa un problema teórico generador de confusión conceptual.

Waldemar Schreckenberger¹⁴⁷ ha advertido:

“La estrecha vinculación de la argumentación jurídica con una praxis en la que lo que importa es el ejercicio y justificación del poder de dominación, tropieza, por otra parte, con sospechas que uno ya conoce del ámbito de la discusión política. Siempre está presente la sospecha del encubrimiento o del engaño retórico intencional y ello suele ser un motivo predilecto en las discusiones de crítica social o ideológicas”

Resulta preciso determinar —y en ello reside el problema—, si la praxis jurídica como ejercicio y justificación del poder de dominación tiene la sospecha de encubrimiento o engaño retórico; o si, sencillamente, se trata de los ejercicios de interpretación jurídica que el propio derecho, como lenguaje de generalidades, le permite al poder que lo crea y aplica.

Juan Palomar¹⁴⁸ nos expone otra posibilidad de apreciación cuando da a la voz “juridicidad” el sentido de “tendencia o criterio favorable al predominio de las soluciones de estricto derecho en los asuntos sociales y políticos, mientras que ‘jurídico(ca)’ es lo “que atañe al derecho, o se ajusta a él”.¹⁴⁹

En una referencia directa sobre nuestro objeto de estudio, ‘política jurídica’, Arturo Berumen señala:

“Es en la política jurídica donde confluyen la filosofía del derecho y la filosofía política, ya sea que se entienda como la técnica de instrumentar, jurídicamente, los ideales políticos, o como la crítica política o ideológica de las instituciones jurídicas vigentes. Ambos aspectos de la

¹⁴⁶ La denominación de “estructura biconceptual” para la expresión “político-jurídico” es mía. Me hace recordar a la utilizada por Lewis Carroll, “palabra maleta”, consistente en dos significados empaquetados en una palabra. Ver Carroll, op. cit., nota 93, p. 318.

¹⁴⁷ Schreckenberger, Waldemar, *Semiótica del discurso jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés, México, UNAM, 1987, pp. 12-13

¹⁴⁸ Palomar de Miguel, Juan, *Diccionario para juristas*, México, Mayo Ediciones, 1981, p. 763.

¹⁴⁹ Ninguna de estas dos voces aparece incluida en el Diccionario Jurídico Mexicano que publican Porrúa-UNAM, por lo menos en su versión 2009.

política jurídica, no obstante su distinción, se encuentran íntimamente ligados. No puede estructurarse, atingentemente, una nueva pretensión política si antes no se ha criticado a la institución que la impide y una crítica jurídica que no desemboque, a mediano o largo plazo, en una nueva propuesta de instrumentación jurídica, sería incompleta.”¹⁵⁰

Miguel Carbonell, al prologar conocida obra de Ronald Dworkin,¹⁵¹ pone acento especial en aquello que, en su opinión, constituye la utilidad de la filosofía. Dice:

“Las siguientes consideraciones intentarán poner de manifiesto de qué manera la alta filosofía jurídica puede servir para resolver los más complejos problemas que nos ofrece la práctica del derecho. Lejos de ser un divertimento puramente teórico, la buena filosofía del derecho (es decir, la filosofía del derecho que hizo a lo largo de toda su vida Ronald Dworkin, al igual que la que han hecho también los demás autores de este libro) es totalmente aplicable y sirve como fundamento metanormativo para informar debidamente las resoluciones judiciales y las decisiones legislativas.”

Puede apreciarse que no le genera conflicto teórico alguno dar igual sentido significativo a las locuciones filosofía jurídica y filosofía del derecho, a pesar de la observación final que hace sobre su utilización en resoluciones judiciales y decisiones legislativas.

Finalizamos esta exposición de la problemática que envuelve al ámbito de lo jurídico con el que concierne a la “interpretación jurídica”. Sobre este punto Tamayo y Salmorán es enfático en señalar que:

“La interpretación jurídica no es monopolio exclusivo de los órganos aplicadores del derecho. He señalado que cualquiera que dote de significado el lenguaje jurídico, realiza una interpretación jurídica. La interpretación no orgánica puede caracterizarse, por consecuencia, como aquella que no es realizada por los órganos aplicadores del derecho (e.g. los profesores, los juristas, los particulares).”¹⁵²

En la nota de pie de página que establece para su comentario precedente, abunda para sostener: “Ciertamente, estos intérpretes pueden tener el carácter de órganos descentralizados (en tanto súbditos)”¹⁵³ Tal énfasis parece entrar en

¹⁵⁰ Berumen, Arturo, “Política Jurídica”, Diccionario Jurídico Mexicano, México, Porrúa-UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 2918.

¹⁵¹ Dworkin, Ronald (comp), *La filosofía del derecho*, 2ª ed., trad. Javier Sáinz de los Terreros, México, FCE, 2014, Colecc. Breviarios núm. 288, prologo, p. 20.

¹⁵² Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, nota 91, p. 327.

¹⁵³ Ídem.

conflicto abierto con lo establecido en el artículo 14 Constitucional, que reserva esa interpretación para los órganos estatales.

Estos ejemplos ayudan a comprender que, si bien es cierto, los teóricos del derecho hacen referencia a los conceptos de ‘derecho’ y ‘jurídico’ usándolos como parte fundamental de sus reflexiones; también lo es que no proporcionan elementos de certeza sobre su verdadera extensión significativa sino, por el contrario, manifiestan reservas conceptuales al respecto. El telón de fondo que subyace a esta extensa variedad de cavilaciones sobre lo jurídico que se aprecian en multitud de teóricos, donde los aquí citados son meros botones de muestra, es la precaria comprensión que, como sociedad, tenemos acerca del papel del Estado y de hacia dónde encaminarnos gregariamente. La gran ausencia teórica en estas reflexiones está representada por el escaso o nulo interés que se ha puesto en el estudio de la ‘juridicidad’ como sustantivo raíz del adjetivo ‘jurídico’. Por ello, la politología del derecho tiene la obligación científica de escudriñar y dar luz acerca de la relación entre el sustantivo ‘derecho’ y el adjetivo ‘jurídico’ a partir de examinar con rigurosidad tales voces.

II.7.- Ordenamiento y clasificación del quehacer humano.

Sobre la evidencia de que mediante el derecho se configura un ‘orden jurídico’ y que los problemas del derecho son, en realidad, problemas entre los seres humanos que forman parte de la sociedad en que las normas obligatorias son aplicadas; entonces podemos vislumbrar que el concepto ‘orden’ está referido a “un” orden –en tanto asume el doble significado de mandar y acomodar- entre los hombres y no necesariamente a aquello que la dogmática jurídica denomina jerarquía de las leyes.

El jurista trabaja con base en categorías abstractas –formas lingüísticas vacías en cuyo interior puede depositarse cualquier contenido fáctico o empírico-

impuestas en la ley, con base en las cuales se clasifica a los individuos y se les imponen obligaciones y derechos. Así, los conceptos de trabajador, contribuyente, concesionario, ejidatario, propietario, autoridad, presidente, patrón, etc., clasifican a los individuos y los acomodan en relación de unos con otros, subordinándolos o empoderándolos. Otras categorías legales clasifican e imponen formas de los quehaceres humanos como apropiar, ocupar, comprar, trabajar, explotar, pescar, suceder, casar, nacer, morir, etcétera.

Es mediante las leyes como se establece e impone qué y cómo deben hacerse las cosas y qué individuos subordinan a otros; puede decirse, entonces, que el derecho fija un orden obligatorio entre los hombres; es decir, establece un orden social que, por la obligatoriedad que emana de la ley y por el respaldo de la fuerza institucionalizada del Estado, da lugar al “orden jurídico”, como orden de relaciones obligatorias entre los hombres; es el orden social establecido.

Por su carácter anfibológico la expresión ‘orden jurídico’ puede hacerse significar, en un sesgo interpretativo, como el orden que guardan las leyes entre sí respecto a su prelación; sin embargo, tal circunstancia de diferenciación en el ámbito lógico-formal entre los contenidos de una constitución, ley o reglamento se encuentra en el terreno de la abstracción sobre qué o cómo realizar la actividad estatal o la regulada a los particulares; pero no se afecta ni la esencia obligatoria de la norma ni el orden social que a través de ellas se configura, generando una situación social específica.

Resulta prudente preguntarnos qué es la realidad social y cuál es la relación que, en su conformación cotidiana, juegan las normas jurídicas. Convengamos en que la realidad natural se presenta ante nosotros bajo la forma de territorio del Estado; por exclusión, la realidad social se genera por el cúmulo de relaciones de apropiación que los individuos hacen respecto de la riqueza del territorio y de los bienes y servicios generados por el trabajo productivo social. Esta fijación de las formas de relaciones humanas para la apropiación de tales riquezas sólo puede hacerla la organización política estatal, como expresión de su fuerza para sostener el tipo de relaciones de apropiación elegida.

La imposición de un tipo específico de relaciones de apropiación se efectúa, socialmente, a través de las normas obligatorias del derecho, respaldadas por la fuerza física organizada del Estado. Se crea, así, históricamente, un orden jurídico concreto. Se presenta de este modo la relación entre deber ser y ser; entre la norma general obligatoria como instrumento de inducción de quehacer y comportamiento humano, y la conducta real de los hombres como resultado social. Kelsen ha examinado esta relación para decir:

“Sólo si admitimos que el derecho y la realidad natural, el sistema de las normas jurídicas y la conducta real de los hombres, el “deber ser” y el “ser” son dos reinos diferentes, podrá la realidad coincidir con el derecho o ser contraria a él, y será posible caracterizar el comportamiento humano como legal o ilegal.”¹⁵⁴

Esta expresión kelseniana: “son dos reinos diferentes”, debe ser entendida junto con la expresión final que le sirve de base: caracterizar el comportamiento humano como legal o ilegal. Es decir, no se trata de ubicarlos por la diferencia simple de que uno es texto y otro es desenvolvimiento humano, sino que, siendo diferentes y considerando que las normas jurídicas son obligatorias, por la imposición que llevan implícita, lo calificable como legal o ilegal es la obediencia o desacato a la regla de inducción que contienen.

La obediencia a las normas del derecho por los obligados o súbditos – espontánea o coactivamente lograda- representa su grado de eficacia social y en tal sentido su validez y permanencia como orden jurídico. Obtener la obediencia de los obligados por las normas, socialmente hablando, deja al descubierto una relación de poder entre el que manda –que lo tiene- y el que obedece –que carece de él. Solo el que detenta poder estatal puede calificar¹⁵⁵ –jurídicamente- qué comportamiento o quehacer social de un hombre es legal o ilegal, conforme o contrario a derecho, lícito o ilícito. La relación inversa, es decir, la no aceptación del obligado por la norma a la calificación de su conducta como contraria a derecho da origen a la posibilidad de someter, esa calificación, a la valoración de otro órgano

¹⁵⁴ Kelsen, op. cit., nota 48, p. 142.

¹⁵⁵ “-Has de saber que algunas palabras tienen un genio que... ¡vaya, vaya! Particularmente los verbos... Son los más creídos... Los adjetivos, en cambio, son los más dóciles... ¡puedes hacer lo que quieras con ellos!” En Carroll, op. cit., nota 93, p. 317.

de poder para que confirme, rectifique o revoque tal calificación. La calificación que los juristas –sin poder- puedan hacer respecto de un comportamiento de los hombres tildándolo de legal o ilegal u otros similares, no tendrá condición jurídica sino doctrinal.

Si las normas del derecho son obligatorias porque prescriben comportamientos de manera general, significa que imponen no solo conductas, sino también circunstancias de ubicación social de los hombres. Establecer en las leyes categorías jurídicas de propietario, patrón, trabajador, concesionario, contribuyente, etcétera, no describe ninguna conducta humana; impone una ubicación social y en función de ella fija derechos y obligaciones exigibles con base en la fuerza del Estado; de este modo se impone una clasificación entre los seres humanos y se inducen sus quehaceres y comportamientos. Se crea y configura una organización social y una realidad específica entre los hombres; la población, así organizada, deja de ser tal para convertirse en una sociedad.

Esta relación indisoluble entre las normas del derecho y su resultado en la configuración de un modo concreto de sociedad y de sus relaciones humanas, se convierte en el reto de la abstracción para todo estudioso del derecho. Lograr una visión del conjunto de estos factores, permitirá comprender cuáles son los mecanismos utilizados para organizar la economía, es decir, los modos de subsistencia de una sociedad mediante el estado y el derecho. Sólo la cosmovisión de los hechos permite al pensamiento hacer los ejercicios de sistematización de los mismos y de encontrar sus relaciones internas de conexión, necesarios para estar en aptitud de darles una explicación. Esta aspiración por la visión de conjunto es propia de la filosofía. Es necesario, pues, que miremos al derecho con los ojos de la filosofía.

CAPÍTULO III: DERECHO Y SU EPISTEMOLOGÍA.

Examinar, investigar y conocer el “derecho” implica las posibilidades de analizarlo como categoría abstracta o en sus modos de expresión concreta según el calificativo que se le coloque para efectos de limitar esa abstracción y entrar a la concreción. Mirar al derecho desde la perspectiva que ofrece la filosofía¹⁵⁶ de su ciencia¹⁵⁷ se convierte en una necesidad social acuciante desde el momento mismo en que la convivencia entre seres humanos deja de serlo, para convertirse en simple coexistencia cotidiana; cuando la rispidez de las relaciones humanas¹⁵⁸ en el seno social tienden a la degradación al punto de brindar sensación de que el hombre está perdiendo todo sentido de humanidad sustituyéndolo por el de lucro a toda costa¹⁵⁹; y, cuando se llega a la conclusión de que el examen del derecho –como es-, desde su lógica dogmática, es insuficiente para explicar esa degradación; ni tampoco explica cómo, en tanto instrumento obligatorio para la conducción social, la interviene, previene o sostiene y mantiene.

Cuando se avizora que el estudio del derecho realizado con los lentes de la dogmática jurídica impide la cabal comprensión de su papel en sociedad, del rol que

¹⁵⁶ “La afirmación de que la filosofía ha muerto es falsa y su propagación es inmoral. La idea es falsa, porque todos los seres humanos filosofan a partir del momento en que cobran conciencia. Es decir, todos planteamos y debatimos problemas generales, algunos de ellos profundos, que trascienden las fronteras disciplinarias. Y la propagación profesional de la idea de que la filosofía ha muerto es inmoral porque no se debe cultivar donde se cree que hay un cementerio.” Ver Bunge, Mario, *Crisis y reconstrucción de la filosofía*, Barcelona, Gedisa, 2002, p. 267

¹⁵⁷ “Si decimos “filosofía de la ciencia”, damos a entender que se trata del examen filosófico de la ciencia: de sus problemas, métodos, técnicas, estructura lógica, resultados generales, etc.” Sobre las cuestiones de epistemología (filosofía de, en, desde, con y para la ciencia) sigo a: Bunge, Mario, *La ciencia, su método y su filosofía*, México, Ediciones Quinto Sol S.A de C.V., sin año, pp. 89-109.

¹⁵⁸ “Un marco de referencia que he considerado para analizar los problemas jurídicos es el ambiente de conflicto social existente en la nación mexicana; me parece imprescindible cuando se trata de problemáticas jurídicas indicar algunas razones de que la posibilidad de resolverla está sujeta a que se atienda el mencionado conflicto social. Mientras no se atiendan las causas del conflicto consistentes –al menos como contenido de una conjetura-, en la corrupción, deshonestidad e impunidad de funcionarios públicos y en la violación generalizada, permanente y sistemática de derechos humanos, no será posible la obtención de la paz.” En Pérez Carrillo, Agustín, *La derrotabilidad del Derecho*, México, Fontamara, 2003, Colecc. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política número 89, p. 9.

¹⁵⁹ “-¡Pues debe ser un país muy mezquino!- dijo la Reina Roja”. En Carroll, *op. cit.*, nota 93, p. 362.

cumple como orden jurídico, entonces es menester pedir a la filosofía¹⁶⁰ que intervenga y atisbe en aquellos puntos donde el entendimiento social se frustra al encontrar dilemas entre la normativa y la realidad social. Es indispensable que el jurista¹⁶¹ abra los horizontes del razonamiento¹⁶² para hurgar en esas fronteras donde la lógica, realidad y experiencia existentes sobre el derecho, no están suficientemente dibujadas o esclarecidas por la teoría. Requerimos, pues, abrir el espíritu a la disposición científica y filosófica para poder asombrarnos de lo que pueda encontrarse en la investigación de esas fronteras.

El procedimiento para ello no tiene por qué ser más sofisticado de lo que la dificultad propia del objeto de investigación plantea; solo debe buscarse, en todo momento, claridad y concisión.¹⁶³ Toda ciencia social, en algún punto de su investigación, topa con el derecho como discurso o con la actividad de los hombres organizados como Estado. El concepto de verdad al que aspira la ciencia libre, encuentra ahí sus obstáculos. Máxime si se considera que la “verdad” en el derecho se ha reducido a dar una cierta coherencia a un enunciado determinado por un sistema de ideas previamente establecidas como obligatorias; a la obtención de una “verdad jurídica”. La ciencia cuyo objeto de estudio está constituido por el universo de normas obligatorias que conforman un orden jurídico nacional, debe trascender la muy socorrida idea de sólo buscar y encontrar su coherencia, eliminando la idea

¹⁶⁰ “Es preciso hablar ahora de las causas de los errores y de su larga dominación sobre los espíritus. (...) En segundo lugar se presenta una causa que tiene por cierto, entre todas, gravedad extrema; a saber, que durante esas mismas épocas en que florecieron con más o menos brillo las inteligencias y las letras, la filosofía natural haya ocupado siempre el último rango entre las ocupaciones de los hombres. Y sin embargo, es preciso considerarla como madre común de todas las ciencias. Todas las artes y las ciencias arrancadas de esa fuente común, pueden ser perfeccionadas y recibir algunas útiles aplicaciones; pero no adquieren crecimiento alguno”. Bacon, Francisco, *Novum organum*, 6ª.ed., trad. Cristobal Litran, México, Porrúa, 2009, Colecc: “Sepan cuantos...” número 293, pp. 66-67.

¹⁶¹ “Al contrario, el jurista que ignora la filosofía del derecho no comprenderá jamás el alcance de los conceptos ni de las nociones que usa”. Tamayo y Salmerón, *op. cit.*, nota 91, p. 277.

¹⁶² Claro que esto no es una locura pero...”Augustus de Morgan, uno de los padres de la lógica simbólica, decía que la diferencia entre una persona que esta cuerda y otra que está loca no reside en el modo de razonar, que puede ser correcto en ambas, sino en la sensatez o insensatez de las premisas de que uno parte para llegar a la conclusión”. En Carroll, *op. cit.*, nota 93, p. 23.

¹⁶³ “El Conejo Blanco se caló las gafas y preguntó: -¿Por dónde quiere su Majestad que comience? -Comienza por el comienzo- le dijo el Rey, con toda gravedad-; continúa con la continuación y finaliza en el final. Y luego párate.” *Ibidem*, p. 224.

de que ahí está el confín de la ciencia. Debe elevarse a la búsqueda sobre la idea y práctica de organización social que imbuye a la normativa de ese orden jurídico.

Algo que parece inducir enormemente a confusiones teóricas es la amplitud del campo de conocimiento que se confiere a la denominada “ciencia jurídica” que se identifica como “jurisprudencia” y luego es extendida hasta darle la condición significativa como sinónimo de “ciencia del derecho”. Si aceptamos que la jurisprudencia es el resultado del trabajo que desempeñan los tribunales, quizá podamos encontrar la diferencia entre ciencia jurídica y ciencia del derecho, localizable en la diferente dimensión de su objeto de estudio; la primera, cerrada al ámbito de interpretación del derecho, es decir, a la jurisdicción en su sentido restringido; mientras, la segunda, que enfatiza como campo de conocimiento al “derecho”, lo observa en todas sus fases y no en una sola de ellas. Busca aprehenderlo como fenómeno integral, como conjunto.

La estructuración de una teoría integral sobre el derecho requiere del análisis profundo de sus contenidos; quién, cómo y por qué los establece; así como de una propuesta de solución para aquellos problemas generales que solo la filosofía -como el más elevado nivel de cuestionamiento sobre cualquier campo de conocimiento- puede plantear al investigador. ¿Por qué sólo la filosofía puede abordar íntegramente el estudio del derecho? Porque solo ella puede descubrir la existencia de los problemas generales derivados de las tres facetas básicas del derecho que deben ser sometidas a examen del pensamiento y la crítica sobre la base del conocimiento científico disponible, con análisis socialmente valiosos y procurando respuestas intelectualmente satisfactorias¹⁶⁴ que reflejen su visión integral: primera, del derecho por crear, modificar o anular (política jurídica); segunda, de aplicación del derecho (administración pública); y, tercera, de su interpretación (jurisprudencia o ciencia jurídica).¹⁶⁵

¹⁶⁴ “la finalidad principal de la ciencia no es crear sistemas sino, más bien, promover su comprensión.” En Michels, Robert, *Los partidos políticos: un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna*, 2ª ed., trad. Enrique Molina de Vedia, Buenos Aires, Amorrortu, 2008, p. 10.

¹⁶⁵ Esta relación entre derecho y filosofía con sus respectivos ámbitos de conocimiento son, y serán, motivo de polémica al parecer derivada no solo del problema de las concepciones o cosmovisiones sobre el papel social del derecho, sino de pasar por alto una sutileza, pues, no es lo mismo reflexionar

Estas facetas no necesaria, ineluctable ni idealmente, corresponden con la actividad que desarrolla cada uno de los poderes del Estado como pudiera suponer cualquier creyente de la doctrina de la división de poderes. Las desarrolla un estado –como aparato de instituciones-, que tiene gobierno como dirección y está bajo poder y mando de un jefe. La estructura constitucional en nuestro país otorga predominio al “Supremo Poder Ejecutivo de la Unión”, como jefe de estado, sobre los otros dos poderes; y como jefe de gobierno, para darle dirección a su actividad, llevándonos a considerar al Estado como unidad del poder político.

Cuestionar la unidad de poder del Estado para sostener la “división de poderes” se convierte en una premisa cuya adopción conducirá, en cualquier investigación o análisis, a diferentes conclusiones al pasar por alto la supremacía del poder presidencial en su acepción histórica romana. Todas aquellas conceptualizaciones acerca de la ‘autonomía’ o la ‘independencia’ entre los poderes de la Unión y la responsabilidad de pensar y sostener su existencia, la debemos más al “espíritu” del Barón de Montesquieu que a la realidad política constitucional ¿Puede haber ‘equilibrios’, ‘contrapesos’, ‘autonomía’, ‘independencia’ entre los poderes de un Estado, cuando uno de ellos ostenta la jefatura del mismo? Sí, pero no siempre; no, pero no nunca. El poder político se ejerce, siempre, en contextos y circunstancias específicos que determinan una u otra posibilidad. Según el texto constitucional el poder es uno, su división es sólo para ejercerlo. Tal división adquiere el carácter de división del trabajo; tres funciones –legislativa, ejecutiva y judicial-, tres formas, tres modos de ejercicio del poder cuya guía fundamental y mando detenta el titular del Ejecutivo.

sobre “lo jurídico” (filosofía) que buscar conocimiento jurídico (dogmática jurídica): “La antología trata de poner de manifiesto la delimitación de un ámbito autónomo de reflexión sobre el derecho que surge, precisamente, en el siglo XIX. Hasta entonces, la reflexión sobre el derecho era, muy a menudo, tan solo un epígono de concepciones filosóficas globales. Por esa razón, las historias de la filosofía jurídica, en el tratamiento de los autores y escuelas hasta el siglo XIX, son poco más que apéndices a las historias generales de la filosofía, con mayor énfasis en las ideas morales, políticas y jurídicas de los filósofos clásicos. A partir del siglo XIX, aparece en el mundo germánico y en el anglosajón una reflexión sobre lo jurídico –encarnada, a menudo, por juristas académicos- que trata de establecer tanto el objeto como las estructuras conceptuales que permiten el conocimiento jurídico. Ello no quiere decir que se pierda el contacto con la filosofía.” En Casanovas, Pompeu y Moreso, José Juan, eds, *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Editorial Crítica, 1994, prólogo, p. 7.

Solo la filosofía, esa madre común de todas las ciencias, puede conducirnos a una visión integral del derecho¹⁶⁶ si es que el jurista, dejando a un lado temores o conveniencias políticas, se decide a abarcar el espectro completo de aquel, sin minimizar o restar importancia a cada una de sus facetas. El reto es la visión integral, de conjunto. La filosofía, en tanto reflexión científica, puede ocuparse de analizar las relaciones lógicas internas que presentan, entre sí, los contenidos normativos que determinan los mecanismos de funcionamiento social del derecho, teniendo como presupuesto material que tales mecanismos los crean y aplican hombres organizados políticamente en un Estado. Es decir, de esta manera da respuesta a qué y cómo es el derecho.

Pero si la filosofía se abstiene de efectuar la apreciación de esos mismos contenidos normativos desde la perspectiva de la función social que desempeñan en la construcción de una forma específica de organización social y de relaciones humanas; es decir, si no responde a la preguntas de por qué y para qué el derecho es como es, entonces, ofrece una visión parcial que impide la comprensión cabal del objeto de estudio.¹⁶⁷ Rafael Márquez Piñero plantea esta omisión cuando – citando a H. Cairns- sostiene:

“Dentro del pensamiento filosófico, la filosofía jurídica ha supuesto un considerable esfuerzo para examinar el derecho en una relación racional con un esquema general de las cosas, en una actividad encaminada a establecer los principios de sus elementos en sus formas ideales, antes que en la conexión causal mediante la cual son conocidos en los sistemas jurídicos vigentes.”¹⁶⁸

Explicita dos planos básicos, fundamentales, de aproximación filosófica al conocimiento del derecho: el examen de sus formas ideales y el de sus conexiones causales. A partir de ellos han surgido infinidad de ramificaciones y parcializaciones, tanto del derecho como objeto de estudio, como de sus interpretaciones filosóficas o dogmáticas. Esta actividad ha dado lugar a las diferentes perspectivas doctrinales

¹⁶⁶ “Únicamente sobre la base de una clara comprensión de las relaciones que constituyen un ordenamiento jurídico, puede entenderse plenamente la naturaleza del derecho”. Kelsen, *op. cit.*, nota 48, p. 3.

¹⁶⁷ “Con todo, nadie espere un gran progreso en las ciencias (sobre todo en su parte práctica), mientras que la filosofía natural no penetre en las ciencias particulares, y que éstas a su vez no vuelvan a la filosofía natural”. Bacon, *op. cit.*, nota 159, p. 68.

¹⁶⁸ Márquez Piñero, Rafael, *Filosofía del derecho*, México, Trillas, 1990, p. 12.

acerca del derecho. Ese doble plano analítico del derecho confluye, a su vez, con las dos posibilidades genéricas de construcción de las instituciones jurídicas mediante el sentido normativo del que se les dote dentro de los sistemas jurídicos: la proyección de ese sentido hacia la perspectiva individual y social de los alcances de las normas. Esta decisión y actividad es propia del ejercicio del poder político. Por ejemplo, todos los sistemas jurídicos incluyen como concepto y como institución el de propiedad. De modo que éste puede ser analizado genéricamente en sus formas ideales. Dependerá del uso político –real, práctico- específico que se dé a dicho concepto en sus conexiones causales, lo que determinará si se privilegia la propiedad privada o la propiedad social estableciéndose, así, diferencia (de política jurídica) entre un sistema jurídico y otro.¹⁶⁹

El olvido o la pérdida de vista intelectual de esta doble perspectiva de examen del fenómeno parece ser el punto generador de algo que pudiera calificarse, no de confusión, sino realmente como un conflicto de intereses en el plano del pensamiento político, que dan pie al surgimiento de diferentes enfoques y concepciones acerca del derecho:

“En un principio la filosofía se ocupaba de los problemas fundamentales y esenciales del derecho; en la actualidad, la misma jurisprudencia –esto es, la ciencia jurídica, la ciencia del derecho- reclama por sí y para sí el conocimiento exclusivo de ellos.”¹⁷⁰

Hacer a un lado la filosofía y allegar a la jurisprudencia el conocimiento exclusivo de los problemas del derecho es una metáfora que expresa una decisión de poder. Parece claro que cuando la filosofía y la jurisprudencia se ocupan de los problemas “fundamentales y esenciales” del derecho –los que estos sean-

¹⁶⁹ “...al lado de ordenamientos jurídicos que instituyen la propiedad privada, la historia revela otros que sólo la reconocen en forma muy restringida. Sabemos de sociedades agrícolas relativamente primitivas en donde el bien más importante, la tierra, no es propiedad de los particulares, sino de la comunidad; y las experiencias de los últimos 25 años demuestran que incluso dentro de un Estado poderoso y fuertemente industrializado, una organización comunista es perfectamente posible. Otra cuestión es la de decidir cuál sistema es mejor, el capitalista basado en el principio de la propiedad privada, o el comunista, que se basa en el de la propiedad pública. En cualquier caso, la propiedad privada no es históricamente el único principio en el que pueda basarse un orden jurídico. Declarar que aquella es un derecho natural por ser la única que corresponde a la naturaleza, es un ensayo que tiende a dar carácter absoluto a un principio especial que históricamente sólo se ha convertido en derecho positivo en una cierta época y en determinadas condiciones políticas y económicas”. Kelsen, *op. cit.*, nota 48, p. 12.

¹⁷⁰ Márquez Piñero, *op. cit.*, nota 167, p. 13.

proporcionan premisas de análisis distintas y llegan a conclusiones diferentes, debido a que la primera es pensamiento libre sobre los problemas generales por examinar, así como sobre la amplitud y profundidad con la que se les quiera abordar; en tanto que, la segunda, es pensamiento acotado por ser una actividad estatal. Esto no significa tampoco que se trate de actividades que, por su naturaleza, se excluyan recíprocamente; suelen utilizarse sincréticamente en la aplicación de un método elegido por cada una de ellas como vía de acceso a un previamente elegido objeto de estudio¹⁷¹ o *campo de conocimientos*.¹⁷²

La filosofía adquiere así una enorme relevancia para la ordenación de los conceptos jurídicos y el establecimiento de sus planos de aplicación que ayuden a la mejor comprensión del fenómeno del derecho en la doble perspectiva previamente indicada. Debido al ejercicio de lógica que entraña la aplicación del derecho (aunque la lógica no sea, necesariamente, la que determine los resultados de la aplicación), es el trabajo que lleva a cabo el poder judicial, al substanciar y resolver los conflictos puestos a su consideración, el objeto de estudio o campo de conocimiento más abordado por la enseñanza, la teoría y la práctica del derecho. El método y resultado de la actividad intelectual judicial cuyo punto culminante es la jurisprudencia, elevados por el poder a la condición de actividad científica les otorga, entonces, la calidad de ciencia jurídica.

De este modo, puede considerarse que “ciencia jurídica” y “ciencia del derecho” no son expresiones sinónimas pues no tienen el mismo origen ni ejercen la misma función analítica respecto al derecho. Pongamos por caso el análisis de

¹⁷¹ “La filosofía jurídica proporciona solo una parte de la respuesta filosófica a las cuestiones prácticas. Por supuesto, cada problema concreto comprende, también, muchos otros aspectos. En cuanto a la filosofía del derecho, ella se preocupa solo del aspecto jurídico de todos los problemas prácticos, es decir, de la forma en que debe afectar la deliberación práctica, en general, y las consideraciones morales, en particular, el hecho de que cierta acción tenga una consecuencia jurídica. Esta es la cuestión de la autoridad del derecho.” En Raz, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 1982, p. 8.

¹⁷² “Un campo de conocimientos puede caracterizarse como un sector de la vida humana cuya finalidad es obtener, difundir o utilizar conocimiento de alguna clase, ya sea verdadero, ya sea falso. En la cultura contemporánea hay cientos de campos de conocimientos: la lógica y la teología, la matemática y la numerología, la astronomía y la astrología, la química y la alquimia, la psicología y el psicoanálisis, la ciencia social y la sociología fenomenológica, etcétera.” Bunge, *op. cit.*, nota 155, p. 217

las ficciones del derecho;¹⁷³ la “ciencia jurídica” al basarse en la dogmática que le es propia, no cuestiona la ficción jurídica, la da por hecho válido. La “ciencia del derecho”, en cambio, puede analizarla, cuestionarla, filosofar sobre su presencia y necesidad en la sociedad para efectos de teoría, práctica y docencia del derecho. Por las conclusiones que cada una obtenga, se distinguen porque unas obligan y las otras, no.

Luego, mediante un raro cuanto no suficientemente explicado método de exclusión, se ha venido considerando que todo aquello que la lógica de las normas no alcanza para explicar los resultados concretos de la aplicación judicial del derecho, debe ser ubicado como parte de la política o de la realidad.¹⁷⁴ Se ha creado así una antinomia artificial entre ley y política, entre norma y realidad; un verdadero hoyo negro al que los juristas son reticentes a entrar para hurgarlo, ver qué hay en su interior para averiguarlo y saberlo.

La filosofía es la herramienta para ello. Esa inclinación o predilección por el análisis lógico, y el cierto rechazo a traspasarlo, pueden explicar la enorme proliferación de los estudios y teorías dogmáticos; y la poca producción de estudios politológicos sobre el derecho. Un doctrinalmente poco comprendido Kelsen ha puesto su grano de arena para preservar ese agujero al pregonar la pureza de su

¹⁷³ “Los autores discuten con frecuencia, por otro lado, si las ficciones son portadoras de verdad. Pero si las ficciones son concebidas como normas constitutivas y/o prescriptivas, obviamente, carecerán de valores de verdad. Bajo ese supuesto las ficciones no serán verdaderas o falsas, pues las normas no son susceptibles de verdad o falsedad. Diferente es la cuestión relativa al valor de verdad de la proposición asumida, por definición de “ficción”, como verdadera. Debe tenerse presente que, de acuerdo con la definición tradicional y extendida, las ficciones conducen a asumir una proposición como si fuera verdadera, llevan a razonar empleando como premisa del razonamiento una proposición falsa, con conciencia de su falsedad.” En Mendonca, Daniel y Schmill, Ulises (comps), *Ficciones Jurídicas. Hans Kelsen, Lon F. Fuller, Alf Ross*, México, Fontamara, 2003, Colecc. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política número 94, p. 14.

¹⁷⁴ “A pesar de todo ello, la experiencia demuestra que en ocasiones el ejecutivo y sus órganos auxiliares pueden detentar el poder del Estado de forma arbitraria, despótica, abusiva y hasta caprichosa en relación con actos emanados de otros órganos y que no son acordes con sus intereses o políticas. Contemplamos así el choque existente entre la ley y la realidad: sin el menor recato el ejecutivo no ejecuta las leyes que dicta el legislativo o las sentencias judiciales. No olvidamos que nuestro sistema debe calificarse como presidencialista, pero debemos distinguir con pulcritud el presidencialismo del sistema de facultades o atribuciones omnímodas, o sea del absolutismo propio de intelectos retardatarios y sectarios.” En Aguilar Álvarez y de Alba, Horacio, *El amparo contra leyes*, 2ª ed., México, Trillas, 1996 (reimp. 2005), p. 32

teoría.¹⁷⁵ Acerquémonos, pues, a esas antinomias que se han constituido en barreras intelectuales para que el jurista tenga una visión integral del derecho. Es preciso esclarecer, dentro del marco de reflexión por revisar, aquellas dualidades que han servido de sostén filosófico argumental para la elaboración del discurso positivista sobre el derecho: política-derecho, justicia-derecho, ser-deber ser-hecho-derecho, inducción-regulación, validez-eficacia, dogmática jurídica-ciencia del derecho.

Partamos de considerar que contradicción no es equiparable ni sinónimo de quiralidad o enantiomorfismo; tampoco aporía lógico-lingüística; que no es maniquea ni falta de matices como si en ella el negro y el blanco no dieran paso al gris; sino movimiento como el que hace precederse, recíprocamente, al día y la noche. Si damos a la contradicción de categorías la condición de incertidumbre o problema insoluble estaremos conjugando, en el desarrollo de nuestros análisis, la lógica y el absurdo.

Bourdieu, Chamboredon y Passeron han alertado sobre algunos peligros para la epistemología cuando son grandes las dificultades que hay que superar para la captación empírica del objeto de estudio:

“Hay que cuidarse entonces de otorgar una realidad transhistórica a la estructura del campo epistemológico como espectro de posiciones filosóficas opuestas por parejas, en la medida que, entre otras razones, las diferentes ciencias aparecidas en fechas, condiciones históricas y sociales diferentes no recorren, según un orden ya preestablecido, las mismas etapas de una misma historia de la razón epistemológica.”¹⁷⁶

Sin embargo, estemos ciertos de que eso no nos exime de realizar los esfuerzos necesarios para indagar las condiciones de verosimilitud o congruencia que satisfagan la lógica del uso del lenguaje jurídico dentro de una sociedad específica. Tendremos, ante nosotros mismos, que dilucidar hasta dónde llega nuestra razón y hasta donde nuestra creencia, como partes de una cosmovisión para teorizar sobre el derecho.

¹⁷⁵ “(...) se trata de la relación de la ciencia del derecho con la política, de la neta separación entre ambas...” Kelsen, *op. cit.*, nota 50, p. 10

¹⁷⁶ Bourdieu, Pierre, Chamboredon, Jean-Claude y Passeron, Jean-Claude, *El oficio de sociólogo, presupuestos epistemológicos*, trad. Fernando Hugo Azcurra, 2ª ed., México, Siglo XXI, 2008, p. 106.

III.1.- Política y derecho.

Uno de los grandes velos teóricos que impiden adecuado acercamiento a la comprensión del derecho es la determinación de su relación con la política.¹⁷⁷ Ese velo se tiende desde el momento mismo en que el teórico establece su método de trabajo analítico acerca de esa relación; es decir, si la separación o unidad entre tales categorías la toma como premisa, o llega a ella como conclusión. En términos de lógica, la elección de una u otra como punto de partida para el estudio de esa relación conducirá por distintos caminos al investigador. El viejo Aristóteles ilustró –como ningún otro- la relación existente entre política y derecho:

“Desde el momento que la política se sirve de las demás ciencias prácticas y legisla sobre lo que debe hacerse y lo que debe evitarse, el fin que le es propio abraza los de todas las otras ciencias, al punto de ser por excelencia el bien humano.”¹⁷⁸

Siguiendo al estagirita podemos colegir que la política cumple el papel de “voluntad” en un doble sentido: uno, determinar qué debe “hacerse y evitarse”; y, dos, “legislar” sobre ello; o sea, establecer en ley esa determinación de las conductas sociales. Política¹⁷⁹, adquiere así el significado de voluntad del que puede legislar para dotar de contenido a la ley. Toda norma jurídica tiene dos características fundamentales: su contenido y la obligatoriedad de observancia de ese contenido. El contenido está dado por la política como expresión de voluntad del poder público; su observancia u obligatoriedad está respaldada por ese poder público. El orden jurídico establecido por el entramado de normas dispuestas en la constitución y en las leyes queda convertido, así, en un sistema de ideas del poder, a cuyo tamiz se pasa cualquier comportamiento o actividad humana para calificarla como legal o ilegal, lícita o ilícita. Tales calificativos representan, en tanto hablamos

¹⁷⁷ “En su sentido paradigmático ‘política’ significa, lo relativo a la polis, i.e., aquello que pertenecía a la vida colectiva, comunitaria, de los hombres. ‘Política’ en su uso más extendido corresponde largamente al sentido ordinario del adjetivo, señala lo que se refiere al poder público y a su ejercicio: a la conducción de la vida social.” Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, nota 1, p.7.

¹⁷⁸ Aristóteles, *Ética nicomaquea*, 21^a. ed., México, Porrúa, Colección “Sepan cuantos...” núm. 70, 2007, p. 4

¹⁷⁹ Suele con frecuencia omitirse una distinción: “Los hombres del medievo entendía(n) la política, i.e., la acción política, como la acción de las instancias del poder político (imperio, auctoritas, potestas).” Ver Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, nota 1, p.6.

de la regulación del comportamiento humano, la determinación de los órganos jurídicos estableciendo si una conducta o actividad humana corresponde o contraría el sentido de la voluntad del poder público.

Algunos exponentes de la ciencia política –como Sartori-, utilizan el concepto de “autonomía de la política” como premisa de sus estudios.¹⁸⁰ Otros –como Bobbio- parten, para formular una teoría general de la política, de la consideración de existencia de una pretendida dicotomía entre derecho público y derecho privado.¹⁸¹ Más austero y ortodoxo, Tamayo y Salmorán, prefiere retornar a las raíces griegas.¹⁸² Nos parece, sin embargo, que la utilización más adecuada de dicho concepto debe tener presente que la política está indisolublemente ligada al poder; y que ella manifiesta la voluntad de éste. La extensión necesaria del concepto “política” gira en su rededor abarcando toda aquella actividad humana que respalda, tolera o impugna su sentido como voluntad del poder. Propiamente, esta debería considerarse como ‘actividad política’.

La observación y experimentación que nos proporciona la historia de las instituciones y del derecho sobre la acción que un Estado emprende para reformar su constitución política; esto es, la actividad que desarrolla bajo cualquier denominación que se le dé como “constituyente permanente”, “poder reformador de la constitución” o “poder revisor”; entraña sustancialmente un proceso de “autofacultamiento político” para adquirir –mediante la imposición de normas jurídicas- nuevas atribuciones, modificar o anular las ya existentes para estado y

¹⁸⁰ “Cuando hablamos de la autonomía de la política, el concepto de autonomía no debe entenderse en sentido absoluto, sino más bien relativo. Además, se pueden sostener al respecto cuatro tesis: primero, que la política es diferente; segundo, que la política es independiente; es decir que sigue leyes propias, instaurándose literalmente como ley de sí misma; tercero, que la política es autosuficiente, autárquica en el sentido de que basta para explicarse a sí misma; cuarto, que la política es una causa primera, una causa generadora no sólo de sí misma sino también de todo el resto, dada su supremacía.” Sartori, *op. cit.*, nota 30, p. 208.

¹⁸¹ Ver Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, México, FCE, 1989, “Breviarios” núm. 487, pp. 11-38.

¹⁸² “En su sentido paradigmático ‘política’ significa, lo relativo a la polis, i. e. aquello que pertenecía a la vida colectiva, comunitaria, de hombres. ‘Política’ en su uso más extendido corresponde largamente al sentido ordinario del adjetivo, señala lo que se refiere al poder público y a su ejercicio: a la conducción de la vida social.” En Tamayo y Salmorán, Rolando, *La ciencia del derecho y la formación del ideal político*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989, p. 16.

gobierno que, quien o quienes ejercen el poder, juzgan necesarias para emprender acciones políticas distintas de las existentes. La reforma irá seguida de la actividad legislativa, para regular quehaceres y comportamientos sociales, que haga obligatoria como conducción social, la acción estatal y las conductas humanas así ordenadas.

La división visible entre constitución y ley, como ley fundamental y ley secundaria, atiende al plano de proyecto político descrito en la constitución y al de juridicidad que, a través de la ley, se impone para que el conglomerado social se comporte conforme a las exigencias de la política jurídica que diseña y recrea el modelo de organización social establecido, en ese proyecto, por los factores reales de poder que deciden los modos de apropiación de la riqueza de la tierra y del trabajo productivo social. Así se configura el orden jurídico.

En tanto las leyes reglamentan las normas políticas de la constitución y son instrumento para hacer obligatorios los principios en ellas contenidos, podemos afirmar que las primeras son una extensión de las segundas. Eso haría comprensible que la legislación sea impugnabile sobre la base del examen de su constitucionalidad, o sea, de su congruencia con la norma política.¹⁸³ La relación que se establece entre política y derecho es, pues, una relación de voluntad del poder que se manifiesta en la capacidad de dotar e imponer como obligatorios, socialmente, los contenidos del derecho mediante el mando y dirección del poder estatal.

Aquella vieja distinción y clasificación que hacía James Bryce entre constituciones rígidas y flexibles, atendiendo al procedimiento de su reforma, revela

¹⁸³ “La afirmación de que una ley válida es “inconstitucional” constituye una *contradictio in adjecto*. Puesto que una ley sólo puede ser válida fundándose en la constitución. Si hay alguna razón para suponer que una ley es válida, el fundamento para su validez se encuentra en la constitución. De una ley inválida no podría sostenerse que es inconstitucional, puesto que la ley inválida no es ley alguna, siendo jurídicamente inexistente, sin que sobre ella sea posible formular ningún enunciado jurídico. Si la afirmación corriente en la jurisprudencia tradicional sobre una ley inconstitucional, puede tener algún sentido jurídico posible, no habría que tomarla al pie de la letra. Su significado sólo puede ser que la ley en cuestión puede ser derogada, conforme a la constitución, no sólo por el procedimiento acostumbrado, es decir, mediante otra ley de acuerdo con el principio *lex posterior derogat priori*, sino mediante un procedimiento especial previsto por la constitución. Mientras no sea derogada, tiene que ser considerada válida y mientras sea válida no puede ser inconstitucional. (...) Una ley tal puede permanecer válida muchos años y ser aplicada, antes de ser eliminada por “inconstitucional” por el tribunal competente.” En Kelsen, *op. cit.*, nota 50, pp. 277-280.

en el fondo el talante del poder en torno al orden jurídico establecido, que muestra la correlación existente entre esa mayor o menor flexibilidad (rigidez) para reformar constitución y leyes, con el principio básico de la seguridad jurídica para la población. El examen de esta correlación, exhibe la naturaleza del régimen político imperante.

III.2.- Justicia y derecho.

Históricamente han existido muchas ideas en la búsqueda de este nexo. En los razonamientos que se tejen, el resultado de cualquier análisis aparece como una variable dependiente de la premisa que se adopte como punto de partida. Los motivos de discrepancia en las posturas teóricas radican, entonces, en la sensatez de la premisa básica que se adopta. Partimos, aquí, de considerar al derecho como expresión de voluntad del poder; como instrumento de esa voluntad; como un medio y no como un fin. Por tanto, esta relación de la justicia tiene que buscarse más en relación con el poder que con el derecho. El derecho que es, o como es, solo reflejará en sus contenidos la correlación de ese nexo en función, básicamente, de un ejercicio más o menos racional del poder para la conservación de la formación o modelo económico social que, a través del derecho y con el respaldo del estado, diseña la clase social dominante en un momento histórico determinado.

Nada novedoso existe en esta búsqueda, pues juristas de todos los tiempos han abordado el punto. El griego Arquelao nos legó un pensamiento fundamental: “Decía...que lo justo y lo injusto existen no por naturaleza, sino por ley”.¹⁸⁴ Esclarecer el concepto de justicia tiene y tendrá una mayor dificultad en la medida en que existe marcada tendencia a asociarlo con posturas ideales sobre éste valor trascendente si, al mismo tiempo, no se hace un análisis de aquello que socialmente pueda considerarse, aun desde la mirada del sentido común, como injusticia en los planos individual y social. Nuestra realidad actual, cotidiana, ilustra empíricamente

¹⁸⁴ Citado por Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, nota 91, p. 417.

que la injusticia también es obra pública.¹⁸⁵ Sólo así, los juristas, podrán hacer una valoración ética equilibrada de la dualidad justicia/injusticia en la convivencia de los hombres en sociedad que se rigen por un orden jurídico específico. Clamar por justicia, es pedir remedio para una injusticia.

Históricamente, el concepto de justicia, no ha sido siempre considerado bajo ese halo bondadoso con que se suele tratar al hablar de ella; traigamos a cuento un pasaje que nos narra Francisco de Icaza:

“Para resolver en la práctica los problemas derivados del desconocimiento por parte de los aborígenes de los derechos que asistían a España sobre las Indias, Palacios Rubios redactó un requerimiento, probablemente inspirado en la doctrina medieval de los dos estandartes, debida a santa Brígida de Suecia, quien al hablar de las guerras en contra del Islam, sostuvo que los príncipes cristianos debían llevar en sus manos siempre dos estandartes, el de la misericordia y el de la justicia, para imponer el segundo a quienes no aceptasen el primero.”¹⁸⁶

Esta concepción de la justicia, practicada por los cristianos, se basaba en el poder de arrasar. El estandarte de la justicia se “imponía” mediante la guerra, a aquellos que no aceptaban el de la misericordia. Quizá con base en datos como este pudiésemos encontrar dos elementos comunes entre justicia y derecho: ambas son formulas vacías cuyo llenado, para lograr la conducción de una sociedad, lo establece la voluntad del grupo social que detenta el poder político y económico, y logra su imposición con respaldo de la fuerza.

Con otra perspectiva sobre esta relación entre justicia y derecho, Ihering planteaba que:

“El derecho es una idea práctica, es decir, indica un fin, y como toda idea de tendencia, es esencialmente doble porque encierra en sí una antítesis, el fin y el medio. No basta investigar el fin, se debe además mostrar el camino que a él conduzca. He aquí dos cuestiones a las que el derecho debe siempre procurar una solución, hasta el punto, que puede decirse que el derecho no es en su conjunto y en cada una de sus partes más que una constante respuesta a aquella doble pregunta. No hay un solo título, sea por ejemplo el de la propiedad,

¹⁸⁵ “Ya sin la presión del encierro, se ve con más claridad la terrible podredumbre del sistema penal mexicano y de sus prisiones. Un pantano de corrupción en el que difícilmente se sale a flote. Comienza desde los abogados particulares o de oficio, pasa por las procuradurías, los ministerios públicos, policías judiciales, jueces y personal administrativo, para culminar, en su máximo nivel, en la escuela de delincuencia que es la cárcel. La readaptación es un mito y, tristemente, ninguno estamos exentos de caer en las garras de la supuesta e irrisoria <justicia> de nuestro país. La gente en prisión está muerta en vida, sin esperanzas de salir del infierno.” En Zurita, Fernando, *El hombre inocente*, México, Ediciones B, 2014, Colecc. La trama, p. 354.

¹⁸⁶ Icaza Dufour, *op. cit.*, nota 4, p. 82

ya el de obligaciones, en que la definición no sea necesariamente doble y nos diga el fin que se propone y los medios para llegar a él. Mas el medio, por muy variado que sea, se reduce siempre a la lucha contra la injusticia. (...) El derecho no es una idea lógica, sino una idea de fuerza; he ahí por qué la justicia, que sostiene en la mano la balanza donde pesa el derecho, sostiene en la otra la espada que sirve para hacerle efectivo. La espada, sin la balanza, es la fuerza bruta, y la balanza sin la espada es el derecho en su impotencia; se completan recíprocamente: y el derecho no reina verdaderamente, más que en el caso en que la fuerza desplegada por la justicia para sostener la espada, iguale a la habilidad que emplea en manejar la balanza.”¹⁸⁷

El estilo retórico de discursos como el de Ihering arrastra la enorme dificultad, para su adecuada comprensión, del uso irrefrenado de un lenguaje metafórico basado en la descategorización entre personas y cosas, atribuyéndole a estas últimas, características propias de las personas: “el derecho debe procurar una solución” o, “la justicia, que sostiene en la mano...”. Así, pueden producirse notables piezas de oratoria que, en aras de una pretendida elegancia en la expresión, sacrifican el objetivo de su cabal comprensión.

Modernamente, teóricos como Kelsen han venido desacralizando esta relación y revelándola más como de contenido político:

“La tendencia a identificar derecho y justicia es la tendencia a justificar un orden social dado. No se trata de una tendencia científica sino política. (...) ¿Qué es lo que realmente significa la afirmación de que un orden social es justo? Significa que ese orden social regula la conducta de los hombres en una forma satisfactoria para todos, es decir, de tal modo que todos encuentren en él su felicidad. La aspiración a la justicia es el eterno anhelo humano de felicidad. El individuo aislado no puede, en cuanto tal, encontrar la felicidad, y por ello la busca en la sociedad. Justicia es felicidad social.”¹⁸⁸

En una sociedad, regida y dirigida mediante el establecimiento de un orden jurídico específico, en la que es posible observar empíricamente una gran polarización política, económica y cultural ¿en qué términos puede hablarse de justicia o cómo se consigue la felicidad social?

“Es obvio que no puede existir un orden justo, esto es, capaz de procurar la felicidad de cada uno, si el concepto de felicidad se define en su sentido originario y estricto de felicidad individual, y se entiende por felicidad de un hombre lo que éste entiende como tal.”¹⁸⁹

¹⁸⁷ Von Ihering, Rudolf, *La lucha por el derecho*, trad. Adolfo Posada y Biesca, México, Porrúa, 1982, pp. 1-3.

¹⁸⁸ Kelsen, op. cit., nota 48, pp. 6-7.

¹⁸⁹ *Ibíd.*, p. 7.

Esta otra posible caracterización de justicia, como sinónimo de felicidad individual, así concebida responde por su individualismo y relativismo, a una concepción ideológica y filosófica propia de la formación histórico-social del capitalismo –útil para sus distintas fases liberal, monopólico y globalizado–, como reminiscencia de aquella vacua fórmula romana que establecía que ‘justicia’ era dar a cada quien lo que le corresponde.

Las anteriores ideas justifican suficientemente la necesidad de sustraer cualquier discusión sobre el concepto de la justicia y su relación con el derecho, del ámbito de las infinitas consideraciones subjetivas que podrían existir al respecto; teniendo, entonces, que buscarlas en el orden jurídico concreto que da lugar al surgimiento de una realidad social determinada por él. Sugiere Kelsen otra posibilidad en tal dirección:

“Justicia en este sentido significa legalidad; “justo” es que una regla general sea efectivamente aplicada en aquellos casos en que, de acuerdo a su contenido, debe aplicarse. “Injusto” sería que la regla fuese aplicada en un caso y dejase de aplicarse en otro similar. Y esto parece “injusto” independientemente de cuál sea el valor intrínseco de la regla general cuya aplicación es examinada. Justicia, en el sentido de legalidad, es una cualidad que no se refiere al contenido de un orden positivo sino a su aplicación.”¹⁹⁰

Tendríamos en esta apreciación de Kelsen, un problema adicional: determinar si la relación que buscamos entre justicia y derecho, encierra el mismo problema que la de justicia y legalidad. De estas consideraciones podemos establecer que para determinar la existencia, o no, de justicia dentro de un orden jurídico dado, es menester el examen tanto de sus contenidos normativos como el de su imparcial aplicación en todos los casos previstos por las normas. Asumir que justicia no se refiere al contenido de un orden positivo, sino sólo a su aplicación puede significar que el modelo de organización social impuesto no es susceptible de valoración bajo la lupa de la justicia; sino, únicamente, el reconocimiento de derechos que el modelo otorga. Rawls ha planteado el concepto de “justicia puramente procesal y la noción del velo de ignorancia”. Dice:

“El objetivo es utilizar la noción de la justicia puramente procesal como base de la teoría. De alguna manera tenemos que anular los efectos de las contingencias específicas que ponen a los hombres en situaciones desiguales y en tentación de explotar las circunstancias

¹⁹⁰ *Ibídem*, p. 16.

naturales y sociales en su propio provecho. Ahora bien, para lograr esto supongo que las partes están situadas bajo un velo de ignorancia. No saben cómo las diversas alternativas afectarán sus propios casos particulares, viéndose así obligadas a evaluar los principios únicamente sobre la base de consideraciones generales. Se supone, entonces, que las partes no conocen ciertos tipos de hechos determinados. Ante todo, nadie conoce su lugar en la sociedad, su posición o clase social; tampoco sabe cuál será su suerte en la distribución de talentos y capacidades naturales, su inteligencia y su fuerza, etc. Igualmente, nadie conoce su propia concepción del bien, ni los detalles de su plan racional de vida, ni siquiera los rasgos particulares de su propia psicología, tales como aversión al riesgo, o su tendencia al pesimismo o al optimismo. Más todavía, supongo que las partes no conocen las circunstancias particulares de su propia sociedad. Esto es, no conocen su situación política o económica, ni el nivel de cultura y civilización que han sido capaces de alcanzar. Las personas en la posición original no tienen ninguna información respecto a qué generación pertenecen. Estas amplísimas restricciones al conocimiento son apropiadas en parte porque entre las generaciones y dentro de ellas se plantean cuestiones de justicia social, por ejemplo la cuestión de cuál es la cantidad de ahorros apropiada o la cuestión de la conservación de los recursos naturales y del medio natural. Existe también, al menos teóricamente, la cuestión de una política genética razonable. Con objeto de completar la idea de la posición original, tampoco en estos casos deberán las partes saber cuáles son las contingencias que les llevarán a oponerse entre sí. Tendrán que escoger aquellos principios con cuyas consecuencias estén dispuestos a vivir, sea cual sea la generación a la que pertenezcan. Entonces, en la medida en que sea posible, los únicos hechos particulares que conocen las partes son que su sociedad está sujeta a las circunstancias de la justicia, con todo lo que esto implica. Se da por sentado, sin embargo, que conocen los hechos generales acerca de la sociedad humana. Entienden las cuestiones políticas y los principios de la teoría económica; conocen las bases de la organización social y las leyes de la psicología humana. En verdad, se supone que conocen todos los hechos generales que afectan la elección de los principios de justicia.”¹⁹¹

Establece así una teoría de la justicia en términos de imparcialidad asentándola en la suposición de que “podemos decir que la humanidad tiene una naturaleza moral.”¹⁹² Lo primero que se piensa sobre esta teoría de la justicia es, si es justo que su elaboración parta de tantas suposiciones; tal presupuesto abona a edificar un razonamiento cuya premisa básica puede ser calificada como insensata al suponer que la población comprende “la totalidad del funcionamiento de la sociedad” y que es, sobre la base de esa supuesta comprensión, que se construye la justicia. Quizá se trate de una teoría parcial en tanto no aprecia el conjunto del derecho; es decir, dejar la justicia al puro ámbito procesal, implica sólo mirar la fase

¹⁹¹ Rawls, John, *Teoría de la justicia*, trad. María Dolores González, 2ª ed., México, FCE, 1995, pp. 135-136.

¹⁹² *Ibíd.*, p. 523.

de aplicación de las normas; dejarla sujeta a la decisión administrativa o judicial. Se aleja de los ámbitos de creación, modificación y anulación del derecho a través de los que se configura el modelo de organización de la sociedad que es, exactamente, donde surgen originariamente lo que Rawls llamaría “contingencias específicas que ponen a los hombres en situaciones desiguales”. En suma, esta teoría no relaciona ni busca la cristalización de la justicia en las tareas del jefe de estado ni en la política jurídica que desarrolla.

El problema de la relación entre justicia y derecho partiendo de la premisa de considerar que el derecho es una técnica de organización social sujeta a las decisiones políticas de los grupos sociales que pueden imponer, a través de las normas jurídicas, un modelo específico de organización para la sociedad, lleva a considerar que la justicia ha sido, históricamente, una característica posible pero no necesaria de un orden social. Por ello es necesario determinar si teniendo el derecho sus fases de creación, modificación, anulación, aplicación e interpretación; aquella relación debe buscarse en todas sus fases o sólo en algunas. Es menester aquilatar si la injusticia es un problema de aplicación de las reglas del modelo o se encuentra presente en el modelo mismo de sociedad construida, a imagen de la Roma antigua, sobre bases de desigualdad social.

III.3.- Ser y deber ser. Hecho y derecho.

Quizá uno de los problemas fundamentales establecido por distintas formas de pensamiento, teorización e investigación sobre el derecho, ha sido la presencia pegajosa de esa división epistemológica entre ser y deber ser; entre realidad fáctica de las conductas humanas y discurso normativo; entre ontología y deontología. Divisiones o barreras trazadas que hacen aparecer a esta dualidad a imagen y semejanza de líneas paralelas que nunca se cruzan.

Esta es una no sólo antigua sino eterna discusión cuyo centro de resistencia ha sido, precisamente, la toma de esa división como punto de partida incuestionable para los análisis del discurso del derecho y su relación con la realidad social

circundante. Si los seres humanos –como especie gregaria- vivimos en sociedad; sociedad organizada y regida por normas obligatorias; normas que regulan en su totalidad las conductas o actividades sociales desempeñadas hasta configurar un orden social ¿podemos hablar de una “realidad natural”; de la conducta “real” de los hombres a la manera de Kelsen? ¿O cabría admitir la posibilidad de que sean los cruces, límites de frontera o los sentidos de eficacia (por obediencia o aplicación) concreta de los contenidos de tales normas, los que coloquen a los hombres, según su propio entendimiento del significado de las distintas leyes que rigen las facetas de su conducta, en la tesitura de elegir y decidir la propia que de vez en vez despliegan?

Aun cuando pueda considerarse que la psique de los seres humanos no está condicionada únicamente por el derecho para los efectos de la toma de decisiones que norman su comportamiento social; los otros factores que, en calidad de poderes, concurren e influyen en tales determinaciones humanas como la religión o los medios de comunicación social, también están bajo la égida estatal a través de la regulación a la que están sujetos. Esta confluencia de las normas de conducta que impone el derecho con las otras normas o patrones de conducta que psíquicamente imponen los “poderes normados” (política e ideológicamente llamados “poderes fácticos”) concurre en la vida de los individuos dando pautas de comportamiento en cada circunstancia específica de su vida.

Cuando tales comportamientos así producidos hacen ríspidas las relaciones sociales –ya con el estado, ya con otros hombres- se abre la posibilidad de calificación de esa conducta real que, dado el cúmulo de normas que la regulan en unos u otros aspectos de la totalidad de su vida, puede admitir el juicio de legal conforme a unas normas, e ilegal por otras. Ha dicho Kelsen:

“El comportamiento fáctico a que se refiere el juicio de valor, que constituye el objeto de la valoración, y que cuenta con un valor positivo o negativo, es un hecho real existente en el tiempo y en el espacio, una parte de la realidad. Sólo un hecho real puede ser enjuiciado, cuando se le coteja con una norma, como valioso o desvalioso; puede tener un valor positivo o negativo. Lo que es valorado es la realidad.”¹⁹³

¹⁹³ Kelsen, *op. cit.*, nota 50, p. 31.

Tratemos de establecer -a la manera de John R. Searle que se pregunta ¿cómo se relacionan las palabras con el mundo?¹⁹⁴- una paráfrasis en atención a nuestro tópico ¿cómo se relaciona el lenguaje jurídico con la realidad social que le circunda? Giorgio Agamben ha discurrido esta cuestión y sugiere:

“En la cultura occidental hay dos ontologías, distintas y sin embargo relacionadas. La primera es la obvia: la ontología de una aserción expresada en el modo indicativo como ustedes saben –algo es. La segunda, la ontología de la orden se expresa en el modo imperativo [“¡sé!"]. (...) La primera, la ontología del “es” dirige y gobierna el dominio de la filosofía y de la ciencia. La segunda gobierna el no menos importante dominio de la ley y la religión –y podemos agregar la magia también.”¹⁹⁵

Esta propuesta presenta una novedosa forma de concebir la relación existente entre ser y deber ser. La conexión entre ¡sé!, y es, bien puede ser la misma que existe entre orden de hacer u omitir y resultado o hecho. Agamben responde a la pregunta ¿qué es una orden? Dice:

“Si la ontología es la relación entre el lenguaje y el ser, en la ontología de la orden el acento está puesto en el lenguaje, que hace que algo sea; mientras en la ontología clásica el acento está puesto en el ser o en la correspondencia entre lenguaje y realidad (en la otra ontología, tenemos sólo una orden de ser)”.¹⁹⁶

Parece discutible, en la actualidad, sostener que el lenguaje jurídico con el cual se redactan las leyes, esté formulado con estructuras lingüísticas y gramaticales que puedan ser clasificadas como “órdenes”, en formal resguardo a un hipotético régimen político de libertades individuales. En ese sentido, convengamos, puede afirmarse que el derecho no se formula con base en la dación de órdenes. Lo que caracteriza a las expresiones con las cuales se formula la norma jurídica no está en el imperativo, sino en la advertencia de la coacción para el caso de infracción: “La conducta obligatoria no es la conducta debida; debida es la sanción.”¹⁹⁷ A diferencia del imperativo utilizado en el lenguaje religioso que prescribe “no matarás”, el lenguaje jurídico recurre al formato silogístico que fija una consecuencia coactiva para la conducta que se señala como condición de aquella:

¹⁹⁴ Citado por Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, nota 91, p. 418.

¹⁹⁵ Agamben, Giorgio, *Teología y lenguaje: Del poder de Dios al juego de los niños*, trad. Matías Raia, Buenos Aires, Las Cuarenta, 2012, p. 59.

¹⁹⁶ *Ibíd.*, p. 60.

¹⁹⁷ Kelsen, *op. cit.*, nota 50, p. 39.

“*Al que cometa homicidio...se le impondrá prisión*”. Sin embargo, la noción de “coacción” en el derecho no ha sido objeto de una adecuada ni exhaustiva reflexión teórica que marque sus alcances dentro de la totalidad del espectro del orden jurídico.

El problema ha crecido pues una parte importante de la reflexión sobre la ciencia del derecho proviene de autores que han tomado a la normativa penal como paradigma de construcción y análisis, haciéndola premisa base de una inducción hacia la totalidad de las normas del derecho. Tal proceder ha contribuido notablemente a la obtención de una visión translúcida, cuando no francamente borrosa, del derecho como objeto de estudio, particularmente al hacer referencia a este concepto de ‘coacción’ que suele ser intelectualmente asociado, por lo general, con la ejecución forzada de las sentencias judiciales. La coacción, como concepto jurídico, tiene una amplitud de significado que alcanza el tamaño del orden jurídico mismo.¹⁹⁸

La presencia del Estado como estructura política encargada de la organización de una sociedad, da pie a su elemental relación con los individuos. Esta simple relación está regida, normativamente, por el derecho administrativo en la medida en que para su desenvolvimiento primordial de vida y actividad los individuos tienen que entrar en relación forzosa con aquel en su expresión de federación, estado o municipio. En la regulación de esta relación, la coacción radica no únicamente en la infracción de normas, sino sobre todo en la exigencia de cumplimiento de los requisitos exigidos por la administración pública para la realización de determinados actos frente a ella. La sanción prevista para el incumplimiento es la negativa. Esta es una manera emblemática de crear una

¹⁹⁸ Por ejemplo ¿cuál sería la coacción que impone la fijación legal del horario de verano al verse obligada la sociedad a adelantar y atrasar, en una hora, el reloj en las fechas del año marcadas por la ley de pesos y medidas? No existe fijada en texto legal sanción alguna para su inobservancia y sin embargo, ello no la hace una norma imperfecta; es una norma jurídica por su obligatoriedad social. La coacción la impone el estado al fijar para sus dependencias y actividades el horario impuesto. Quien no lo observe perderá los derechos que derivan del tiempo oficial para cumplir deberes u obligaciones. Ahí está la coacción y su sanción. La norma como deber ser, crea una realidad social sobre el tiempo, como ámbito del ser.

realidad social de la que derivan los demás comportamientos humanos observables socialmente.

Kelsen optó por definir a la “norma” del derecho simplemente como “esquema de explicitación conceptual”¹⁹⁹ expresión que puede traducirse semánticamente como forma de decir las cosas o como la forma en que se expone la voluntad de quien o quienes pueden crear o decir el derecho: “El ‘deber ser’ simplemente expresa el sentido específico en el cual la conducta humana se encuentra determinada por una norma.”²⁰⁰

Todos los demás conceptos establecidos en el resto de la legislación surgen de la inmensa posibilidad de colocación fáctica de los individuos en su relación primaria con el Estado. La legislación civil regulará propiedad y atributos de las personas; la legislación laboral regulará la estructura económica productiva; la legislación mercantil regulará el acto de comercio o intercambio de mercancías; la legislación penal regulará la segregación social de los individuos y la legislación fiscal regulará las contribuciones; la legislación energética determinará la división entre productores y consumidores; la legislación de telecomunicaciones fijará quienes son concesionarios y usuarios, etc. Con ello, socialmente los seres humanos quedan clasificados de acuerdo con sus posesiones materiales. El espacio de libertad de los individuos menos favorecidos queda reducido al mínimo posible que garantice su obediencia –sin cuestionar- al modelo de organización que el derecho viene estableciendo como obligatorio.

De esta forma esa división epistemológica tajante entre ser y deber ser pierde sentido o desaparece al ser la norma, como expresión de una voluntad de imponer, de deber ser, la que estableciendo obligaciones cuyo cumplimiento está basado en la coacción y la sanción, determina mediata o inmediatamente el ser, como realidad del comportamiento humano que se busca conseguir y moldear. Ser y deber ser entran en un movimiento dialéctico de recíproco condicionamiento que nos conduce a una conclusión: el deber ser, es un medio o instrumento; el ser, es el fin u objetivo perseguido. El resultado obtenido es la aproximación más consistente entre derecho

¹⁹⁹ Kelsen, *op. cit.*, nota 50, p. 17.

²⁰⁰ Kelsen, *op. cit.*, nota 48, p. 43.

y realidad social que, al simple paso del tiempo, se convierten en su contradicción necesaria y natural encarnada en la diversa dualidad, hecho y derecho.

Estas dos categorías entran en la misma relación de continuidad dialéctica que apreciamos entre ser y deber ser. Hecho, como participio pasado del verbo hacer, encuentra dos significaciones posibles: una ontológica, como sinónimo de ‘ser’ en tanto producto de la aplicación del deber ser; es decir, su resultado social; y, dos, en la oposición de significado con ‘derecho’, suele decirse de aquellas conductas –públicas o privadas- presumiblemente no reguladas o que se dan al margen de lo regulado o como producto de una deficiente regulación. Hecho, en la primera acepción, se convierte en la condición sine qua non de la dinámica del estado y el derecho al proporcionar el material necesario de conocimiento, para la toma de decisiones materia de la política jurídica por desarrollar.²⁰¹ Esto es, determinar cuáles y cuántos son los trozos de realidad social en los que resulta necesario o pertinente -conforme al modelo económico, político y social impuesto- imponer o modificar conductas sociales mediante la creación, modificación o anulación de leyes.

Luego se comprenderá que las formas jurídicas a utilizar para tales fines serán la adición, reforma, abrogación o derogación de las involucradas y estimadas como necesarias de incorporar, u obsoletas por desechar, del orden jurídico. En este sentido, el contenido de la ley cumple la función de administrar la organización social y autorizar al estado como impulsor de ella.

²⁰¹ “Se afirma que el Derecho Público tiende a privatizarse por el hecho de que el Estado organiza sociedades anónimas y adopta sistemas y procedimientos, que tradicionalmente se han considerado regulados por el Derecho Privado. Nuestra opinión, sobre los fenómenos antes reseñados, es que son una consecuencia natural de la evolución dinámica del Derecho, y no creemos que el Derecho Privado se publicice, sino más bien que las necesidades sociales y el avance tecnológico van imponiendo especialización en la actividad humana, que a la vez demanda especialización de las normas que la rigen; pues, como ya lo afirmó Georges Scelle, a una dinámica social debe corresponder una dinámica jurídica y los diferentes cuerpos de normas especializadas tienden a su autonomía sin que formen parte del Derecho Privado. Por otra parte, es difícil apreciar que el Derecho Público se privatice, pues, si se analiza con detenimiento el fenómeno, lo que los autores llaman privatización no viene a ser sino que el Estado adopta las técnicas de administración de los particulares, o bien se regula por normas de Derecho privado, en ciertos casos de gestión administrativa, sin que por ello pierda su carácter de Estado, ni el Derecho Público se privatice.” En Acosta Romero, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo*, 2ª ed., México, UNAM, 1975, Colecc. Textos Universitarios, p. 17

En la segunda acepción, como modalidad de los actos de autoridad que se dan al margen de lo regulado, contribuye a la configuración del régimen político imperante; que cuando no se sujeta a lo previsto por las normas en abierta violación al principio de legalidad como compromiso político asumido constitucionalmente por el poder estatal, deviene en autoritario o dictatorial. La suma de todos estos factores da lugar a una 'legalidad' concreta en cada estado-nación que puede estar basada en el respeto a la ley, pero también en lo contrario; en su inobservancia estatal mediante el recurso que ofrece la simple omisión de cumplimiento, las "lagunas"²⁰² o las distintas posibilidades de interpretación jurídica al crear, modificar, aplicar o anular aquella. La legalidad impuesta, en uno u otro sentido, es la que determina la calidad democrática o autoritaria del régimen político asentado en el Estado de cualquier sociedad. En este contexto adquiere pleno sentido la frase: "gobierno del estado" cuya traducción fáctica se contrae, simplemente, a mando y dirección de un estado.

III.4.- Inducción y regulación.

Ha sido recurrente aludir al derecho como el conjunto de normas generales e imperativas que regulan el comportamiento humano en sociedad. Sin detenernos en el análisis sobre la pertinencia, o no, de esta definición o caracterización, podemos decir que a través de las normas de un orden jurídico, dada su generalidad, se desempeñan dos tareas sociales: la inducción y la regulación de las conductas individuales y quehaceres sociales de una población. Semánticamente, los verbos inducir y regular, poseen respectivamente el significado de <provocar indirectamente algo> y de <someter a reglas>; tratándose de normas jurídicas nos ayudan a comprender ese doble papel social del derecho. Kelsen ha sostenido que:

"La técnica social que llamamos "derecho" consiste en inducir al individuo a abstenerse de la interferencia violenta en la esfera de intereses de los otros, gracias al empleo de un medio

²⁰² Sobre el tema de las lagunas del derecho, véase el apartado relativo en Kelsen, *op. cit.*, nota 50, pp. 254-258.

específico: si tal interferencia existe, la comunidad jurídica reacciona interfiriendo en la esfera de intereses del responsable de la interferencia previa. Ojo por ojo. La idea de la retribución se encuentra en la base de esta técnica social.”²⁰³

Bajo esta caracterización es posible realizar el estudio integral del derecho y abarcar todo el espectro social de actividades reguladas por el Estado para modelar la economía, la política y la cultura en la tarea de organizar una sociedad. La idea del derecho como orden coercitivo la proporcionan socialmente ciertas ramas como el penal y fiscal que generan situaciones en las que el individuo se ve enfrentado directamente con el Leviatán. Una mirada que busque abarcar la totalidad del orden jurídico, nos muestra que el derecho es una técnica de organización de la sociedad con base en el establecimiento de un principio rector de la conducta social hacia la propiedad de los bienes del territorio y la producción social: la apropiación privada.

En todos los ámbitos regulados –ramas o áreas del derecho- se trata de un orden coactivo para la organización social, donde el estado es la estructura social humana, organizada políticamente, encargada de suministrar la fuerza de coacción que garantice ese principio. En los contenidos de la constitución y las leyes se establecen las bases de la organización de cualquier sociedad, sobre la premisa de que es el estado, como expresión y aparato de organización de la fuerza pública, el que toma las decisiones y determina los mecanismos de distribución de la riqueza social.²⁰⁴ El establecimiento de obligaciones para los ciudadanos de contribuir para los gastos públicos de la federación, estado o municipio en que residan de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes; o la regulación de los contratos de trabajo; o, un régimen electoral basado en la concurrencia de recursos públicos y privados; moldea un tipo específico de sociedad que distingue a propietarios y desposeídos, a contribuyentes y autoridades, a patrones y trabajadores y a las formas de acceso regulado a los cargos públicos, por poner algunos ejemplos.

Tales posibilidades de organización social, al estar basadas en normas jurídicas generales que afectan a grupos o clase sociales propenden, para su

²⁰³ Kelsen, *op. cit.*, nota 48, p. 25.

²⁰⁴ “La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.” Artículo 27 Constitucional.

cumplimiento, a lograr la inducción como obediencia generalizada hacia sus mandatos. La conducta contraria, de individuos determinados, será el objeto de regulación como aplicación concreta de la norma general a un caso específico, con la amenaza de castigo traducido en una sanción.

Esta doble característica de inducción y regulación que se deriva de la generalidad de las normas, constituye el elemento central del que se desprenden los conceptos de cumplimiento de la ley e impunidad; es decir, de la eficacia del derecho. Sobre la pregunta de ¿por qué los hombres obedecen al derecho? Kelsen²⁰⁵ ha externado, con importantes reticencias, una hipótesis al respecto:

“No conocemos exactamente qué motivos inducen a los hombres a cumplir las normas jurídicas. Ningún orden jurídico positivo ha sido nunca investigado en una forma científica satisfactoria con el propósito de responder a esta pregunta. En la actualidad ni siquiera tenemos a nuestra disposición métodos que nos capaciten para tratar de una manera científica, desde los puntos de vista sociológico y político, un problema tan extraordinariamente importante. Lo único que podemos hacer son conjeturas más o menos plausibles. Muy probablemente, sin embargo, los motivos de la conducta conforme al derecho no son únicamente el temor a las sanciones jurídicas o incluso la creencia en la fuerza obligatoria de las normas de aquel. Cuando las ideas morales y religiosas en un individuo corren paralelamente al orden jurídico a que él mismo está sometido, su conducta jurídica se debe a menudo a estas ideas morales y religiosas.”

El avance y auge de la ciencia y la tecnología que viene dando impulso a la actividad de los medios de comunicación masiva, especialmente la televisión, nos hace considerar que la “inducción” social de conductas conforme al derecho no están sustentadas sólo en los poderes formales del estado, sino en el conjunto que forman con los poderes normados, que pueden ejercer coacción psíquica y material sobre los individuos: estado, iglesia,²⁰⁶ medios de comunicación y crimen organizado; quedando, la “regulación” a cargo de las instituciones del estado aunque, por la vía de los hechos, puedan ejecutarla cualquiera de ellos como se aprecia en esta fase de existencia de la sociedad mexicana.²⁰⁷

²⁰⁵ Kelsen, *op. cit.*, nota 48, pp. 27-28.

²⁰⁶ Tamayo y Salmorán ha hecho una pertinente observación histórica: “Ciertamente, la Iglesia comenzó a crecer desde su fundación; pero este edificio no se consolida *como objetivo de política pública* sino hasta principios del siglo IV, cuando el decreto de tolerancia [Edicto de Milán] saca a la Iglesia de la clandestinidad. Para entonces la “caída” del imperio iba bien avanzada y la presencia de la Iglesia permeaba toda la vida social”. Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, nota 1, p.4.

²⁰⁷ “La regulación de los medios de comunicación electrónica, particularmente la televisión, sigue siendo la ostra más dura de abrir. La resistencia del duopolio a someterse al imperio de la ley como

La inducción de conductas sociales deriva de la generalidad que caracteriza a las normas jurídicas y se obtiene, en diversos grados y medidas, mediante las actividades propias de las instituciones del estado al desarrollar las políticas públicas; la regulación, alude a los quehaceres y comportamientos individuales o grupales en los que resulta cuestionada la intención estatal de aplicación de la norma a casos concretos, cuya determinación queda sujeta a la voluntad administrativa o jurisdiccional del estado. Ambas tareas, inducción y regulación, confluyen en la tarea de organización estatal de una sociedad cuyo resultado será cotidianamente apreciable en el diario vivir dentro de ella, como realidad social concreta, loable o criticable.

III.5.- Dogmática jurídica y ciencia del derecho

La configuración de teorías a partir del estudio del derecho positivo llena, prácticamente, la vida de la mayoría de los juristas. A ellas puede llegarse por caminos bien definidos: filosofía o ideología. Ello no excluye la posibilidad, siempre inevitable, de que un disimulado sincretismo pueda hacerse presente en tales menesteres. La primera, basada en la investigación científica; la otra, más en la creencia, hacen que difícilmente la mente del investigador puede sustraerse a la posibilidad de confusión entre una y otra dando lugar a una modalidad de ideología salpicada de filosofía.²⁰⁸ El análisis semántico del lenguaje jurídico, su

sujetos de concesiones públicas, con responsabilidades sociales y obligaciones de observancia democrática, es larga y encuentra cobijo no sólo en el Congreso, de quien ha recibido las mayores dispensas y leyes a modo, sino que abarca un conjunto amplio de instituciones tanto públicas como privadas que, a la legislación reducida, le suman el disimulo de su mínimo cumplimiento. (...) La lucha por garantizar el derecho a la información de los ciudadanos en el proceso democrático que se contiene en esta disposición del artículo 185 de la LEGIPE, que busca incidir en la equidad de la cobertura informativa en las contiendas electorales, se ve violentada al restringir el derecho a la información a un monitoreo sólo a los “noticieros.” Corral, Javier, “TV y elecciones: zona de impunidad”; periódico *El Universal*, sección “Opinión”, 28 de octubre de 2014, p. A 19.

²⁰⁸ “La *prudentia iuris* (i.e. la ciencia jurídica), desde su origen, ha tenido muy claro qué es el derecho (y cómo se crea). Sin embargo, para algunos autores contemporáneos el derecho es inasible, inefable, en fin, indefinible. Otros, negando su carácter histórico, creen que el derecho está fuera de la historia, o bien, se encuentra en “sentimientos” o “valores” que “descubro” o se me “revelan”. Otros

estructuración lógica y la lógica de su estructuración²⁰⁹ a partir de una constitución y un cúmulo de leyes secundarias que se entrelazan –entre sí y con aquella-, han dado lugar a la elaboración de una enorme diversidad de puntos de vista teóricos bajo el presupuesto epistemológico de que dogmática jurídica y ciencia del derecho son expresiones sinónimas.

A partir de tal premisa cognitiva, quienes efectúan esos trabajos de reflexión toman al derecho legislado para, de ese universo, pretender obtener las respuestas a los problemas que se suscitan entre los seres humanos que convergen en una sociedad con la convicción de que la totalidad de ellos se pueden resolver con el estudio lógico y sistematizado del entramado gigantesco de normas que lo constituyen; y que éste, tendencialmente, es completo²¹⁰ y hermético como si nada estuviera fuera de la previsión de su creador.²¹¹ Esta convicción o creencia es la premisa fundamental de la que parte una visión dogmática cuyo paradigma es la

más lo hacen dependiente de prédicas humanas o dogmas de diversas ideologías. Estas extrañas convicciones deben mucho a la ignorancia; pero también, a la abundante literatura que ha oscurecido su descripción. Por fortuna, esto no es así. Desde tiempos clásicos, la descripción del derecho ha sido clara e inteligible. Existen datos incontrovertibles sobre la creación y existencia del derecho. El derecho es un hecho histórico; creación cultural que ha acompañado a todas las comunidades humanas (históricas).” En Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, nota 107, p. 62.

²⁰⁹ “-En ese caso deberás decir lo que piensas- insistió la Liebre. –Es lo que estoy haciendo –le replicó Alicia-, o, al menos, pienso lo que digo, lo cual viene a ser lo mismo. –¿Cómo va a ser lo mismo?- exclamó el Sombrero-, ¿Acaso es lo mismo decir <<veo lo que como>> que <<como lo que veo>>?” En Carroll, *op. cit.*, nota 93, p. 170.

²¹⁰ “El problema semántico que en sede de metateoría del derecho debemos afrontar es entonces: ¿cuáles son los “hechos observados” de la teoría del derecho, y más en general de la ciencia jurídica? Esta pregunta tiene dos posibles y diferentes respuestas. La primera respuesta es que los “hechos observados” de la teoría, y más en general de la ciencia del derecho, son las *normas jurídicas*, es decir el conjunto de reglas más o menos codificadas que componen los sistemas de derecho positivo. Estos hechos, como es sabido, tienen una naturaleza particular: son hechos lingüísticos, esto es, fenómenos que aun si no expresados en textos lingüísticos codificados, son en cualquier caso representables como proposiciones con sentido y que tienen función prescriptiva. En los derechos positivos modernos, como resultado de la unificación, concentración y reglamentación estatal de las fuentes de producción del derecho, estas proposiciones se hallan incluso formuladas y sistematizadas en documentos normativos cuyo conjunto se presenta como un universo lingüístico complejo y articulado –el discurso del legislador, expresado en un lenguaje legal más o menos tecnificado- caracterizado por una unidad interna, una coherencia relativa y una tendencial completud.” En Ferrajoli, Luigi, *Epistemología jurídica y Garantismo*, 4ª. ed., México, Fontamara, 2011, Colecc. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, número 88, p. 21.

²¹¹ Se trata de una creencia antigua que Peter Stein describe así: “Los juristas conciben el derecho como un *compositum*, como un todo completo y consistente. Cicerón y sus contemporáneos (incluido Servius Sulpicius Rufus) daban por sentado que el derecho consistía, *inter alia*, en un cuerpo coherente y acabado. En el derecho –pensaban-se encuentran todas las respuestas. Basta solo que los juristas, el foro y los jueces, dotados de *jurisprudencia*, las obtengan y formulen.” Citado por Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, nota 107, p. 80.

aplicación del derecho creado (puesto), considerado como sistema cerrado y autosuficiente, que semeja una especie de intrincada red de relaciones entre las normas dispuestas para su aplicación a los casos concretos y los resuelve pues, se afirma, para todos tiene una respuesta.

Este modo específico de consideración para acceder al estudio del derecho, donde la respuesta a toda problemática “debe ser” buscada y encontrada dentro de los lineamientos del derecho mismo, acredita a la dogmática jurídica como método; no como ciencia. Es modo de construcción, no resultado. A esto se refería Kelsen al hablar de la “pureza” del derecho.²¹² Debemos considerar entonces que este método de acceso al conocimiento del derecho, para efectos de su aplicación, es la base en que se sustenta la noción de “principio de legalidad” convirtiéndolo, como tal, en una decisión política declarada en la constitución.²¹³

Este es el método que guía toda la acción estatal de aplicación de las normas; el mismo que se enseña al profesionalizar al jurista y el que, consecuentemente, se sigue en la práctica de interacción entre los particulares y los órganos del estado. Luhmann ha observado estos dos campos de estudio y aplicación, y sugiere la existencia de dos planos posibles de apreciación del derecho denominándolos: interno o de autoobservación y externo o de unidad del sistema:

“Las “teorías del derecho” que surgen en la práctica jurídica o en la docencia del derecho son, junto con los textos del derecho vigente, la forma en la que el derecho se presenta como resultado de las interpretaciones. En este sentido, las interpretaciones son producto de la autoobservación del sistema jurídico, pero no por ello son teorías de reflexión de la unidad del sistema (del sentido del derecho, de su función, etcétera), como para que de allí se extraigan consecuencias que consoliden expectativas.”²¹⁴

²¹² “Al caracterizarse como una doctrina “pura” con respecto del derecho, lo hace porque quiere obtener solamente un conocimiento orientado hacia el derecho, y porque desearía excluir de ese conocimiento lo que no pertenece al objeto precisamente determinado como jurídico. Vale decir: quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños. Este es su principio fundamental en cuanto al método.” En Kelsen, op. cit., nota 50, p. 15.

²¹³ En la Constitución Política de Estados Unidos Mexicanos, tal principio encuentra asiento en los artículos 14 y 16 que perfilan la aplicación de la ley frente a los gobernados como materia del acto de autoridad.

²¹⁴ Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, 2ª.ed., trad. Javier Torres Nafarrete, México, Herder, 2005, p. 63.

Estos ámbitos –interno y externo- del derecho pueden ser examinados de diferentes maneras dependiendo de si se es hombre del estado o particular; en tales categorías queda subsumida la condición de jurista. En la primera hipótesis, se analizará y teorizará desde el ángulo interno del derecho para efectos de creación, modificación aplicación, interpretación o anulación conforme a las reglas establecidas por el derecho mismo. A decir de Luhmann, la visión jurisprudencial es la encargada de examinar ese plano de autoobservación del derecho. La jurisprudencia, según este autor, es el resultado que se obtiene al examinar dogmáticamente el derecho.

En nuestro orden jurídico la jurisprudencia se obtiene como resultado del paso de los conflictos sociales –entre particulares, entre éstos y órganos del estado o entre estos últimos entre sí- sometidos a la consideración del poder judicial federal, pasados por el tamiz de la interpretación del derecho. En su formación concurre la visión que los contendientes tienen acerca de los contenidos del derecho que, a su juicio, resultan aplicables; así como el sentido en que consideran debe hacerse su aplicación. El método de estudio que sostiene la argumentación esgrimida, tanto por los contendientes al litigar, como del órgano jurisdiccional al resolver, debe ser el mismo: dogmático.

Sin embargo, el resultado manifestará las divergencias que son propias e inherentes al rol que juegan los contendientes frente al resolutor, en función del poder que éste detenta dentro de la estructura estatal, medible frente a los particulares u otros órganos estatales. Sólo el resolutor, al aplicar dogmáticamente el derecho, producirá jurisprudencia. Los contendientes, al ofrecer su propuesta de aplicación dogmática del derecho, sólo producirán argumentación; es decir, doctrina.

Es en este punto de bifurcación de los resultados obtenidos por el estudio y aplicación dogmáticos de las normas jurídicas, donde aparecen nítidamente perfiladas las diferencias entre ciencia jurídica y ciencia del derecho. La jurisprudencia suele ser identificada como sinónimo de ciencia jurídica en tanto, como resultado, se convierte en una norma individual prescriptiva u obligatoria para el caso concreto y en norma general para otros casos al erigirse como precedente

obligatorio para todos los tribunales inferiores. Mientras que la ciencia del derecho habrá agotado su tarea en describir y argumentar uno o varios sentidos de aplicación de las normas jurídicas en debate.

Sin embargo, a diferencia de la jurisprudencia como visión estatal del derecho que, en el sentido de su resolución, encuentra su frontera de conocimiento insuperable; la ciencia del derecho no tiene esa limitación para trascender en el conocimiento del derecho pudiendo continuarlo ascendentemente a partir de la pregunta misma de por qué la resolución tuvo precisamente el sentido dado por el órgano jurisdiccional de última instancia y no otro posible cualquiera, conforme al derecho aplicable:

“Al final la interpretación que prevalece, la que rige la vida de la comunidad, es la que los señores de la toga (probablemente tan solo la mayoría de ellos) validaron como constitucionalmente atinada. El poder de la “última palabra” convierte en “correcta” a la que en otras circunstancias apenas sería una de las respuestas posibles.”²¹⁵

En este aspecto Kelsen ha hecho una observación atinente a la interpretación del derecho como expresión de ejercicio de poder:

“Debe tenerse en cuenta que por vía de interpretación auténtica, es decir, de interpretación de una norma por el órgano jurídico que tiene que aplicarla, no sólo puede llevarse a efecto una de las posibilidades mostradas en la interpretación cognoscitiva de la norma aplicable, sino que también puede producirse una norma que se encuentre enteramente fuera del marco que configura la norma aplicable.”²¹⁶

Pasemos, ahora, a la otra perspectiva manejada por Luhmann, la que denomina como plano externo de observación del derecho, como sistema u orden jurídico bajo el que puede distinguirse el sentido del derecho y su función social para el fin de su preservación en el tiempo. Lo realiza el hombre del estado en comunión con los hombres que se agrupan socialmente bajo la más o menos aceptada denominación de factores reales de poder, según la clásica expresión de Ferdinand Lasalle. En este ámbito externo se toman las decisiones políticas —expresión de voluntad del poder- para establecer los contenidos que dan cuerpo al derecho. Este

²¹⁵ Salazar Ugarte, Pedro, “Justicia constitucional y democracia: el problema de la última palabra”, en Vázquez, Rodolfo (Comp.), *Corte, jueces y política*, México, Fontamara-Nexos, 2007, p. 44.

²¹⁶ Kelsen, *op. cit.*, nota 50, pp. 354-355.

es el espacio de la política jurídica, ya fácilmente distinguible de los otros conceptos analizados.

Sólo la doctrina puede analizar ambos planos de observación del derecho desde la mirada de la ciencia del derecho y su filosofía. Esta es la diferencia que indica que no podemos confundir, ni considerar como sinónimos, a la dogmática jurídica y a la ciencia del derecho, atendiendo a dos condiciones: una, la dogmática es método de análisis del derecho, propio de la estructura estatal cuya premisa mayor de argumentación está dada en la hermeticidad del derecho; su resultado será la jurisprudencia o “ciencia jurídica”,²¹⁷ cuyo resultado es obligatorio; dos, la ciencia del derecho es estudio que puede seguir diferentes métodos –incluyendo el dogmático– pero cuyo resultado es solo doctrinal. La perspectiva de análisis filosófico científico permite examinar ambas caras del derecho.

Ahora bien, la diferencia entre política jurídica y jurisprudencia –siendo ambas actividades de estado– radica esencialmente en que, por la primera, se establecen los contenidos de la norma; en tanto que, por la segunda, se establece interpretación sobre las formas de aplicación social de tales contenidos. Significa que la jurisprudencia no abarca al plano externo del derecho; es decir, no podría ocuparse de la política jurídica de un Estado. La razón obedece llanamente a que se trata de tareas de estado encomendadas a órganos diferentes por jerarquía, función y objetivos.

Ha sido la presencia de esta confusión al igualar dogmática jurídica con ciencia del derecho, como presupuesto epistemológico en las consideraciones teóricas de los juristas, lo que ha llevado a minimizar, restar valor o, de plano, ignorar el papel decisivo que juega la interpretación jurídica en la definición final del sentido de las normas y en la construcción de la legalidad y el orden jurídico. Ello convierte, a dicha actividad intelectual y a su resultado, en un metalenguaje en posesión exclusiva de los órganos del Estado. Las teorías basadas en esta indistinción son

²¹⁷ Asentamos aquí los conceptos de “jurisprudencia” y “ciencia jurídica” atados por la disyunción sólo en razón de que una muy extendida parte de la doctrina los asume como sinónimos. Dejamos constancia de que nosotros tenemos otra perspectiva. La jurisprudencia es una decisión de poder de Estado, lo que le quita toda condición de científicidad. Para su formulación se sigue el método dogmático, en el que la lógica no es necesariamente el factor que determina el sentido de la resolución elevada a la condición de jurisprudencia.

erigidas como parte fundamental de las ideologías que justifican la incorporación de toda clase de contenidos en la normativa del orden jurídico establecido, mismos que gracias a esa equiparación tienen cierta aureola como si se tratase de “ciencia”.

El estudio científico que se ocupe de investigar a fondo el papel de “gran legislador” que posee el jefe de estado y por qué desde ésta posición política –vía derecho de iniciar leyes- se dota de específicos contenidos a las normas jurídicas en prelación con otros posibles; y de hacer previsión sobre las posibles consecuencias sociales de su puesta en vigor; es decir, que ponga como objeto de estudio a la política jurídica y utilice el método científico en busca de un saber nuevo por modesto que sea;²¹⁸ merece recibir el nombre científico de politología del derecho.

III.6.- Ley y legalidad.

En esta dualidad se entreveran, en realidad, cuatro categorías jurídicas: ley, principio de legalidad, interpretación e impunidad.²¹⁹ La suma de todas ellas tiene por resultado una legalidad concreta alusiva a la interrelación entre Estado e individuo. Solo la ley por aplicar es documento escrito. El principio de legalidad es un compromiso político de aplicación de esta, en todos los casos, tanto en anuencia como en conflicto, con el particular. La interpretación del texto es actividad intelectual. La impunidad es decisión humana de poder. La legalidad, en este orden de ideas, debemos considerarla como la suma, el resultado directo de todos esos procesos. La legalidad es, en resumen, la acción de los hombres del estado frente

²¹⁸ “Puede hacerlo de muchas maneras: replanteando problemas viejos de manera más adecuada, señalando nuevos problemas filosóficos, inventando ideas, analizando conceptos o teorías, exhibiendo conexiones antes ocultas, etc.” Bunge, *op. cit.*, nota 155, p. 284.

²¹⁹ “Dentro de un orden jurídico que, considerado como un todo, tiene eficacia, puede haber normas que sean válidas y no sean sin embargo eficaces, es decir, que no sean obedecidas ni aplicadas, incluso cuando se han llenado las condiciones que ellas mismas señalan para su aplicación.” En Kelsen, *op. cit.*, nota 48, p. 140.

a la letra de la ley, que el individuo esgrime –frente al estado- invocando un beneficio o pretendiendo eludir un perjuicio.

El primer escollo con que se tropieza frente al texto de la ley es la generalidad de los términos con los cuales ha sido redactada. De aquí que se establezca, como principio de legalidad, la exigencia de la invocación de la ley por aplicar, tanto al inicio como al final de los procedimientos jurídicos. La parte fundamental de la disputa por la aplicación de la ley radica en la generalidad de sus términos y, por consecuencia, en la calidad de la interpretación que sobre ellos se haga.

En tal circunstancia, qué significado tienen o adquieren expresiones tales como “conforme a la ley”, ‘apegado a derecho’ o ‘en términos jurídicos’, cuando la interpretación deviene característica subyacente a toda norma jurídica por aplicar. Sostener que toda norma jurídica es interpretable, establece un presupuesto ontológico: la letra de la norma es insuficiente e inacabada y la determinación final de su sentido la tiene el intérprete que, por sus características, pueda imponer su interpretación. La generalidad de las normas, entraña, concomitantemente, una indeterminación de su contenido establecida intencionalmente para efectos de su posterior aplicación específica. Kelsen ha explicado que:

“Resulta así que todo acto jurídico, sea un acto de producción de derecho, sea un acto de pura ejecución, en el cual el derecho es aplicado, sólo está determinado en parte, quedando en parte indeterminado. La indeterminación puede referirse tanto al hecho condicionante, como a la consecuencia condicionada. La indeterminación puede ser justamente intencional, es decir, haber sido establecida por voluntad del órgano que instauró la norma que ha de aplicarse.”²²⁰

La indeterminación de las normas, derivada de su generalidad, puede ser percibida de diversos modos y, aun así, tener validez para ser aplicada en infinidad de circunstancias de la vida social:

“Tenemos aquí, en primer lugar, la ambigüedad de una palabra o de una secuencia de palabras, mediante las cuales la norma se expresa: el sentido lingüístico de la norma no es unívoco; el órgano que tiene que aplicar la norma se encuentra entre varios significados posibles. La misma situación se presenta cuando quien tiene que aplicar la norma cree poder suponer una discrepancia entre la expresión lingüística de la norma y la voluntad a través de ella expresada de la autoridad que dictó la norma, aunque así permanezca indecisa la manera en que esa voluntad podría verificarse. En todo caso tiene que aceptarse la

²²⁰ Kelsen, *op. cit.*, nota 50, p. 350.

posibilidad de que se la investigue partiendo de otras fuentes distintas a la expresión lingüística de la norma, en tanto ésta puede considerarse que no corresponde a la voluntad del autor de la norma...La indeterminación del acto jurídico que haya de efectuarse puede resultar, por fin, como consecuencia del hecho de que dos normas, con pretensión simultánea de validez –por estar contenidas, por ejemplo, en una misma ley-, se contradicen total o parcialmente.”²²¹

En la aplicación de la ley, puede haber anuencia –sin detenernos a examinar la forma en que ésta se obtiene, ya del particular, ya del órgano jurídico- caso en el cual la ley se habrá cumplido. Por ejemplo, en caso de satisfacción de requisitos administrativos para la obtención de un servicio o permiso del estado. En la hipótesis contraria, la de conflicto, habrá disputa por los términos y formas de aplicación de la ley al caso concreto. Concurrirán, ante los órganos especializados del Estado mediante los procedimientos legales establecidos para ello, los argumentos de derecho de los particulares que podrán, o no, coincidir o ser tomados en consideración, en la argumentación jurídica mediante la cual se resuelva el conflicto. Al considerar que el derecho, en tanto orden jurídico, es un orden social, esta modalidad de acercamiento a los órganos estatales nos da la pauta original de la conflictividad social controlada institucionalmente:

“Cuando el derecho tiene que ser aplicado por un órgano jurídico, éste tiene que establecer el sentido de la norma que aplicará, tiene que interpretar esas normas. La interpretación es un procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del derecho, en su tránsito de una grada superior a una inferior. En el caso en que más se piensa cuando se habla de interpretación, en el caso de la interpretación de la ley, se debe dar respuesta a la pregunta de qué contenido hay que dar a la norma individual de una sentencia judicial o de una resolución administrativa, al deducirla de la norma general de la ley para su aplicación al hecho concreto. Pero también tenemos una interpretación de la constitución en tanto corresponda aplicarla, mediante el procedimiento legislativo, al promulgar normas de emergencia o producir otros actos inmediatamente determinados por la constitución, en una grada inferior; y también tenemos una interpretación de los tratados internacionales o de las normas del derecho internacional general consuetudinario, cuando éste o aquél tiene que ser aplicados por un gobierno, por un tribunal u órgano administrativo internacional o nacional. Y hay también una interpretación de normas individuales, sentencias judiciales, decisiones administrativas, negocios jurídicos, etcétera, en suma: una interpretación de todas las normas jurídicas, en tanto deben recibir aplicación.”²²²

²²¹ *Ibíd.*, pp. 350-351.

²²² *Ibíd.*, p. 349.

En las circunstancias lingüísticas establecidas por el poder estatal al estructurar el orden jurídico, dejando prácticamente su totalidad sujeta a la interpretación de los textos para efectos de aplicación, el peso de la política se resentirá, fundamentalmente, en los resultados finales que sobre la letra de la norma tenga la interpretación jurídica. Una invaluable aportación de Kelsen a la comprensión de esta cuestión ha sido decir:

“La representación en que se funda la teoría tradicional de la interpretación, a saber: que la determinación del acto jurídico por cumplirse, no efectuada por la norma jurídica por aplicar, pueda obtenerse mediante alguna especie de conocimiento del derecho ya existente, es un autoengaño lleno de contradicciones, en cuanto es contrario a los presupuestos de la posibilidad de una interpretación. La pregunta de cuál sea la posibilidad “correcta”, en el marco del derecho aplicable, no es –según los supuestos previos- ninguna pregunta dirigida al conocimiento del derecho positivo, no es una pregunta teórica-jurídica, sino que es un problema político.”²²³

La colocación de la interpretación del derecho²²⁴ en la condición de problema de orden político, lejos de aquella esotérica concepción que la imponía como instrumento para desentrañar el misterio de “lo que quiso decir el legislador”, nos remite hacia el ámbito de relación entre jurisdicción y política, mostrándonos que la interpretación del derecho -no la que se hace doctrinalmente ni la que configura los argumentos de derecho con los cuales los particulares concurren ante los órganos estatales en la disputa por la aplicación de las normas- sino la que es calificable de jurídica, es también, una decisión política: una decisión de poder.

Por todo ello, la legalidad, no puede verse como sinónimo de legislación, pues mientras ésta viene a ser una modalidad referencial del plural de ‘ley’, aquella lo es de régimen político²²⁵ como agudamente lo ha expuesto Bobbio:

²²³ *Ibíd.*, p. 353.

²²⁴ “Jhering visita, por ejemplo, en una de sus divertidas fantasías, el cielo de los conceptos jurídicos, donde encuentra la prensa dialecticohidráulica de la interpretación, que permite sacar de cualquier texto todo lo que un jurista necesita en un caso determinado, mediante sus dos partes principales: el *inyector*, que introduce los elementos ajenos a la intención original, y el *eliminador*, que quita las incómodas expresiones positivas, contenidas en el texto.” Citado por Margadant S., *op. cit.*, nota 2, p. 107.

²²⁵ Según el diccionario ‘legalidad’ posee también el significado de: “régimen político estatuido por la ley fundamental del Estado; mientras que ‘legislación’ significa: cuerpo o conjunto de leyes con las cuales se gobierna un Estado, o una materia determinada.” En Palomar de Miguel, Juan, *Diccionario para juristas*, México, Mayo Ediciones, 1981, p. 780.

“Lo que agrava más este aspecto es que los años de nuestra formación fueron también, en Italia, los años durante los cuales un viejo régimen liberal fue sustituido poco a poco por un régimen de dictadura, con una obra de lenta erosión de las estructuras más que de violenta transformación revolucionaria de las instituciones. En aquella situación, la concepción positivista de respeto a ultranza a la legalidad había asumido un valor progresista y liberal, de resistencia a la intromisión del poder ejecutivo y del partido dominante, de defensa de la libertad individual contra el arbitrio de los poderes públicos. Pero, cuando se impuso la dictadura y la máquina del Estado totalitario comenzó a funcionar regularmente, dando curso a la “nueva legalidad”, la concepción positivista de respeto a la ley sirvió óptimamente para el uso contrario, es decir, para inculcar la obediencia a la autoridad, para extinguir toda veleidad de resistencia, para justificar todo delito realizado en nombre de una orden recibida de un poder que era, por lo menos, formalmente legítimo. Nos encontramos así, aunque a pesar nuestro, en la mejor situación para darnos cuenta de la extrema inestabilidad de las ideologías jurídicas, cuyo valor progresista o reaccionario depende de las circunstancias históricas en que son sostenidas y de los partidos que las reclaman.”²²⁶

No hay, pues, razón de confusión entre los conceptos de legislación y legalidad. La legislación es resultado del trabajo de producción del legislador, que se traduce en el conjunto de leyes o normas generales que conforman el orden jurídico; en tanto, legalidad, deviene resultado concreto y verificable de la aplicación, administrativa y jurisdiccional, de las leyes que conforman la legislación. La legislación es producto de la actividad del Estado, la legalidad es resultado de la acción de gobierno.

Contrariamente a lo que pudiera pensarse, la legalidad no se forja con los principios escritos que contenga la legislación como deber de autoridad; más bien, es una cuestión concreta y específica sujeta al debate. No depende de la legislación misma —que es una cosa— sino de la voluntad de los hombres que conducen al Estado en calidad de gobierno. Legalidad tampoco debe considerarse como la ideal aplicación de la ley, sino, como el resultado cierto, palpable, de su aplicación en la vida social. La legalidad, apegada o no al texto legislado, se soporta en la fuerza material del Estado y da lugar al tipo específico de régimen político que se impone en cada sociedad.

Estas quedarían como nuestras consideraciones acerca de las dualidades que han incidido de manera negativa en las teorizaciones del derecho; vistas así, nos proporcionan un marco referencial indispensable para intentar una nueva

²²⁶ Bobbio, op. cit., nota 140, pp. 8-9.

comprensión del fenómeno jurídico que parta desde la base misma de investigar y comprender qué es la juridicidad como potestad estatal que le permite crear, modificar, anular, aplicar e interpretar la totalidad de normas que fijan el orden 'jurídico'. Examinemos, por consecuencia, qué es la juridicidad y cuál es esa relación que guarda con la determinación de una política 'jurídica'.

CAPÍTULO IV: JURIDICIDAD Y POLÍTICA JURÍDICA.

La juridicidad representa el punto central, indispensable, de búsqueda para comprender adecuadamente qué es derecho y qué política jurídica. Para abordar sólidamente el problema de la juridicidad,²²⁷ tratemos de identificar los elementos que la configuran y que nos permitan llegar a saber qué es. Para ello necesitamos no perder de vista su relación de origen con la política:

“Caída la *polis*, la “politicidad” se atenúa diluyéndose variadamente o transformándose en otra. Por un lado, la política se juridiciza, desarrollándose en la dirección indicada por el pensamiento romano. Por otro lado, la política se teologiza, primero adecuándose a la visión cristiana del mundo, después en relación con la lucha entre el papado y el Imperio, y por último en función de la ruptura entre el catolicismo y el protestantismo. En todos los casos, el discurso sobre la política se configura —empezando por Platón y también por Aristóteles— como un discurso que es, conjunta e indisolublemente, ético-político.”²²⁸

Una vez que se legisla, esto es, que se ha traducido a texto la decisión política tomada por el legislador —quien lo sea en cada sistema jurídico— sobre lo que debe hacerse o evitarse se convierte, previa su publicación oficial, en derecho. Legislar, en otro sentido, adquiere el significado simple de mecanismo estatal de imposición de esa voluntad del poder cuya expresión esencial radica en la dotación de contenido que, desde la posición de poder ejecutivo —Estatel, estadual, municipal — se da a las normas de derecho. Si estas normas, por provenir del poder público, son obligatorias al estar respaldadas por el poder coercitivo con el que se encuentra dotado éste, entonces la juridicidad es la manifestación del poder de imponer una voluntad, determinada por el Estado, a través de ellas. La juridicidad es, por tanto,

²²⁷ Concepto que los juristas buscan de rebote al verse obligados a analizar la ‘antijuridicidad’ en la dogmática del derecho penal como elemento configurativo del tipo; que perciben como el concepto antípoda de aquél pero sobre el cual, la perspectiva dogmática, no ofrece elementos conceptuales precisos por no ser el objeto directo de su investigación; además, porque aun al tratar de esclarecer el concepto de antijuridicidad, no logran ponerse de acuerdo en su significado, asimilándolo a los de ‘ilicitud’ o ‘injusto’. Ver Márquez Piñero, Rafael, *Derecho penal. Parte general*, 3ª. ed., México, Trillas, 1990, pp. 191-207.

²²⁸ Sartori, *op. cit.*, nota 30, p. 208.

la potestad que encuentra su origen en el ejercicio de la jurisdicción ²²⁹ que un estado posee sobre un territorio.

La juridicidad tiene este origen y, por consecuencia, solo puede calificarse derivadamente como “jurídico” a todo aquel acto susceptible de imposición, mediante la creación legislativa o aplicación de las normas de derecho -aún fuera de ellas vía interpretación en última instancia- dada por el poder público; en especial, sus órganos facultados para publicar oficialmente el sentido de las normas jurídicas generales o individuales. Sólo bajo esta connotación de ‘juridicidad’ puede, este concepto, adquirir sentido diferenciado respecto al concepto de derecho pues, mientras la juridicidad es potestad, el derecho es la consecuencia de su ejercicio.

De igual forma, adquieren esa diferencia significativa las expresiones “política jurídica” y “derecho” pues mientras la primera es una decisión de poder, un ser de los hombres que lo personifican, o sea, la manifestación legislada del sentido de su voluntad estableciendo qué debe hacerse o evitarse; el segundo se presenta como el resultado de esa voluntad, un deber ser como cuerpo normativo²³⁰ que determina

²²⁹ Existe una marcada tendencia doctrinal a simplificar el sentido significativo de ‘jurisdicción’ –al amparo de su origen etimológico *jurisdictio*- como acción de decir el derecho, acotándola al ámbito de las funciones que desempeña el poder judicial; sin embargo, tal es sólo una de sus acepciones como tarea de estado. En el *Diccionario para juristas* encontramos que es: “Autoridad o poder que tiene uno para gobernar y poner en ejecución las leyes o para aplicarlas en juicio.” Eduardo Pallares señala: “*Definición.* - Escriche explica el significado de esta palabra como sigue: “El poder o autoridad que tiene alguno para gobernar y poner en ejecución las leyes; y respectivamente, la potestad de que se hayan investidos los jueces para administrar justicia, o sea para conocer de los asuntos civiles o criminales o así de unos como de otros, y decidirlos y sentenciarlos con arreglo a las leyes. También se toma esta palabra por el distrito o territorios a que se extiende el poder del juez, y por el término de algún lugar o provincia y como reglamento por el tribunal en que se administra justicia.” La palabra jurisdicción se deriva de la expresión latina *judicare*, que quiere decir, declarar el derecho, decir el derecho, con lo cual se hace referencia a la facultad de los praetores romanos que no solo fallaban y tramitaban los juicios, sino por medio de sus edictos, declaraban el derecho, esto es, tenían una función legislativa de la que ahora carecen los tribunales.” En Pallares Eduardo, *Derecho Procesal Civil*, 5ª ed., México, Porrúa, 1974, p. 72.

²³⁰ En una muy discutible apreciación, Tamayo y Salmorán ha dicho: “Sin duda ‘norma’ es uno de los conceptos fundamentales de la dogmática jurídica. Sin embargo, aunque muchos libros se han escrito sobre la ‘naturaleza’ del derecho muy pocos juristas examinan exhaustivamente qué es una norma. (...) De hecho, este concepto es frecuentemente usado sin ser definido en absoluto. (...) Esta circunstancia no es tan desastrosa si la idea de norma es clara y corresponde a los usos generales y profesionales. La falta de precisión, aunque seria, no es catastrófica; las diferentes formulaciones recuperan, de algún modo, una idea general que básicamente corresponde al conjunto de nuestras intuiciones sobre normas jurídicas, a saber, “prescriben”, “regulan la conducta humana” “guían la conducta de los individuos”, “provocan comportamientos”, et sit cetera. Pero cualquier cosa que la norma jurídica pueda ser, constituye la unidad básica de los órdenes jurídicos.” Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, nota 107, p. 175. Con la finalidad de no quedar en la orfandad teórica acerca del significado

prohibiciones o permisiones generales codificadas a manera de leyes, de observancia obligatoria para los hombres carentes de poder dentro de una sociedad.

Caracterizando de este modo la juridicidad estaremos en aptitud de fijar la diferencia existente entre esa gran diversidad de locuciones utilizadas por los teóricos que dan por presupuesta una identidad entre el derecho y lo jurídico que los lleva, erróneamente, a situarlos como sinónimos cuando en realidad no lo son.

IV.1.-Lenguaje jurídico.

Suelen las doctrinas sostener que el lenguaje con el cual se formula el derecho, es un 'lenguaje especializado'. Caracterizarlo de esta manera no ayuda mucho a comprender su significado pues tal expresión presenta una anfibología de lenguaje ordinario; es decir, posee una ambigüedad de sentido. La especialización del lenguaje jurídico no tiene su origen en la profundización de los avances científicos que hacen especiales a los lenguajes del químico, astrónomo, biólogo, etc. La especialización del lenguaje jurídico proviene de esa conocida expresión de que el derecho dota a sus conceptos de significado propio; lo cual, en rigor idiomático, genera una imposición lingüística pues es el poder público el que, al darle nombre a las cosas, establece el vínculo semántico primordial entre lenguaje jurídico y realidad. Esta es la característica que convierte al lenguaje del derecho en un lenguaje especializado.

de "norma jurídica" –Tamayo estima como no catastrófico el uso del término sin ser definido pero...¡tratándose del concepto al que califica como 'unidad básica' de los órdenes jurídicos!...imagino que algún efecto tendrá tal actitud en los resultados de cualquier investigación sobre derecho que recurra a ese cómodo expediente. Nosotros adoptamos aquí la noción acuñada por Kelsen: "Es un esquema de explicitación conceptual...Con la palabra "norma" se alude a que algo deba ser o producirse, especialmente a que un hombre deba comportarse de determinada manera. (...) "Norma" es el sentido de un acto con el cual se ordena o permite y, en especial, se autoriza, un comportamiento. Debe tenerse en cuenta con ello que la norma, como sentido específico de un acto intencionalmente dirigido hacia el comportamiento de otro, es algo distinto del acto de voluntad cuyo sentido constituye. Dado que la norma es un deber, mientras que el acto de voluntad, cuyo sentido constituye, es un ser." Kelsen, *op. cit.*, nota 50, pp. 17-19.

Debido a la presencia de tal característica, el lenguaje jurídico subordina al lenguaje ordinario y esta subordinación adquiere una expresión de choque entre dos concepciones sociales existentes del uso lingüístico. Una, la del uso generalmente impreciso del lenguaje ordinario de la vida cotidiana aderezado por la ‘televisividad’ -llamémosle así a la repetición que hacen las personas del uso del lenguaje e información vertidos por televisión que incorporan a su material idiomático coloquial-; parroquialidad –como traslación de conceptos religiosos al uso ordinario del lenguaje-, y la falta de base de nuestros prejuicios y creencias que un sentido común, sin tamiz alguno de crítica, eleva a la condición de axiomas inmutables. Y otra, que entra en colisión con la anterior, de interpretación literal de las palabras con que está revestido el uso del lenguaje jurídico que al dotar de significado, propio y peculiar, a sus conceptos obligando a observarlos, se configura como una imposición conceptual con la cual se construye el edificio de categorías y creencias al que nombramos ‘orden jurídico’, como totalidad de un sistema de convenciones imperante y marco dentro del cual se mueve la vida de los seres humanos que rigen su destino, en el sentido establecido por ese orden, por el solo hecho de pertenecer a la organización política de un estado.

Este choque de concepciones lingüísticas, cuyo resultado natural podría ser sólo la confusión,²³¹ aparece desequilibrado por la presencia del poder del Estado frente a los individuos, obligándoles a conducir su vida social conforme a los lineamientos que fija el lenguaje jurídico, generando distintas percepciones sobre lo que es realidad o apariencia dentro de un contexto social determinado, pero sobre todo, como expresión de la relación entre poder y derecho.²³²

No es ‘el derecho’ el que dota de significado propio a los conceptos que utiliza sino el poder estatal, de los hombres que lo representan, el que dota de contenido lingüístico y significado propio a los términos del derecho. Parecería indiscutible la

²³¹ “Es como si se me llenara la cabeza de ideas, pero al final... ¡no sé qué significan!” En Carroll, op. cit., nota 93, pp. 250-251.

²³² “Cuando yo empleo una palabra –insistió Tentetieso* en tono desdeñoso- significa lo que yo quiero que signifique..., ¡ni más ni menos! –La cuestión está en saber –objetó Alicia- si usted puede conseguir que las palabras signifiquen tantas cosas diferentes. –La cuestión está en saber –declaró Tentetieso- quién manda aquí... ¡si ellas o yo!” Ibídem, pp. 316-317. *Tentetieso es la traducción elegida por la casa editorial para traducir el nombre Humpty Dumpty, original en inglés.

necesidad de esbozar, para una mejor comprensión del derecho, alguna teoría sobre el control arbitrario de las palabras, que se sostiene y depende de quien tiene el poder para hacerlas. Tendría una mayor utilidad social que otras percepciones teórico “mágicas” sobre el lenguaje jurídico que, sin embargo, circulan con cierta profusión.²³³

De manera simple podemos afirmar que el lenguaje jurídico es el lenguaje del Estado en tanto se considere a éste como una ficción. Dada su incorporeidad será el lenguaje escrito el instrumento de comunicación de los individuos que representan a los órganos o estructuras que lo componen y están habilitados para crear, modificar, aplicar, interpretar o anular normas de carácter jurídico. Han sido los hombres que detentan el poder del Estado quienes, bajo la consideración elemental de que una cosa es emplear una palabra y otra saber lo que quiere decir, han creado el artificio jurídico sobre el que se sostiene este poder de control sobre las palabras de este lenguaje: el principio de ignorancia del derecho:

“Es sabido que uno de los más firmes sostenes de las sociedades civilizadas viene siendo, desde hace más de dos mil años, una presunción *jure et de jure* que constituye un verdadero escarnio y la más grande tiranía que se haya ejercido jamás en la historia: esa base, ese cimiento de las sociedades humanas es el que se encierra en estos dos conocidos aforismos, heredados de los antiguos romanistas: 1.º A nadie le es permitido ignorar las leyes (*nemini licet ignorare jus*); 2.º En consecuencia, se presume que todo el mundo las conoce; por lo cual, aunque resulte que uno las ignoraba, le obligan lo mismo que si las hubiese conocido (*nemo jus ignorare censetur; ignorantia legis neminem excusat*). Esta presunción se mantiene a sabiendas de que es contraria a la realidad de las cosas; a sabiendas de que es una ficción, a sabiendas de que es una falsedad, a sabiendas: Primero, de que nadie conoce todo el derecho, de que sólo una insignificante minoría de hombres sabe una parte, y no grande, de las leyes vigentes en un momento dado; Segundo, de que es imposible que la mayoría, y aun esa minoría misma, las conozca todas; y Tercero, de que la presunción

²³³ “En los primeros estadios de los que nos quedan vestigios, los actos jurídicos eran actos mágicos. Este es un hecho de gran importancia para la comprensión de nuestro lenguaje jurídico. En su origen, éste es el lenguaje de la magia. Ha conservado su forma hasta el presente. Hablamos como si creásemos efectos invisibles con ciertas palabras. Pero sería erróneo rechazar, por esta razón, a ese lenguaje, como si careciese de sentido. Su utilidad es obvia. Lo importante es tratar de comprender nuestro lenguaje jurídico tal como es. Para intentar esto podemos pasar por sobre la cuestión de saber en qué medida es posible comprobar la existencia de creencias mágicas en nuestra época.” En Olivecrona, Karl, *Lenguaje jurídico y realidad*, 10ª ed., trad. Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2013, Colecc. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política número 3, pp. 44-45.

conforme a la verdad de los hechos, conforme, por tanto, a la razón, a la justicia y a la lógica, sería cabalmente a la inversa, que nadie conoce las leyes como no se pruebe lo contrario.”²³⁴

La condición ‘jurídica’ dada a este artificio deviene precisamente de su obligatoriedad, impuesta por ley, así como por el hecho de tener el fin específico inmanente a todo orden jurídico:

“No faltan escritores que reconocen lo falso y convencional de aquella presunción, desmentida a cada paso por la realidad; pero piensan, como Ambrosoli, como nuestro Vicente y Caravantes, que una tal ficción es absolutamente necesaria para la conservación del orden social. Por manera que el orden social, en las naciones modernas, no puede asentarse sobre la verdad; necesita de una abstracción, necesita de un artificio gigante, monstruoso, que condena a los hombres a caminar a ciegas por el mundo; que los condena a regir su vida por criterios que les son y que fatalmente han de serles ignorados.”²³⁵

La ignorancia del derecho ha de ser vista socialmente en su doble vertiente: una, la que sostiene como principio de derecho que ella no exime del cumplimiento de la ley; y, dos, la proveniente de los personeros del estado calificable de ignorancia del derecho en su sentido de desconocimiento del mismo –por torpeza o por instrucción política- que el lenguaje jurídico traduce llana y suavemente como “acto de autoridad”. La sociedad carga sobre sus espaldas los pesados resultados de ambas. El lenguaje jurídico es el instrumento que posee el Estado para hacer saber a los individuos la voluntad del poder en su tarea de organización política de una sociedad mediante la construcción de un orden jurídico; es decir, un orden social obligatorio que se impone mediante la creación y aplicación de leyes, cuyo contenido representa la traducción a texto de la voluntad política del legislador, sea éste el individuo o grupo de individuos que, por la fuerza del Estado, desempeñen tal función. En su concreción, mediante la aplicación de las leyes, se diseña el modelo de relaciones sociales que definen una formación socio-económica y un régimen político que la sostiene, dando lugar a una realidad social concreta en cada estado-nación.

²³⁴ Costa, Joaquín, op. cit., nota 139, pp. 5-6.

²³⁵ Ídem.

IV.2.-Política jurídica.

Esta expresión fue extraída del acervo kelseniano en los términos que ya precisamos con antelación. Al tomarla como objeto posible de estudio, lo hacemos con el afán de centrar los ojos del jurista en ese contraste entre analizar el derecho como es, para distinguirlo del análisis del derecho como deba ser o como deba ser hecho. No se trata de abrir nuestro espíritu hacia los terrenos de la creencia o los ideales políticos inalcanzables como fuente de inspiración para llenar ese análisis; sino para comprender que ambas expresiones se encuentran ligadas indisolublemente en el derecho como “es”, en razón de que en el proceso de su elaboración hubo quien o quienes decidieron cómo debía ser o como debía ser hecho para que, tamizado por el proceso legislativo estatal, quedara como el derecho que “es”. Hay autores que en tal punto de confluencia encuentran lo que llaman “ideología del derecho”:

“El establecimiento de las correspondencias entre lo prescrito por el sistema jurídico y las causas, móviles, intereses que conducen a tal determinación, no es asunto novedoso, aunque últimamente así se pretenda bajo el rubro de “ideología del derecho”. Lo que se intenta es construir un discurso que clarifique un sistema jurídico determinado, que lo despoje de su pretendida abstracción a fin de dar cuenta de los intereses que privilegia. La articulación de este discurso puede ser también una cortina de humo que deforme lo que el derecho dice, y siempre es susceptible de ser reencontrado también como ideología. De ahí que en el asunto de la ideología del derecho sea posible y deseable ensayar enfoques distintos, contrastarlos entre sí para una mejor aproximación a lo que los antiguos denominaron *ratio legis*.²³⁶

La relación entre estas dos categorías es de fusión entre ellas y su origen se encuentra en la fase prelegislativa.²³⁷ Entendemos como tal a la fase de producción del derecho en ciernes donde se configura la elaboración misma de las iniciativas de ley que es, una fase administrativa. Carlos Sempé la describe:

²³⁶ Carrillo Prieto, op. cit., nota 112, introducción, p. 9.

²³⁷ “En relación con ello, los actos de iniciación legislativa, encomendados, por lo común, en el Estado moderno a funcionarios administrativos, tiene importancia decisiva. Vendrá luego –si viene- la consulta o discusión en torno al anteproyecto inicialmente formulado, *pero el enfoque primero está en el tema o guión ofrecido.*” (El énfasis en cursivas es mío) En Rodríguez-Aguilera, Cesáreo, *El lenguaje jurídico*, México, Colofón, sin año, p. 27.

“Para la elaboración de las iniciativas presidenciales, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal... encomienda a cada secretaría de Estado formular: “respecto de los asuntos de su competencia los proyectos de leyes, reglamentos, decretos, acuerdos y órdenes del Presidente de la República. Para formular los anteproyectos de iniciativa generalmente se forman grupos de trabajo, y cuando la problemática reviste aspectos particularmente delicados, hasta subgrupos. Se acostumbra, especialmente en los proyectos técnicamente complejos, que participen, además de los conocedores de la materia jurídica, técnicos en las ramas de que se ocupa la iniciativa. Es de gran ayuda recabar la opinión de los servidores públicos encargados de aplicar la ley, así como la de los afectados con las reformas. (...) Dependiendo de la complejidad y naturaleza de la iniciativa, conviene consultar con los presidentes de las cámaras y con los de las comisiones que deban conocer de la iniciativa. Por otra parte, derivado de tratados internacionales, nuestro país se encuentra obligado a consultar con otros países cuando pretenda adoptar cierto tipo de normas.”²³⁸

Si bien, constitucionalmente, tal derecho de iniciativa se otorga a varios órganos del Estado, es más que clara la importancia, trascendencia y determinación que tiene la conferida al jefe de Estado. El mecanismo utilizado por el titular del poder ejecutivo para dar sustancia y sentido de organización social a los proyectos de iniciativa de las leyes por someter a discusión en el aparato legislativo formal, dependerá de la inclinación política del gobierno y la perspectiva democrática o autoritaria del régimen político establecido.²³⁹ En este sentido el gobierno, que dirige y manda al Estado, es el que determina, como construcción pública, la realidad social en cada país.

Es ahí, en el enfoque primero sobre el tema o guion ofrecido en los anteproyectos de iniciativas de ley, donde aparece nítidamente reflejado el significado del concepto “política jurídica” expresado como la manifestación de voluntad del órgano de poder rector o jefe del aparato administrativo estatal, para

²³⁸ Sempé Minvielle, Carlos, *Técnica legislativa y desregulación*, 6ª ed., México, Porrúa, 2009, p. 3.

²³⁹ Sirve, a guisa de ejemplo, la nota periodística que anunció: “Lamenta que el Congreso no esté incluido en ese pacto, que sí involucra a empresarios” “Peña Nieto negocia con los “círculos del poder” las leyes secundarias: Barbosa”. En la primera sesión del periodo legislativo que concluirá a finales de abril, el coordinador de los senadores del Partido de la Revolución Democrática (PRD), Miguel Barbosa, exigió al gobierno federal presentar ya las leyes reglamentarias de las reformas energética, de telecomunicaciones y político-electoral, y denunció que ese entramado legal lo está construyendo el presidente Enrique Peña Nieto fuera del Congreso. El Ejecutivo, insistió, negocia “en los círculos del poder” y con los empresarios involucrados el contenido de esa legislación, que luego seguramente remitirá a las cámaras, con la instrucción de que no se les cambie ni una coma. Se trata de por lo menos 60 leyes reglamentarias que se modificarán en forma desconocida para todos los legisladores, incluso para los del Partido Revolucionario Institucional (PRI), recalcó.” Periódico La Jornada, 5 de febrero 2014, p.14. Nota: Andrea Becerril y Víctor Ballinas.

modelar socialmente los quehaceres de la población, dándole un sentido de organización a través de esa voluntad política legisladora que, redactada bajo los cánones de la técnica legislativa y pasada a la discusión y aprobación por los órganos legislativos²⁴⁰ formales del estado, será elevada a la condición de ley, de norma obligatoria, de derecho.

IV.3.- El contenido del derecho.

Al hablar acerca del contenido del derecho, es decir, de por qué una ley ordena o prohíbe tales o cuales conductas o actividades; en realidad las preguntas que debemos hacernos y, desde luego, intentar responder son ¿quién decide cuales deben ser los contenidos de la ley? ¿por qué se establecen unos y no otros? ¿para qué? ¿qué se construye mediante la totalidad de contenidos del entramado de normas a las que denominamos derecho? y quizá la más importante ¿qué relación tienen los contenidos del derecho con la realidad social?²⁴¹ Un sentido de la generalidad que atribuimos como característica de sus normas es que impone conductas para una generalidad de hombres que se encuentran dentro de su supuesto normativo.

Cuando una constitución, en sistema jurídico de tradición romana, señala las atribuciones del presidente de la república y observamos que tiene derecho de iniciar leyes o emitir decretos, no solemos preguntarnos ¿acerca de qué? Este

²⁴⁰ Pertinente resulta la siguiente observación: “Es enriquecedor conocer las similitudes y diferencias existentes ya que cuando algunos hablan del fortalecimiento del Poder Legislativo, parece olvidan que, aun en los regímenes parlamentarios —que de ninguna forma pueden ser tachados de dictatoriales— el Ejecutivo tiene una preeminencia indudable, derivada tanto de los recursos técnicos y humanos con que cuenta, como de los instrumentos jurídicos a su alcance. En esos países, el Ejecutivo cuenta con instrumentos eficaces para lograr la aprobación de sus iniciativas de ley, así como para intervenir y hasta conducir el proceso legislativo.” En Sempé Minvielle, *op. cit.*, nota 238, prólogo, p.XVI.

²⁴¹ En este sentido, nos separamos de los análisis tradicionales del derecho que oscilan entre intentar esclarecer si éste es un mandato; su relación con la moral; si la diferencia entre el derecho como es y cómo debe ser la resuelven los tribunales; o si su caracterización puede hacerse a través de las sentencias de los tribunales, entre otras teorías similares que aparecen en: Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 151.

ejemplo ilustra que no todo en el derecho es explícito ni todo está dicho. Nos permite distinguir entre forma del derecho y contenido. El contenido del derecho está determinado por la política jurídica seguida, en general, por el jefe de estado que es el facultado para la formulación de las iniciativas de ley o decreto. Aun cuando, formalmente, el derecho de iniciativa lo tienen también senadores y diputados, legislaturas de los estados, y hasta los individuos; es claro que prácticamente la totalidad de las iniciativas de ley que se formulan en los órdenes jurídicos calificables como presidencialistas, son formuladas por el jefe del ejecutivo.

En tal sentido hablar de política jurídica, atendiendo al contenido del derecho, entraña hacer referencia a lo que está regulado, el sentido que adquiere la regulación, la omisión o hasta la laguna; tanto en el ámbito de una ley en particular como en la totalidad del orden jurídico considerado como unidad o totalidad discursiva. Si el texto de la constitución política del estado contiene, entre otras cosas, las atribuciones y facultades de éste frente a los individuos y, con base en ellas crea, modifica, aplica, interpreta o anula leyes prescriptivas dirigidas a la regulación de los quehaceres sociales; entonces, es la actividad del titular del ejecutivo la que decide emitir, o no, las iniciativas de ley que permitan hacer concretas las decisiones políticas de aquella; es decir, regular o no determinada actividad social o comportamiento humano, con un sentido u otro.

Pudiera pensarse que los lineamientos de política jurídica están contenidos en la llamada “parte programática” de la constitución que rige a un estado. En términos formales, sí. Pero el avance de las condiciones socioeconómicas y las transformaciones que se generan en cada país, hacen que la quietud del poder estático de la letra constitucional ceda frente a la dinámica del ejercicio del poder político para la organización social. La puesta en funciones del poder reformador puede avasallar a cualquier texto constitucional. La constitución obliga al jefe de estado solo si éste quiere seguir sus postulados; en caso contrario, impulsa su modificación conforme a las necesidades políticas del momento histórico de que se trate.²⁴²

²⁴² “Fuera de los casos de excepción mencionados, no hay reglas para determinar cuál debe ser la Cámara de origen. A veces son consideraciones políticas las que influyen para determinar cuál es la

La discordancia de contenidos entre el texto legal con el constitucional, da pie a las controversias sobre constitucionalidad; en tanto que la omisión de regulación en ley de los preceptos constitucionales origina una de las modalidades de la impunidad. Una reforma constitucional o una legal se logra, no por el trabajo del legislador formal, sino a condición de que éste sea excitado por la iniciativa del jefe de estado que, al formular la iniciativa y establecer su contenido y el sentido asignado a lo que –dependiendo de la materia- debe hacerse y debe evitarse, determina que sea el titular del ejecutivo el que adquiera la condición de real y verdadero gran legislador.²⁴³ La herencia histórica de la tradición romana.

El concepto de contenido del derecho como expresión de política jurídica es fácilmente identificable en una reforma que adicione o modifique a la constitución o a una ley; en nuestro medio son hechos conocidos la modificación del papel del Estado mexicano frente a la extracción del petróleo. Cuando la constitución y la ley establecían su monopolio, eso era derecho; así formaba parte del orden jurídico. Ahora, con la reciente reforma que permite la explotación a particulares; lo que cambió fue el contenido del derecho y este nuevo contenido suprime al anterior –bajo la forma de derogación o abrogación y promulgación- para formar, así, parte del orden jurídico establecido. Este es el sentido de la expresión “dinámica del derecho”: inclusión, modificación y supresión de contenidos que, cual máquina a la que se le sustituyen piezas nuevas por viejas, cumplen la función de su conservación en el tiempo.

Otro ejemplo, en nuestro entorno, es la reciente reforma a la legislación laboral que elimina la generación de salarios vencidos por todo el tiempo que dura un juicio, sustituyéndole por el de un año, con independencia de la duración del

Cámara de origen. Otras, son de orden práctico: buscar un equilibrio entre el número de iniciativas que tiene cada cámara; mayor o menor facilidad para obtener la aprobación en una determinada Cámara, sobre todo cuando ha habido una negociación previa con los integrantes de esa Cámara.” En Sempé Minvielle, *op. cit.*, nota 238, p.18.

²⁴³ No debe perderse de vista que, por ejemplo en el sistema jurídico mexicano, las facultades que se confieren a las cámaras del legislativo son “discutir y aprobar” tales iniciativas. (artículo 72 constitucional)

juicio.²⁴⁴ Con esta modificación la ley conserva su denominación y sigue formando parte del orden jurídico nacional; la diferencia es su contenido.

Puede ocurrir, u ocurre, que exista una norma constitucional que confiere derechos a los individuos y que sin embargo, por la omisión del jefe de estado en enviar la iniciativa correspondiente, no exista ley que establezca el derecho subjetivo y haga obligatorio su cumplimiento para hacerlo efectivo. Tal es el caso del derecho de réplica para las audiencias de los medios de comunicación, respecto del que no existe ley reglamentaria que haga eficaz el mandato constitucional. Pudiera pensarse, por ejemplo, que tras tal omisión se encuentra la idea de sostener la unilateralidad comunicacional de los mensajes transmitidos, mantener los precios de transmisión comercial y evitar los tiempos gratuitos que supondría otorgar ese derecho.

En tanto la constitución confiere al titular del ejecutivo el derecho de iniciar leyes, teniendo la visión de conjunto sobre la totalidad del acontecer social y de la legislación que lo regula –visión de que carecen los restantes titulares del mismo derecho- es éste órgano estatal el que decide qué se regula y con qué sentido normativo. A estas decisiones, facultadas por esta esfera de atribuciones que las hacen posibles, es a lo que denominamos “política jurídica” de un estado.

Debemos hurgar, dentro del contenido del derecho, en aquello que es la materia regulada y el sentido de la regulación a través de los cuales el orden jurídico adquiere aquella doble dimensión de orden y acomodo. La espina dorsal del contenido de la totalidad de una legislación nacional está configurada por la regulación de relaciones económicas, directas o indirectas, entre el estado y los individuos sobre la base de una determinación política, esto es, la voluntad del poder, acerca de la propiedad de los bienes de la naturaleza, de los medios de producción y las formas de apropiación del producto social del trabajo humano. El contenido de las normas jurídicas determina la construcción de un orden jurídico que modela, garantiza y sostiene una formación económica y social específica.

²⁴⁴ Artículo 48, en Ley Federal del Trabajo de 1980 y en la de 2012.

IV.4.- Exposición de motivos y normativa jurídica.

Toda la producción o anulación de derecho cuenta, formal y materialmente, con una exposición de motivos que viene a erigirse como la explicación o justificación del porqué el Estado decide hacer obligatoria una nueva ley, modificar la existente o anular una vigente. No olvidemos, al hacer esta consideración, aquella relación entre hecho y derecho, ser y deber ser, de la que hablamos con anterioridad. Son los efectos sobre las personas producidos en la realidad social concreta los que determinan, como motivo de hecho, la necesidad de abrogar, derogar o promulgar una ley sobre la materia de que se trate. Esta realidad social se percibe de distinto modo –en atención a la ubicación social y política de los sujetos- desde la perspectiva del Estado como emisor de la ley; o de los círculos de poder –socioeconómico- que vienen a ser colocados en posición privilegiada, en ese terreno, por sus disposiciones.

La exposición de motivos,²⁴⁵ que precede y aparece en cada proyecto de iniciativa que se somete a paso por el poder legislativo formal, contiene la apreciación política de esa realidad hecha desde el poder estatal; es la visión que tiene de los resultados de organización que ha venido poniendo en práctica y sobre los cuales manifiesta sus propias razones para sostenerlos o modificarlos siguiendo los puntos rectores del modelo de organización económica y social definidos por los factores reales del poder: la apropiación privada de los bienes del territorio, medios de producción, así como del resultado de la producción social de bienes y servicios.

Esta visión política del jefe de estado sobre la realidad social configurada, es la que se invoca como justificante de la necesidad de modificar la ley existente o de la creación de una nueva; así como la necesidad de imponer la normativa que la constituye como obligatoria. Aquí se resumen los objetivos esenciales de la política jurídica: visión de país y voluntad de poder para imponer un tipo específico de

²⁴⁵ “La exposición de motivos hace la presentación de la iniciativa, los objetivos buscados con ella, el espíritu que anima a la iniciativa; las razones del contenido de las disposiciones; la explicación de las medidas propuestas y sus alcances.” En Sempé Minvielle, op. cit., nota 238, p. 18.

organización económico social con respaldo en la fuerza del Estado, cuyo mando y dirección, se concentra en el jefe de estado.²⁴⁶

La posición que guarda el jefe de estado respecto del aparato burocrático-militar y de la sociedad es, ni más ni menos, lo que le permite tener una cosmovisión sobre la legislación y sus resultados sociales. Las determinaciones de éste, para crear nuevas leyes, modificar las existentes o anular las que llegan a considerarse obsoletas, constituyen la política jurídica del Estado; que formalmente, dentro del proceso legislativo queda encubierta bajo los sustantivos simples de aprobación, derogación o abrogación de leyes.

Resulta imprescindible el estudio de éste punto: Qué es lo que mueve la voluntad del jefe de un estado para dar a las iniciativas de ley el contenido novedoso, modificador o nulificante de las leyes; qué se crea con tales contenidos y cuáles son los resultados sociales que se promueven con esta actividad del poder del Estado. El estudio, de este objeto de examen, debe ser propuesto y llevado a cabo por una nueva rama de la ciencia del derecho: la politología del derecho.

²⁴⁶ “En la redacción de la exposición de motivos hay una mayor libertad que en la del texto de la ley. La elaboración de los proyectos de iniciativas presidenciales corresponde...a los secretarios de Estado según la materia, pero deben mantener un estilo uniforme, ya que no las suscriben ellos, sino el Ejecutivo. Es decir, no debe ser el estilo propio de cada secretario el que se plasme en la exposición de motivos, sino el del presidente.” *Ibíd*em, p. 19.

CAPÍTULO V.- POLITOLOGÍA DEL DERECHO.

Política jurídica es una expresión que alude a los dos componentes básicos de una iniciativa o proyecto de ley: la exposición de motivos y el texto de normativa propuesto. La primera contiene la explicación sociológica, como visión política de una realidad expuesta por el órgano del Estado que la promueve, acerca de los hechos sociales que motivan su voluntad política para formular la propuesta; la segunda, la normativa propuesta como iniciativa o proyecto de ley, contiene ya señaladas y reguladas las conductas sociales que –como diría Aristóteles- deben hacerse y las que deben evitarse; así como las sanciones consideradas atinentes. Es, pues, en la fase prelegislativa, en donde se dota de contenidos al derecho y son éstos los que, sometidos al tamiz legislativo para su “discusión y aprobación”, pasan luego por la aprobación del jefe de estado y su orden de publicación para, de este modo, convertirse en derecho. El derecho puesto, como es.

Frente a la creencia de que la expresión ‘política jurídica’, pudiera suponer o guardar algún contrasentido en su significado o hasta en su formulación gramatical, nosotros sostenemos que tal creencia es falsa. En el sentido que aquí hemos dado a los vocablos que la integran, entendemos como tal a la voluntad de poder que toma decisiones sobre específicas actividades sociales (productivas, económicas o culturales) convirtiéndolas, en objeto de una conducta obligatoria socialmente, a través de la creación, modificación, interpretación, aplicación o anulación de las leyes de cualquier rango.

La expresión ha sido poco utilizada y aún menos estudiada. Quizá la razón de esa poquedad esté, precisamente, en que implica el examen -con el microscopio de la ciencia- de la voluntad del poder; es decir, de la política como instrumento para la fijación de los contenidos de las normas del derecho, con las cuales se ordena – en sentido de imponer y acomodar-, el comportamiento y actividad social de los hombres en una sociedad para organizarla creando el orden jurídico que, por obligatorio, establece un orden social determinado.

La proliferación de los estudios acerca del derecho como “es” ha implicado, por necesaria consecuencia, la desviación de muchas miradas hacia el problema de estudiar y analizar las razones por las cuales el derecho dice lo que dice y quién o quienes determinaron que dijera lo que dice. Esta pregunta debe abarcar, desde luego, a todos los actos de creación, modificación, interpretación, aplicación y anulación de las normas. ¿Por qué se crea, modifica o anula una norma legal o constitucional? ¿Por qué se aplica? ¿Por qué darle un sentido específico al crearla o interpretarla, pudiendo existir o tener varios?

La respuesta que pudiera darse a estas preguntas está ligada, indisolublemente, a la cosmovisión que se tenga sobre la naturaleza y función social del derecho. Estará permeada por la posición política y social que su emisor guarde respecto al orden jurídico concreto dentro del que viva y se desenvuelva. Por posición política y social del emisor, debe considerarse su situación concreta dentro o fuera de la estructura del Estado y su estatus económico social, como factor objetivo determinante –por regla general- de su ideología y percepción del significado de los hechos sociales regidos por el derecho.

La visión o percepción abstracta que pueda tenerse acerca del derecho cambia, cuando el factor objetivo que la determina en cada individuo es distinto. La cuestión de la cosmovisión sobre el derecho determina, primeramente, la cabal comprensión acerca de su cometido social y, por consecuencia, la respuesta que pueda darse a las preguntas antes formuladas será distinta si la proporciona el hombre de estado o un hombre común; hombres cuya separación más notoria –entre otras- será la que consiste en tener poder y carecer de él. Esta división, mirada socialmente, establece quién se encuentra en condición de mandar y quién en condición de obedecer. Tendrán, cada uno, percepciones contradictorias sobre el mismo fenómeno; el jurista está en obligación de analizar dichas apreciaciones, en el conjunto que muestran, para acceder a la visión integral del derecho.

Esta contradicción social existente en la percepción del derecho que rige en cada sociedad es la que permite encontrar la diferencia entre los conceptos de filosofía del derecho y filosofía jurídica que, al igual que otros conceptos que hemos analizado con antelación, suelen ser utilizados como sinónimos en los tratados de

derecho.²⁴⁷ Ambas, tienen campos de conocimiento y teleologías diferenciables. La filosofía jurídica es un instrumento del ejercicio del poder dentro del marco de un orden jurídico nacional o internacional; y será, éste, el que determine los límites de su cosmovisión; en tal sentido se torna filosofía dogmática. La filosofía del derecho, por su parte, rebasa ampliamente los ámbitos de esa cosmovisión restringida en tanto pretende, además, conocer racionalmente las relaciones que atan entre sí poder y derecho, y la conexión de ellas con la construcción pública de una realidad social específica como su resultado.

La relación más visible que se aprecia entre las categorías de poder y derecho es la que nos presenta a éste como el discurso jurídico que, en forma de normas, establece lineamientos de conductas sociales obligatorias para los miembros de una sociedad. La configuración de ese discurso se teje con base en un lenguaje especializado que analizamos adelante.

V.1.- Lenguaje jurídico y discurso sobre derecho.

A partir de la consideración de que el lenguaje jurídico es aquel con el cual se formula el derecho y auxiliándome de una paráfrasis sobre lo que Kelsen considera como ‘ciencia del derecho’, vía aquellos ejemplos que hace distinguiendo las normas de una ley con el tratado doctrinal que se hace sobre ella, hacemos aquí una diferenciación entre lenguaje jurídico y discurso sobre derecho. Si todo el derecho es un discurso jurídico, existe necesariamente una inmensa serie de teorizaciones sobre él que bien pueden calificarse como discursos sobre el derecho.

²⁴⁷ Ronald Dworkin ha dicho: “La filosofía del derecho trata de los problemas filosóficos suscitados por la existencia y la práctica de las leyes. Carece, pues, de un núcleo de problemas filosóficos distintos de su categoría específica, como posee otras ramas de la Filosofía, pero su contenido coincide parcialmente con el de éstas. Dado que los conceptos de culpa, falta, intención y responsabilidad constituyen el meollo del derecho, la filosofía jurídica se nutre de la ética, de la filosofía del entendimiento y de la filosofía de la acción. En la medida en que preocupa a los juristas la noción ideal del derecho y la manera en que este debería producirse y aplicarse, la filosofía jurídica se nutre también de la filosofía política. Aun el debate sobre la naturaleza del derecho, que ha dominado la filosofía jurídica durante algunas décadas, es, en el fondo, un tema inherente a la filosofía del lenguaje y a la metafísica.” Op. cit., nota 151, introducción, p. 39.

El método más sencillo para distinguir uno de otro es el de exclusión: si no se trata del lenguaje contenido en las normas generales o individuales, que es jurídico, entonces se tratará de un discurso sobre el derecho.

De manera genérica el discurso sobre el derecho se convierte en su metalenguaje. Cabrían aquí, como modalidades del discurso sobre derecho: la doctrina, el lenguaje técnico profesional, la teoría política y el de propagación ideológica. Cada uno es perfectamente distinguible de los otros pues cada uno cumple funciones diferentes. La doctrina como teorización, dogmática o filosófica, sobre el derecho; el lenguaje técnico legal como herramienta de práctica y enseñanza; la teoría política como filosofía de la justificación o crítica; y el de propagación ideológica²⁴⁸ que pretende lograr la aceptación colectiva sobre las normas establecidas.

En todas ellas pueden apreciarse características notorias que han contribuido, de un modo o de otro, en mayor o menor medida, a hacer del lenguaje jurídico y de su expresión, el derecho, una inmensa torre de Babel para el grueso de la sociedad que, no obstante su mediana, escasa o nula comprensión de él, está obligada a obedecer sus inducciones y regulaciones. Son tres las características más notorias en esas modalidades discursivas: una, la desaparición de la diferencia categorial entre personas y cosas que hace que al derecho o a la ley –como expresiones de lenguaje jurídico- se les trate como si fueran personas; dos, el uso excesivo de tecnicismos, y, tres, la indefinición del concepto ‘juridicidad’. Kelsen señalaba esta distinción:

²⁴⁸ “Dar preferencia a esta vena teórica no equivalía en modo alguno a apegarse a una “escuela”, sino que era simplemente una forma de dar cuerpo y elaborar bajo forma de proposiciones –en una palabra, racionalizar- la convicción, alimentada con la experiencia de unos y otros, y con la observación empírica de la vida social, de que había que poner abiertamente en tela de juicio el discurso dominante en los aparatos de Estado que lo presentan como la encarnación del interés general o el instrumento de realización del bien común, y que hace del derecho la realización social directriz de ideales universales y ahistóricos de justicia. Esta impugnación constituye el común denominador de todos los planteamientos críticos de lo jurídico, cuya cohesión filosófica es, por otra parte, tributaria de la relación de fuerzas con los juristas conservadores dentro de los aparatos ideológicos, y, por lo mismo, de la situación frente a los aparatos de represión.” Jeammaud, Antoine, “Crítica del derecho en Francia: de la búsqueda de una teoría materialista del derecho al estudio crítico de la regulación jurídica”, Miaille, Michel *et al*, *La crítica jurídica en Francia*, Puebla, Universidad Autónoma de Puebla, 1986, Colecc. Crítica Jurídica número 4, pp. 46-47.

“Es tarea de la ciencia jurídica presentar el derecho de una comunidad, esto es, el material producido por la autoridad legal, a través del proceso legislativo, en la forma de juicios que establezcan que “si tales o cuales condiciones se cumplen, entonces tal o cual sanción habrá de aplicarse”. Estos juicios, por medio de los cuales la ciencia jurídica expresa el derecho, no deben ser confundidos con las normas creadas por las autoridades encargadas de legislar. Es preferible no dar a estos juicios el nombre de normas, sino el de reglas jurídicas. Las normas jurídicas formuladas por los órganos legislativos son prescriptivas; las reglas del derecho que la ciencia jurídica establece son puramente descriptivas. Importa tener en cuenta que el término “regla jurídica” o “regla de derecho”, es empleado por nosotros en sentido descriptivo.”²⁴⁹

Si bien acudió a la noción de “regla” para poder distinguir los conceptos de prescripción y descripción alusivos al lenguaje del derecho, conserva el calificativo de “jurídica” y la sinonimia con “regla de derecho”; lo que pudiera no ser el mejor camino para distinguir al lenguaje jurídico de sus metalenguajes. El lenguaje jurídico, como todo lenguaje, es el instrumento de comunicación del que se dota a los órganos del estado para entablar comunicación, entre sí o con los miembros de la población. Condición de su existencia es que sea escrito, impresa o digitalmente. La teoría, práctica y enseñanza del derecho están basadas en la asimilación de la terminología jurídica y de la dogmática de su manejo atendiendo al principio de hermeticidad de aquel. Estas actividades permiten que el jurista adquiera tales habilidades como herramientas del ejercicio de la profesión cuya base está conformada por el discurso sobre derecho y la relación con los órganos jurídicos del estado.

V.2.- La eficacia del derecho.

La cuestión sobre la eficacia del derecho²⁵⁰ puede ser vista desde distintas perspectivas que revelan, finalmente, el carácter político de la creación, modificación, interpretación, aplicación y anulación de las normas, por las vías de

²⁴⁹ Kelsen, *op. cit.*, nota 48, p. 53

²⁵⁰ “Decir que un orden jurídico es ‘eficaz’ significa simplemente que la conducta de la gente se ajusta a dicho orden”. *Ibidem*, p. 28. O, en otras palabras: “Por esto, aun cuando la eficacia del derecho consiste primordialmente en su aplicación por el órgano que corresponda, secundariamente significa que los particulares le prestan su obediencia.” *Ibidem*, p. 72.

legislar, aplicar, e interpretar las leyes; o, mediante el manejo administrativo del aparato burocrático estatal; teniendo presente que el fin último de tal eficacia es la organización de la sociedad conforme al modelo elegido por aquellos que tienen el poder de hacerlo. Si la eficacia del derecho primariamente significa que los individuos de la sociedad le presten obediencia generalizada (inducción); y, secundariamente, la aplicación de las normas por los órganos jurídicos a casos concretos (regulación), tales posibilidades dependen del nivel social de aceptación de los contenidos del derecho, en tanto decisiones de política jurídica, en los distintos ámbitos de regulación abarcados por las normas, así como de los niveles de eficiencia gubernamental.

Como variables de la eficacia del derecho surgen las categorías básicas de: cumplimiento de la ley e impunidad. Saber cuándo existe, o no, cumplimiento de la ley, es un juicio que depende de que los obligados por las normas sepan realmente en qué consisten éstas. Caso contrario, esto es, desconocerlas, representa un obstáculo para efectuar ese juicio dando paso a que, prácticamente, equivalga a que nos las haya; o, que el encargado de aplicarlas pueda tener un margen de posibilidad de violarlas creando, o disponiendo de, una coartada más o menos razonable para hacerlo.

Lo indescifrable de la voluntad del poder expresada mediante el derecho se transforma, para los obligados a su obediencia, en el principio sobre la ignorancia del derecho que no les excusa de su cumplimiento por así establecerlo el propio poder en una norma obligatoria. El derecho y su ignorancia social no son variables que se excluyan entre sí; por el contrario, su movimiento contradictorio hace que se condicionen mutuamente en tanto ambas son moldeadas atendiendo a su componente político fundamental que es el diseño del modelo económico social que se edifica sobre los mecanismos de distribución social de la riqueza y la subordinación y opresión de la clase social trabajadora. Hace casi un siglo que Joaquín Costa advertía sobre los efectos sociales de la “muchedumbre de leyes”:

“Debió evolucionarse en el sentido de esta tendencia, que cuando menos tenía sentido común; y lejos de eso, se ha retrocedido, resultando lo que ya nuestro Sancho de Moncada, en el siglo XVII, notó al enumerar entre los daños que se originaban de tan gran muchedumbre de leyes, ‘que oprimen al Reino’, y lo que observan en nuestro tiempo Salvioli,

Menger y Treves, que la muchedumbre de leyes induce opresión principalmente de las clases pobres, primero porque no pueden cultivarse, y segundo porque no pueden contar con el auxilio profesional de los abogados, careciendo de recursos para retribuirlos...”²⁵¹

Hoy podemos estar ciertos que el problema social del derecho no deriva, en exclusiva, del maremagno de leyes ni se puede resolver sólo con el cultivo de las clases pobres ni aun en el caso de que éstas pudieren contar con el auxilio profesional de los abogados. El verdadero problema que lacera a una sociedad está en los contenidos mismos del derecho como expresión de política jurídica que, atendiendo a la voluntad del poder y la de sus factores reales, construye una sociedad marcada por la desigualdad social cuyos deplorables efectos son motivo de múltiples estudios y filantropías que, más que ayudar a resolverlos como problemas sociales, los perpetúan como parte inseparable del modelo.²⁵²

Cumplimiento de la ley e impunidad son las denominaciones técnicas que se dan al sentido positivo o negativo de una decisión política para aplicar, o no, el contenido de una ley a circunstancias específicas. Es la voluntad del poder la que determina donde sí, y donde no, se aplica la ley. Por simples y de uso clásico suelen ponerse como ejemplos el control de la acusación ministerial, los cobros del fisco o la prisión preventiva; tendríamos que agregar, para mejor comprensión, la implantación en las leyes de los secretos fiscal, bancario y ministerial para aquilatar el campo de acción que la ley prefigura en favor de la autoridad del estado; pues, todas esas determinaciones se asientan en la juridicidad, es decir, en la potestad que tienen los órganos del estado para manejar el lenguaje del derecho a través de la argumentación jurídica dando sentido a una resolución en uno u otro sentido: acusar, cobrar, encerrar, conocer; o no hacerlo. Todas, son determinaciones regidas por el sentido de la política como voluntad.

La eficacia del derecho no puede pedirse al derecho mismo por obvias razones, sino a la eficiencia gubernativo-estatal. Socialmente el cumplimiento de la ley es una decisión política. Cumplimiento e impunidad son actos u omisiones de

²⁵¹ Costa, Joaquín, *op. cit.*, nota 139, pp. 14-15.

²⁵² Tengo la convicción de que la ecuación: contención salarial y cruzada nacional contra el hambre, entre otros ejemplos, ilustran una política jurídica que, sin resolver el problema del hambre, es útil para mantener el actual modelo económico en México.

autoridad que confluyen en la creación de una realidad observable en las conductas sociales de los hombres. Se trata de actos u omisiones, queridos y ordenados, cuya causa pudiera encontrarse en esa cada vez más denunciada dualidad político-criminal que se atribuye a los hombres que conforman la representación de los órganos del estado.²⁵³ Esta dualidad²⁵⁴ se ha venido haciendo²⁵⁵ tan notoria y de tal magnitud que funcionarios de muy alto rango la vienen señalando como causa de corrupción e incompetencia en el funcionamiento del aparato estatal.²⁵⁶

Los elementos y mecanismos que proporcionan, para ello, la confluencia de poder y generalidad de las normas jurídicas, adquieren el nombre genérico de “corrupción” y son la base primigenia del diseño y configuración, como construcción consciente, de la realidad social que nos circunda. Teorizar sobre la corrupción como fenómeno que incide directamente en el ámbito de la eficacia del derecho, puede hacerse de muchas formas, ángulos y enfoques; pero requiere, ante todo, de una cosmovisión y postura ideológica definida sobre ella.

²⁵³ “El testimonio de Ramírez Peyro corroboró las revelaciones hechas por un funcionario de la DEA en México en mayo de 2006: el gobierno de Vicente Fox daba protección a Joaquín Guzmán Loera y a sus socios. “El gobierno mexicano, la policía, los militares...ellos son el cártel” dijo Ramírez Peyro con inapelable exactitud. Al mismo tiempo, las reglas de la relación entre los narcos y el gobierno cambiaron para siempre durante el sexenio de Vicente Fox: los funcionarios públicos se convirtieron en los empleados de los narcotraficantes y en su brazo armado.” En Hernández, Anabel, *Los señores del narco*, México, Grijalbo, 2010, p. 394.

²⁵⁴ “Combatir a la delincuencia organizada cuando en ella están involucrados funcionarios públicos y a veces son los mismos que la combaten, es una situación que indica la extrema dificultad o casi imposibilidad de tener éxito en el propósito de debilitar a tales organizaciones.” Pérez Carrillo, *op. cit.*, nota 158, p. 9.

²⁵⁵ Sin duda el papel político-criminal de un estado, como tal, tuvo su más absurda, denigrante y estúpida expresión con el holocausto como proyecto político del nacionalsocialismo cubierto por la legalidad. No sin amargura Gandler ha dicho: “Siempre me he preguntado, por qué no se tuvieron que ir los (ex) nacionalsocialistas, los genocidas, los que organizaron los trenes a Auschwitz y los que cerraron las puertas de las cámaras de gas. Hasta hoy no he podido asumir del todo que ellos se quedaran tranquilamente en Alemania, cobrando, hasta su muerte *natural*, su pensión del Estado, para la cual también se calculan e incluyen en el pago hasta el día de hoy, los años de *servicio* como guardia SS en los centros de exterminio inmediatos. Auschwitz, Sobibor, Treblinka, Majdanek o uno de los miles de campos de concentración “secundarios” de los nacionalsocialistas.” Gandler, Stefan, *El discreto encanto de la modernidad: ideologías contemporáneas y su crítica*, México, Universidad Autónoma de Querétaro-Siglo XXI, 2013, pp. 9-10.

²⁵⁶ En un reciente artículo de opinión, bajo el título “Corrupción e incompetencia”, el actual Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, José Ramón Cossío Díaz, sostiene: “Los acontecimientos de los últimos días han abierto la discusión sobre la gravedad de la corrupción imperante en el país. Los asesinatos de los normalistas de Ayotzinapa y de las personas de Tlatlaya, pusieron de manifiesto la profundidad de la corrupción policiaca y una innegable fusión entre Estado y delincuencia. Desde ahí, muchos se están preguntando por los niveles de corrupción política y política-empresarial.” Periódico El Universal, 28 de octubre de 2014, p. A 18.

Para la acción cotidiana de las instituciones políticas, los gobernantes deben establecer su convicción para combatir la corrupción o vivir con ella y de ella. En el plano de la relación Estado-sociedad es necesaria esa claridad para establecer si el Estado es el tema y la corrupción el problema o si la corrupción es el tema y el Estado el problema.²⁵⁷ Una u otra, como premisa de razonamiento, conducen a conclusiones diametralmente opuestas. Buscar el origen de la corrupción en la naturaleza humana o tratarla como factor cultural nos conducirá a darle vueltas al asunto para terminar en el mismo punto de donde partimos y a un callejón sin salida para obligarnos a aceptarla —a regañadientes— como una fatalidad de la que no podemos desprendernos. La combinación ecléctica de todas esas posibilidades acrecentará nuestra confusión al respecto.

Por el hecho mismo que la corrupción es un fenómeno que ocurre en la confluencia del poder y las posibilidades que brinda una norma general —en cualquier nivel y circunstancia que esto se dé— estaríamos lógicamente obligados a admitir, incluso, la posibilidad de que esté presente en cualquiera de los procesos de creación, modificación, interpretación, aplicación o anulación de las normas jurídicas como actos positivos; o, también en los negativos, representados por la omisión legislativa, administrativa o judicial.²⁵⁸

La admisión de tal posibilidad, como susceptible de existir, colocaría al teórico, filósofo o jurista en la necesidad de reformular algunos de sus pensamientos acerca del derecho, para verse obligado a buscar la relación existente entre el

²⁵⁷ “Existen fórmulas como la de Klitgaard, que señala que se produce corrupción cuando existe monopolio de la decisión pública, más discrecionalidad en la toma de decisiones, menos rendición de cuentas. Fórmula de una gran fuerza explicativa pero que resulta insuficiente para abordar la complejidad del fenómeno. Por eso...se desarrollan teorías que hacen descansar la corrupción en el “capital social” como lo hace Luis Moreno Ocampo, o en el impacto de los factores reales de poder en la estructura del Estado, o en la crisis de la democracia representativa y el Estado de Derecho, o en el propio sistema normativo e institucional, en donde determinados actores e instituciones son responsables de la corrupción sistémica.” Citado por Cárdenas, Jaime y Mijangos, María de la Luz, *Estado de derecho y corrupción*, México, Porrúa-UNAM, 2005, introducción, p. XX.

²⁵⁸ La relatividad de las sentencias de amparo en el sistema jurídico mexicano —conocida como fórmula Otero— podría ser un ejemplo de corrupción establecida en una ley al eximir de cumplimiento únicamente al impetrante del amparo no obstante que en la hipótesis admitida por los tribunales como inconstitucionalidad de una ley puedan encontrarse un número indeterminado de personas, al no hacerse una declaratoria general de nulidad sobre la norma declarada inconstitucional. Ello se traduce en una forma de cooptación de los inconformes con los contenidos de la ley.

lenguaje jurídico y la realidad social que se vive en una sociedad concreta. El problema que subyace a esa relación pudiera ser visto y sentido, en último de los casos, hasta como un problema existencial que los juristas –por el mero hecho de serlo- debemos plantearnos e intentar resolver.²⁵⁹ En los hechos sociales que la prensa acredita cotidianamente²⁶⁰ se mezclan la descripción, los participantes y la crítica social de aquello que se percibe como realidad social.²⁶¹

En esta dualidad político-criminal de los hombres del estado cuya motivación suele ser otra dualidad, la de acumulación poder-dinero, se encuentra el origen y la explicación sobre las decisiones políticas de cumplimiento de la ley o impunidad.²⁶²

²⁵⁹ Decía Octavio Paz: “Nuestras formas jurídicas y morales, por el contrario, mutilan con frecuencia a nuestro ser, nos impiden expresarnos y niegan satisfacción a nuestros apetitos vitales.” En Paz, Octavio, *El laberinto de la soledad*, 3ª. ed., México, FCE, 1999, Colecc. Popular núm. 471, p. 36.

²⁶⁰ Los periódicos mexicanos recurrentemente publican esta clase de notas: “PIDE ARZOBISPO CONSIDERAR A MIGRANTES CENTROAMERICANOS COMO HERMANOS: “...a pesar de la defensa de las leyes mexicanas para tutelar y garantizar sus derechos fundamentales a la vida, libertad, tránsito y trabajo, las autoridades corrompidas y el crimen organizado han formado una mancuerna terrible en la trata de personas que migran hacia el norte para buscar mejores oportunidades laborales o lograr la anhelada reunión con los seres queridos.” Constancio Miranda Weckman, Arzobispo de Chihuahua. Nota de Carolina Gómez Mena, Periódico *La Jornada*, 19 de diciembre de 2013, p. 10. “POLÍTICOS, LOS “MEROS JEFES” DE QUIENES ATRACAN A MIGRANTES AFIRMA SOLALINDE: “Los jefes de los cárteles son mexicanos, pero también hay que decir que los meros jefes de todo esto son políticos. Siempre vemos la firma de la casa (...) Desde hace mucho tiempo el crimen infiltró a la política y ya no hay límite entre ellos. Podemos ver la connivencia entre el crimen organizado y la mala clase política.” Sacerdote Alejandro Solalinde. Nota de Fernando Camacho Servín, Periódico *La Jornada*, 19 de diciembre de 2013, p. 8. “EXIGEN RESPETO A MIGRANTES E INDEMNIZACIÓN POR CADA MUERTO: “...ya que en el país real que padecen y sufren los migrantes centroamericanos y las organizaciones que los apoyan lo común es el atropello, el abuso de autoridad, la discriminación y la impunidad. Lejos del cumplimiento de acciones para proteger la migración, lo que se vive en los estados donde cruza esa ruta es “un acuerdo entre funcionarios de todos los niveles y el crimen organizado para continuar con los secuestros, la extorsión y el cobro de cuotas excesivas y con violencia a bordo de los trenes”. Falta voluntad política de cambiar. Sabemos y hemos señalado a funcionarios coludidos con los secuestros y la extorsión, a quienes nunca se les castiga, sino que se les protege.” Sacerdote Heyman Vázquez Medina. Nota de Blanche Petrich, Periódico *La Jornada*, 19 de diciembre de 2013, p. 7.

²⁶¹ “Pega a España nuevo escándalo de corrupción”. Un nuevo escándalo de corrupción en el país sorprendía ayer a los españoles: un total de 51 personas entre políticos, empresarios y funcionarios públicos fueron detenidos y varios ayuntamientos, sedes de empresas y domicilios fueron registrados en entidades provinciales y autonómicas de Madrid, Murcia, León y Valencia...A los detenidos, la mayoría de ellos del gobernante Partido Popular (PP) se les acusa de corrupción municipal y regional. En concreto, de haber obtenido 250 millones de euros de forma irregular al haber adjudicado de forma ilegal proyectos urbanísticos a varias empresas constructoras a cambio de dinero.” Nota de Ana Anabitarte, corresponsal, Periódico *El Universal*, 28 de octubre de 2014, p. A20

²⁶² “Lo que más estremece en el caso de los normalistas desaparecidos en Iguala, aparte de lo macabro del hecho mismo, es la palmaria evidencia de que las autoridades estaban coludidas o incluso controladas por grupos de la delincuencia organizada. Es decir, la población no solamente está amenazada por los actos de los criminales, sino que tampoco tiene el respaldo de las

Estas decisiones encuentran salida “legal” por cualquiera de las vías posibles que ofrece la combinación de poder y norma general; legislar o no, con un sentido u otro, perseguir o no, aplicar o no, interpretar la norma con uno u otro sentido; en suma, decidir qué se hace y qué se evita desde el ámbito del poder es una decisión política y es esta la que da cauce a la corrupción como forma específica de existencia real de un orden jurídico y del orden social que a través de él se propicia.²⁶³

La impunidad como expresión genérica alude a la omisión de castigo. Sin embargo, dicha omisión ha sido reducida a los ámbitos del derecho penal soslayando al resto de los campos en los que ese mismo fenómeno llega a traducirse bajo el espectro más amplio de injusticia en el sentido de no aplicación del derecho observable. No perseguir al responsable de homicidio hasta que el transcurso del tiempo lo exime de responsabilidad penal, da lugar al más corriente uso del concepto impunidad; no fincar créditos fiscales a las grandes empresas morosas para que cubran sus adeudos hasta que el tiempo les exime de la obligación, crea impunidad. Estos tipos de impunidad, perceptibles sobre responsables individualmente determinados, pueden alcanzarse por decisiones que coloquialmente se conocen como “línea” o “consigna”.

Existen, sin embargo, decisiones de política jurídica que afectan el desempeño social de las instituciones del estado que, estando obligadas por mandato constitucional a garantizar derechos a los habitantes de la república, no lo cumplen. Ejemplo son los derechos al trabajo, a la vida, a la educación, a la vivienda, a la justicia, al medio ambiente sano, etc., cuya disparidad visible socialmente tiene su origen en la configuración de la realidad económica que sigue a la puesta en marcha de los presupuestos de ingresos y egresos de la federación como instrumento jurídico básico de la edificación económica de la distribución del ingreso

autoridades para que la protejan.” Carbonell, Miguel, “La siguiente fosa”, artículo de opinión, Periódico *El Universal*, 28 de octubre de 2014, p. A 18.

²⁶³ “Mucho del desorden presente se debe, es cierto, a los altos niveles de corrupción con que hemos vivido y se mantienen. Sin embargo, una parte de ellos tiene que ver con la incompetencia de quienes tienen que actuar. Exigir transparencia y rendición de cuentas es importante. Demandar competencia en quienes deciden, también lo es.” Cossío Díaz, José Ramón, “Corrupción e incompetencia”, artículo de opinión, Periódico *El Universal*, 28 de octubre de 2014, p. A 18.

en cada país. La decisión de restricción presupuestal para tal o cual dependencia afectará la eficiencia de su desempeño, ello dará lugar al surgimiento de litigios en su contra, cuya resolución, pronta o retrasada estará condicionada por la propia asignación y ejercicio presupuestal que tengan las instituciones encargadas de esa función y todo esto se traducirá en una realidad social concreta.

Puede verse en nuestro entorno que reducir presupuesto a las instituciones de procuración y administración de justicia, por ejemplo, implica, necesariamente, su funcionamiento con poco personal que se vuelve ineficiente por el cúmulo de trabajo asignado, cuyo efecto administrativo es el retraso o la no aplicación de la ley; políticamente es un incumplimiento gubernamental de la constitución y, legalmente, es una forma de impunidad para los gobernados afectados.

Si admitimos como posibilidad que en la toma de tales decisiones –de consigna o por manejo presupuestal- pueda estar presente el fenómeno de la corrupción debido a la presencia de la dualidad poder-dinero generadora de la dualidad político-criminal en los hombres del estado; podemos afirmar que si los individuos de una sociedad perciben que en su vida cotidiana de relación con el estado o con los demás, tienen muchos problemas legales; y que cuando pretenden darles una solución se imponen decisiones de autoridad que “resuelven” pero no solucionan dichos problemas, entonces, la dimensión de los problemas legales se eleva a la condición de problema político; es decir, de problema relacionado con la voluntad del poder.

Esa voluntad del poder se moldeará en función de la naturaleza del asunto – que implique creación, modificación, interpretación, aplicación o anulación de normas jurídicas- puesto a la consideración de los órganos del estado –en cualquier nivel, incluyendo al jefe- donde se ponga en juego cualquiera de las dos dualidades que hemos mencionado. El asunto tendrá resolución, lo que no necesariamente se traducirá en solución del problema socialmente tratado. Se pronunciará la verdad legal, que no necesariamente coincidirá con la realidad social de las cosas. Esa realidad que, a veces, se califica de necia por no ajustarse a las decisiones de autoridad que la “resuelven” como problema. La eficacia del derecho, en tanto resultado concreto de la aplicación o no de las normas jurídicas, se administra

políticamente en función de las necesidades de la economía y el mantenimiento del poder que la sostiene como formación o modelo.

Esta afirmación puede ser cabalmente mensurada con el hecho histórico que nos narra Thomas Piketty:²⁶⁴

“En los Estados Unidos, la Suprema Corte bloqueó durante mucho tiempo el impuesto sobre el ingreso a finales del siglo XIX y principios del XX; y luego el salario mínimo en la década de 1930, al mismo tiempo que, durante más de dos siglos, consideró que la esclavitud y la discriminación racial eran perfectamente compatibles con los derechos fundamentales.”

V.3.- Estado de derecho.

Esta expresión es anfibológica. Es como una proposición que quisiera decir algo sobre la realidad pero no lo logra.²⁶⁵ Los personeros de un Estado suelen calificar de variadas maneras al que representan. Aún en aquellos en donde la relación de aquel con su población es ríspida –por comprobación empírica cotidiana– se da una especie de autocalificación en la que subyace el autoelogio, afirmando con despreocupada reiteración que se trata de un “estado de derecho”. La frase puede adquirir otras modalidades como “estado constitucional de derecho” o llegar a la de “estado constitucional y democrático de derecho”.²⁶⁶ Quienes teorizan sobre esta cuestión, generalmente lo hacen con base en suposiciones que dejan fuera de

²⁶⁴ Piketty, Thomas, *El capital en el siglo XXI*, trad. Eliane Cazenave-Tapie Isoard; colab. Guillermina Cuevas; rev. de la trad. José Carlos de Hoyos, rev. técnica de la trad. Gerardo Esquivel, México, FCE, 2014, p. 636, nota de pie núm. 49.

²⁶⁵ “Se dice que el Estado de Derecho no designa ninguna realidad –ha afirmado Juan Ramón Capella– sino un ideal, el ideal de las instituciones públicas sometidas a las leyes igual que los gobernados. El Estado de Derecho no ha existido nunca como obra ya dada, y tampoco, jamás, de una vez para siempre. Es una vara de medir ideal de las actuaciones de las instituciones públicas, de las personas que las rigen, respecto del acatamiento de las leyes, excluye que se pueda predicar descriptivamente de ninguno de los Estados existentes. Es un ideal regulativo según la expresión kanteana (sic) que debe guiar la orientación de las normas, instituciones, conductas, interpretaciones y argumentaciones de la autoridad.” Citado por Cárdenas, Jaime, op. cit., nota 257, p. 159.

²⁶⁶ “Este ensayo aborda la dialéctica entre el estado de derecho y el de policía, traducida en el campo penal en la más amplia o restringida admisión del trato punitivo a seres humanos privados de la condición de personas. Este trato diferenciado provoca una contradicción entre la doctrina penal (y alguna filosofía política de ilustre prosapia), por una parte, y la teoría política del estado constitucional de derecho por la otra, debido a que la última no lo admite ni siquiera en una situación bélica clara, pues implicaría abandonar el principio del estado de derecho y pasar al de policía, que se deslizaría muy rápido hacia el estado absoluto.” Zaffaroni, op. cit., nota 102, p.9.

análisis el ejercicio del poder político y la visión de conjunto de la normativa jurídica.²⁶⁷

Su construcción gramatical atiende a ese control arbitrario de las palabras que depende de quien tiene el poder para hacerlas. Su configuración evade, ex profeso, la distinción entre premisas –ingrediente material de toda demostración- y ley lógica o regla de inferencia, que regulan formalmente -desde fuera de un razonamiento y sin intervenir materialmente en él- el paso de las premisas a la conclusión. El discurso propagandístico sobre el derecho –acudiendo a la cadena argumental de una falacia- lo fijaría así: el estado de derecho se basa en la aplicación de la ley; aquí aplicamos la ley; luego, entonces, vivimos en estado de derecho. Esta propiciada confusión, tiende un velo social de obscuridad en la comprensión sobre el tema.

Aludir al “Estado de derecho”, para encomiarlo o denostarlo, conduce al emisor de la alusión, necesariamente, al terreno de la descategorización entre personas y cosas:

“Un “Estado de Derecho” deficiente no podrá luchar seriamente contra la corrupción. Si sus fundamentos, contenidos y fines, se restringen o son limitados, la estructura fáctica que pretende ser Estado de Derecho fracasará para combatirla.”²⁶⁸

Este tipo de lenguaje metafórico que atribuye a un ideal la tarea de combatir la corrupción, será siempre confuso, nunca nos situará en una realidad concreta y eludirá el hecho fundamental de que el fenómeno expresa una relación humana putrefacta que no puede ser combatida ni erradicada por una creencia. La exaltación básica que sostiene a tales expresiones, según quienes las pronuncian, consiste en advertir que en tal o cual estado, la acción política (los movimientos cotidianos de las instituciones y personas que encarnan al estado) está basada en “el derecho”,

²⁶⁷ “El Estado Constitucional de Derecho supone la existencia de un sistema jurídico fundamentado en una Constitución a la cual deben sujetarse gobernantes y gobernados la que contiene un sistema de garantías y protección de los ciudadanos y la organización de los Organismos del Estado, bajo el principio de separación de funciones. El estado es un ente político y jurídico constituido para alcanzar el bien común, para lo cual debe ejercer diversas funciones, como son: decretar las leyes, realizar actos orientados a su cumplimiento y la aplicación de las mismas por parte de los tribunales para controlar los actos de los gobernantes y para dirimir los conflictos entre particulares.” En Molina Barrios, María Liz, “*El principio de separación de funciones*”, Revista del Seminario de Doctorado en Derecho, Guatemala, noviembre 2009, p. 87.

²⁶⁸ Cárdenas, Jaime, *op. cit.*, nota 257, p. 159.

“la constitución”, “la ley”. La consecuencia lógica que sigue al establecimiento de un ideal como premisa de un razonamiento será, que la conclusión deba establecerse en los mismos términos de idealidad. Elías Díaz ha hecho una caracterización, su ideal político, del Estado de Derecho haciéndola depender de un verbo condicional:

“Los elementos más básicos de todo Estado de Derecho como institucionalización jurídica de la democracia *implicarían*: 1) Principio de legalidad que entraña la actuación del gobernante sometida a la ley; en nuestra época habría que agregar que sobre todo a la ley suprema, la Constitución; 2) *la ley debe ser producto de la libre participación* y representación de los integrantes del grupo social, o sea, por medio de la voluntad de todos, lo que exige correctivos muy fuertes a la democracia representativa para lograrlo; 3) *La principal ley es la Constitución*. La validez jurídica se determina desde la Constitución por lo que los mecanismos de control constitucional deben funcionar efectivamente para lograr ese propósito; 4) División del poder, tanto vertical como horizontal, pues *el Estado de Derecho es incompatible con cualquier esquema de concentración de poder*, por lo que la descentralización del poder y el federalismo *deben ser llevados* a sus últimas consecuencias; 5) *Control del poder y fiscalización del mismo*, es decir, el estado de Derecho implica fuertes mecanismos de accountability vertical y horizontal. Respecto a estos últimos *es impensable un Estado de Derecho sin mecanismos eficaces* como tribunales constitucionales, de legalidad, contencioso-administrativos, ministerios públicos autónomos, órganos de control interno y externo de la actividad económico-financiera del Estado, además de instrumentos vigorosos de control social o ciudadano del poder; y, 6) Protección plena –con suficientes garantías– a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.”²⁶⁹ (El énfasis en itálicas es mío).

Esta idealización acerca de lo que debiera ser un Estado de Derecho, deja fuera de consideración las dos nociones elementales de lo que aquí hemos venido fijando como política jurídica: el poder de configurar los contenidos del derecho y la permanente modificación de estos, como factor fundamental de las relaciones sociales concretas que se dan en una sociedad específica.

La politología del derecho tiene como una de sus tareas, en tanto ciencia, escudriñar sobre el sentido, significación y uso que se da públicamente a estas frases que, en determinadas circunstancias, pretenden encubrir realidades sociales lacerantemente desagradables a un elemental sentido de humanidad. Si como hemos visto hasta aquí, en el derecho cabe establecer cualquier cosa como conducta humana obligatoria; si la constitución y las leyes pueden ser modificadas cuantas veces sea necesario quitando unos contenidos e introduciendo otros; e

²⁶⁹ *Ibíd*em, pp. 162-163.

invariablemente de lo que pueda ser el texto escrito de ellas, están sujetas a la interpretación jurídica; será entonces ésta la que, finalmente, diseñe y culmine el concepto de “legalidad”. Llegamos así a un escenario en el cual, el análisis de tales modalidades de aplicación del derecho como ejercicio de poder, nos muestra otros ángulos de comprensión sobre ellas.

La expresión “estado de derecho” u otras similares adquieren un sentido comprensible cuando son usadas por el jefe o los funcionarios del Estado; al usarla discursivamente tienen la pretensión de elogiar las formas con las cuales dicen mandar y dirigir al estado. Adquiere el sentido de un autoelogio a sus formas de gobernar. El autoelogio político como materia de exaltación frente a la sociedad. Existe una visión maniquea que se externa frecuentemente ante la acción u omisión del Estado en aplicación de las normas, de modo tal que, en uno u otro caso suele afirmarse la existencia o inexistencia, la aplicación o falta, del “estado de derecho”. Se trata de afirmaciones –positivas o negativas- coyunturales, que se dan en medio de conflictos sociales específicos y buscan establecer posiciones ideológicas favorables para el emisor de la expresión. Por el relativismo de su uso –más que de su significado- que puede ser elogioso o descalificador –dependiendo de las circunstancias en que se halle el emisor- la frase parece ser una rémora de aquellas.

Que el derecho pueda ser creado, modificado, interpretado, anulado, e incluso inaplicado -generando el fenómeno de impunidad- debe llevar a cuestionar: a) la postura dogmática que considera o presupone que es la norma la que “obliga”; b) la visión de conjunto sobre cualquier orden jurídico y la estructura estatal que lo impone, sostiene y mantiene; c) el examen del papel que desempeña el jefe de estado como único y auténtico legislador con facultades para dotar y quitar contenidos al derecho; y, d) el análisis de la construcción social y económica que se estructuran mediante esos contenidos normativos obligatorios. En conjunto, nos debe encaminar a considerar que las fórmulas retóricas de “estado de derecho” o semejantes, son componentes de una ideología proveniente del poder que encubre y legitima el modelo de sistema jurídico de tradición romana basado en el régimen

de propiedad privada que divide a la sociedad en clases económicamente diferenciadas y se finca en la permanencia del trabajo social asalariado.²⁷⁰

Hemos dicho con antelación que cuando la norma jurídica define qué se entiende por patrón y trabajador, no solo establece los presupuestos personales de aplicación de la ley del trabajo sino que, dada la obligatoriedad de la ley, establece una estructura social. En este sentido, el jefe de estado, a cuyo mando se encuentra el aparato político que recibe el nombre de “estado” —en tanto estructura militar y burocrática— encargado de velar por el cumplimiento de las normas, revelan a éste como el mecanismo de fuerza que sostiene la división social de las clases: “El Gobierno del Estado moderno no es más que una junta que administra los negocios comunes de toda la clase burguesa.”²⁷¹ Y, al derecho, dado que su contenido varía a voluntad de quienes detentan el poder, lo exhibe crudamente como “...vuestro derecho no es más que la voluntad de vuestra clase [burguesa] erigida en ley; voluntad cuyo contenido está determinado por las condiciones materiales de existencia de vuestra clase.”²⁷²

V.4.- Politología del derecho.

Llegamos al punto central de nuestra propuesta: que sea la “Politología del derecho”, considerada como parte de la “ciencia del derecho”, la que se encargue del estudio de la política jurídica que desarrolla el “gobierno” de un Estado. Con antelación, advertimos lo inadecuado que resulta otorgar una connotación semántica de sinonimia a “ciencia jurídica” con “ciencia del derecho” dadas las diferencias de alcance en el objeto de estudio que explora cada una de ellas. En rigor idiomático, señalar que el derecho es el objeto de estudio de la ciencia del

²⁷⁰ “Pero la propiedad privada burguesa moderna es la última y más acabada expresión del modo de producción y de apropiación de lo producido basado en los antagonismos de clase, en la explotación de los unos por los otros.” En Marx, *op. cit.*, nota 51, p. 32.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 22.

²⁷² *Ibidem*, pp. 34-35.

derecho, pareciera no asignar ninguna denominación propia a tal ciencia; equivale sencillamente a decir conocimiento del derecho, como expresión próxima a saber derecho; de ahí su asociación con la jurisprudencia como “ciencia jurídica”.

En tal sentido la expresión “ciencia del derecho” presenta una ambigüedad de significado que es prudente advertir. El derecho, en su acepción de orden jurídico, puede ser objeto de estudio desde varias perspectivas dependiendo del enfoque. La lógica interna como normativa; el contraste entre lo que dicen las normas y la realidad; su teleología social. En la lógica que caracteriza al derecho como objeto de estudio, tendríamos que sostener que la sociología y la filosofía son tan ciencias del derecho como la ciencia del derecho por tener el mismo objeto de estudio. Quizá por ello sea conveniente hablar de una ciencia del derecho en dos acepciones: lato y strictu sensu; donde la segunda será la que se relaciona con el tema de la dogmática jurídica. Podremos decir, así, que la politología del derecho también es ciencia del derecho, o que forma parte de esta, lato sensu.

La calidad científica del quehacer de la politología del derecho deberá basarse –como cualquier otra ciencia- en la elevación de su comprensión teórica sobre el conjunto del orden jurídico en examen; en la producción de teorías o modelos explicativos acerca de su objeto de estudio;²⁷³ y en la clara conciencia de que: “El poder político, hablando propiamente, es la violencia organizada de una clase para la opresión de otra.”²⁷⁴ Por ello tiene que ser vista, ante todo, como expresión de una nueva forma de comprensión de la regulación jurídica de la sociedad. Casi a mitad del siglo XX, Kelsen hacía una predicción:

“Por otra parte, algunas teorías jurídicas tienden a ignorar la línea divisoria que separa la teoría de las normas jurídicas que regulan la conducta humana, de la ciencia que explica en forma causal el comportamiento real de los hombres, y esa tendencia implica la confusión del problema de cómo deben los hombres conducirse jurídicamente con el de cómo se conducen en realidad y habrán posiblemente de conducirse en el futuro. Si la última cuestión es soluble, solamente podrá serlo sobre la base de una sociología general. Fundirse con esta última disciplina parece ser la ambición de la ciencia jurídica moderna.”²⁷⁵

²⁷³ “De esta manera, una actividad es reconocida como “científica” cuando produce modelos explicativos (i.e., teorías).” Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, nota 91, p. 233.

²⁷⁴ Marx, *op. cit.*, nota 51, p. 39.

²⁷⁵ Kelsen, *op. cit.*, nota 48, prólogo, pp. VII-VIII.

Tal afirmación, en estos albores del siglo XXI, quizá ya no tenga toda la fuerza argumentativa que pudo poseer en el tiempo que fue formulada dado el enorme auge que tiene actualmente la “sociología jurídica” como rama de la sociología general. Es necesario, por tanto, hacer un esfuerzo de ubicación para nuestra propuesta delimitándole un campo de acción específico y distinguible en los ámbitos que alcanzan la ciencia del derecho stricto sensu y la sociología del derecho, aprovechando una idea lógica de exclusión -también formulada por Kelsen- sobre lo que, no, es objeto de estudio para la ciencia del derecho:²⁷⁶

“En especial, la ciencia del derecho no puede afirmar que, conforme a determinado orden jurídico, bajo condición de que se produzca una ilicitud, de hecho se produce la consecuencia de lo ilícito. Tal afirmación caería en contradicción con la realidad, en la cual, muy frecuentemente, se comete un acto ilícito, sin que se produzca la consecuencia que el orden jurídico estatuye para ello; esa realidad no es el objeto que la ciencia jurídica describe.”

Esta conversión de la ciencia del derecho en algo así como una “teoría de la predicción fallida” es la que impide el paso al terreno del examen sobre la eficacia del derecho; sobre todo, hace esquivar la mirada inquisitiva del teórico que busca encontrar la relación que pueda haber entre norma jurídica y realidad social. La zona de contraste entre lo que la norma estatuye y su cumplimiento u observancia, es el área de realidad donde se asienta la sociología del derecho. La politología del derecho debe aspirar a conocer los motivos del contraste, no el contraste mismo. Para lograrlo busca la relación existente entre el derecho “como es” y cómo “deba ser hecho” en lo que a su contenido se refiere.

Conforme a los procedimientos estatales para crear o producir derecho, una iniciativa de ley es una propuesta de cómo deba ser el derecho; es política jurídica; es proyecto político. Al pasar por los filtros legislativos y ser publicada, tal normativa será derecho “como es”. Cualquier decreto administrativo del ejecutivo, en el sentido aquí expuesto, tendrá igual configuración y jugará el mismo papel que una ley.

La politología del derecho debe mirar en los contenidos del derecho puesto, la expresión de una política jurídica concreta e indagar sobre su conexión con la realidad social imperante, no para constatar su contraste, sino para estar en aptitud

²⁷⁶ Kelsen, *op. cit.*, nota 50, pp. 92-93.

de prever el tipo de relaciones humanas que se construyen mediante la imposición de las conductas generales que establece. La historia del derecho, la economía y la sociología serán sus herramientas auxiliares fundamentales de trabajo que lleven a la cabal comprensión de que la totalidad²⁷⁷ de los contenidos del derecho configuran los lineamientos sobre los que, día a día, se confecciona la realidad social específica en que vivimos; que el derecho, en tanto técnica de organización social, es el instrumentos para establecer una formación económica y social en cada país, y que los contenidos del derecho que la política jurídica impone, inspirados en la tradición del derecho romano –con el jefe de estado como gran legislador- determinan la construcción pública de una sociedad dividida económicamente y socialmente desigual a imagen y semejanza de la sociedad erigida por los emperadores romanos.

En este campo de conocimiento fronterizo podemos ubicar el propio de nuestra disciplina en relación con las otras dos. Ahora bien, hablar de sociología “jurídica” con el sentido que a éste término hemos dado aquí, hará alusión y significará sólo la exposición de “la versión oficial de los hechos” que hacen los órganos jurídicos con los límites inherentes al ejercicio de poder que tienen encomendado. Para una visión teórica más amplia la distinguimos de la sociología del derecho; la diferencia es clara en tanto nos informa si la sociología es trabajada en la esfera estatal o fuera de ella.

La politología del derecho tiene, por ello, un objeto propio y distinto del que corresponde a las otras disciplinas. Cuando decimos que se ocupa de cómo deba ser el derecho o de cómo deba ser hecho, no tiene el sentido de echar a volar la imaginación para idealizar propósitos sobre lo que debería hacer o dejar de hacer un gobierno establecido. Por el contrario, significa indagar científicamente cómo se construye la voluntad política que dota de un contenido específico a las iniciativas de ley en fase prelegislativa, así como el fin social que se persigue al formularlas

²⁷⁷ “Los arboles no dejan ver el bosque de dos maneras: desde fuera y desde dentro, aunque, claro está, para poder hablar de bosques tiene que haber primero muchos árboles a la vista. Desde dentro, que es donde estamos nosotros...si se nos facilita el recuento y clasificación de los árboles, se nos dificulta otro tanto la distancia que permite la perspectiva, pues hay que remontarse hasta la vista de pájaro y ser, además, un águila para ver cada cosa en su sitio.” En Barrow, R. H., *Los romanos*, trad. Margarita Villegas, México, FCE, 1950, Colecc. Breviarios núm. 38, p. 8.

bajo el contenido propuesto y no con cualquier otro posible. Quedarían así bien delimitados los campos de conocimientos de las tres disciplinas señaladas.

El proceso legislativo posee una fase previa que el derecho mismo no descubre, sino encubre, bajo la forma de derecho constitucional de iniciativa de los órganos estatales que la poseen como prerrogativa. Por ello, el papel que debe jugar la politología del derecho tiene una mayor envergadura: lograr identificar, en los contenidos propuestos por la política jurídica para el derecho, el sentido del orden jurídico y su dinámica, para establecer relaciones jurídicas, entre los individuos y clases sociales que conforman la población del Estado, así como el proyecto social o idea de país que se configura a través de ellos.

Es en esa fase prelegislativa reservada para los ámbitos del poder político supremo, donde se incuban las “políticas públicas”: la educativa, fiscal, de seguridad nacional, de salud, ambiental, laboral, de derechos humanos, de telecomunicaciones, penitenciaria, económica, sobre adicciones, indigenista, aeronáutica, satelital, poblacional, etcétera. Un muy largo etcétera que incluye todas las áreas de actividad económica humana donde el estado interviene para su reglamentación, como la base de la construcción pública de la realidad que constituye el diario vivir de una población.

Para la elaboración de sus teorías el politólogo del derecho debe tener invariablemente presentes, por lo menos, tres miradas que en momentos sociales determinados debe saber aquilatar para la emisión de sus propuestas teóricas. Marx describió la llegada de un modelo de relaciones sociales:

“Por último llegó un momento en que todo lo que los hombres habían venido considerando como inalienable se hizo objeto de cambio, de tráfico y podía enajenarse. Es el momento en que incluso las cosas que hasta entonces se trasmitían pero nunca se intercambiaban, se donaban pero nunca se vendían, se adquirían pero nunca se compraban, tales como virtud, amor, opinión, ciencia, conciencia, etc., todo, en suma, pasó a la esfera del comercio. Es el tiempo de la corrupción general, de la venalidad universal, para expresarnos en términos de economía política, el tiempo en que cada cosa moral o física, convertida en valor venal, es llevada al mercado para ser apreciada en su más justo valor.”²⁷⁸

²⁷⁸ Marx, Carlos, *Miseria de la filosofía*, 2ª ed., México, Ediciones de Cultura Popular, 1974, Colecc. Biblioteca Marx-Engels, p. 14.

Lasalle, que consideraba que el tipo de sociedad cuyas relaciones están basadas en el trato mercantil entre personas, tiene un sostén específico:

“El instrumento de poder político del rey, el Ejército, está organizado, puede reunirse a cualquier hora del día o de la noche, funciona con una magnífica disciplina y se puede utilizar en el momento en que se desee; en cambio, el poder que descansa en la nación, señores, aunque sea, como lo es en realidad, infinitamente mayor, no está organizado; la voluntad de la nación, y sobre todo su grado de acometividad o de abatimiento, no siempre son fáciles de pulsar para quienes la forman; ante la inminencia de una acción, ninguno de los combatientes sabe cuántos se sumarán a él para darla. Además, la nación carece de esos instrumentos del poder organizado, de esos fundamentos tan importantes de una Constitución, a que más arriba nos referíamos, los cañones. Ciertamente es que los cañones se compran con dinero del pueblo; cierto también que se construyen y perfeccionan gracias a las ciencias que se desarrollan en el seno de la sociedad civil, gracias a la física, gracias a la técnica, etc. Ya el solo hecho de su existencia prueba, pues, cuán grande es el poder de la sociedad civil, hasta dónde han llegado los progresos de las ciencias, de las artes técnicas, los métodos de fabricación y el trabajo humano. Pero aquí viene a cuento aquel verso de Virgilio: *Sic vos non bobis! ¡Tú, pueblo, los haces y los pagas, pero no para ti!* Como los cañones se compran siempre para el poder organizado y sólo para él, la nación sabe que esos artefactos, vivos testigos de todo lo que ella puede, se enfilarán sobre ella, indefectiblemente, en cuanto se quiera rebelar. Estas razones son las que explican que un poder mucho menos fuerte, pero organizado, se sostenga a veces, muchas veces, años y años, sofocando el poder, mucho más fuerte, pero desorganizado, de la nación; hasta que ésta un día fuerza de ver cómo los asuntos nacionales se rigen y administran tercamente contra la voluntad y los intereses del país, se decide a alzar frente al poder organizado su supremacía desorganizada.”²⁷⁹

Y Sartori que advierte contra las confusiones o espejismos interpretativos provenientes del discurso jurídico:

“Debe quedar claro que “sociedad” no es *demos*, no es *populus*. En cuanto actor concreto y operante, el “demos” muere con su “democracia”, es decir con la *polis* en la que operaba. Y así como la República romana no fue jamás una democracia, el *populus* de los romanos no fue nunca el *demos* de los griegos. Caída la República, *populus* pasa a ser una ficción jurídica; y sigue siendo sustancialmente una *factio iuris* en toda la literatura medieval. Por otra parte, el pensamiento romano y medieval no expresaban una idea autónoma de la sociedad. La sociedad se configuraba –recuérdese– como una *civilis societas* y como una *iuris societas*. El pensamiento medieval impregnó a estas mezclas de una fuerte caracterización organicista, que procuraba incluir a la sociedad –desarticulándola y articulándola– dentro de los múltiples “corpus” en los que se organizaba el mundo feudal, el mundo de las jerarquías y de las corporaciones”²⁸⁰

²⁷⁹ Lassalle, *op. cit.*, nota 96, pp. 24-25.

²⁸⁰ Sartori, *op. cit.*, nota 30, p. 212.

Sobre estas consideraciones y las vertidas a lo largo de este trabajo podrá, el politólogo del derecho, no sólo comprender el sentido de las normas; de la ley y la constitución; del orden jurídico y del orden social que se impone como forma de organización de la sociedad.²⁸¹ Tendrá los elementos de juicio necesarios para proponer alternativas de política jurídica, novedosos contenidos para la normativa, nuevos proyectos de orden jurídico que, comprendiendo que el derecho es una técnica de organización social, se plantee formas diferentes de instituciones y ordenación social que privilegien el surgimiento de los más nobles sentimientos de que sea capaz el hombre²⁸² y persigan el establecimiento de nuevas formas de relación social y convivencia donde sea apreciada, más la virtud humana, que las posesiones materiales.

²⁸¹ “Mientras el capitalismo continúe triunfante, la búsqueda de dinero anula todas las demás consideraciones sociales.” Soros, George, *La crisis del capitalismo global*, México, Plaza y Janés, 1999, p. 134.

²⁸² “Examino la malsana sustitución de los valores humanos intrínsecos por los valores monetarios.” *Ibíd.*, p. 19

CONCLUSIONES.

La investigación en torno a la hipótesis planteada, con base en el método de trabajo empleado y las fuentes de estudio consultadas nos llevan, en ejercicio de la abstracción y un esfuerzo de síntesis, a establecer las siguientes conclusiones:

PRIMERA.- La historia de una sociedad no debe ser vista únicamente como remembranza y recuento de hechos pasados, sino, esencialmente, como experiencia y búsqueda de los que generaron su transformación, en cualquiera de las posibilidades que la vida social ofrece, dependiendo del tipo de relaciones humanas político-sociales creadas en su seno. El estudioso del derecho tiene, necesariamente, que acudir a ella en el afán de revisar la experiencia histórica y lograr una cosmovisión sobre las instituciones jurídicas y el resultado social que las mismas tuvieron a lo largo de distintas épocas. Esto le permite observar con mayor claridad la función social que se asigna al derecho como instrumento de organización de la sociedad y las relaciones de poder que respaldan a la forma de organización elegida o impuesta.

Puede apreciarse del capítulo primero de esta investigación que hemos seguido, no exhaustiva pero sí prudentemente, los pasos dados por el poder español de fines del siglo XV, para revestir de formas jurídicas la tarea de colonización sobre nuevos territorios que, sabidamente, se encontraban habitados. Que los reyes de España hubiesen acudido al Papa pidiéndole la concesión de un título sobre las islas y tierra firme por descubrir y que, Alejandro VI, lo hubiese concedido como donación en ejercicio de “la autoridad de Dios”, siempre y cuando no pertenecieran a algún príncipe cristiano y con la obligación de evangelizar a los naturales, arroja la idea primaria de que las formas jurídicas son, por principio, formas de ejercicio del poder político.

La puesta en marcha de acciones emprendidas por España -ideadas por famosos teólogos y juristas- tales como el requerimiento de Palacios Rubios (basado en la doctrina romano-canónica) y la encomienda, habilitadas como las formas jurídicas idóneas para la colonización, revela que se trata de fórmulas

ideadas y elegidas para justificar actos de poder respaldados por la fuerza de las armas, encaminados directamente al avasallamiento de los naturales y al despojo violento de sus posesiones territoriales. El descubrimiento y colonización de América significó, para los habitantes del Nuevo Mundo, la pérdida de su modo originario de organización social y la imposición de otro cuyos cánones vinieron con los conquistadores para modelarlo e instrumentarlo.

Se aprecia, aquí, otra perspectiva de examen y comprensión del derecho, en tanto orden jurídico establecido en una sociedad determinada, cuya base se sostiene en considerar –de acuerdo con la experiencia histórica- que las instituciones jurídicas son creaciones del poder político para un propósito definido; en el caso, la ocupación y colonización de las tierras descubiertas. Bajo esta percepción, la reglamentación del requerimiento y de la encomienda en forma de leyes ordenadas por los reyes españoles, conllevan como propósito el apoderamiento de los nuevos territorios para la corona española. Los contenidos de tales leyes, es decir, las formas jurídicas establecidas, determinaron un modo de apropiación de la tierra ajena basado en el exterminio violento de los naturales que se opusieran al designio real; así como el sometimiento de los vencidos a la condición de esclavos de esas mismas tierras, por virtud de la encomienda. La lógica de los hechos indica, sin cortapisa, que las formas jurídicas utilizadas expresaban nada más que la voluntad real de España.

Tener presentes estos elementos que brinda la historia ayudará en la búsqueda de la visión de conjunto sobre el orden jurídico como instrumento de imposición de un orden social específico. La normativa vigente examinada junto con sus antecedentes que proporciona la historia del derecho dan -al jurista, teórico o filósofo- el material suficiente que abarca todo el espectro dinámico de creación, modificación, anulación, interpretación y aplicación del derecho permitiéndole apreciar, en el sentido lógico orientador que ministran los contenidos con los cuales se dota la normativa, el propósito social que a través del derecho persiguen el grupo o grupos de personas que detentan el poder del estado para llevarlo a cabo.

En la medida en que, por el derecho, se imponen las conductas que deben ser observadas por los miembros de una sociedad, la finalidad por conseguir será establecer y mantener una ordenación de los hombres en sociedad y un modo específico de relaciones humanas que, como lo exhibe la historia del derecho, con base en instituciones jurídicas inspiradas en la doctrina romano-canónica están regidas por una forma específica de apropiación de los bienes de la tierra y de los frutos del trabajo ajeno tal y como quedaron impuestos por la conquista española en México. El orden jurídico que regía la vida social de los indios fue destruido violentamente por los conquistadores españoles quienes, al someter bélicamente a aquellos, imponen uno distinto que los obliga a reconocer como gobernantes de la, ya, Nueva España a los reyes católicos o a quien ellos designasen para gobernarla. Eso significó que las disposiciones legales que regularon la vida de los indios, el orden jurídico que para ellos significó el sometimiento político en su propio territorio, se dictaban y aplicaban por el estado español que alargó su dominio hasta América mediante la designación de los virreyes. El resultado social de ese orden jurídico impuesto, significó para los naturales, su estratificación en castas sociales, el despojo violento de sus territorios y su conversión a esclavos por la encomienda. Su nuevo orden social fue el fruto del orden jurídico impuesto.

SEGUNDA.- La tarea de organizar a una población para elevarla a la condición de sociedad, históricamente en Occidente, se ha dado en función de la constitución y ejercicio de un poder. Nuestro capítulo segundo intenta retratar y perfilar las características de ese poder en cuanto surge en determinadas circunstancias del desarrollo de cada grupo de población. Ese poder para organizar es, precisamente por ello, un poder con capacidad para someter a la totalidad de los seres humanos que pueblan un determinado espacio territorial auxiliándose para ello en la ostentación de poderes divinos y en el poder bélico como instrumentos de dominación. Así nació y se desarrolló el “estado” como poder de hombres organizados; es decir, como poder político. La voluntad de este poder recibe el nombre de “política” y ésta se materializa en el poder para establecer las directrices de organización de la sociedad y para hacerlas cumplir aun contra la voluntad de quienes se opongan a ellas.

Estas directrices de organización aparecen expuestas en lo que los juristas usualmente denominamos “constitución política del estado” que fija los lineamientos generales a seguir por el conglomerado social; y “legislación” que señala las formas de hacer cumplir aquellas, mediante la advertencia del uso de la fuerza. El objeto básico de la organización social lo constituye su economía por ser, la producción y distribución de los satisfactores materiales de la vida humana, la base esencial de existencia de toda sociedad.

La política –voluntad del poder- determinará los contenidos lingüísticos que comuniquen a la sociedad el modo de organización social determinado por el poder político. Tales contenidos aparecen fijados en el texto de una constitución y sus leyes reglamentarias. La inspiración proveniente de la tradición romana para configurar dichos contenidos, trajo consigo la creación de la figura contemporánea del “jefe de estado” como el único gran legislador –a imagen y semejanza del emperador- al que se inviste, dota y representa de la voluntad del estado al que dirige y manda.

El jefe de estado es el centro de determinaciones políticas cuyo eje rector es el diseño de la economía social y todo lo que de ella se deriva en ese ámbito. El contenido constitucional sobre la propiedad originaria de las tierras y aguas de la nación, así como la existencia del régimen de propiedad privada y del trabajo asalariado alrededor de aquella, configuran los lineamientos básicos de la organización social –traídos por la conquista española- que determinan la construcción y existencia de un modelo de sociedad del tipo “occidental”; es decir, inspirado en el modelo social impuesto por el imperio de Roma –en Italia y Bizancio- como modo de vida en sociedad.

Este diseño del modo social de vida se basa en ordenar y clasificar el quehacer humano a través de directrices generales obligatorias cuyo respaldo y ejecución se encuentra en el poder político. Al hacerse esta ordenación y clasificación de quehaceres, también, por consecuencia de la obligatoriedad, se ordena y clasifica a los hombres estratificándolos socialmente. Los mecanismos jurídicos para la apropiación de la tierra y del producto del trabajo asalariado son los

que generan la división social interna llamada clases sociales. El poder que alcanza el poder político, expresado en todas y cada una de las formas y acciones estatales, se construye bélicamente y su permanencia radica, en última instancia, en esa misma capacidad militar que cada Estado desarrolla. El Estado y el derecho son los instrumentos de poder para la organización de la economía de cada sociedad y es, históricamente, esta formación económica la que determina tanto la estratificación social como las formas de acción estatal conducentes a su permanencia como modelo de organización social.

A esta capacidad o poder estatal para crear y aplicar normas cuyos contenidos establecen una forma específica de organización de los hombres en sociedad y son obligatorias por la fuerza del estado, se le denomina “juridicidad”; concepto que puede considerarse como derivado de la jurisdicción, entendida como el ejercicio del poder que un estado realiza sobre un ámbito territorial y sus habitantes para dictar normas y aplicarlas. La juridicidad se manifiesta en la creación de un orden jurídico como instrumento de creación y conservación de un orden social basado en la coerción de los seres humanos que son, así, organizados mediante el poder estatal; dando lugar a la existencia primaria de una división entre hombres con poder y aquellos carentes de él.

Y son los hombres con poder los que privilegian y determinan, en ese orden jurídico, la existencia de la propiedad privada y del trabajo asalariado como ejes rectores de la formación u orden social. Las categorías jurídicas subjetivas establecidas en la legislación para identificar a los hombres y su papel social, mediante la fijación de derechos y obligaciones, establece el orden jurídico – obligatorio por la fuerza del Estado- que se convierte en la forma legal de estratificarlos dentro del orden social que, de este modo, es configurado.

TERCERA.- El “derecho” se erige como un concepto genérico que alude a cualquier conjunto de normas que se respaldan mediante el poder de un estado u organización política supranacional. Para delimitarlo como campo de estudio es necesario establecer los límites –como radio de acción- que abarcará cualquier investigación al respecto. La científicidad del estudio del derecho debe tener como presupuesto el esfuerzo de abstracción y aprehensión que se haga sobre un orden

jurídico específico creado para una nación, en su ámbito interno y sus conexiones o relaciones con el resto de los estados. Este fue nuestro límite.

Tal como mostramos en nuestro capítulo III, sólo será la cosmovisión sobre el orden jurídico la que pueda brindar los elementos de juicio necesarios para permitir que el pensamiento, en la multiplicidad de sus capacidades, concatene los contenidos normativos del derecho, ordene los hechos sociales, establezca las relaciones existentes entre ellos y determine si se trata de relaciones de causa y efecto. En esta tarea juega un papel fundamental la filosofía llevada a su más alta expresión, epistemología, como herramienta sin cuya presencia no podremos elevar nuestro espíritu a los niveles de abstracción o profundidad que el conocimiento científico sobre el derecho nos exige.

El problema del conocimiento para cualquier ciencia social lo fija la barrera que establece el poder estatal, y la existencia de una verdad jurídica o la simple “versión oficial”. Ese problema surge, con mayor razón, tratándose del conocimiento del derecho cuando el campo u objeto de estudio lo constituye el orden jurídico establecido y los factores que lo sustentan. La investigación que busca determinar por qué las normas jurídicas tienen un contenido determinado y no cualquier otro posible; por qué se crean determinadas instituciones jurídicas y no otras; o, por qué el estado funciona de una determinada manera y no de otra -cuando las posibilidades alternas serían realmente viables- topa sencillamente con el ejercicio del poder político.

El poder político que encarna el estado, acude a la generación de una ideología que se construye mediante actividades a las que eleva a la condición de “ciencia” para justificar su propia existencia como poder y el sentido mismo de la organización social que edifica y sostiene con base en el contenido de las normas jurídicas a las que denomina leyes, en semejanza de las que rigen el desenvolvimiento de la naturaleza. Esta ciencia se crea con base en un tipo especial de lenguaje que, por cumplir con la finalidad de obligar a ciertas conductas a los hombres que pertenecen a una sociedad, recibe el calificativo de “jurídico”. Es, por ello, el lenguaje escrito del Estado.

Surgen de la actividad estatal la ciencia jurídica –jurisprudencia-, la filosofía jurídica, la sociología jurídica, etc.; que suelen ser equiparadas –sin mayor argumento- con la ciencia del derecho, la filosofía del derecho o la sociología del derecho, convirtiéndolas en expresiones sinónimas cuando salta a la vista el elemento que las separa y les otorga una bien diferenciada significación: el estado. Las primeras justifican el orden jurídico y social respondiendo a las preguntas qué y cómo; las segundas, lo convierten en objeto de estudio para responder a las preguntas por qué y para qué.

La tendencia actual a introducir elementos de lógica matemática e, incluso, fórmulas que remedan al álgebra, para pretender explicar la lógica con la cual se crea y aplica el derecho, intentando con ello aparentar que se incorporan elementos provenientes de la “ciencia exacta” para su estudio, no es más que expresión de una lamentable confusión teórica en el análisis del derecho. La cientificidad del estudio del derecho no se consigue con base en la intrusión de elementos que le son, por completo, ajenos. La naturaleza de las relaciones humanas objeto de regulación por las normas jurídicas y su resultado, no pasa *a fortiori* por el tamiz de la matemática o la ciencia natural.

De estas alteraciones conceptuales derivan algunas faltas de claridad o francas confusiones sobre las relaciones que guardan política y derecho; justicia y derecho; ser y deber ser; hecho y derecho; inducción y regulación; dogmática y ciencia jurídica; ley y legalidad, etc., cuya conceptualización y precisión de significado es rigurosamente menester dejar bien esclarecido para avanzar en la tarea de alcanzar la cosmovisión del derecho como condición de su estudio científico.

Relativizar al conocimiento que se obtiene en la ciencia social acudiendo al expediente fácil, cuan absurdo, de que sus resultados no son pesables, medibles ni cuantificables; o, que la experimentación, como parte fundamental de la investigación calificable de científica no puede lograrse mediante tubos de ensayo –para reproducir los fenómenos como hacen las ciencias naturales pues los fenómenos sociales no son repetibles artificialmente- es una postura ideológica

conveniente para el poder dominante que propicia confusiones en razón de no establecer claros linderos frente a la ignorancia.

Todo estudioso de la ciencia social, y los juristas en particular, encontrarán en la historia de los pueblos y en la específica de sus instituciones jurídicas, la fuente de experiencia social que requiere el estudio, con base en el método científico, de cualquier campo de análisis dentro de la sociedad incluyendo los que corresponden al orden jurídico. La epistemología, en tanto instrumento de acceso a un conocimiento, puede ser calificada mediante las dos formas en boga: jurídica y del derecho. Tal diferenciación proporciona tanto los presupuestos lógicos en que se sostienen, como los resultados posibles de su quehacer teórico. La epistemología jurídica será la búsqueda teórica a la que acudan los órganos del estado para justificar el orden jurídico establecido y su permanencia, en cuanto orden social configurado, como instrumento para la creación e interpretada aplicación de las normas que son y serán obligatorias. Por su propia naturaleza, como instrumento de ejercicio del poder público, esta epistemología tiene como base de su trabajo teórico el método dogmático que le obliga a no salir del marco teórico que le impone la propia legislación positiva, con las salvedades que sean necesarias en las decisiones de última instancia, donde la epistemología se amoldará a los requerimientos del poder político.

La epistemología del derecho representa la posibilidad social de conocimiento de éste en tanto el sujeto que conoce puede serlo cualquier individuo interesado en hurgar sobre el contenido, naturaleza y función social que desempeña el derecho que se expresa en un orden jurídico concreto. Permite obtener la cosmovisión indispensable sobre todos aquellos elementos que inciden en la construcción, desarrollo y evolución del sistema social denominado “derecho”, tales como su origen en el poder político, su implantación obligatoria mediante los órganos del estado —que lo convierten en un orden jurídico— y su resultado social, que se expresa en el tipo específico de sociedad así organizada.

Sólo la epistemología sobre el derecho permite la apreciación íntegra de éste como campo de estudio, facilitando que el pensamiento realice sus movimientos de

abstracción mediante la inducción y deducción, el análisis y la síntesis y la resolución de la contradicción como mecanismos de la lógica científica indispensables para establecer hipótesis de trabajo, efectuar la observación de los hechos jurídicos, concatenarlos con aquellos que proporciona la historia del derecho y concluir con las teorías que expliquen racionalmente –listas para su evaluación social- los contenidos del derecho, las formas de su creación y aplicación, y los beneficios sociales con ellos obtenidos.

CUARTA.- El enfoque epistemológico del derecho nos llevó a establecer –en nuestro capítulo IV- que las causas que dan origen a los órdenes jurídicos concretos, espacial y temporalmente, son dos: una, la jurisdicción; dos, la política jurídica. Ambas tienen por presupuesto lógico y material la creación y existencia de un estado, cuyo poder político-militar es condición imprescindible de la existencia de aquellas. La jurisdicción como poder de imponer la voluntad estatal elevándola a la condición de ley, respaldando la obligatoriedad social de las conductas humanas ordenadas por sus contenidos, mediante la advertencia y, en su caso, uso de la violencia que en distintas formas es susceptible de ejercer el estado; y, la política jurídica como actividad que encierra la voluntad del poder para organizar a una sociedad dotando de ciertos y determinados contenidos a las normas del derecho. Es la política jurídica de un estado la que determina, históricamente, los contenidos de la constitución y de las leyes que la desarrollan; la que establece cuando deben ser modificados tales contenidos y el sentido de las modificaciones; así como el tiempo en que dichos contenidos serán obligatorios, como derecho vigente, dentro del ámbito territorial en el cual el estado de que se trate ejerza jurisdicción.

Contra lo que pudiere pensarse, la política jurídica no es objeto de regulación por el derecho positivo, ni es facultad o atribución de cualquier órgano estatal; esencialmente, es desarrollada por el jefe de estado. Es un mecanismo de dirección del estado cuyo fundamento se encuentra en una lacónica expresión constitucional que alude a los órganos del estado que “tienen derecho de iniciar leyes”. Expresión en la que quedan comprendidas las constitucionales y reglamentarias. Si bien este derecho lo comparten el presidente de la república, los diputados y senadores al

congreso de la Unión, las legislaturas de los estados y porciones de la ciudadanía, la experiencia históricamente observable es que se trata de un derecho exclusivo del primero.

El derecho mexicano, imbuido de la tradición milenaria del derecho romano, a imagen y semejanza de los emperadores –el autócrata como único gran legislador- confiere al Presidente de la República, como Supremo Poder Ejecutivo de la Unión, las calidades de jefe de estado y de gobierno dotándole -entre otras muchas atribuciones y facultades- del derecho de iniciar leyes en fase prelegislativa que son, a la vez, condición del proceso legislativo estatal. Con ello posee la atribución, como poder, de decidir primariamente el contenido con el cual se dota a las normas constitucionales y legales.

No podría sostenerse válidamente que ésta atribución se encuentre regulada en el orden constitucional puesto que por muy norma suprema que sea, puede ser modificada por la estructura estatal que encabeza el ejecutivo federal. La increíble cantidad de modificaciones que ha sufrido la constitución de México es viva expresión de este aserto. Si en el texto constitucional se encuentra descrito el proyecto de nación, tal cantidad de reformas al mismo harían considerar que la nación no tiene un proyecto de vida definido; o, que es el grupo de hombres que detentan el poder del estado el único que le puede dar sentido a ese proyecto. El orden jurídico se convierte, así, en un todo indisoluble que se moldea conforme a la voluntad del poder político.

La política jurídica es la actividad del jefe de estado que se dirige a normar las conductas y quehaceres de los grupos sociales atendiendo al contenido con el cual se dota a la normativa jurídica y se encomienda, al aparato burocrático-militar del estado, desarrollar la acción necesaria para lograr que la población actúe y se comporte en la forma y términos que fijan las leyes. Al inducirse conductas sociales específicas que pueden ser impuestas por la fuerza, lo que se obtiene es un modo específico de ordenación de los hombres en sociedad. Un modelo de organización social. ¿Para qué? Para ordenar la actividad de los hombres en torno a la

producción de los bienes y servicios, y de la circulación de la riqueza, que son necesarios para la existencia misma de la sociedad.

Mediante los contenidos con los cuales se dota a las normas constitucionales y legales, la política jurídica efectúa la clasificación y estratificación social de los hombres. Al establecer un régimen jurídico, es decir, obligatorio por la fuerza estatal, basado en la existencia de la propiedad privada de los medios necesarios para la realización de la producción, así como la existencia y regulación del trabajo asalariado; en realidad, la política jurídica, entendida como decisión de voluntad del estado sostenida por la fuerza burocrático-militar de que dispone, diseña la formación económica y divide a los hombres en una estructura social donde los grupos fundamentales se erigen como clases sociales en disputa permanente por la forma en que se distribuye la riqueza social proveniente del intercambio y consumo de los bienes y servicios producidos socialmente.

Los juristas han colocado su atención en el proceso legislativo con absoluto descuido de esta fase prelegislativa que desarrolla el jefe de estado. Han cultivado el estudio de las formas jurídicas con grave detrimento del estudio de las conductas que imponen los contenidos de las normas. La visión parcial ha ocupado el lugar que debe corresponder a la visión integral del derecho. La existencia de una multiplicidad de teorías acerca del derecho ha devenido insuficiente para darle a la sociedad una explicación satisfactoria sobre el sentido y razón que sostienen a las conductas que le son impuestas. Es momento de someter a escrutinio esta parte central del ejercicio del poder estatal que se traduce en la determinación de los contenidos del derecho que es; como política jurídica de un estado que influye y determina la configuración de un modelo de sociedad y de relaciones humanas dentro de ella, para conocerla en su integridad y estar en aptitud de ponerla en tela de juicio y, en su caso, conocer los mecanismos de su reafirmación, modificación o sustitución.

QUINTA.- La cabal comprensión del derecho como es, requiere investigar los motivos y razones que llevan al impulsor a dotar de ciertos y determinados contenidos a las leyes, con exclusión de otros posibles; el diseño de organización social que se busca lograr con ellos; el tipo de relaciones humanas que serán

modeladas por esos contenidos convertidos en conductas sociales impuestas y los mecanismos coercitivos utilizados para tales fines. Es decir, para comprender el derecho es indispensable mirar, en sus contenidos, la base primordial de la construcción pública de la realidad sociológica de un país. De modo que si tal realidad se aprecia indigna para la vida de la colectividad, lacerante como modo de vida social, degradante de las relaciones humanas que se viven en ella; se hace necesario, entonces, examinar los contenidos del derecho y su eficacia.

Nunca debe perderse de vista que los contenidos y eficacia del derecho son obra humana que se impone mediante la fuerza organizada –respaldada por la capacidad de las armas- de esa ficción a la que denominamos estado. A través de la dotación de representatividad colectiva, dicho ente posee una voluntad que recibe por nombre “política”. La voluntad del estado, como fuerza humana organizada con una estructura corporativa, se expresa socialmente a través del lenguaje jurídico como instrumento de comunicación de esa voluntad. La política deviene, pues, en voluntad del poder que se muestra en la atribución de crear normas de observancia general y aplicarlas acudiendo a la coacción física.

Detrás de la voluntad que puede mostrar el estado, como organización, se encuentra inmersa o implícita la de los hombres que lo conducen quienes, finalmente, impondrán su voluntad basados precisamente en que pueden hacerlo por vía de exponerla en lenguaje jurídico, declararla obligatoria convirtiéndola en ley y hacerla cumplir con la fuerza que posee el estado. En este sentido, al derecho no podemos buscarle finalidades propias cuando sus contenidos son expresión de una voluntad ya creada para ser impuesta a la población que así, organizada y estructurada conforme a la voluntad sostenida en las normas o directrices obligatorias que impone un estado, camina como sociedad.

Hemos expuesto que los sistemas jurídicos de tradición romanista no lo son, simplemente, por haber adoptado en su normativa jurídica elementos legislados con reminiscencias de, o que conserven, los textos legales de la Roma antigua; sino porque adoptaron un modelo de organización social basado en la división social de la población, en el régimen de propiedad privada de la tierra y sus frutos y en la

existencia del trabajo social asalariado. Es decir, son los órdenes jurídicos en que, mediante los estados, se impone un orden social y un tipo de relaciones sociales entre los seres humanos que, por tradición, es denominado como el modo de vida “occidental”.

Fundamental resulta para la organización social el papel que desempeña la política jurídica que, al ser impuesta como orden jurídico, como el derecho que es, determina un tipo específico, concreto, tangible, de sociedad; un modo de relación entre los hombres que la conforman. La política jurídica es el instrumento con base en el cual, un estado, crea una realidad social visible. Cuestionable.

Convertir a la política jurídica –del Estado mexicano- en objeto de estudio sujeto al examen de la epistemología del derecho por el jurista y el teórico o filósofo del derecho, es meta por alcanzar. Al desarrollar esta investigación hemos querido hacer un esfuerzo concreto por ensayar una forma distinta de enfocar el estudio del derecho, intentando descubrir por qué debemos obedecer el derecho que es, y qué es lo que se construye socialmente con él. El estado del arte nos dio indicación de que colocar como campo de estudio a la política jurídica es, todavía, algo novedoso y casi nada explorado. Es ella la que, cuajada por hombres que controlan el poder público, establece el orden jurídico que, por hacer obligatorias coactivamente las directrices de conducta que establece mediante las leyes que crea, da lugar a un orden social concreto.

Por ser la fuente real del orden jurídico y provenir –en sentido de ser creación- del máximo órgano del poder estatal, en ella confluye la política como factor determinante del sentido de las normas y la juridicidad como el de su obligatoriedad social dando lugar a la formación del derecho que es. Es esta área de encuentro, o fronteriza, entre política y derecho –según acreditamos en el capítulo V- la que necesita ser sometida a la lupa del investigador social. Tengamos presente, por siempre, que un tipo específico de contenidos del derecho aplicados para el sometimiento de los hombres bajo la justificación de una “legalidad”, ha dado al mundo tragedias humanas de dimensiones y horrores inenarrables en Europa, África, América. La orientación mercantil de la conducción actual de los pueblos exigida por la globalización –sometimiento del hombre a las leyes del mercado

erigidas en normas jurídicas- hace previsible nuevos brotes de holocausto por todas partes del planeta.

Debe surgir entonces el estudio integral del derecho para comprender hacia donde, los detentadores del poder en cada país y quienes se benefician de su ejercicio, dirigen los destinos sociales; y las razones por las cuales optan por el crecimiento de la economía con desmedro legislativo de los mecanismos de distribución de los beneficios de la riqueza social producida. Esta faceta del derecho positivo y vigente debe ser objeto de estudio por una nueva rama de la ciencia del derecho que, proponemos, debería llamarse “politología del derecho”. Con base en ella hemos elaborado este pequeño esfuerzo teórico que pretende ser germen de una teoría que, como tal, será siempre inconclusa. Se requiere del trabajo científico de la colectividad de los juristas, teóricos y filósofos del derecho para lograr la cosmovisión del orden jurídico establecido, comprender sus beneficios o perjuicios para la sociedad y hacer conciencia sobre la necesidad o conveniencia de su permanencia, modificación o revolución. Será la tarea del politólogo del derecho.

SEXTA.- La politología del derecho, como nueva rama de la ciencia del derecho, requiere de cultivadores, adeptos y militantes que -al haber aprehendido el sentido imbuido al orden jurídico como clave que determina la construcción de un modelo específico de sociedad con todas sus virtudes pero también con todos sus defectos que inciden en el modo concreto de la vida social de los hombres- adquieran plena conciencia del tiempo y mundo que les toca vivir.

Tal comprensión debe impulsarlos a conocer la dogmática jurídica como forma de creación y aplicación del derecho, pero no quedar atrapado en ella; a darse una formación intelectual integral que permita realizar un salto cualitativo en el quehacer profesional que transforme a los tramitadores de juicios en auténticos juristas con visión social. Que les lleve a rescatar el valor práctico y ético de la filosofía para convertirla en una fuerza para la educación moral de los hombres.

Si señalamos que la cosmovisión del orden jurídico se construye asomándose a la historia de las instituciones jurídicas, es menester también, verificar su funcionamiento cotidiano en el momento histórico de nuestra vida. Esa

es la experiencia. El acontecer diario revelará los alcances, funciones y objetivos que el poder estatal busca o consigue dar a la conducción de la sociedad mediante la dotación y aplicación de los contenidos vigentes de las normas. Reconocer los motivos reales por los cuales se decide crear, modificar o anular normas –decretar, derogar o abrogar- es fundamental para percibir el sentido de la conducción social expresado en la normativa. Cumplimiento o impunidad en la aplicación generalizada de esa normativa revelará el talante, democrático o dictatorial, de la acción estatal y la inclinación, respetuosa o autoritaria, de los hombres que ocupan los cargos representativos del estado.

Hoy sobresale ya, con toda crudeza, una característica que debiera ser indeseable e inaceptable en el hombre de estado pero que, por fuerza del poder y la corrupción, se ha impuesto como costumbre social “normalmente aceptada” bajo ciertas condiciones (p. ej. “está bien que roben, pero no tanto”): en alarmante cantidad de casos y a todos niveles de jerarquía, concurre en él la condición de delincuente. Tal circunstancia erosiona, prácticamente, la posibilidad ética en el ejercicio del poder y nos encierra, como sociedad, en el círculo vicioso de la descomposición social donde predomina la influencia del poder por encima de la regulación que establece la ley. La perversión en la aplicación de la ley – desbaratando todo sano sentido de la interpretación- es la divisa de cuño corriente en la función de las instituciones jurídicas.

Para este paradigmático hombre de estado el modo occidental de vida propiciado por el esquema jurídico de tradición romana, es lo suyo para efectos de ejercicio del poder. Si la licitud o ilicitud de los actos de los hombres son meras calificaciones que otorga el estado, él está dispuesto a subvertirlas. Si la ocupación despojante, el requerimiento violento y la esclavización del trabajo ajeno son las instituciones jurídicas traídas a México por los españoles y han servido para modelar un tipo específico de sociedad; él está dispuesto a exacerbarlas como mecanismos de apropiación de la riqueza social. Utiliza como respaldo de su actuar la porción de poder estatal de la que puede disponer. Ejemplos sociales sobran y la politología del derecho los examinaría, más o menos, del modo siguiente:

La delincuencia organizada ha sido elevada a la condición de actividad empresarial, cuya capacidad económica y corruptora sería impensable sin la existencia de protección gubernamental. Aun cuando existe una normativa reguladora, esta se acompaña de los grados necesarios de impunidad –como incumplimiento permitido o no exigido por el estado- que sirve para diseñar una realidad social que termina por amoldar el funcionamiento delictivo a la coexistencia social de la población.

La inseguridad, de todo tipo, se genera por la posibilidad que el orden jurídico ofrece al poder ejecutivo exclusivamente para perseguir el delito; en esa esfera de decisión es donde surge la política criminal y se determinan las figuras delictivas – qué se sanciona y qué no; así como a quién se persigue y a quién no. Cumplimiento e impunidad no son consideradas categorías contradictorias cuando la política determina, en cada circunstancia social, su elección.

El interminable diseño de procedimientos y la creación de órganos electorales que, en determinadas circunstancias, se erigen en los verdaderos electores por encima de la voluntad ciudadana tienen, como única condición, que los ciudadanos sufraguen en la cantidad que sea; el voto legitima, pero no decide, una elección. El orden jurídico que establece la prerrogativa de votar y ser votado, trastoca los planos objetivos de realización de tales posibilidades haciéndolos aparecer, discursivamente, como equivalentes. La regulación constitucional y legal de la emisión del voto está concebida como expresión de abdicación del ciudadano a participar en los asuntos públicos, dando pie a su exclusión en la toma de decisiones políticas que afectan su vida social.

La infatigable traslación de bienes del dominio público al privado mediante actos jurídicos formales consagra el despojo de los bienes a los que la sociedad contribuyó para adquirir o construir y que, luego, por decisiones políticas, ingresan a formar parte de riquezas de ciertos individuos que gozan de cercanías con el poder. Mecanismos de acumulación de capital calificados de “legales” por quienes se benefician de ellos.

La reciente inclusión constitucional del tema de los derechos humanos en México se da una vez que, por efectos de la globalización, el estado mexicano se ha encargado de quebrar el grueso de los derechos sociales que antaño constituyeron respaldo para la vida familiar de los trabajadores. Lo que se da en llamar, jurídicamente, protección de los derechos humanos –siguiendo esa evolución de los contenidos de los derechos sociales que han ido desapareciendo o han sido reducidos a su mínima expresión- corresponde, en esa escala descendente, al último resquicio al que los hombres podrán acogerse frente a sus relaciones con el estado. Cuando dicha protección se lleva a cabo mediante reparación económica, debe estimarse que el estado ha logrado evadir la cuestión fundamental de su respeto y legislar, en su haber primario, la posibilidad de la violación aislada o sistemática de tales derechos y legalizarla como forma de gobierno y conducción social. Será, hasta pasado el tiempo, resistida la violación del derecho humano –por la víctima o sus deudos- y demostrada en tribunales –por lo general internacionales- cuando se logrará la protección –la que sea posible- y la reparación económica que, desde luego, correrá a cargo del erario; es decir, con cargo a los contribuyentes. La sociedad pagando los desmanes del poder autoritario que se ejerce contra ella misma.

Estos serían algunos ejemplos del modo en que el politólogo del derecho podría abordar la investigación científica de la política jurídica en sus distintos ámbitos; o sea, de los contenidos del derecho como instrumento para el diseño de una realidad social que, ahora, está degenerando en una terrible descomposición que amenaza con inducir a la violencia civil. Por ello su trabajo es, más que nunca, de enorme importancia social. Para desempeñarlo conforme a los requerimientos que esta realidad exige, no puede cerrar su intelecto a ninguna corriente filosófica que intente explicar el desarrollo social del mundo por proscrita o vituperada que sea. La filosofía griega, la Ilustración y el marxismo serán herramientas insustituibles para la buena cosmovisión y comprensión del significado del orden jurídico. Es altamente probable que voltear la cara para no ver alguna de ellas establezca la diferencia epistemológica entre la adecuada y la falsa comprensión de nuestro sistema jurídico vigente y sus resultados sociales adversos que son producto directo

de la política jurídica que impulsa el gobierno de cada Estado. Estados Unidos Mexicanos no es la excepción.

FUENTES DE INFORMACIÓN.

BIBLIOGRÁFICAS.

- ACOSTA ROMERO, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo*, 2ª ed., México, UNAM, 1975, Colecc. Textos Universitarios.
- AGAMBEN, Giorgio, *Teología y lenguaje: Del poder de Dios al juego de los niños*, trad. Matías Raia, Buenos Aires, Las Cuarenta, 2012.
- AGUILAR ÁLVAREZ Y DE ALBA, Horacio, *El amparo contra leyes*, 2ª ed., México, Trillas, 1996 (reimp.2005).
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., trad. Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, Colecc. El derecho y la justicia.
- ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea*, 21ª. ed., México, Porrúa, Colección "Sepan cuantos..." núm. 70, 2007.
- BACON, Francisco, *Novum organum*, 6ª ed., trad. Cristobal Litran, México, Porrúa, 2009, Colecc: "Sepan cuantos..." número 293.
- BARROW, R. H., *Los romanos*, trad. Margarita Villegas, México, FCE, 1950, Colecc. Breviarios núm. 38.
- BAYNES, Norman Hepburn, *El imperio bizantino*, trad. María Luisa Diez-Canedo, Francisco Giner de los Ríos, México, FCE, 1949 (10ª reimp. 2014), Colecc. Breviarios núm. 5.
- BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*, trad. Rosa S. Carbó, Barcelona, Paidós, 2008, Colecc: Estado y Sociedad núm. 155.
- BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, 9ª reimp, México, Fontamara, 2007, Colecc. "Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política" número 12.
- Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, México, FCE, 1989, "Breviarios" núm. 487.
- BODENHEIMER, Edgar, *Teoría del derecho*, 2ª ed., trad. Vicente Herrero, México, FCE, 1994, Colección popular, número 60.
- BOURDIEU, Pierre, Chamboredon, Jean-Claude y Passeron, Jean-Claude, *El oficio de sociólogo, presupuestos epistemológicos*, trad. Fernando Hugo Azcurra, 2ª ed., México, Siglo XXI, 2008.
- BUNGE, Mario, *Crisis y reconstrucción de la filosofía*, Barcelona, Gedisa, 2002.
- *La ciencia, su método y su filosofía*, México, Ediciones Quinto Sol S.A de C.V., sin año.
- BURGOA, Ignacio, *El juicio de amparo*, 24ª ed., México, Porrúa, 1988.
- CANETTI, Elías, *Masa y poder*, 6ª reimp., trad. Horst Vogel, Madrid, Alianza Editorial, 2010.
- CÁRDENAS, Jaime y MIJANGOS, María de la Luz, *Estado de derecho y corrupción*, México, Porrúa-UNAM, 2005.

- CARRILLO PRIETO, Ignacio, *La ideología jurídica en la constitución del estado mexicano 1812-1824*, 1ª reimp., México, UNAM, 1986.
- (Coord), *Elementos de política jurídica*, México, UNAM, 1992.
- CARROLL, Lewis, *Alicia en el País de las Maravillas. A Través del Espejo*, 13ª ed., trad. Ramón Buckley, Madrid, Cátedra Letras Universales, 2010.
- CASANOVAS, Pompeu y Moreso, José Juan, eds, *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Editorial Crítica, 1994.
- CERVANTES, Miguel de, *Don Quijote de la Mancha*, edición del IV Centenario, México, Alfaguara-Real Academia Española-Asociación de Academias de la Lengua Española, 2004.
- COSTA, Joaquín, *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre*, Barcelona, CALPE Sucesores de Manuel Soler Editores, sin año, "Manuales Gallach", t. 12.
- CUEVA, Mario de la, *Teoría de la constitución*, 2ª ed., México, Porrúa, 2008.
- DALLANEGRÁ Pedraza, Luis, *Realismo sistémico estructural. Política Exterior como "Construcción" de Poder*, Argentina, "Teoría", edición del autor, 2009.
- DE BUEN, Néstor, Bueno Magano, Octavio y Albuquerque, Rafael, *Los Grupos de Empresas Nacionales y Multinacionales y el Derecho del Trabajo*, México, UNAM-IIJ, 1982.
- DWORKIN, Ronald (comp), *La filosofía del derecho*, 2ª ed., trad. Javier Sáinz de los Terreros, México, FCE, 2014, Colecc. Breviarios núm. 288.
- FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, trad. Enrique Lynch, Barcelona, Gedisa, 2007.
- GANDLER, Stefan, *El discreto encanto de la modernidad: ideologías contemporáneas y su crítica*, México, Universidad Autónoma de Querétaro-Siglo XXI, 2013.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 8ª ed., México, Porrúa, 1958.
- GIMÉNEZ, Gilberto, *Poder, estado y discurso*, México, UNAM, 1981.
- HARDT, Michael y NEGRI, Antonio, *Imperio*, trad. Alcira Bixio, Barcelona, Paidós, Colecc. Surcos número 3, 2005.
- HERNÁNDEZ, Anabel, *Los señores del narco*, México, Grijalbo, 2010.
- ICAZA Dufour, Francisco de, *Plus Ultra. La monarquía católica en Indias 1492-1898*, México, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2008.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Un homenaje a Don César Sepúlveda*, Escritos jurídicos, México, UNAM, 1995.
- KANT, Immanuel, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, 1ª reimp., México, UNAM, 1978.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1983.
- *Teoría general del derecho y del Estado*, 3ª ed., trad. Eduardo García Maynez, México, UNAM, 2010 (reimp) Colecc. Textos universitarios.
- LASSALLE, Ferdinand, *¿Qué es una constitución?*, 3ª reimp., México, Colofón, 2013.

- LUHMANN, Niklas, *El derecho de la sociedad*, 2ª.ed., trad. Javier Torres Nafarrete, México, Herder, 2005.
- MARGADANT S., Guillermo Floris, *El derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, 5ª ed., México, Esfinge, 1974
- MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *Filosofía del derecho*, México, Trillas, 1990.
- *Derecho penal. Parte general*, 3ª. ed., México, Trillas, 1990.
- MARX, Carlos, *Miseria de la filosofía*, 2ª ed., México, Ediciones de Cultura Popular, 1974, Colecc. Biblioteca Marx-Engels
- MARX, Carlos y Engels, Federico, *Obras Escogidas*, Tomo I, Moscú, Editorial Progreso, 1971.
- MENDONCA, Daniel y SCHMILL, Ulises (comps), *Ficciones Jurídicas. Hans Kelsen, Lon F. Fuller, Alf Ross*, México, Fontamara, 2003, Colecc. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política número 94.
- MIAILLE, Michel et al, *La crítica jurídica en Francia*, Puebla, Universidad Autónoma de Puebla, 1986, Colecc. Crítica Jurídica número 4.
- MICHELS, Robert, *Los partidos políticos: un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna*, 2ª ed., trad. Enrique Molina de Vedia, Buenos Aires, Amorrortu, 2008.
- MIRALLES, Juan, *Hernán Cortés Inventor de México*, México, MaxiSusquets, 2009.
- MORENO TOSCANO, Alejandra, "El siglo de la conquista", en Cossío Villegas, Daniel (Coord), *Historia general de México*, tomo1, 2ª ed., México, Colmex-Harla, 1987 (reimp).
- NINO, Carlos S., *Algunos modelos metodológicos de la "ciencia" jurídica*, 4ª reimp., México, Fontamara, 2007, Colecc. "Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política" número 25.
- OLIVECRONA, Karl, *Lenguaje jurídico y realidad*, 10ª ed., trad. Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2013, Colecc. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política número 3.
- PALLARES Eduardo, *Derecho Procesal Civil*, 5ª ed., México, Porrúa, 1974.
- PAZ, Octavio, *El laberinto de la soledad*, 3ª. ed., México, FCE, 1999, Colecc. Popular núm. 471.
- PÉREZ CARRILLO, Agustín, *La derrotabilidad del Derecho*, México, Fontamara, 2003, Colecc. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política número 89.
- PIKETTY, Thomas, *El capital en el siglo XXI*, trad. Eliane Cazenave-Tapie Isoard; colab. Guillermina Cuevas; rev. de la trad. José Carlos de Hoyos, rev. técnica de la trad. Gerardo Esquivel, México, FCE, 2014.
- RAMONET, Ignacio, *Fidel Castro. Biografía a dos voces*, México, Debolsillo, 2009.
- RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, trad. María Dolores González, 2ª ed., México, FCE, 1995.
- RAZ, Joseph, *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 1986.
- *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 1982.
- RODRÍGUEZ-AGUILERA, Cesáreo, *El lenguaje jurídico*, México, Colofón, sin año.
- SABINE, George H., *Historia de la teoría política*, 3ª ed., trad. Vicente Herrero, México, FCE, 1998.

- SARTORI, Giovanni, *La política. Lógica y método en las ciencias sociales*, 3ª ed., trad. Marcos Lara, México, FCE, 2002.
- SCHRECKENBERGER, Waldemar, *Semiótica del discurso jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés, México, UNAM, 1987.
- SEMPÉ MINVIELLE, Carlos, *Técnica legislativa y desregulación*, 6ª ed., México, Porrúa, 2009.
- Sin autor, *Teoría del Estado y el Derecho*, trad. V. Médnikov, Moscú, Progreso, 1987.
- SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, 16ª ed., México, Porrúa, 2014.
- SOROS, George, *La crisis del capitalismo global*, trad. Fabián Chueca, México, Plaza y Janés, 1999.
- Subcomandante Insurgente Marcos, *En algún lugar de la selva lacandona. Aventuras y desventuras de don durito*, México, Ediciones y Gráficos Eón S.A de C.V., 2008.
- TAMAYO y SALMORÁN, Rolando, *Juris Prudentia: More Geométrico. Dogmática, teoría y meta teoría jurídicas*, México, Fontamara, 2013, Colecc. Doctrina Jurídica Contemporánea, número 67.
- Elementos para una teoría general del derecho*, 2ª ed., México, Themis, 2001.
- Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de Occidente. Estudio histórico sobre la recepción de la ciencia jurídica y su impacto en las ideas políticas*, México, UNAM-IIJ, 2005.
- La ciencia del derecho y la formación del ideal político*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989.
- TIGAR, Michael E. y Levy, Madelaine R., *El derecho y el ascenso del capitalismo*, México, Siglo XXI, 1981.
- URQUIDI, Víctor L. (coord.), *México en la globalización. Condiciones y requisitos de un desarrollo sustentable y equitativo*, México, FCE, 1997.
- VALADÉS, Diego, *Constitución y política*, 2ª ed., México, UNAM, 1994.
- VÁZQUEZ, Rodolfo (Comp.), *Corte, jueces y política*, México, Fontamara-Nexos, 2007.
- VINOGRADOFF, Paul, *Introducción al derecho*, México, FCE, 1985.
- VON IHERING, Rudolf, *La lucha por el derecho*, trad. Adolfo Posada y Biesca, México, Porrúa, 1982.
- WEBER, Max, *El político y el científico*, trad. José Chávez Martínez, México, Ediciones Coyoacán, 2006 (reimp), Colecc. "Diálogo abierto" número 27.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, México, Ediciones Coyoacán, 2007, Colecc. "Alter libros" núm. 5.
- ZURITA, Fernando, *El hombre inocente*, México, Ediciones B, 2014, Colecc. La trama.

REVISTAS.

LÓPEZ MURCIA, Rafael, "Política jurídica", Revista Telemática de Filosofía del Derecho, número 9, 2005/2006, ISSN 1575-7382, pp.267-277, (en <http://www.rtf.d.es/numero9/13-9.pdf>)

MOLINA BARRIOS, María Liz, "*El principio de separación de funciones*", Revista del Seminario de Doctorado en Derecho, Guatemala, noviembre 2009.

DICCIONARIOS.

PALOMAR DE MIGUEL, Juan, *Diccionario para juristas*, México, Mayo Ediciones, 1981.

Diccionario panhispánico de dudas, Colombia, Distribuidora y Editora Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, S.A., 2005.

Diccionario Jurídico Mexicano, México, Porrúa-UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.

HEMEROGRÁFICAS.

ANABITARTE, Ana, nota: "Pega a España nuevo escándalo de corrupción", *El Universal*, 28 de octubre de 2014.

BECERRIL, Andrea y BALLINAS, Victor, nota: "Peña Nieto negocia con los "círculos del poder" las leyes secundarias: Barbosa", *La Jornada*, 5 de febrero 2014.

CAMACHO SERVÍN, Fernando, "Políticos, los "meros jefes" de quienes atracan a migrantes afirma Solalinde": Sacerdote Alejandro Solalinde, *La Jornada*, 19 de diciembre de 2013.

CARBONELL, Miguel, "La siguiente fosa", *El Universal*, 28 de octubre de 2014.

CORRAL, Javier, "TV y elecciones: zona de impunidad"; *El Universal*, sección "Opinión", 28 de octubre de 2014.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón, "Corrupción e incompetencia", *El Universal*, sección "Opinión", 28 de octubre de 2014.

GÓMEZ MENA, Carolina, nota: "Pide Arzobispo considerar a migrantes centroamericanos como hermanos": Constancio Miranda Weckman, Arzobispo de Chihuahua, *La Jornada*, 19 de diciembre de 2013.

PETRICH, Blanche, nota: "Exigen respeto a migrantes e indemnización por cada muerto": Sacerdote Heyman Vázquez Medina, *La Jornada*, 19 de diciembre de 2013.

CIBERGRÁFICAS.

OXFAM-México, Informe, 31 de enero de 2014, en <https://plus.google.com/+OxfamM%C3%A9xico#+Oxfam> tomado el 3 de febrero de 2014, 13:53 horas: www.oxfamMexico.org

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Anaya Editores, 2009.

Ley Federal del Trabajo de 1980, 65ª ed., México, Porrúa, 1991.

Ley Federal del Trabajo de 2012, México, ISEF, 2013.