

**UDS**

**LIBRO**

# INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO

*LICENCIATURA EN DERECHO*

*PRIMER CUATRIMESTRE*

---

## Marco Estratégico de Referencia

---

### ANTECEDENTES HISTORICOS

Nuestra Universidad tiene sus antecedentes de formación en el año de 1979 con el inicio de actividades de la normal de educadoras “Edgar Robledo Santiago”, que en su momento marcó un nuevo rumbo para la educación de Comitán y del estado de Chiapas. Nuestra escuela fue fundada por el Profesor de Primaria Manuel Albores Salazar con la idea de traer Educación a Comitán, ya que esto representaba una forma de apoyar a muchas familias de la región para que siguieran estudiando.

En el año 1984 inicia actividades el CBTiS Moctezuma Ilhuicamina, que fue el primer bachillerato tecnológico particular del estado de Chiapas, manteniendo con esto la visión en grande de traer Educación a nuestro municipio, esta institución fue creada para que la gente que trabajaba por la mañana tuviera la opción de estudiar por las tarde.

La Maestra Martha Ruth Alcázar Mellanes es la madre de los tres integrantes de la familia Albores Alcázar que se fueron integrando poco a poco a la escuela formada por su padre, el Profesor Manuel Albores Salazar; Víctor Manuel Albores Alcázar en septiembre de 1996 como chofer de transporte escolar, Karla Fabiola Albores Alcázar se integró como Profesora en 1998, Martha Patricia Albores Alcázar en el departamento de finanzas en 1999.

En el año 2002, Víctor Manuel Albores Alcázar formó el Grupo Educativo Albores Alcázar S.C. para darle un nuevo rumbo y sentido empresarial al negocio familiar y en el año 2004 funda la Universidad Del Sureste.

La formación de nuestra Universidad se da principalmente porque en Comitán y en toda la región no existía una verdadera oferta Educativa, por lo que se veía urgente la creación de una institución de Educación superior, pero que estuviera a la altura de las exigencias de los jóvenes que tenían intención de seguir estudiando o de los profesionistas para seguir preparándose a través de estudios de posgrado.

Nuestra Universidad inició sus actividades el 18 de agosto del 2004 en las instalaciones de la 4ª avenida oriente sur no. 24, con la licenciatura en Puericultura, contando con dos grupos de

cuarenta alumnos cada uno. En el año 2005 nos trasladamos a nuestras propias instalaciones en la carretera Comitán – Tzimol km. 57 donde actualmente se encuentra el campus Comitán y el Corporativo UDS, este último, es el encargado de estandarizar y controlar todos los procesos operativos y Educativos de los diferentes Campus, Sedes y Centros de Enlace Educativo, así como de crear los diferentes planes estratégicos de expansión de la marca a nivel nacional e internacional.

Nuestra Universidad inició sus actividades el 18 de agosto del 2004 en las instalaciones de la 4ª avenida oriente sur no. 24, con la licenciatura en Puericultura, contando con dos grupos de cuarenta alumnos cada uno. En el año 2005 nos trasladamos a nuestras propias instalaciones en la carretera Comitán – Tzimol km. 57 donde actualmente se encuentra el campus Comitán y el corporativo UDS, este último, es el encargado de estandarizar y controlar todos los procesos operativos y educativos de los diferentes campus, así como de crear los diferentes planes estratégicos de expansión de la marca.

## **MISIÓN**

Satisfacer la necesidad de Educación que promueva el espíritu emprendedor, aplicando altos estándares de calidad Académica, que propicien el desarrollo de nuestros alumnos, Profesores, colaboradores y la sociedad, a través de la incorporación de tecnologías en el proceso de enseñanza-aprendizaje.

## **VISIÓN**

Ser la mejor oferta académica en cada región de influencia, y a través de nuestra Plataforma Virtual tener una cobertura Global, con un crecimiento sostenible y las ofertas académicas innovadoras con pertinencia para la sociedad.

## **VALORES**

- Disciplina
- Honestidad
- Equidad
- Libertad

## ESCUDO



El escudo de la UDS, está constituido por tres líneas curvas que nacen de izquierda a derecha formando los escalones al éxito. En la parte superior está situado un cuadro motivo de la abstracción de la forma de un libro abierto.

## ESLOGAN

“Mi Universidad”

## ALBORES



Es nuestra mascota, un Jaguar. Su piel es negra y se distingue por ser líder, trabaja en equipo y obtiene lo que desea. El ímpetu, extremo valor y fortaleza son los rasgos que distinguen.

---

## INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO

---

### Objetivo de la materia:

Con esta asignatura se trata de acercar al alumno a conceptos jurídicos básicos que le serán útiles en su desempeño profesional.

### UNIDAD I DERECHO Y SOCIEDAD

I.1 Ser Humano

I.2 Sociedad

I.3 Cultura

I.4 ¿Es el Derecho una Ciencia?

I.5 Ciencia jurídica, Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho

I.6 Disciplinas Jurídicas

I.7 Concepto de Derecho

I.8 La Norma

I.9 Tipos de Norma

I.10 Clasificación de las Normas

I.11 Orden Jurídico de las Normas

I.12 Las Reglas y los Principios

## **UNIDAD II FUENTES DEL DERECHO**

- 2.1 Introducción
- 2.2 El Sentido Actual de la Teoría de las Fuentes del Derecho
- 2.3 Clasificaciones de las Fuentes del Derecho
- 2.4 La Constitución
- 2.5 Los Tratados
- 2.6 La Ley
- 2.7 La Jurisprudencia
- 2.8 El Reglamento
- 2.9 La Costumbre
- 2.10 Los Principios Generales del Derecho
- 2.11 La Doctrina

## **UNIDAD III CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES**

- 3.1 Introducción a los Conceptos Jurídicos Fundamentales
- 3.2 La Relación Jurídica
- 3.3 Hechos Jurídicos
- 3.4 Acto y Negocio Jurídico
- 3.5 El Derecho Subjetivo
- 3.6 Deber Jurídico
- 3.7 Persona Jurídica
- 3.8 Capacidad jurídica y competencia

3.9 Acción Antijurídica y Sanción

3.10 Responsabilidad

3.11 Los Valores Jurídicos

3.12 La Justicia

3.13 La Libertad

3.14 La Igualdad

3.15 La Seguridad Jurídica

## **UNIDAD IV EL ESTADO DE DERECHO**

4.1 El Origen del Estado Moderno

4.2 La Legitimidad del Poder del Estado

4.3 Derecho y Estado

4.4 Los Elementos del Estado

4.5 Territorio

4.6 Población

4.7 Poder

4.8 Cuarto Elemento: La Cultura

4.9 La Constitución del Estado

4.10 El Estado de Derecho y su Evolución

4.11 La Obediencia al Derecho

## UNIDAD I DERECHO Y SOCIEDAD

### 1.1 Ser Humano

El derecho se ocupa de la vida humana social, la organiza y establece pautas de comportamiento para la vida humana en sociedad. Son el ser humano y la vida social los elementos condicionantes del derecho. El ser humano, en cuanto persona en el sentido filosófico y no sólo biológico, es un ser libre con capacidad de elección. La libertad psicológica como dato de la circunstancia humana, distingue al hombre de los restantes animales y orienta su acción y su reflexión. Sin la libertad humana no habría vida social, historia, cultura, ni por supuesto normas que regulen la conducta humana con carácter coactivo o autoridades que las impongan.

La libertad psicológica no solamente condiciona la producción normativa del derecho sino que es además el factor en virtud del cual el derecho a veces no es obedecido voluntariamente por el ser humano. Los seres humanos pueden decir no al derecho o a parte de él, pueden resistirse al derecho y, de acuerdo con el tipo de sociedad o a la evolución de la misma, otros seres humanos revestidos de autoridad utilizan la fuerza del aparato coactivo del Estado para afrontar la desobediencia a la norma jurídica (que obliga, prohíbe, faculta o permite).

También la libertad psicológica es punto de partida para el desarrollo humano a través de la libertad de elección. Por medio de la capacidad para discernir y elegir, el ser humano puede, si así lo quiere y lo permiten sus circunstancias concretas, construir su vida hacia la libertad individual y hacia relaciones de equilibrio, armonía y de reciprocidad con los demás, superando los obstáculos y condicionamientos que se encuentran en el propio ser humano, en su cultura o que son parte de su tiempo histórico. El derecho puede facilitar o dificultar la realización de la libertad humana, pues es en la vida social, lugar de actuación del derecho, donde cada ser humano tiene que realizar el esfuerzo para alcanzar su libertad y la de los demás. Lo mismo podríamos decir de otros valores o fines a los que el ser humano ha aspirado históricamente, tales como la dignidad, la igualdad, la justicia, la solidaridad, el bien común, la democracia, la tolerancia, etcétera.

La libertad de elección no es un elemento abstracto, está en relación con otros factores biológicos, psicológicos, sociales y culturales que configuran la totalidad del ser humano.

También está en relación con diversas y variadas circunstancias históricas, económicas, políticas y sociales que transcurren en cada tipo de sociedad. El derecho debe tener en cuenta esa compleja realidad: sus normas, las decisiones de los ciudadanos y autoridades vinculadas a la interpretación, así como la aplicación de las reglas jurídicas, deben ajustarse a esos elementos en continua evolución, sin que se pierda de vista que la vida humana afectada por el derecho es la vida humana social que se materializa históricamente.

Un filósofo nacido en Estagira en el año 384 antes de Cristo, llamado Aristóteles escribió al inicio de su obra *Política*, que:

*La ciudad es una de las cosas naturales, y que el hombre es por naturaleza un animal social, y que el insocial por naturaleza y no por azar o es mal hombre o más que hombre... y el que no puede vivir en sociedad, o no necesita nada por su propia suficiencia, no es miembro de la ciudad, sino una bestia o un dios. Es natural en todos la tendencia a una comunidad tal, pero el primero que la estableció fue causa de los mayores bienes; porque así como el hombre perfecto es el mejor de los animales, apartado de la ley y de la justicia es el peor de todos... La justicia, es cosa de la ciudad, ya que la justicia es el orden de la comunidad civil, y consiste en el discernimiento de lo que es justo.*

Con ello Aristóteles indicó que no se puede ser plenamente persona, en un sentido filosófico, político y jurídico, si no se es en la vida social, en la relación con los demás, pues es ahí donde se desarrolla el pensamiento y la cultura. La acción en la vida social, si se hace desde una perspectiva de libertad, es imprescindible para la realización plena de la condición humana. El derecho que supone la organización de comportamientos en la vida social puede, según sus mandatos, favorecer el desarrollo de la libertad humana o menoscabarla, puede incrementar los niveles de justicia o disminuirlos, proteger o no los derechos humanos o hacerlo imperfectamente.

Hoy en día, en las sociedades contemporáneas no hay vida social sin derecho, por ello este debe pensarse como vida social organizada o como forma de vida social. De esta manera, la sociedad es el ámbito del derecho moderno. No obstante lo dicho, no necesaria e indefectiblemente es correcto el aforismo latino *Ubi societas ibi ius* —donde hay sociedad hay derecho—. Los juristas han identificado incorrectamente en el pasado a la sociedad humana con la sociedad política y jurídica. No han concebido otro modo de

estar constituida la sociedad que el político y el jurídico, y han sido incapaces de imaginar una sociedad humana en la que no existieran el derecho y el Estado. Éstos últimos son fenómenos históricos. El derecho y el Estado han tenido su origen por razones económicas, religiosas, culturales y debido a la misma evolución social, y las relaciones jurídicas —relaciones mediadas por una autoridad institucionalizada— no son equivalentes sin más a las relaciones biológicas y sociales.

## 1.2 Sociedad

La sociedad es el conjunto organizado de individuos que viven establemente diversos tipos de relación en un tiempo y en espacio determinados, en donde el derecho es un aspecto de la sociedad, uno muy importante, aunque no equivale a la totalidad de la sociedad, pues existen otro tipo de relaciones (económicas, sociales, políticas, culturales, etcétera) y de normas diferentes a las jurídicas (religiosas, morales, de trato social y costumbres, entre otras).

En las sociedades contemporáneas el derecho, como dice Carlos Santiago Nino, está en todas partes. Este autor señala para demostrarlo los siguientes ejemplos:

*Puede ser que hoy usted se haya contenido de ejercitar su agradable voz bajo la ducha, recordando que vecinos con poca sensibilidad artística podrían hacer valer ciertas ordenanzas contra los ruidos molestos; seguramente usted se habrá vestido al salir de su casa, porque entre otras razones, usted sabe bien que hay regulaciones jurídicas que desalientan una excesiva ligereza en el vestir; probablemente usted haya celebrado un contrato tácito de transporte al ascender a un ómnibus público o, si ha conducido su automóvil, habrá seguido, o simulado seguir, algunas reglamentaciones y habrá hecho uso de la facultad jurídica de transitar por la vía pública; es casi seguro que usted debe haber celebrado varios contratos verbales de compraventa (al adquirir, por ejemplo, el periódico o cigarrillos) y de locación de obra (al llevar, por ejemplo, sus zapatos a arreglar); aunque usted no tenga un físico imponente, usted tiene alguna confianza en que probablemente no será golpeado, insultado, vejado o robado gracias a la “coraza” normativa que proporciona el derecho; la organización donde usted trabaja o estudia (es de esperar que usted no sea miembro de una asociación ilícita) está seguramente*

*estructurada según una serie de disposiciones legales; si usted tiene que hacer un trámite quizá no advierta que cada uno de sus intrincados pasos está prescripto por normas jurídicas.*

Esos ejemplos y otros constatan que todas y cada una de las etapas por las que pasa la vida de una persona: nacimiento, nombre, mayoría de edad, matrimonio, divorcio, jubilación, muerte, son hechos o actos regulados minuciosamente por el derecho y a los que se asignan consecuencias jurídicas. La omnipresencia del derecho no sólo se advierte en hechos o actos importantes sino en hechos o actos simples y cotidianos como el de respetar los semáforos que regulan el tránsito de las ciudades, comprar el periódico, pagar el impuesto predial o los derechos por la tenencia de un vehículo automotor, pagar la renta a nuestro casero, o los servicios de agua, electricidad o teléfono que ordinariamente recibimos. Manuel Atienza indica que hasta tal punto están juridificadas nuestras sociedades que, con frecuencia, lo que en principio aparece como alternativas al derecho resulta ser simplemente otra forma de derecho; por ejemplo, la crisis de la administración de justicia está dando lugar a otras formas de resolución de conflictos como el arbitraje, la conciliación o la mediación, pero se trata sólo de alternativas al mecanismo judicial, no al derecho, pues esos procedimientos aunque sea en parte están regulados por el propio derecho. Todo parece indicar que cuando más desarrollada y compleja es una sociedad hay necesidad de mayor número de instrumentos jurídicos.

La complejidad y el desarrollo de las sociedades no significan necesariamente que su derecho sea más justo. En las sociedades primitivas con un derecho básico y rudimentario podemos encontrar ejemplos de normas y decisiones de autoridad mucho más justas que las normas y las decisiones de las autoridades de nuestro tiempo. La noción de sociedad justa más que con la complejidad del derecho tiene que ver, según criterios de nuestra época, con la manera en que la sociedad y el derecho de la misma, procuran el bienestar, la libertad, la igualdad, la democracia y la tolerancia de los individuos que la integran.

Filosófica, literaria e históricamente se ha discutido si puede haber sociedad sin derecho. Los marxistas, los anarquistas y algunas corrientes del cristianismo, entre otras posturas como la de Platón y dentro del pensamiento utópico, han sostenido que no sólo es deseable sino posible. El marxismo, por ejemplo, aduce que el derecho y el Estado aparecieron con el surgimiento de las clases sociales y que éstas nacen cuando en la

antigüedad se estableció el modo de producción asiático basado en el control por algunos de los recursos hidráulicos; el derecho para el marxismo es un instrumento de dominación —de control social— de las clases dirigentes —las que detentan los modos de producción económica— sobre las otras y, con el advenimiento de la futura sociedad comunista, al desaparecer las clases sociales, no será necesario el derecho ni ningún otro instrumento de sujeción. El anarquismo piensa que la cooperación entre los seres humanos y la educación permitirá abolir las leyes y cualquier tipo de autoridad; la sociedad libertaria es aquella en donde no habrá cadenas de ningún género. Las corrientes cristianas que propugnan por el fin del derecho reclaman la vuelta a la forma de vida de las primeras comunidades cristianas, en las que no existía un derecho institucionalizado.

Respecto a las sociedades primitivas, se analiza si en ellas hay o hubo derecho. El padre de la antropología jurídica, Bronislaw Malinowski, sostuvo que son jurídicas las normas que se conciben y aplican como obligaciones vinculantes, y para que existan éstas basta que se dé alguna presión por parte del grupo, lo que puede ocurrir sin necesidad de autoridades. Muchos no están de acuerdo con Malinowski, pues las obligaciones vinculantes y la presión del grupo también existen en otras normas de conducta como las religiosas o las sociales y no sólo en las jurídicas. En el derecho contemporáneo lo distintivo es que haya autoridades que establezcan o modifiquen normas (legislativas y administrativas), autoridades que resuelvan disputas y digan el derecho en los casos concretos (las judiciales) y autoridades que hagan cumplir las normas y las determinaciones de las otras autoridades usando la fuerza (policía).

Se puede decir que el derecho ha evolucionado de las sociedades primitivas a nuestra época. Así encontramos varios niveles o grados de juridicidad que explican la complejidad y desarrollo de las sociedades y del propio derecho. En el grado cero de juridicidad están las sociedades en donde no existe ningún tipo de mediación para la resolución de conflictos, sólo normas de conducta que pueden ser sociales o religiosas, con alguna presión difusa por parte del grupo social en caso de infracción. En el grado primero están las sociedades en donde hay mecanismos de mediación o de heterocomposición de disputas por parte de un tercero que no es autoridad. En el grado segundo existen tribunales cuyas decisiones vinculan a las partes. En el grado tercero, además de tribunales existe alguna forma de policía que hace cumplir por la fuerza las normas y las decisiones de los tribunales. En el grado cuarto, aparecen juristas profesionales que asesoran a las

partes y proponen determinadas interpretaciones de las normas. En el grado quinto, además de los elementos expuestos, hay órganos legislativos con facultades para establecer o modificar normas.

De lo anterior es claro que el derecho y el Estado no son instituciones naturales. “¿Por qué los individuos cedieron su capacidad de violencia a una institución coercitiva permanente?”. Las respuestas que se dan desde la historia y la antropología social suelen ser tres:

- 1) La marxista, que indica que el derecho y el Estado surgen con las clases sociales cuando se introduce en las sociedades del mundo antiguo (Egipto y Mesopotamia) el modo de producción asiático basado en el control de los recursos hidráulicos de los ríos.
- 2) La religiosa, que indica que la aparición de las estructuras estatales y jurídicas es tan antinatural que sólo fue posible por la aceptación religiosa de la coerción.
- 3) La que indica que el derecho nace para tratar el conflicto en las sociedades complejas; la solución del conflicto exige de la existencia de una o varias instituciones que aseguren de alguna forma la ordenación de la sociedad.

### **1.3 Cultura**

La dimensión de la vida humana social en la que se inserta el derecho, trasciende a los actos —realidades psíquicas y corporales— y relaciones entre seres humanos que se manifiestan en un momento concreto. La experiencia humana se perpetúa y se acumula a la experiencia y a la acción de otros seres humanos con efecto sobre las generaciones venideras que a su vez crean, ampliando y corrigiendo lo heredado, nuevas realidades que les trascienden. La cultura es la obra del hombre cristalizada para generaciones futuras, por impulso del mismo ser humano y condicionada por todos los factores que se interinfluyen en la vida social: económicos, religiosos, ideológicos, políticos, técnicos, entre otros. La cultura es histórica, estable y cambiante al mismo tiempo, y tiende a objetivarse, aunque nunca se puede separar del ser humano que es el motor de su movimiento.

Según las definiciones clásicas se entiende por cultura o civilización un conjunto complejo de conocimientos, creencias, artes, moral, leyes, costumbres y usos sociales que el ser humano adquiere como miembro de una sociedad determinada. Otras definiciones hablan de “legados sociales” o de “conjuntos de una tradición social”. También se dice que al interior de una sociedad pueden existir diversas culturas; en sociedades complejas podríamos hablar —para una misma sociedad— de cultura superior, cultura popular, subcultura, cultura de castas y cultura parasitaria entre otros muchos tipos. Parece, no obstante, que lo medular del concepto de cultura son las ideas y categorías del pensamiento, seleccionadas y transmitidas históricamente, así como sus valores concomitantes.

La cultura debe ser contemplada antropológica y sociológicamente: 1) a nivel histórico, en cuanto a su tradición y legados sociales; 2) a nivel normativo, como reglas y usos sociales, incluyendo los valores e ideales de conducta; 3) a nivel psicológico, como adaptación superadora de problemas, como procesos de aprendizaje o como conjunto de costumbres seculares, y 4) a nivel estructural como modelos de organización de la propia cultura. Además, las culturas presentan tres aspectos concretos: 1) cultura es la mediación de lo que en un momento dado fue (aspecto tradicional); 2) cultura es el ulterior desarrollo de lo que ya fue en su momento, y que se aplica incluso a la transformación social (aspecto innovador), y 3) cultura es el desarrollo simultáneo de diversas culturas en una misma sociedad (aspecto pluralista). Estos tres aspectos — tradición, innovación y pluralismo— permiten aprehender el sentido de la cultura general en una sociedad concreta.

El ambiente en el que viven los seres humanos está constituido, principalmente, por la acumulación de actividades de generaciones anteriores. Lo que caracteriza a esa forma de vida objetivada que llamamos cultura es precisamente su sentido, es decir, la finalidad que en ella se inserta, esto es, una pintura, un libro, el lenguaje del derecho, etcétera, responden a orientaciones específicas, a necesidades o intereses humanos que se sitúan en la historia. El sentido de la cultura dependerá del ámbito o sector de la misma. No será igual el significado de una obra arquitectónica, que el de una producción literaria, científica o el de una norma jurídica. Por eso, se puede hablar de significados estéticos, éticos, jurídicos, de conocimiento, políticos, religiosos, etcétera, al interior de una cultura.

Resulta pertinente señalar que el derecho forma parte del mundo de la cultura. Las normas jurídicas que regulan las conductas humanas y los fines que persiguen esas normas, sobreviven a sus autores, son cultura. Por eso es indebido sostener que las normas tienen por propósito exclusivo regular la fuerza y los medios coactivos del Estado. Las normas y las instituciones del derecho, aunque su contenido suponga muchas veces el uso de la coerción, son ante todo cultura con sus tres aspectos: de tradición, innovación y pluralismo. De tradición porque las normas y las instituciones jurídicas implican un legado previo, de innovación porque el derecho se orienta hacia el futuro, de pluralismo porque el derecho recoge, plasma y proyecta instituciones y normas de diversos sectores sociales, étnicos y culturales.

Existe una cultura jurídica en torno a los elementos que contribuyen a la formación del derecho y que constituyen los rasgos fundamentales de un sistema jurídico en un contexto social y en la forma específica del poder que fundamenta su validez. Las normas y las instituciones jurídicas no pueden estudiarse aisladamente, prescindiendo de la cultura y de la historia. El derecho está inserto en la cultura general y en el mundo social, hechos que no entrañan la disolución del derecho en lo social, sino que lo que se hace es advertir el carácter integrador de las dimensiones normativas, sociales, axiológicas y argumentativas en el derecho y en la visión del derecho como cultura.

La cultura jurídica puede ser externa e interna. La externa es la cultura jurídica de toda la población, esto es, las expectativas y sentidos que los integrantes de una sociedad dan al derecho. La cultura jurídica interna es la de los miembros de la sociedad que desempeñan actividades jurídicas especializadas. Casi todas las sociedades tienen cultura jurídica externa, pues en ellas existen comprensiones y significados más o menos compartidos de lo jurídico, pero en menor número las sociedades tienen cultura jurídica interna, pues para ello es necesario que haya especializaciones y profesiones jurídicas. Sólo en sociedades con relativos niveles de desarrollo existe una cultura jurídica interna.

En términos generales, la cultura jurídica contemporánea —ello dependerá del nivel de desarrollo del Estado de derecho y las características democráticas que posea una sociedad— es una cultura jurídica secularizada, tolerante, pluralista, individualista, en algunas sociedades multicultural, con reglas imparciales de acceso al poder, con respeto a los derechos fundamentales, con una legitimidad basada en la soberanía del pueblo y con

controles y límites al ejercicio del poder público. Es obvio que una cultura jurídica con estos elementos no se presenta en todas las sociedades, y aun en las sociedades en donde pudiera existir no ha sido siempre lineal y ha sufrido regresiones.

#### **1.4 Ciencia Jurídica**

La ciencia jurídica en su denominación tradicional es también conocida como dogmática jurídica o doctrina jurídica. La denominación proviene del positivismo jurídico y en su sentido más tradicional y ortodoxo no parte de hechos experimentales sino de proposiciones sobre las normas. Su objeto de estudio es un sistema o subsistema jurídico vigente —normativo— de carácter racional. Su método consiste en un análisis de punto de vista interno o normativo desde el que opera: los enunciados dogmáticos se emiten desde la perspectiva del aceptante —del jurista u operador jurídico—, esto es, de alguien que considera a las normas como guía de conducta y criterio de justificación y de crítica. En cuanto a su función, la dogmática suministra criterios para la aplicación de las normas vigentes y para la estabilización y cambio del sistema jurídico. La dogmática jurídica cumple una función eminentemente práctica, constituye una técnica —una técnica de segundo grado, en relación con el juez y la autoridad— y no una ciencia según el profesor Atienza, que trata de explicar cómo se puede producir un determinado resultado, dadas ciertas condiciones. En otras palabras, su fin primordial no es conocer, sino obtener ciertos resultados prácticos valiéndose de ciertos conocimientos. Son, entre otras, parte de la dogmática jurídica los estudios sobre las distintas ramas del derecho: privado (civil y mercantil), público (constitucional, administrativo, internacional, etcétera), social (agrario, laboral, de la seguridad social, etcétera).

#### **1.5 Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho**

En cuanto a la teoría general del derecho, podemos decir que se ocupa de los distintos materiales normativos (diferentes tipos de reglas, principios, valores, directrices, definiciones, etcétera), de los problemas del ordenamiento jurídico (por ejemplo las lagunas y las antinomias) y del análisis de los conceptos jurídicos fundamentales, que son aquellos comunes a los diversos sistemas jurídicos o a las diversas ramas del derecho

(derecho, no derecho, deber, responsabilidad, inmunidad, etcétera). Se sitúa en un nivel de abstracción superior al de la dogmática jurídica. Su método busca configurar una teoría formal y abstracta del derecho en la medida en que no se interesa por los contenidos de un derecho particular o por la evolución histórica o comparada de los diversos sistemas jurídicos. Su función es la de conformar una visión del derecho abstracta, lógica y formal, que pueda permitir la comprensión de cualquier sistema jurídico particular. Sugiere por tanto, una visión del derecho unitaria y sintética que se edifica a partir de las dogmáticas particulares. Los antecedentes de la teoría general del derecho son la “Allgemeine Rechtslehre” alemana del siglo XIX y la jurisprudencia anglosajona de Austin.

Respecto a la filosofía del derecho su objeto es reflexionar sobre las dogmáticas jurídicas, la teoría general del derecho, los diversos saberes jurídicos y las diversas prácticas jurídicas. Analiza el derecho desde el nivel más alto de abstracción en sus elementos ontológicos (lo qué es el derecho, sus límites, si es posible hacer una pregunta así), epistemológicos (el conocimiento del derecho), metodológicos (las maneras de comprenderlo y estudiarlo), axiológicos (los valores que justifican y orientan el derecho) y funcionales del derecho: por ejemplo, de control y de cambio, etcétera. Desde el método, las filosofías del derecho pretenden dar una visión totalizadora del fenómeno jurídico. En cuanto a su función, ésta es esencialmente crítica, de evaluación y de análisis sobre la legitimidad o justificación del derecho, pero también de supervisión del uso de conceptos y métodos, y de orientación práctica, siempre desde una visión externa al derecho. Para Norberto Bobbio, la finalidad más importante de la filosofía del derecho es decirnos como debería ser el derecho desde una visión externa al mismo (teoría de la justicia). En la actualidad la función de los filósofos del derecho debería ser la de actuar como intermediarios entre las disciplinas y prácticas jurídicas, por un lado, y el resto de las prácticas y disciplinas sociales —incluida la filosofía—, por el otro, y en esto podría consistir su mayor utilidad.

Se suelen mencionar cuatro sectores de la filosofía del derecho: teoría del derecho, que como veremos es diferente a la teoría general del derecho; la teoría de la ciencia jurídica, la teoría de la justicia, y la historia de la filosofía del derecho. La teoría del derecho u ontología jurídica se ocupa de los modos más generales de entender el derecho, esto es, los límites de lo jurídico, pero no lo hace como la teoría general del derecho que no cuestiona el marco jurídico con el que se opera (nivel interno), sino que lo hace

cuestionando, criticando externamente esos modos generales de entender el derecho (nivel externo); la teoría del derecho analiza las relaciones entre derecho y moral, el poder, la ideología, las relaciones sociales o el conflicto. La teoría de la ciencia jurídica es la reflexión sobre el concepto de ciencia o ciencias jurídicas, propuestas de modelos alternativos, situación de las ciencias jurídicas en el conjunto de los conocimientos. La teoría de la justicia es un análisis de carácter prescriptivo de la justicia, de las teorías de la justicia, y aún de las metateorías de la justicia, no se ocupa de las cuestiones descriptivas de la justicia como la sociología jurídica ni de cuestiones técnicas relacionadas con la política jurídica (cómo mejorar instituciones, decisiones, etcétera). En cuanto a la historia de la filosofía del derecho, ésta consiste en el estudio de los anteriores problemas desde una perspectiva histórica.

## **1.6 Disciplinas Jurídicas**

El análisis del derecho no puede quedar constreñido a sus elementos normativos, ni siquiera a sus elementos fácticos y valorativos como lo hace la teoría tridimensional. El estudio del derecho es pluridisciplinar y comprende elementos de teoría general del derecho, de filosofía jurídica, pero también sociológicos, históricos, comparados, económicos, antropológicos, psicológicos, políticos, lógicos, entre otros; además se auxilia de la informática, de la teoría de juegos, y de diversas técnicas como la técnica legislativa. Una visión del derecho que no lo comprenda en su totalidad, en sus diversas facetas, no sólo carecerá de integralidad sino que tenderá a ser un análisis sesgado y parcial. Es cierto que sus elementos más visibles son los normativos, pero no son los únicos. El jurista de nuestra época debe aproximarse al derecho con una concepción abierta y completa al fenómeno jurídico. Un ejemplo de una visión integral del derecho, la encontramos en la obra de Héctor Raúl Sandler quien prefiere hablar de “ciencias jurídicas” en lugar de “ciencia jurídica”, el profesor argentino señala que las ciencias jurídicas cuentan con un alto grado de autonomía, en el sentido de que gozan de potestad para determinar su alcance y desarrollo.

El fenómeno jurídico, no es entonces, ni exclusivamente normativo ni fáctico ni axiológico, es también lógico, histórico, comparado, político, económico, psicológico y técnico.

## **Sociología del Derecho**

La sociología del derecho estudia desde un punto de vista externo el derecho en acción, el derecho eficaz (que aplican y viven los tribunales, autoridades y ciudadanos), pero también el proceso de formación del derecho y los efectos que produce en la sociedad, esto es, la eficacia social del derecho. Es objeto de estudio de la sociología del derecho las normas y los hechos en que consiste su producción y aplicación, pero también los valores que representan esas normas y hechos, las ideologías jurídicas que se encuentran presentes en el fenómeno jurídico, y a las propias instituciones encargadas de producir y aplicar el derecho.

Es una disciplina que es cultivada por juristas y sociólogos. Los juristas se interesan por construir una sociología “en” el derecho que pueda servir como un instrumento útil en la tarea de elaborar y aplicar un sistema de derecho positivo; para muchos juristas el análisis sociológico en el derecho constituye un correctivo frente al excesivo formalismo jurídico de la dogmática jurídica tradicional. Los sociólogos construyen una sociología “del” derecho con un propósito cognoscitivo.

## **Historia del Derecho**

Surge en el siglo XIX a partir de la escuela histórica de Savigny. En sus inicios se pensó que era una ciencia que formaba parte del derecho más que de la historia; sin embargo, a últimas fechas se señala que es sobre todo una especialidad de la historia. Una buena parte de los autores de historia del derecho se han ocupado de la historia del derecho privado (civil y mercantil), aunque también se ha estudiado la historia jurídico-constitucional vinculada a la historia política, social y económica. Algunos señalan que son parte de la historia del derecho, el derecho romano y el derecho canónico. Su objeto de estudio son los derechos positivos no vigentes, la evolución de los mismos y el análisis de las tendencias en la conformación de esos derechos. La historia del derecho guarda estrecha relación con la sociología del derecho y con el derecho comparado, al grado que un autor del siglo XX, Lévy-Bruhl, propuso reunir estas disciplinas con la antropología jurídica para formar una que llamó jurística.

Carlos Cossio distinguió entre la historia del derecho como relación de acontecimientos jurídicos y la historia de la ciencia del derecho como una crítica a la ideología contenida

en el saber jurídico, esto es, una historia de las diversas sistematizaciones científicas del derecho desde una perspectiva de definición ideológica entre ellas. En la historia de la ciencia jurídica el historiador formula su crítica a lo que en cada sistematización se consideró como lo jurídicamente científico.

### **Derecho Comparado**

Esta disciplina utiliza el método comparado con el objeto de descubrir la ley que gobierna la evolución de los derechos, pero también y desde el siglo XIX, es un poderoso instrumento de política legislativa. La legislación comparada sirve para proporcionar indicaciones, ideas, sugerencias, recomendaciones, etcétera, que son útiles en la redacción de diversas clases de leyes, códigos o hasta reglamentos. Según René David, el derecho comparado es un instrumento de entendimiento internacional, de coexistencia pacífica, y proporciona junto con la historia del derecho, una perspectiva adecuada para comprender el derecho nacional. La comparación puede hacerse al interior de un sistema jurídico, por ejemplo, cuando comparamos legislación de dos entidades federativas del país; entre instituciones jurídicas que pertenecen a la misma familia jurídica (la continental europea, la anglosajona, la musulmana, etcétera); la comparación entre dos ordenamientos vistos en su conjunto; o entre instituciones o normas que pertenecen a familias jurídicas distintas.

### **Antropología Jurídica**

Se dice, no sin cierto dejo de visión colonialista y hasta xenofóbica, que esta disciplina estudia los sistemas jurídicos de los pueblos primitivos o de tecnología sencilla, pertenezcan o no a una época pasada. Son estudios que datan del siglo XIX, cuando las grandes potencias europeas colonizaron enormes territorios en Asia y África. Es una disciplina que ha cobrado gran importancia en nuestro país y otros latinoamericanos por el auge de los estudios en materia de derecho indígena y sobre el multiculturalismo, a raíz de la reivindicación política y social que los pueblos indígenas han hecho sobre sus derechos.<sup>103</sup> Desde luego que esta disciplina no puede entenderse como en el pasado, desde una visión colonialista y para permitir la exclusión o la explotación de las comunidades étnicas, sino como posibilidad para generar condiciones de pluralismo jurídico y de convivencia entre sistemas jurídicos diversos en un mismo territorio. En México, la antropología jurídica se encuentra en pleno desarrollo desde que el movimiento zapatista en 1994 dio la alerta sobre los niveles de miseria y explotación en la

que se encuentran las comunidades y pueblos indígenas en nuestro país. Aunque tuvimos una reforma constitucional en 2001, el debate sobre las maneras de hacer conciliables los derechos indígenas con el derecho nacional no ha concluido y el marco jurídico nacional aún requiere de reformas para lograr la convivencia armónica entre los sistemas jurídicos estatales y los indígenas.

### **Psicología Jurídica**

Algunas escuelas y concepciones del derecho como el realismo jurídico escandinavo — por ejemplo Olivecrona— trataron de configurar el derecho como un fenómeno de naturaleza psicológica (psicología del derecho). Hoy en día, lo que se busca es que la psicología —sus métodos— se aplique en el derecho para facilitar y mejorar su funcionamiento. De esta manera se han realizado estudios desde un punto de vista psicológico sobre la prueba testimonial o sobre los elementos psicológicos presentes en las decisiones judiciales, de autoridades o de los jurados, o sobre la personalidad del delincuente (psicología criminal que forma parte de la criminología). También la psicología se ha utilizado para proponer cambios en la legislación respecto a las sanciones penales que se estiman adecuadas para cierto tipo de delitos. La psicología en el derecho va unida estrechamente a la sociología, por eso algunos prefieren hablar de una psico-sociología jurídica, pues la psique individual siempre se manifiesta en un contexto social determinado.

### **Análisis Económico del Derecho**

Es una disciplina de origen norteamericano representada por autores como Coase, Posner y Calabressi que tiene por objeto utilizar los métodos, categorías y técnicas de la economía en la tarea de interpretar y aplicar el derecho.

Se considera que no se trata de una simple relación entre el derecho y la economía, sino se concibe que tanto el derecho como la economía son sistemas de distribución social de recursos y ambos obedecen a la misma finalidad, que es la maximización de la riqueza. Los sostenedores de esta visión proponen que el derecho se guíe por criterios económicos, y no según criterios jurídico-dogmáticos tradicionales.

## **Lógica Jurídica**

La lógica jurídica forma parte de la teoría general del derecho. Tiene dos grandes campos: la lógica del derecho y la lógica de los juristas. La lógica del derecho consiste en el análisis formal, prescindiendo de su contenido, de las normas y de los sistemas normativos, se le conoce también como la lógica de las normas o lógica deóntica. La lógica de los juristas por su parte consiste en el análisis lógico de los razonamientos de los juristas, tanto en la creación de las normas como en la interpretación y aplicación de las mismas. Es importante señalar que la argumentación jurídica no sólo emplea la lógica formal basada en el silogismo sino también otras formas de razonamiento que tienen relación con la retórica, y que además, la argumentación jurídica no puede ser constreñida exclusivamente a la lógica porque los argumentos son contextuales, es decir toman en cuenta el contexto y las habilidades del orador para desarrollarse, e importan también elementos que hacen referencia al comportamiento de los que argumentan (conocidos como elementos pragmáticos, entre ellos, la imparcialidad, la libertad o la igualdad de oportunidades para argumentar).

## **Informática Jurídica**

Implica, aunque no sólo, la utilización de las computadoras en el derecho. El uso de las computadoras ha tenido una gran importancia en todas las disciplinas jurídicas, en realidad se trata de una revolución informática que ha alterado profundamente el derecho en cuanto sistema de regulación social.

La informática, por ejemplo, modifica profundamente el manejo de los materiales jurídicos (informática jurídica documental), la organización burocrática del trabajo (informática jurídica de gestión), facilita la toma de decisiones jurídicas mediante la construcción de sistemas jurídicos expertos, proporciona conceptos y métodos que contribuyen al mejor conocimiento del derecho (informática jurídica teórica) y genera una nueva rama del derecho y una nueva disciplina relacionada con la regulación jurídica del uso de las computadoras (el derecho de la informática).

## **Técnica Legislativa**

Toma como dato a las normas jurídicas ya existentes, junto con las necesidades sociales, las peculiaridades del lenguaje jurídico, los propósitos políticos, etcétera, y con esos elementos trata de producir la optimización en la producción o creación de normas: leyes, normas administrativas y hasta convenios y contratos entre los particulares. Tiene como fin incrementar la racionalidad del derecho.

## **Política Jurídica**

Es una disciplina técnica vinculada a la dogmática jurídica, que trata de hacer operativas las teorías de la justicia en el nivel de la producción, interpretación y aplicación del derecho. Hans Kelsen señalaba que los actos de creación del derecho (legislación) y los actos de aplicación del derecho (decisiones judiciales y de otras autoridades) constituían actos de política jurídica. Se considera que es parte de la teoría y técnica de la legislación.

## **Ética Jurídica**

Es parte de la filosofía del derecho que se ocupa de los valores o fines jurídicos. También se denomina axiología jurídica. Se refiere a aquéllos elementos de carácter ético que constituyen el ideal regulativo y correctivo del derecho, que lo orientan, pero que también sirven para guiar su elaboración, interpretación y aplicación. Son las metas jurídicas últimas que están presentes en todo fenómeno jurídico, de suerte que el derecho no podría concebirse sin fines relacionados a la libertad, la igualdad, la solidaridad o la justicia. La ética jurídica además permite algún nivel de conexión entre el derecho y la moral.

## **1.7 Concepto de Derecho**

La palabra Derecho, proviene del latín *directum* que significa “dirigir”, “encaminar”. Este concepto va enfocado a educar al hombre en su ámbito social, y a estudiar su conducta. En ese sentido, se crearon normas de castigo o sanción que garantizarán una convivencia correcta entre los individuos.

El Derecho, desde el punto de vista doctrinario, es el conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta de los hombres en sociedad.

El Derecho es una creación del hombre con el fin de poner orden a una determinada convivencia. Al ser una creación del hombre es imperfecto, racional, modificable, limitado, etc. El Derecho es creado artificialmente por la necesidad de la sociedad humana. Es una creación del hombre para el hombre. Entre más amplio es el conocimiento de la sociedad, va creando nuevas necesidades.

Podemos encontrar en el Derecho los siguientes elementos o constantes:

- Convivencia /sociedad
- Normas
- Justicia
- Orden social
- Conducta humana
- Bien común

En una sociedad en la que conviven por definición personas, necesitamos normas que apliquen para todos en general. La justicia pretende dar a cada quien lo suyo y aunque el derecho no siempre es justo debe ser eficaz y útil. Es necesario un orden social con el fin de conservar la dignidad y la libertad humana, el libre albedrío y la capacidad de decidir sin dañar a terceros. El bien común se distingue de un bien individual.

El Derecho sirve para darle orden a la sociedad con un contenido ético de justicia, un orden social justo.

### **Definición del Derecho Objetivo**

Podemos definir al Derecho Objetivo como el conjunto sistematizado de normas de carácter imperativo-atributivas, emanadas por una autoridad competente, dotadas de coercibilidad y que buscan un orden social justo.

Es sistematizado porque este conjunto de normas se encuentra ordenado de manera lógica, se encuentra en una determinada estructura.

No es necesario especificar que es un conjunto de normas jurídicas, ya que, al ser de carácter imperativo-atributivas, es decir, que conceden derechos e imponen obligaciones, se desprende la esencia de lo jurídico.

La característica fundamental del derecho es la coercibilidad.

## **1.8 La Norma**

Antes de profundizar en el tema de la norma, es pertinente mencionar que las normas en general derivan del Derecho natural y de éste resultan o emanan las leyes naturales y las leyes sociales.

Ahora bien, el Derecho depende de la norma, de la sanción que el Estado impone a los ciudadanos para la convivencia en sociedad, de aquí es donde surge el Derecho.

Toda conducta humana debe ser regida por diferentes tipos de reglas de comportamiento, a las que se les llama norma.

En la clásica obra de García Máynez titulada Introducción al estudio del derecho, el autor se decanta por considerar a las normas, en un sentido lato, como reglas de comportamiento, que pueden ser obligatorias o no, y en stricto sensu como reglas de comportamiento que imponen deberes o confieren derechos. Indica que hay reglas de comportamiento cuyo cumplimiento es potestativo, que prescriben determinados medios con vista a la realización de determinados fines, a ellas les llama “reglas técnicas” y a las reglas de comportamiento que imponen deberes o confieren derechos y tienen carácter obligatorio les da el nombre de “normas”.

## **1.9 Tipos de Norma**

Las normas se clasifican en: morales, religiosas, sociales y jurídicas, como se explica en las siguientes secciones.

## **Normas Morales**

La moral es el conjunto de principios y valores que guían la manera de conducirse y permite la conciencia de distinción entre el bien y el mal. La discusión es que esta distinción entre el bien y el mal es subjetiva.

Las normas de lo moral nacen del fuero interno. Trata de una ética (principios o valores) que se procesa en la conciencia. El motor que anima la conducta del hombre es actuar con bien.

Ejemplo: no ayudar a una persona de la tercera edad a cruzar la calle.

## **Normas Religiosas**

Las normas de conducta emanadas de una religión establecen el trato para con los demás, son determinadas por los mandamientos de una religión.

El término religión viene del latín religare- volver a reunir, una conexión entre el ser supremo y la persona.

Proviene de los dogmas que recibimos en el estudio o la práctica de creencias divinas y cuya observancia o desobediencia no será premiada o reclamada por el creador o ser divino en el que creemos.

Ejemplo: ir a misa los domingos y dar limosna.

## **Normas Sociales**

Los convencionalismos sociales son las reglas de urbanidad, prácticas, usos de determinado grupo social, corrientes. Son útiles para efectos de una convivencia armónica, para el desenvolvimiento de persona en su grupo social.

Estas reglas, usos y prácticas se tienen que seguir para pertenecer a cierto grupo. Cambian en cada grupo social, época, tiempo. Rigen la conducta en sociedad, se imponen en grupo. La sanción es el rechazo social.

Ejemplo: vestirse de etiqueta en una reunión de clase alta y comportarse con cortesía.

## Normas Jurídicas

Son reglas de conducta expedidas por el poder público para regular la pacífica convivencia de los seres humanos integrantes de una sociedad y cuya observancia no está sujeta a la aceptación o no por parte del destinatario, ya que si éste no cumple, puede verse forzado a cumplirlas por medio de la coacción, haciendo uso de la fuerza que tiene el Estado.

Ejemplo: la aplicación de una sanción por el Código Penal de determinada entidad si una persona mata a otro ser humano.

### 1.10 Características de las Normas

Las normas jurídicas son bilaterales, externas, heterónomas y coercibles. Las normas morales son unilaterales, internas, autónomas e incoercibles. Las normas o reglas de trato social o convencionalismos sociales son unilaterales, externas, heterónomas e incoercibles.

Unilateralidad significa “que frente al sujeto a quien obligan no hay otra persona autorizada para exigirle el cumplimiento de sus deberes. Las normas jurídicas son bilaterales porque imponen deberes correlativos de facultades o conceden derechos correlativos de obligaciones”. En las normas morales —por ejemplo la norma que me impongo de ser caritativo— no hay otra persona autorizada para exigir el cumplimiento de esa obligación o deber, sólo la conciencia de la propia persona obligada es la instancia autorizada para reclamar el acatamiento de lo que la misma persona prescribió, no existe correlatividad entre derechos y obligaciones. En las normas jurídicas siempre existe otra persona, generalmente una autoridad, que puede exigir su cumplimiento, las normas jurídicas poseen una estructura imperativoatributiva (imposición de deberes a otro y correlativamente la concesión de un derecho subjetivo del que puede exigir). Por ejemplo, el vendedor de una cosa puede exigir el pago y el comprador pagar el precio, y el comprador puede exigir la entrega de la cosa comprada y el vendedor entregar la cosa. En los convencionalismos sociales, como sobre la norma social que prohíbe usar sombrero en las iglesias, no existe una instancia autorizada para exigir su cumplimiento.

Interioridad significa que las normas morales conciernen a la vida interior, subjetiva, relativa a la pureza o rectitud de los pensamientos de las personas, aunque parte de esa vida se pueda manifestar externamente. Las normas jurídicas se refieren esencialmente a los actos externos de las personas y después a los de carácter íntimo, pero únicamente en cuanto poseen trascendencia para la colectividad, es decir, las normas jurídicas tienen que ver con la realización de valores colectivos de carácter social y no principalmente individual. Los convencionalismos sociales como las normas jurídicas tienen una dimensión externa porque no residen en la vida interior y subjetiva de las personas sino en su dimensión social aunque no son de la misma trascendencia para la convivencia social que las jurídicas, tienen una finalidad que se despreocupa por la rectitud de las personas o la pureza de sus pensamientos o sus intenciones.

“Autonomía quiere decir autolegislación, reconocimiento espontáneo de un imperativo creado por la propia conciencia. Heteronomía es sujeción a un querer ajeno, renuncia a la facultad de autodeterminación normativa”. Las normas morales son autónomas porque son imperativos normativos creados por la conciencia de cada individuo. Las normas jurídicas son heterónomas porque son elaboradas por autoridades (representantes) o personas ajenas a la propia conciencia del individuo. Los convencionalismos sociales son heterónomos porque los destinatarios no participan en su elaboración, generalmente son producto de comportamientos regulares de grupos sociales.

García Máynez entiende por coercibilidad “la posibilidad de que la norma sea cumplida en forma no espontánea, e incluso en contra de la voluntad del obligado... esa posibilidad es independiente de la existencia de sanción”. Incoercibilidad implica que el cumplimiento de las normas se efectúa de manera espontánea, pues no pueden imponerse en contra de la voluntad del obligado. Las normas jurídicas son coercibles porque su cumplimiento es forzoso, se pueden hacer cumplir en contra de la voluntad del obligado. Las normas morales son incoercibles porque su cumplimiento es espontáneo, depende de la voluntad de la persona que se impuso a sí mismo tales deberes. Los convencionalismos sociales son incoercibles en el sentido de que no se pueden imponer al obligado en contra de su voluntad, aunque según García Máynez existe en ellos un tipo de coerción diferente, que es de carácter indeterminado (no existe, por ejemplo, un catálogo de sanciones que determine las sanciones por el incumplimiento de los convencionalismos) y subjetivo

(porque la intensidad y los requisitos de aplicación de las sanciones dependen de circunstancias que no son objetivas).

Algunos otros autores nacionales como Eduardo Peniche López aluden a las normas religiosas. Éstas en la terminología de García Máynez son: unilaterales, de carácter tanto interno como externo, heterónomas e incoercibles. Son unilaterales en el sentido que imponen deberes de las personas hacia Dios pero no existen necesariamente derechos correlativos a los deberes impuestos. Son de carácter mixto —internas y externas— porque aunque tienen que ver con la conciencia de las personas se manifiestan externamente a través de sacramentos y de las liturgias del culto público. Son heterónomas porque el recipiendario de las mismas no es al mismo tiempo el legislador de las normas. Finalmente son incoercibles porque no se pueden imponer en contra de la voluntad de las personas y sus sanciones son de naturaleza ultraterrena.

	Bilateralidad Unilateralidad	Externas Internas	Heterónomas Autónomas	Coercibles Incoercibles
Jurídicas	Bilaterales	Externas	Heterónomas	Coercibles
Morales	Unilaterales	Internas	Autónomas	Incoercibles
Sociales	Unilaterales	Externas	Heterónomas	Incoercibles
Religiosas	Unilaterales	Internas- Externas	Heterónomas	Incoercibles

### 1.11 Clasificaciones Tradicionales de las Normas Jurídicas.

Los criterios que utiliza García Máynez son: 1) por el sistema a que pertenecen; 2) por su fuente; 3) por su ámbito espacial de validez; 4) por su ámbito temporal de validez; 5) por su ámbito material de validez; 6) por su ámbito personal de validez; 7) por su jerarquía; 8) por su sanción; 9) por su cualidad; 10) por sus relaciones de complementación, y 11) por sus relaciones con la voluntad de los particulares.

Por el sistema al que pertenecen son nacionales, extranjeras y uniformes. Las nacionales se aplican en principio en el territorio nacional aunque excepcionalmente podrían aplicarse en territorio extranjero —en algunos supuestos derivados de los conflictos de leyes—. Las extranjeras rigen en principio para un territorio no nacional —aunque

existen también excepciones y en determinados supuestos pueden ser aplicadas en territorio nacional—. Las de derecho uniforme son normas comunes a sistemas jurídicos de diversos países; en las últimas décadas en Europa y por virtud de los tratados de la Unión Europea existen normas comunes a diversos territorios nacionales.

Por su fuente formal, entre otras, las normas pueden tener origen en actos del Poder Legislativo que se llaman leyes. También pueden tener su fuente en la jurisprudencia, es decir, en decisiones obligatorias de los tribunales. Pueden tener origen en la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo. O su fuente puede ser la costumbre que es reconocida como derecho.

Por su ámbito espacial de validez, que es la porción del espacio en que un precepto es aplicable, las normas en un país como México pueden ser federales, de la CDMX, estatales o municipales. Esta clasificación se fundamenta en los artículos 39, 41, 42, 43, 115, 116 y 122 de la Constitución, que dan competencia a poderes y órganos federales, estatales y municipales para crear normas.

Por su ámbito temporal de validez, que está constituido por el lapso durante el cual conserva la norma su vigencia, las normas pueden ser de vigencia determinada o indeterminada. En las de vigencia determinada su ámbito de validez temporal se encuentra previsto de antemano. En las de vigencia indeterminada no tienen plazo de vigencia definido.

Por su ámbito material de validez, que se refiere a la materia que regula, las normas jurídicas en México suelen clasificarse en normas de derecho privado (civil y mercantil), de derecho público (constitucionales, administrativas, penales, procesales e internacionales), y de derecho social (laboral, agrario, seguridad social). Esta clasificación tiene un interés práctico para efectos, por ejemplo, de interpretación de las normas; así, el artículo 14 de la Constitución señala que en los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate, y en los juicios del orden civil, la sentencia deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho. Es decir, la naturaleza de las normas —penal o civil— puede determinar formas y métodos distintos de interpretación.

Por su ámbito personal de validez, las normas pueden ser generales y particulares. Las generales se refieren a distintos sujetos normativos —a todos los comprendidos dentro de la clase designada en la norma—, tal como ocurre con las leyes o a un sujeto individualizado como en las sentencias, en donde se particulariza a los sujetos normativos. Las particulares pueden ser públicas o privadas. Las públicas entrañan actos de autoridad —una sentencia, un acuerdo administrativo—. Las privadas derivan de actos como los convenios, contratos, testamentos, etcétera.

Por su jerarquía, las normas pueden ser del mismo rango —relaciones de coordinación— o pueden ser de distinto rango —relaciones de supra o subordinación—. La teoría moderna de la jerarquía normativa se debe a Adolph Merkl y a Hans Kelsen. Este último autor precisó que el sistema jurídico es un sistema dinámico, en donde las normas de menor jerarquía son aplicación o consecuencia de las normas de mayor jerarquía. El orden jurídico es una larga jerarquía de preceptos, cada uno de los cuales desempeña un doble papel: en relación con los que le están subordinados tienen carácter normativo; en relación con los supraordinarios son un acto de aplicación. Las únicas normas que no tienen un doble carácter son la norma base o fundamental del sistema que sólo tiene carácter normativo, y la norma más inferior del sistema de la que no puede derivarse otra norma y que sólo constituye un acto de aplicación. Por su jerarquía las normas en México suelen clasificarse, de mayor a menor jerarquía, entre: 1) normas constitucionales, 2) tratados internacionales y leyes generales expedidas por el Congreso, 3) leyes federales, estatales y de la CDMX, y 4) normas municipales.

Por su sanción, las normas pueden ser perfectas, leyes más que perfectas, leyes menos que perfectas y leyes imperfectas. Las leyes perfectas son aquellas cuya sanción consiste en la inexistencia o nulidad de los actos que vulneran o en la imposición de un castigo. Las leyes más que perfectas implicarían en caso de violación además de la inexistencia o nulidad del acto o la sanción, una reparación pecuniaria. Las leyes menos que perfectas son las que su violación no entraña que el acto deje de producir efectos jurídicos pero que, sin embargo, hacen al responsable acreedor a un castigo. Y por lo que ve a las leyes imperfectas son aquéllas que no están provistas de sanción.

Por su cualidad, las normas se dividen en positivas (permisivas) y negativas (prohibitivas). Son positivas las que permiten cierta conducta, ya sea acción u omisión, y negativas, las

que prohíben determinado comportamiento (acción u omisión). Según García Máynez, las normas obligatorias son positivas, pues es evidente que permiten lo mismo que mandan.

Por el punto de vista de sus relaciones de complementación, hay normas jurídicas que tienen por sí mismo sentido pleno, en tanto que otras poseen significación cuando se les relaciona con preceptos del primer tipo. Las plenas según Kelsen se llaman primarias y las derivadas se les denominan secundarias. Las secundarias son por ejemplo: las de iniciación, duración y extinción de la vigencia de una norma; las declarativas o explicativas —por ejemplo las definiciones—; las permisivas; las interpretativas, y las puramente sancionadoras. Estas últimas son aquellas que establecen el deber de ciertos órganos del Estado de imponer al violador la sanción, pero que lo hacen porque hay una primera norma que estableció primero los supuestos, la relación jurídica y las consecuencias jurídicas.

Por el punto de vista de su relación con la voluntad de los particulares, las normas pueden ser taxativas y dispositivas. Las taxativas son aquellas que obligan en todo caso a los particulares, independientemente de su voluntad. Las dispositivas son las que pueden dejar de aplicarse por voluntad expresa de las partes a una situación jurídica concreta. Las dispositivas se dividen a su vez en interpretativas, las cuales sirven para interpretar la voluntad de las personas que han intervenido en un negocio jurídico, y supletivas, que se aplican en ausencia de una regulación especial establecida por los contratantes.

### **1.12 Pirámide de las Normas de Hans Kelsen**

Hans Kelsen fue un filósofo doctrinario de la justicia y de la política, su pensamiento se basó en la concepción de cada Ley como una norma; esto es, como un deber ser. Cada Ley puede derivarse de otra que otorga validez a aquélla, hasta llegar al principio de validez final, que es la norma fundamental.

Kelsen representó a las normas jurídicas mediante una pirámide que representa gráficamente la idea de sistema jurídico escalonado. De acuerdo con éste, el sistema no es otra cosa que la forma en que se relacionan un conjunto de normas jurídicas y la principal forma de relacionarse de éstas, dentro de un sistema, sobre la base del principio de jerarquía legal.

En otras palabras, las normas que componen un sistema jurídico se relacionan unas con otras de acuerdo con el principio de jerarquía legal. Imaginemos una pirámide escalonada: la cúspide de la pirámide se situaría la Constitución de un Estado, en el escalón inmediatamente inferior las leyes, en el siguiente peldaño los reglamentos y así sucesivamente hasta llegar a la base, compuesta por las normas jurídicas individuales, que son los testamentos, los contratos y, por último, las sentencias.

Cuanto más nos acercamos a la base de la pirámide, el escalón es más ancho, es decir, hay un mayor número de normas jurídicas. Así, el escalón superior es muy pequeño, pues la Constitución sólo es una, y es la ley que está por arriba de todas, que no se puede violar; así, se entiende que hay más leyes que constituciones, y más reglamentos que leyes y así sucesivamente.

Ahora bien, la pirámide sirve para reflejar la idea de validez, cada escalón es una especie de eslabón de la cadena de importancia de leyes, dentro del sistema, pero lo que otorga validez al sistema en sí es la norma fundamental. De acuerdo con el ordenamiento jurídico, la Constitución y el resto de normas emanadas de ella son jurídicamente obligatorias.

Así queda el orden de las normas jurídicas en México:



## UNIDAD II FUENTES DEL DERECHO

### 2.1 Introducción

Dice García Máynez que en la terminología jurídica la palabra fuente tiene tres acepciones, ya sea que se trate de fuentes formales, reales o históricas. Por fuente formal se suele entender el proceso de creación de normas jurídicas; fuente real son los factores y elementos que determinan el contenido de tales normas, y fuente histórica son los documentos que encierran el texto de una ley o conjunto de leyes. En términos más contemporáneos Josep Aguiló Regla establece que sobre las fuentes del derecho existen tres enfoques: el explicativo o social; el justificativo o valorativo y el sistemático o formalista. El explicativo o social da cuenta de los factores sociales que explican la génesis y el contenido de las normas jurídicas; el justificativo o valorativo entraña los valores o bienes que justifican a las normas jurídicas, y el sistemático o formalista implica el régimen jurídico de la creación de las normas jurídicas. Lo anterior significa que en esos tres niveles existen fuentes diversas del derecho: fuentes de carácter sociológico, axiológico o justificativo, y fuentes formales.

Las ideas expuestas de García Máynez y de Aguiló nos aclaran que dentro de la temática de las fuentes formales del derecho hablamos de la problemática en torno al cómo y dónde nacen las normas. La cuestión no es sencilla porque fuente formal del derecho incluye a la persona o personas con facultad jurídica para crear normas jurídicas, las formas de regulación normativa o hasta las manifestaciones concretas de las formas o tipos de regulación normativa (por ejemplo, la Ley de Salud). En general, la teoría jurídica tradicional se refiere a los tipos de regulación normativa del derecho como sinónimo de fuentes: la ley, la costumbre, el precedente judicial, el contrato, la sentencia, la doctrina, etcétera.

En el contexto de las ciencias sociales, el problema del origen de las normas jurídicas es político y sociológico. Político porque la determinación de dónde existe una fuente y el establecimiento de una jerarquía entre ellas, supone el reconocimiento de un centro de emanación del poder, que suele ser producto de los conflictos por el poder; así en la Edad Media la lucha entre la ley y la costumbre era la expresión de la lucha entre el rey y los señores feudales. Éstos privilegiaban las costumbres locales por encima de normas generales que pretendían imponer los monarcas medievales. Durante la Revolución

francesa la ley se defendió como la emanación de la voluntad general respecto a los intereses de la antigua aristocracia que reclamaba el cumplimiento de las costumbres tradicionales. Hoy en día, la lucha entre la ley y los derechos humanos, implica la lucha entre la clase política que aboga por la ley frente a los ciudadanos que reclaman principalmente el cumplimiento de la Constitución y los derechos que ella contiene. Desde el plano sociológico, estas pugnas indican la materialización de distintos intereses sociales que se enfrentan en aras de alcanzar la hegemonía y perdurar sobre las visiones alternativas.

Parece obvio decir que en el origen de las normas jurídicas existe siempre una fuerza social, grupos de presión o de interés que se hacen presentes frente al Estado y frente a la sociedad. Si se reconoce lo anterior, queda pendiente el tema de hasta dónde esas normas que surgen responden al sentir social, a sus intereses, a los derechos humanos o a la democracia, cuestión que tiene que ver con la legitimidad de las normas. También queda pendiente el tema de la eficacia de las normas, esto es, el problema de hasta dónde se cumplen. Ambos asuntos, el de la legitimidad y el de la eficacia, tienen relación con el problema del origen de las normas. Las normas que nacen democráticamente, coinciden con el sentir social y se orientan a la protección de los derechos humanos, tienen más posibilidades de ser acatadas y respetadas por los ciudadanos que aquellas otras que no tienen ningún vínculo con estos factores.

Si analizamos la expresión fuente del derecho desde su terminología jurídica podemos encontrar tres significados. En el primero podemos referirnos a fuente como facultades o poder de creación normativa de autoridades y particulares. En el segundo, fuente como norma de segundo grado para la producción de nuevas normas o fuente como el derecho objetivo mismo. En el tercero, fuente como origen del conocimiento jurídico. Generalmente se emplea la expresión fuente en su segunda acepción, esto es, como las normas de derecho objetivo que permiten la producción de otras normas jurídicas (NSP) o, como el tipo de regulación normativa —Constitución, ley, tratado, reglamento, etcétera— y hasta como las manifestaciones específicas de los tipos de regulación normativa (la ley “X” o el reglamento “Y”).

En la historia de la teoría jurídica se atribuye a Savigny y a la Escuela Histórica la formación de la moderna teoría de las fuentes. Las fuentes son para este autor las causas

del nacimiento del derecho, tanto las instituciones como las reglas jurídicas. Para Savigny el derecho se origina en el “espíritu del pueblo” y las fuentes no son más que la manifestación de esa conciencia común. De tal suerte que fuente no sólo es la causa del nacimiento del derecho sino también su manifestación concreta. Por su parte, Del Vecchio distingue tres tipos de fuentes: las que son causa del nacimiento del derecho, las que se deducen de los principios de justicia, y las fuentes técnicas que se refieren al derecho positivo. Según Del Vecchio el origen del derecho está en la naturaleza humana y en la conciencia individual; las que se deducen de los principios de justicia se obtienen del derecho natural y de la razón, y en cuanto a las fuentes sociales, éstas son manifestación de la voluntad social preponderante y se reducen a dos principales —la ley y la costumbre—, una tercera —la jurisprudencia— y otras secundarias.

Gény sostuvo que la ley no agota el origen del derecho. El intérprete siempre puede hurgar en otras fuentes —la costumbre o la tradición— y cuando se agotan puede acudir a los materiales que suministra la libre investigación científica. Con Gény inicia la lenta crisis de la ley como fuente preponderante o fundamental del derecho. Gény estaba consciente que la codificación de su época y la ley no podían proporcionar todas las respuestas posibles que urgía el intérprete para resolver los casos sometidos a su consideración, de ahí la crisis de la ley como fuente predominante del derecho pero también del método de interpretación basado en su aplicación gramatical y mecánica. Es Gény un precursor de la idea de que la interpretación y el razonamiento jurídico también constituyen una fuente del derecho.

## 2.2 El Sentido Actual de la Teoría de las Fuentes del Derecho

La doctrina tradicional de las fuentes está en crisis, en parte porque no analizó a profundidad todos los modos de producción jurídica, se concretó principalmente a la ley y a la costumbre como las fuentes por excelencia del derecho. La costumbre en nuestra época es una fuente residual del derecho y la ley es una fuente en decadencia. Se dice que son básicamente dos las causas por las que la ley ha perdido hoy su posición central en el sistema de fuentes: por un lado, como consecuencia “indirecta” de la crisis de la estatalidad del derecho; por otro, como consecuencia “directa” de la atribución de carácter normativo a la Constitución, con el consiguiente desplazamiento de la ley.

En cuanto a la crisis de la “estatalidad” del sistema de fuentes, los fenómenos de supraestatalidad normativa —derecho de origen internacional— y de la infraestatalidad —derecho de origen local y municipal— llevan aparejada una pérdida de centralidad del derecho del Estado y, por consiguiente, de la ley, que era su máxima expresión normativa. El derecho de origen estatal debe convivir con otras manifestaciones jurídicas distintas: normas de organizaciones internacionales o supranacionales y con normas municipales o estatales. Además, el derecho de origen estatal participa en la regulación de las conductas con normas que tienen su origen en sindicatos, partidos, organizaciones empresariales, Iglesias, o hasta normas pertenecientes al ámbito deportivo.

Respecto a la crisis de la “centralidad” de la ley en el sistema estatal de fuentes, debe decirse que uno de los rasgos más relevantes del Estado constitucional de nuestro tiempo es la asunción del valor normativo de la Constitución. La Constitución, concebida como auténtica norma jurídica, ha venido a ocupar la posición de centralidad que en el Estado liberal correspondía a la ley. La consecuencia es evidente, en el Estado constitucional la ley está sometida a un nivel más alto de derecho que es la Constitución, cuya vinculatoriedad se garantiza a través del principio de supremacía constitucional que en nuestro sistema está recogido en el artículo 133 de la Constitución y con los medios de control o de defensa de la Constitución.

Además de lo anterior existe una crisis de certeza y de racionalidad de la ley, pues la sobreabundancia de leyes, ciertamente, produce dos efectos igualmente negativos: por un lado, hace que el ciudadano común y los mismos operadores jurídicos estén cada vez más desorientados ante la inflación legislativa de nuestra época, con el consiguiente déficit en el conocimiento del derecho; por otro, es evidente que la superproducción de leyes disminuye también la posibilidad de su formación esmerada y ponderada, y propicia la creación de leyes no contundentes, ambiguas, farragosas, y en este sentido irracionales que producen inseguridad jurídica e injusticia.

Aunque la ley debe ser interpretada y aplicada a la luz de los principios y valores de la Constitución, sigue siendo una fuente fundamental del sistema, pero sin la posición de privilegio que en el pasado tuvo.

La ley está en relación con otras fuentes como la Constitución, los tratados, las decisiones judiciales y el carácter argumentativo del derecho.

La disciplina de las fuentes del derecho se extiende actualmente a la consideración del proceso global de producción y aplicación del derecho —supranacional, nacional y subnacional—, en donde las normas de producción jurídica o de cambio, en la terminología de Hart, deben ser la materia principal de objeto y de análisis de cualquier teoría de las fuentes. Igualmente, la interpretación, la aplicación y el razonamiento jurídico desempeñan un papel central en la teoría de las fuentes, pues la interpretación y aplicación de las normas son fuentes en sí mismas y no pueden ser entendidas en un sentido mecanicista. El concepto de fuentes no debe limitarse a contemplar las diversas categorías normativas por su origen, sino que debe analizarlas en virtud de su relación con otras categorías, es decir, la confluencia de varios órganos, diversidad de procedimientos de producción, etcétera. Lo que significa que cualquier teoría de fuentes es parte de la teoría del ordenamiento, en la que la Constitución como fuente principal del sistema, desempeña funciones de unificación, validación y de supremacía respecto al resto de las otras fuentes.

### **2.3 Clasificaciones de las Fuentes del Derecho**

Existen diversas clasificaciones de las fuentes del derecho. Una primera distingue entre fuentes directas e indirectas. Las directas son las que encierran en sí la norma jurídica, las que la contienen. Tradicionalmente, las directas se reducían a dos: la ley y la costumbre. Algunos agregan los principios generales del derecho. Hoy son parte, entre otras, de las fuentes directas: la Constitución, los tratados, los precedentes judiciales, además de la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, los contratos, etcétera. Las fuentes indirectas son las que ayudan a la comprensión y conocimiento de las normas jurídicas. Son los documentos y publicaciones a través de los cuales se puede conocer el derecho o la doctrina que permite la comprensión de las normas jurídicas legisladas o contenidas en los precedentes judiciales.

Otra clasificación alude a las fuentes internas y externas. Esta precisión proviene de Gény que señaló por un lado las fuentes formales internas —ley, costumbre y tradición—, y por otro las fuentes no formales o externas que incluyen todos los elementos objetivos que se conocen por la libre investigación científica y que funciona sobre dos clases de

elementos: los racionales que son los principios revelados por la razón, y los objetivos, que surgen de la naturaleza de las cosas.

Una tercera clasificación distingue entre fuentes estatales y fuentes extraestatales. Las primeras suponen la creación directa del derecho por los órganos del Estado a través de sus órganos y procedimientos. En tanto que las extraestatales provienen de ámbitos e instancias de carácter no estatal, tales como la propia sociedad —la costumbre—, sectores sociales de la misma como el derecho de los pueblos indígenas o de organizaciones políticas, sindicales, empresariales, eclesiales, etcétera.

Otra clasificación distingue entre fuentes-acto y fuentes de hecho. Se habla de fuentes-acto para hacer referencia a las normas que regulan la producción normativa y que tienen por propósito crear o modificar el derecho vigente y obtener, consiguientemente, las correspondientes modificaciones en el comportamiento de los destinatarios de las mismas. Son fuentes-acto la Constitución, la ley, el reglamento y las normas que establecen el reenvío a otras normas u ordenamientos, como las relativas al derecho internacional privado. Son fuentes de hecho aquellas que constatan un hecho jurídico preexistente. Entre las fuentes de hecho se suele ubicar a la costumbre y el precedente judicial.

Algunos también separan entre fuentes escritas y no escritas. Entre las escritas habría que mencionar a las leyes o los reglamentos. Entre las no escritas se mencionan la costumbre y los principios generales del derecho; sin embargo, esta clasificación no es tan relevante como la que distingue entre fuentes legales y fuentes *extra ordinem*. En esta última clasificación se advierte que las fuentes del derecho no siempre vienen reguladas por normas sobre la producción jurídica previas, sino que en ciertos casos, el fundamento de una fuente hay que buscarlo fuera del sistema jurídico. La Constitución es el mejor ejemplo de ello, pues como norma primera y fundamento normativo de todo el sistema no encuentra su fundamento en otra norma jurídica sino que su origen hay que buscarlo en instancias extrajurídicas.

Una clasificación más alude a la distinción entre fuentes formales y materiales. Las primeras son las propias fuentes directas o inmediatas, tal como la ley. En cambio, las fuentes materiales son todos los factores que nutren a las fuentes formales, tales como la

naturaleza de las cosas, la tradición, el interés social, la opinión popular, los intereses económicos o políticos, etcétera, que dan origen a las normas formales.

Finalmente, se clasifican las fuentes según su fuerza jurídica, criterio que toma en cuenta la jerarquía o la preeminencia de las mismas al interior del ordenamiento. Así, se habla de fuentes constitucionales, primarias y secundarias. Las fuentes constitucionales no pueden ser contradichas por ningún otro ordenamiento, aunque las propias Constituciones para ser modificadas establecen procedimientos cualificados de revisión —en México en el artículo 135 de la Constitución— lo que supone una excepción a su superioridad jerárquica absoluta. Algunas Constituciones contienen cláusulas de intangibilidad, esto es, normas que no pueden ser modificadas por el procedimiento ordinario de revisión constitucional, lo que las constituye en las normas más importantes de un sistema jurídico; sin embargo, sean las cláusulas de intangibilidad explícitas o implícitas, lo cierto es que ningún sistema jurídico puede considerarse inmodificable.

Las fuentes primarias son las que están ubicadas en los escalones inferiores a la Constitución. Señaladamente forman parte de las mismas, en el caso mexicano, el tratado y la ley y todas aquellas a las que el ordenamiento atribuye rango o fuerza de ley. En cuanto a las fuentes secundarias, el ejemplo más característico es el reglamento, que debe ser conforme a la ley, los tratados y la Constitución. Hay también fuentes terciarias que están subordinadas a la Constitución, a los tratados y a la ley, y que además deben respetar lo establecido por las fuentes secundarias; el ejemplo característico de las mismas es la costumbre *praeter legem*.

## Las Fuentes Formales en el Ordenamiento Jurídico Mexicano

### 2.4 La Constitución

En el Estado constitucional, la ley y otras fuentes primarias, secundarias y terciarias, se encuentran sometidas a la Constitución. En México, el artículo 133 de la Constitución establece que:

*Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el*

*presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los estados.*

La norma constitucional establece por un lado el principio de supremacía constitucional y también la jerarquía de las normas en el ordenamiento mexicano, en donde la Constitución es la norma de mayor importancia y todas las demás normas deben estar conforme a ella para ser válidas, es decir, para ser reconocidas como parte del derecho mexicano.

La Constitución como fuente del derecho implica dos cuestiones: la primera es la función de la Constitución como fuente de fuentes, como norma normarum, esto es, como el vértice de las normas que da validez y unidad a todo el ordenamiento, y la segunda, que entiende la Constitución como fuente del derecho en sentido estricto, en el sentido que ella contiene normas materiales —por ejemplo sobre derechos humanos o fundamentales— directamente aplicables por las autoridades a diversas relaciones jurídicas.

Uno de los cambios más importantes de nuestros días ha sido el considerar a la Constitución como una auténtica norma y no sólo como un documento político o la expresión de los acuerdos y pactos entre los factores reales de poder. La obligatoriedad de la Constitución como norma suprema no puede buscarse en otra norma previa, porque esa sería la Constitución, sino en la propia Constitución. La Constitución obliga y es vinculante porque posee legitimidad, esto es, porque ha sido reconocida por gobernantes y ciudadanos como la norma jurídica suprema. Ese reconocimiento deviene en los Estados democráticos de los contenidos normativos de la propia Constitución y del procedimiento democrático de su aprobación; entre otros, la creencia de que el origen y fin del poder público y del orden normativo reside en la soberanía popular, el establecimiento y garantías a los derechos humanos, la promoción de los procedimientos democráticos, la división del poder, etcétera. El carácter obligatorio y vinculante de la Constitución, significa que ésta no contiene un catálogo de buenas intenciones sino que sus disposiciones normativas —reglas, principios y valores— son de inmediata vinculación

y cumplimiento por parte de las autoridades y ciudadanos, obviamente en los términos que la propia Constitución establece.

Los actos y omisiones de autoridades y particulares en contra de la Constitución son inconstitucionales. Para enfrentar las inconstitucionalidades las Constituciones prevén una serie de mecanismos procesales para ser defendidas. Esos instrumentos de impugnación y procedimientos son llamados medios de control de constitucionalidad. En muchos países del mundo, esos mecanismos se encargan al conocimiento de cierto tipo de tribunales que se conocen como tribunales o cortes constitucionales, en el caso de México y hasta ahora, la encomienda la tiene el Poder Judicial de la Federación. En nuestro país, los más importantes medios de control de constitucionalidad son: el juicio de amparo previsto en los artículos 103 y 107 constitucionales, las controversias constitucionales establecidas en el artículo 105 fracción I de la Constitución, y las acciones de inconstitucionalidad contempladas en la fracción II del artículo 105 ya citado.

## 2.5 Los Tratados

De acuerdo con los artículos 89, fracción X; 76, fracción I, y en relación con el artículo 133 de la Constitución, los tratados celebrados por el presidente y que sean ratificados por el Senado son parte del ordenamiento nacional. Hasta hace muy poco, los tratados eran considerados despectivamente por muchos ámbitos jurídicos. En nuestros días, son una de las fuentes formales más importantes del sistema jurídico. Ello es consecuencia de la crisis de la soberanía que se vive en muchos países del mundo y del fenómeno de la globalización que también impacta al derecho.

La concepción de los Estados nacionales que los entendía como fortalezas cerradas sin vínculos con el exterior ha quedado superada. Tanto interna como externamente la idea de soberanía, entendida como autodeterminación se ha modificado. Como dice Gustavo Zagrebelsky:

*Desde finales del siglo pasado actúan vigorosamente fuerzas corrosivas, tanto interna como externamente: el pluralismo político y social interno, que se opone a la idea misma de soberanía y de sujeción; la formación de centros de poder alternativos y concurrentes con el Estado, que operan en el campo político, económico, cultural y*

*religioso, con frecuencia en dimensiones totalmente independientes del territorio estatal; la progresiva institucionalización, promovida a veces por los propios Estados, de “contextos” que integran sus poderes en dimensiones supraestatales, sustrayéndolos así a la disponibilidad de los Estados particulares; e incluso la atribución de derechos a los individuos, que pueden hacerlos valer ante jurisdicciones internacionales frente a los Estados a los que pertenecen.*

El cambio producido en la relación de los Estados soberanos con otros Estados y con instituciones supranacionales como la ONU o la OEA, y las competencias crecientes de esas instancias en los asuntos internos de los Estados, destacadamente en la promoción y protección de los derechos humanos, aunque también en otros ámbitos como los del comercio o la economía, ha producido en el campo del derecho que los tratados tengan hoy en día un lugar que antes no tenían en el sistema de fuentes.

## **2.6 La Ley**

En un sentido muy amplio y vago, la palabra “ley” designa a toda norma jurídica emanada del poder público, es decir, de los órganos del Estado. En un sentido estricto, la ley es la norma jurídica aprobada por el Poder Legislativo. Las leyes históricamente han sido aprobadas por autoridades en forma de preceptos escritos, con lo que las leyes se contraponen a las costumbres, pues éstas surgen del pueblo y se manifiestan espontáneamente a través del uso. La costumbre es una fuente “hallada”, en cambio la ley es una fuente “creada” *ex novo* por órganos del Estado, específicamente y en su sentido contemporáneo por los órganos del Poder Legislativo. La expresión escrita de las normas, no le confieren a éstas el carácter de ley, ya que pueden existir costumbres que se recogen por escrito y no tienen por ello la naturaleza de ley, esto es, de ser creadas por órganos del Estado —el Legislativo—, sino que se trataría de normas descubiertas o halladas, que se han originado en la sociedad.

La ley a diferencia de la Constitución no posee la legitimidad política de ésta, pues las Constituciones son aprobadas por amplísimas mayorías y las leyes por simples mayorías. En fin, la ley es la norma para los momentos ordinarios y cotidianos de las sociedades y las Constituciones para sus momentos excepcionales, en los que se reconocen los

derechos humanos de los individuos, la forma de Estado y de gobierno, y las orientaciones axiológicas más importantes de las sociedades. Formal y materialmente las Constituciones son las normas que determinan la validez y la unidad del resto del ordenamiento. Por éstas y otras razones, las leyes tienen un lugar subordinado a la Constitución en las sociedades contemporáneas y democráticas.

Son diversas las razones que explican por qué la ley sigue siendo una fuente importante del ordenamiento. En primer lugar, porque emana de autoridades que han sido elegidas por elección popular a diferencia de muchas autoridades administrativas y judiciales que no cuentan para su designación con el respaldo directo de los ciudadanos. En segundo lugar, porque la ley sigue garantizando el principio de división de poderes e impide en principio que otras autoridades sin razón o justificación alguna integren o creen derecho. En tercer lugar, porque evita la arbitrariedad de las autoridades vía el principio de legalidad —las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les faculta— aunque en sistemas jurídicos diferentes al mexicano, se prefiere hablar de un principio de juridicidad que determina que las autoridades deben actuar de conformidad con la totalidad del ordenamiento y no necesariamente con fundamento en alguna disposición de una ley específica. En cuarto lugar, porque existen ciertas materias que sólo pueden ser normadas en ley y no a través de otro género de fuentes; en México, los delitos, las penas y las contribuciones impositivas sólo pueden estar previstos en ley —a esta institución se le conoce en la teoría del derecho como “reserva de ley”—. En quinto lugar, la ley se debe elaborar para evitar la aplicación retroactiva de las normas, pues según el artículo 14, primer párrafo de la Constitución, a ninguna ley se dará efecto retroactivo —regular situaciones previas a la entrada en vigor de la ley con la ley que entra en vigor— en perjuicio de persona alguna. En sexto lugar, la ley previene contra las disposiciones privativas —aprobadas con el propósito de menoscabar derechos fundamentales de personas específicas— que prohíbe el artículo 13 de la Constitución. En séptimo lugar, porque se supone que la ley emana de un procedimiento deliberativo, público y abierto, superior a otros procedimientos normativos que carecen del nivel de deliberación, discusión, transparencia y apertura que tiene el procedimiento legislativo. En síntesis, la ley reconoce al Poder Legislativo su carácter representativo de los intereses de la nación, tal como señala el artículo 51 de la Constitución que establece que los diputados son representantes de ella.

El procedimiento legislativo federal en México está compuesto por siete etapas de cumplimiento necesario para que la ley tenga en principio validez, pues todavía debe comprobarse si tiene correspondencia con la Constitución cuando es sometida a revisión constitucional vía las acciones de inconstitucionalidad, las controversias constitucionales y el juicio de amparo. Estas siete etapas son: la iniciativa, la discusión, la aprobación, la sanción, la publicación, la iniciación de la vigencia y el refrendo ministerial. El fundamento constitucional del procedimiento legislativo federal se encuentra en los artículos 70, 71, 72 y 92 constitucionales y a nivel secundario en los artículos 3 y 4 del Código Civil que fijan las reglas sobre la iniciación de la vigencia de las leyes.

## 2.7 La Jurisprudencia

Como dice García Máynez, la expresión jurisprudencia suele significar al menos dos cosas: 1) se puede entender como ciencia del derecho, o 2) como los criterios contenidos en las decisiones de los tribunales. En México, a diferencia de otros países, la jurisprudencia tiene carácter obligatorio cuando se produce en los términos que establece la ley. La obligatoriedad de la jurisprudencia tiene detractores, a los que me uno, tanto porque limita la discrecionalidad judicial como porque esa figura es hija de una concepción decimonónica del papel del juez, que entendía su función como un poder nulo, sin ninguna posibilidad para crear derecho, situándolo como simple aplicador pero no interprete del derecho. La jurisprudencia obligatoria determina al juez inferior y limita sus poderes interpretativos. Esa visión no puede sostenerse en el actual Estado constitucional de derecho. Nuestra realidad demanda jueces responsables que no se encuentren maniatados por los criterios de los tribunales superiores.

El fundamento constitucional de la jurisprudencia obligatoria se encuentra previsto en los siguientes artículos de la Constitución:

*La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción.*

El artículo 99 indica en su parte conducente:

*Cuando una sala del Tribunal Electoral sustente un criterio sobre la inconstitucionalidad de algún acto o resolución o sobre la interpretación de un precepto de esta Constitución, y dicho criterio pueda ser contradictorio con uno sostenido por las salas o el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, cualquiera de las Ministras y Ministros, las salas o las partes, podrán denunciar la contradicción en los términos que señale la ley, para que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación decida en definitiva cuál criterio debe prevalecer. Las resoluciones que se dicten en este supuesto no afectarán los asuntos ya resueltos.*

Por su parte, el artículo 107, fracción XIII, establece el procedimiento genérico de contradicción de tesis y señala:

*Cuando los Tribunales Colegiados de Circuito de la misma región sustenten criterios contradictorios en los juicios de amparo de su competencia, el o la Fiscal General de la República, en asuntos en materia penal y procesal penal, así como los relacionados con el ámbito de sus funciones, los mencionados tribunales y sus integrantes, las y los Jueces de Distrito, las partes en los asuntos que los motivaron o el Ejecutivo Federal, por conducto de la o el Consejero Jurídico del Gobierno podrán denunciar la contradicción ante el Pleno Regional correspondiente, a fin de que decida el criterio que debe prevalecer como precedente.*

*Cuando los Plenos Regionales sustenten criterios contradictorios al resolver las contradicciones o los asuntos de su competencia, según corresponda, las Ministras y los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los mismos Plenos Regionales, así como los órganos a que se refiere el párrafo anterior podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, con el objeto de que el Pleno o la Sala respectiva decida el criterio que deberá prevalecer.*

*Cuando las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sustenten criterios contradictorios en los juicios de amparo cuyo conocimiento les competa, los ministros, los Tribunales Colegiados de Circuito y sus integrantes, las y los Jueces de Distrito, el o la Fiscal General de la República, en asuntos en materia penal y procesal penal, así*

*como los relacionados con el ámbito de sus funciones, el Ejecutivo Federal, por conducto de la o el*

*Consejero Jurídico del Gobierno, o las partes en los asuntos que las motivaron podrán denunciar la contradicción ante el Pleno de la Suprema Corte, conforme a la ley reglamentaria, para que éste resuelva la contradicción.*

Para que la jurisprudencia sea obligatoria para todos los destinatarios es preciso que los mismos tengan conocimiento de ella o se publique en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

## **2.8 El Reglamento**

Según Gabino Fraga, el “reglamento es una norma o conjunto de normas jurídicas de carácter abstracto e impersonal que expide el Poder Ejecutivo en uso de su facultad propia y que tiene por objeto facilitar la exacta observancia de las leyes expedidas por el Poder Legislativo”. Se trata de un acto de carácter administrativo que emana generalmente de una autoridad administrativa y es un medio para la ejecución de las leyes. Se discute doctrinalmente si el reglamento puede ser considerado como la ley, expresión de la voluntad popular o si es sólo expresión de la voluntad de los administradores. En todo caso lo que habría que señalar es que la ley se expide en el ejercicio de una soberanía más radical y que el reglamento se expide en virtud de una competencia más limitada.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que la facultad reglamentaria del presidente de la República, prevista en el artículo 89, fracción I, de la Constitución, está limitada por los principios de reserva de ley y de subordinación jerárquica. El primero se presenta cuando una norma constitucional reserva expresamente a la ley la regulación de una determinada materia, tal como ocurre en materia de delitos o de impuestos, por lo que excluye la posibilidad de que los aspectos de esa reserva sean regulados por disposiciones de naturaleza distinta a la ley, esto es, por un lado, el legislador ordinario ha de establecer por sí mismo la regulación de la materia determinada y, por otro, la materia reservada no puede regularse por otras normas secundarias, en especial el reglamento. El segundo principio, el de jerarquía normativa, consiste en que el ejercicio de la facultad

reglamentaria no puede modificar o alterar el contenido de una ley, es decir, los reglamentos tienen como límite natural los alcances de las disposiciones que dan cuerpo y materia a la ley que reglamentan, detallando sus hipótesis y supuestos normativos de aplicación, sin que pueda contener mayores posibilidades o imponga distintas limitantes a las de la propia ley que va a reglamentar. Los reglamentos desenvuelven la obligatoriedad de un principio ya definido por la ley y, por tanto, no pueden ir más allá de la ley, ni extenderla a supuestos distintos ni contradecirla.

Es importante señalar que la facultad reglamentaria, por principio general, salvo las excepciones que la Constitución establece, no puede tener por objeto preceptos de la propia Constitución General, pues la reglamentación de éstos incumbe al Poder Legislativo a través de las leyes reglamentarias u orgánicas.

La Constitución establece en el artículo 92 que todos los reglamentos, decretos, acuerdos y órdenes del presidente deberán estar firmados por el secretario de Estado o jefe administrativo a que el asunto corresponda, y sin este requisito no serán obedecidos. Al igual que las leyes y otras disposiciones, los reglamentos deben ser publicados, para que se conozcan y sean cumplidos, en los diarios y gacetas oficiales.

No sólo el Ejecutivo tiene la facultad reglamentaria. Existen otras instancias, poderes, órganos y niveles de gobierno que emiten reglamentos o disposiciones generales que no tienen carácter de ley.

## 2.9 La Costumbre

Para tener carácter jurídico y obligatorio, la costumbre precisa además de la repetición de hábitos (*inveterata consuetudo*), la conciencia social de su carácter obligatorio. En la costumbre jurídica se aprecian dos elementos básicos: la repetición de actos, el uso y la convicción de que ese comportamiento es obligatorio y conforme a derecho, la llamada *opinio iuris seu necessitatis*. De esta suerte, la costumbre es un uso implantado en una colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio.

La costumbre jurídica ha representado durante muchos años la forma de respaldar coercitivamente determinados comportamientos, que de esta forma dejan de ser usos

sociales para transformarse en normas jurídicas. En nuestros días el valor de la costumbre jurídica, para muchos autores, descansa fundamentalmente en el apoyo y respaldo que a la misma dan las normas legales. La clasificación más importante de la costumbre está en la relación que guarda con los preceptos legales: costumbre *secundum legem* (según la ley, en el mismo sentido que lo hace la ley); costumbres *contra legem* (contra la ley), y costumbres *praeter legem* (fuera de la ley, regula una situación que la ley no ha previsto y sirve para colmar lagunas legales).

En el derecho mexicano, el artículo 10 del Código Civil de la Ciudad de México establece: “*Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario*”.

En México no puede existir costumbre derogatoria o *contra legem*. En ese mismo cuerpo normativo diversos preceptos aluden a la costumbre y en ocasiones a los simples usos, pero siempre en el sentido de fuente autorizada por la ley, subordinada a la ley y de carácter supletorio (*praeter legem*).

Como se sabe, en materia penal, la costumbre no es fuente de derecho, porque los delitos y las penas deben estar previstos en la ley, según lo dispone el penúltimo párrafo del artículo 14 de la Constitución.

## 2.10 Los Principios Generales del Derecho

El último párrafo del artículo 14 de la Constitución establece que “En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”.

Debe advertirse que los principios generales del derecho no son los principios constitucionales de los que habla la teoría jurídica contemporánea. En la concepción del derecho actual, el mundo normativo se integra por valores, principios y reglas, siendo las primeras piezas normativas de mayor entidad e importancia que las reglas, y en donde los principios constitucionales son previos y anteriores a las reglas. En cambio, los principios generales del derecho son una fuente subsidiaria y secundaria que se aplica en defecto de la ley o de su interpretación jurídica, esto es, para colmar lagunas.

Desde las perspectivas positivistas, hasta antes de la aparición de la teoría de Ronald Dworkin en torno a los principios, cabían al menos tres entendimientos distintos de los principios generales del derecho: a) los principios susceptibles de extraerse de una norma o de un conjunto definido o determinado de normas; b) los que puedan extraerse de la totalidad de las normas que configuran una parte del ordenamiento jurídico, y c) los que son susceptibles de ser inferidos de una institución jurídica determinada.

A los principios generales de derecho se les ha cuestionado su valor normativo; sin embargo, su importancia es indudable para colmar lagunas jurídicas, lo que significa que corresponde a los tribunales determinar en cada caso concreto, cuando se hace uso de un principio general de derecho.

Se dice que:

*La aceptación de los principios implícitos depende de la aceptación de estas dos afirmaciones: primera, que mediante el razonamiento jurídico es posible obtener normas a partir de otras normas, o sea, obtener una regla que es considerada premisa o consecuencia de normas vigentes; y segunda, que la regla así obtenida constituye de verdad una regla nueva y distinta a las que constituyen su origen, pues si fuese una simple “repetición” de estas últimas... no servirían como “fuente” que se aplica en defecto de ley o de costumbre.*

En resumen, podemos decir que los principios generales del derecho son la consecuencia del proceso de integración del derecho, es decir, de una actividad creadora de normas, y tanto más creadora cuanto menor es el número de disposiciones expresas que pueden aducirse como justificación de la validez de un cierto principio.

## **2.1 | La Doctrina**

Dice García Máynez que se da el nombre de doctrina a los estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del derecho, ya sea con el propósito puramente teórico de sistematización de sus preceptos, ya con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de aplicación. En nuestro país, la doctrina no tiene un reconocimiento formal en la Constitución como fuente del derecho; sin embargo, su importancia no puede

desdeñarse, pues las opiniones de juristas de prestigio impactan a las autoridades, tanto en la elaboración de las normas como en su interpretación y aplicación.

La doctrina tiene relevancia para el derecho porque sistematiza y ordena el conocimiento jurídico, brinda herramientas para la interpretación y aplicación de las normas, además de que ayuda en la integración de los principios generales del derecho. También la doctrina puede ser un motor de cambio en la cultura jurídica, en la transformación del derecho. La doctrina jurídica desempeña el papel que las ciencias tienen sobre la investigación de los fenómenos, en este caso jurídico, no sólo para conocerlos y explicarlos, sino principalmente para generar modelos y paradigmas de entendimiento sobre esos fenómenos.

## UNIDAD III CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES Y VALORES JURÍDICOS

### 3.1 Introducción a los Conceptos Jurídicos Fundamentales

Se dice que los conceptos jurídicos fundamentales forman un sistema en el que algunos términos son primitivos, puesto que no se definen por ninguno de los restantes, mientras que los demás son derivados, ya que en su definición aparece, directa o indirectamente, algunas de las expresiones primitivas. Podemos predicar de ellos que son:

*Instrumentos o herramientas imprescindibles para el estudio y la práctica del derecho... son, además la base teórica para la construcción de muchos otros conceptos. Su carácter básico hace que puedan ser empleados en casi todas las explicaciones que se desarrollan en las distintas ramas del derecho; de ahí que se distingan de expresiones que tienen un uso restringido, tales como hipoteca, matrimonio, quiebra, etcétera.*

John Austin en su obra Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia, sostuvo que hay principios, conceptos y distinciones comunes entre los sistemas jurídicos, aspecto que constituye el tema de la jurisprudencia general que se puede distinguir de la jurisprudencia nacional y de la política legislativa. Austin formuló algunos conceptos generales, pero su teoría no fijó conceptos o nociones de validez universal aplicables a cualquier derecho positivo particular.

Félix Somló señaló que el análisis de las normas jurídicas atiende a dos aspectos diferentes. Por un lado, se puede inquirir qué es lo que las normas en determinado ordenamiento establecen, y qué es lo que de acuerdo con ellas puede hacerse u omitirse lícitamente (jurisprudencia técnica). Por otro lado, también podemos preguntarnos por los caracteres formales coincidentes en toda norma jurídica, esto es, no los contenidos materiales de las normas, sino la estructura lógica, para abstraer los elementos formales de la implicación normativa (teoría jurídica fundamental).

Kelsen de manera expresa no se refirió a los conceptos jurídicos fundamentales; sin embargo, de su obra y en particular de la estructura lógica de la norma jurídica, podemos decir que la teoría kelseniana es rica en conceptos jurídicos fundamentales, tales como antecedente, cópula deber ser, consecuencia jurídica, persona, etcétera. El concepto

jurídico más importante de esta teoría es el término sanción, que define en esa concepción teórica, la juridicidad de la norma.

Respecto a los conceptos jurídicos fundamentales, lo importante es analizar y reconstruir un esquema conceptual éticamente neutral de conceptos. Según Nino, las tareas principales de la teoría del derecho respecto a los conceptos jurídicos fundamentales son las siguientes: investigar los criterios vigentes en el uso espontáneo de tales expresiones por parte de juristas y particulares; reconstruir tales criterios de manera que eliminemos la ambigüedad y la vaguedad, que son dos de los problemas típicos del lenguaje ordinario, y mostrar las conexiones y relaciones lógicas de esos conceptos, para asegurar el máximo de economía y coherencia en las definiciones.

### **3.2 La Relación Jurídica**

Algunas teorías consideran que la relación jurídica es un concepto jurídico fundamental, en tanto que en la vida de las personas en sociedad consiste en un cúmulo de relaciones sociales. Aquí conviene advertir que no todas las relaciones sociales son relaciones jurídicas; sin embargo, cada vez más relaciones sociales son relaciones jurídicas porque se encuentran previstas y están reguladas en las normas jurídicas. Por ejemplo, son relaciones jurídicas las que existen entre comprador y vendedor, la que hay entre arrendador y arrendatario, entre patrono y trabajador, etcétera.

Entre los autores que han destacado el papel fundamental de la relación jurídica podemos mencionar a Jaime Guasp que definió el derecho como el conjunto de relaciones que una sociedad establece como necesarias. Kant y los neokantianos ven al derecho como un conjunto de relaciones entre las personas. Así, el autor de la *Metafísica de las costumbres* indica que el derecho es el conjunto de condiciones por medio de las cuales el arbitrio de uno puede ponerse de acuerdo con el arbitrio de otro según una ley universal de libertad.

Dice Kant que la relación tiene que ser externa y práctica de una persona con otra, en cuanto sus acciones pueden tener mediata o inmediatamente, como hechos, influencia recíproca. También afirma que esta relación para ser jurídica, debe ser una relación entre dos arbitrios, y no entre el arbitrio de uno y el simple deseo de otro, esto es, no puede haber en la teoría kantiana relación entre una persona y una cosa. Para Kant hay cuatro

tipos posibles de relación de un sujeto con otros: 1) la relación de un sujeto que tiene derechos y deberes con un sujeto que sólo tiene derechos y ningún deber (Dios); 2) la relación de un sujeto que tiene derechos y deberes con un sujeto que tiene sólo deberes y ningún derecho (el esclavo); 3) la relación de un sujeto que tiene derechos y deberes con un sujeto que no tiene derechos ni deberes (el animal, las cosas inanimadas), y 4) la relación de un sujeto que tiene derechos y deberes con un sujeto que también tiene derechos y deberes (el hombre). De las cuatro relaciones sólo la última es una relación jurídica.

La teoría del derecho concibe de tres formas generales la relación jurídica. Una entiende por relación jurídica una realidad intranormativa, otra denota la relación que existe entre las normas del ordenamiento y los sujetos destinatarios de las normas, y una tercera, explica la relación jurídica que se da entre personas o sujetos jurídicos, fruto de la aparición de determinados hechos naturales o actos de voluntad de personas físicas o morales contemplados por las normas jurídicas.

En la primera postura, la relación jurídica se refiere a algo existente en la misma norma jurídica, en concreto la relación entre el antecedente y la consecuencia jurídica de la norma establecida mediante el deber ser, es decir, se entiende la relación jurídica como la categoría imputativa que hay entre el supuesto normativo y la sanción. En la segunda forma de entender la relación jurídica se alude a dos formas de concebirla: 1) como una relación ideal y abstracta entre la norma y sus destinatarios que no trasciende más allá de la esfera normativa, y 2) como la relación formada entre la norma como unidad total que incluye todos sus determinantes, tanto de contenido y de personas, y a los sujetos realmente existentes designados por la norma. La tercera forma de entender la relación jurídica es la de Savigny, que comprendía a la relación jurídica como los vínculos entre las personas determinados por la norma jurídica. La relación jurídica es a partir de esta tercera concepción a) un vínculo jurídico entre sujetos de derecho o personas jurídicas (físicas y morales); b) nacido de hechos naturales o de actos de voluntad de las personas; c) que se encuentra definido por las normas jurídicas; d) que establecen situaciones jurídicas correlativas, es decir, entre derechos y deberes; e) cuyo objeto son ciertas prestaciones (de dar, de hacer o de no hacer), y f) en donde el cumplimiento de esas prestaciones se encuentra garantizado por una consecuencia coactiva o sanción.

### 3.3 Hechos Jurídicos

Son acontecimientos —instantáneos— o estados —situaciones más duraderas— que por sí mismos o junto con otros y de acuerdo a lo previsto en las normas jurídicas, producen efectos jurídicos.

Los hechos jurídicos se pueden clasificar de la siguiente manera:

- 1) en función de si son hechos que sirven de fundamento o base por sí mismos para producir efectos jurídicos, y hechos que son condición para que el hecho causa despliegue su eficacia;
- 2) hechos simples que están formados por un solo elemento como la muerte de una persona, y hechos complejos que contienen varios elementos, es decir, los que requieren la concurrencia de varios sucesos que son considerados en su conexión tales como el contrato, que exige al menos dos elementos: la declaración de voluntad entre ambos contratantes;
- 3) positivos consisten en un acontecimiento, tales como la ocupación de un inmueble, y negativos que consisten en una omisión, por ejemplo, dejar de pagar una deuda;
- 4) hechos jurídicos constitutivos, modificativos o extintivos, según constituyan, modifiquen o extingan efectos jurídicos, y
- 5) hechos naturales y voluntarios, los primeros son técnicamente “hechos jurídicos” y los segundos “actos jurídicos”. De esta manera los hechos jurídicos son aquellos en los que no ha participado ninguna voluntad humana y a los que el derecho les asigna consecuencias jurídicas (por ejemplo, un cataclismo del que se desprenden consecuencias jurídicas). Los actos jurídicos son los que el ser humano realiza de forma voluntaria y libre y a los que el derecho les atribuye consecuencias jurídicas (por ejemplo, un contrato, un testamento o un convenio).

### 3.4 Acto y Negocio Jurídico

Ya dijimos que el acto jurídico implica la participación libre de la voluntad humana en acontecimientos a los que el derecho atribuye consecuencias jurídicas. Esos actos son muy variados e implican entre otros: firmar una solicitud de cualquier trámite administrativo, conducir un automóvil, rentar un departamento, otorgar un testamento o contraer matrimonio. Los anteriores actos tienen en común ser producto de la voluntad de las personas y el de producir efectos jurídicos.

El acto jurídico se clasifica en unilateral y bilateral. En el primero interviene para su formación una sola voluntad, o varias, pero concurrentes a un idéntico fin. El bilateral requiere para su formación la concurrencia de dos o más voluntades que buscan efectos jurídicos diversos entre sí. El acto bilateral a su vez se subdivide en contrato y convenio. El contrato es el acuerdo entre dos o más voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones. El convenio es el acuerdo de dos o más voluntades para modificar, extinguir o conservar derechos y obligaciones.

Existe un tipo de acto jurídico que la doctrina denomina negocio jurídico, el cual es un tipo de acto jurídico que tiende a la consecución de un fin práctico, en donde la voluntad humana lo busca y lo pretende, y el derecho le atribuye consecuencias jurídicas. El negocio jurídico es muy importante porque es el fundamento del contrato y del testamento y está garantizado por el principio de la autonomía de la voluntad. En el derecho existen también “actos jurídicos no negociables”, que son aquellos en donde el agente no busca o pretende la consecuencia jurídica, ésta se genera porque las normas la establecen. Entre los ejemplos de “actos no negociables” podemos mencionar el descubrimiento de un tesoro o la ocupación de una cosa que no tiene dueño.

### 3.5 El Derecho Subjetivo

El iusnaturalismo entendió al derecho subjetivo como un poder o facultad innata e inherente del individuo y previa a las normas positivas. El positivismo del siglo XIX como expresión de la autonomía de la voluntad en un sentido individualista y liberal. El concepto de derecho subjetivo fue la base para reducir al derecho en su conjunto al ámbito del derecho privado y, desde el mismo, explicar todas las categorías jurídicas, al grado de

identificar el derecho civil con los derechos subjetivos. Hoy en día, el derecho subjetivo es un concepto que alude a las situaciones particulares en las que se encuentra una persona o un conjunto de personas en relación con el ordenamiento jurídico.

Como ya mencionamos anteriormente, uno de los intentos más importantes para delimitar el concepto de derecho subjetivo se llevó a cabo en 1913 por Hohfeld. Este autor estableció que el significado de una palabra no es más que el uso que se hace de ella y señaló cuatro significados básicos: 1) derecho o pretensión como derecho a exigir una cosa; 2) privilegio o libertad como tengo derecho a usar esta servidumbre de paso; 3) potestad o poder como tengo derecho de ordenar a otro u otros, y 4) inmunidad o independencia como derecho a resolver los propios asuntos. Los opuestos a los cuatro conceptos básicos son: 1) no derecho como no tengo derecho a exigir una cosa; 2) deber como no tengo derecho a ejercer mi libertad; 3) incompetencia como no tengo derecho a ordenar a otro u otros, y 4) sujeción como no tengo derecho a resolver mis asuntos con independencia.

La filosofía analítica por su parte, ha puesto de relieve que el concepto derecho subjetivo es un concepto normativo, lo que significa que son estériles o absurdos los intentos por encontrar referencias reales o empíricas para esta categoría. El derecho subjetivo no es otra cosa que una estructura del lenguaje calificada por el derecho de una forma determinada de la que se derivan consecuencias concretas: hechos y normas constituyen las condiciones de uso del concepto.

En cuanto al fundamento de los derechos subjetivos, existen distintas teorías que pretenden explicarlo, entre ellas conviene destacar a las de la voluntad, del interés, eclécticas, y las que niegan que existan fundamentos para los derechos subjetivos, tales como el realismo jurídico, las kelsenianas, el sociologismo jurídico, el marxismo, entre otras.

Las teorías de la voluntad tienen como supuesto filosófico a la autonomía de la voluntad. Savigny entendía que el derecho subjetivo era un poder o exigencia de la voluntad individual. Windscheid consideraba que el derecho subjetivo era una potestad o señorío de la voluntad concedido por el ordenamiento jurídico. Estas teorías se han cuestionado porque no explican cómo las personas con voluntad disminuida, niños o incapaces, puedan tener derechos subjetivos sin la voluntad del titular o incluso contra su voluntad.

Esta crítica se ha intentado contestar entendiendo que la voluntad es una ficción, pues la voluntad decisiva es la objetiva, la normativa, esto es, una voluntad sin sujeto.

Como superación de las tesis voluntaristas, Ihering presenta su teoría del interés. Los derechos subjetivos son la unión de dos elementos: el sustancial, que es la existencia misma del interés, y otro formal, que consiste en el procedimiento jurídico de defensa del interés. Así Ihering entiende a los derechos subjetivos como “intereses jurídicamente protegidos”. Esta teoría se ha criticado porque si no hay interés no hay derecho.

Las teorías eclécticas procuran conciliar las anteriores. Jellinek dice que el derecho subjetivo es el bien o interés protegido mediante el reconocimiento del poder de la voluntad del hombre. Merkl lo define como un interés determinado por el poder concedido por el derecho, y Bekker, como la protección de intereses que funda un poder de la voluntad.

Las teorías que niegan la existencia o importancia de los derechos subjetivos lo hacen por motivos diversos. El realismo jurídico de Ross sostiene que la idea de los derechos subjetivos constituye una construcción doctrinaria para la exposición del derecho vigente, que nos permite determinar relaciones entre condiciones y consecuencias jurídicas y que crea un sentimiento de obligatoriedad en el derecho. Para Duguit el derecho subjetivo o “situación jurídica” es el derecho objetivo aplicado a los individuos. En el marxismo, los derechos subjetivos son reconocimientos formales que expresan los intereses de la clase dominante. En la teoría de Larenz, el individuo no tiene derechos subjetivos sino deberes derivados de la posición jurídica que ocupa como miembro de una comunidad.

Kelsen construye el concepto de derecho subjetivo a partir del concepto de deber jurídico y propone que se elimine el dualismo entre derecho objetivo y subjetivo. Las oraciones que versan sobre derechos subjetivos pueden traducirse en oraciones descriptivas de un derecho objetivo. Kelsen propone distintos sentidos en los que puede entenderse que un individuo tiene un derecho subjetivo: 1) derecho subjetivo como equivalente a no prohibido, esto es, en el sistema no hay una norma que establezca una sanción para dicha conducta, ejemplo “tengo derecho a comer en mi casa”; 2) derecho subjetivo como equivalente a autorización, lo que supone la existencia de normas permisivas, ejemplo “el ayuntamiento me dio el derecho de abrir mi comercio”; 3) derecho subjetivo como correlato de una obligación activa, es el reflejo de un deber

jurídico, por ejemplo, “si tengo la obligación de pagarle a María, se dice que María tiene derecho a que yo le pague”; 4) derecho subjetivo como correlato de una obligación pasiva, en donde el derecho subjetivo no es el reflejo de una obligación “de hacer” sino de “no hacer”, por ejemplo, “tengo derecho a que los vecinos no construyan en mi casa”; 5) derecho subjetivo como acción procesal, el que se refiere a la posibilidad de acudir ante los órganos judiciales para lograr el cumplimiento de una obligación correlativa o para hacer que se imponga la sanción prevista para el cumplimiento de la obligación, se le llama derecho en sentido técnico o estricto porque no es posible reducirlo al concepto de deber jurídico, sino que constituye una acción autónoma aunque no independiente del derecho subjetivo, por ejemplo “tengo derecho a demandar la rescisión del contrato”, y 6) derecho subjetivo en sentido político, mismo que alude a un derecho en sentido técnico vinculado con cuestiones de organización política, por ejemplo, “el pueblo tiene derecho a elegir a sus gobernantes”.

En las teorías tradicionales los derechos subjetivos se distinguían en: públicos, políticos y civiles. Los públicos son los que tiene la persona humana por el solo hecho de serlo, sin tomar en cuenta su edad, sexo o nacionalidad, tales como los derechos de libertad o los que se traducen en la facultad de pedir la intervención del Estado en provecho de intereses individuales. Los políticos son los que tienen los individuos cuando actúan en calidad de ciudadanos miembros de un Estado, como el derecho a votar y ser votado, el derecho de asociación política para constituir partidos y agrupaciones políticas, el derecho a ocupar cargos públicos, etcétera. En cuanto a los derechos subjetivos civiles, éstos pueden ser personales o de crédito y reales. Los derechos personales o de crédito son facultades en virtud de las cuales una persona llamada acreedor, puede exigir de otra, denominada deudor, un hecho, una abstención o la entrega de una cosa. Sobre los derechos reales se decía que son los que ejercitamos en forma inmediata sobre una cosa, son derechos absolutos oponibles a cualquiera como el clásico derecho de propiedad, que para algunos autores contemporáneos como Ferrajoli no constituye un derecho fundamental. Los derechos de crédito exigen al menos la presencia de tres elementos: el acreedor, el deudor y el objeto de la obligación. Los reales constan de dos elementos: el titular del derecho y el objeto del derecho.

### 3.6 Deber Jurídico

En las teorías tradicionales, el deber jurídico se reconduce a un deber moral indirectamente recogido y establecido en una norma jurídica. Según John Austin, el deber jurídico es la obligación moral que ordena acatar la prescripción o norma jurídica. En las teorías contemporáneas del deber jurídico, de lo que se trata es de darle autonomía respecto al deber moral. El problema en términos cotidianos consiste, como lo dice Ramón Soriano siguiendo a Hart, en aclarar las diversas formas que tenemos para concebir la noción de deber. Por ejemplo, cuando nos preguntamos las razones por las cuales un ciudadano paga sus impuestos, nos encontramos con diversas explicaciones: puede pagar sus impuestos por temor a las sanciones, por miedo a que sus amigos conozcan que es negligente, o porque entiende que debe contribuir al gasto público para que las instituciones del Estado puedan satisfacer sus necesidades y las del resto de los ciudadanos en forma de carreteras, servicios de agua, electricidad, escuelas, hospitales, etcétera. La primera forma de entender el deber es la jurídica, la segunda se entiende como deber social, y la tercera como un deber ético. En el primer ejemplo, la persona “está” obligada (deber jurídico), en el segundo la persona se “ve” obligada (deber social), y en el tercero se “siente” obligada (deber ético porque existe compatibilidad entre sus convicciones morales y lo prescrito por la regla).

Para Kelsen, el deber jurídico es la norma jurídica vista desde el punto de vista del obligado, es decir, la conducta opuesta al acto antijurídico. Para este autor, el deber jurídico es la única función esencial del derecho objetivo. Por eso desde el punto de vista lógico-normativo, siempre que existe una norma aparece un deber jurídico, pero no siempre se condiciona la aparición de un deber a la existencia de un derecho subjetivo. Kelsen agrega que el deber jurídico se distingue del deber moral, puesto que es en sí mismo coacción, fuerza institucionalizada y establecida por el ordenamiento jurídico. En Kelsen no hay deber jurídico sin que esté prevista una sanción para la conducta opuesta. La capacidad de subjetivización de la norma con sanción referida a un sujeto concreto es lo que hace que el deber jurídico funcione de modo autónomo e independiente del deber moral.

La vinculación normativa en el deber jurídico no es una conexión fáctica, ni deriva de una relación de causalidad, se trata en Kelsen de un “deber ser” lógico derivado de la

imputación en que consiste la norma jurídica. Decir que alguien está obligado jurídicamente trae consigo señalar que si realiza la conducta contraria se le debe aplicar una sanción. También podríamos decir que lo característico del deber jurídico es que es exigible a diferencia del deber moral que no lo es; sin embargo, algunos han dicho sobre el concepto de deber jurídico kelseniano, puede ser adecuado en el derecho penal, pero no lo es en el derecho internacional, constitucional, laboral o mercantil, pues existen normas jurídicas sin sanción y, sin embargo, a pesar de ello, existe también sobre esas normas un deber jurídico.

Hart entendió el deber jurídico como una forma de exigencia intersubjetiva de conducta fundada en normas socialmente aceptadas. Lo anterior para superar las concepciones que veían al deber jurídico como un deber moral o las que reducen el deber jurídico a la conducta opuesta al acto antijurídico, en donde existe el deber de cumplir las normas que imponen sanciones, tal como ocurre en Kelsen. Hart también superó las concepciones psicológicas y sociológicas sobre el deber jurídico, pues una conducta prevista en una norma es obligatoria no porque el individuo experimente sentimientos de constricción o de compulsión hacia ella o porque existan acciones sociales externas de carácter coactivo. Lo esencial del deber jurídico en Hart es la existencia de las normas que permiten enjuiciar la conducta del individuo obligado. Una persona está obligada porque existe una norma o conjunto de normas jurídicas que así lo prescriben, independientemente de los hechos psicológicos, sociológicos o de la sanción que pueda establecer la norma en caso de incumplimiento del agente.

Lo anterior quiere decir que en nuestros días, el deber jurídico se entiende de manera autónoma e independiente del deber moral, lo que supone que hay un deber jurídico cuando el ordenamiento jurídico lo reconoce. También el deber jurídico está más allá de las concepciones psicológicas y sociológicas, en tanto que:

*La teoría jurídica acepta hoy que los enunciados de deber jurídico no pueden ser analizados como enunciados empíricos descriptivos de ninguna clase de estados mentales ni acciones o estados de cosas, ya que entenderlos como tales distorsiona el sentido en que son usados.*

### 3.7 Persona Jurídica

Los griegos usaban el término persona para designar la máscara o careta de los actores que permitía que su voz resonara en el teatro. En la actualidad el término persona puede ser entendido en múltiples significados: biológicos, filosóficos y jurídicos. La concepción filosófica que ha repercutido más en el concepto de persona en la teoría del derecho es el pensamiento de Kant, para quien las personas son los seres que tienen un valor incondicional, absoluto y, como tales, son fines en sí mismas y no pueden ser utilizadas meramente como medios. El ser humano es una persona, ya que posee la racionalidad y la autonomía (libertad). Desde Kant, la idea de la persona quedó asociada con la racionalidad y libertad de los seres humanos. Si alguien es persona tenemos frente a él una actitud distinta de la que tenemos frente a las cosas o los animales. Antes de Kant, Santo Tomás de Aquino decía que la palabra persona significa lo que hay más perfecto en toda naturaleza, es decir, lo subsistente en una naturaleza racional. Este sentido filosófico de persona ha sido determinante para el derecho, para conferirle al ser humano ciertos privilegios, derechos, así como imponerles obligaciones y responsabilidades.

Jurídicamente el término persona alude al conjunto de derechos y obligaciones que el derecho concede al ser humano o a una determinada colectividad de individuos. La persona física es el haz de derechos y obligaciones que se imputa a un ser humano en lo individual o también se puede decir que con ese término se designa a todos aquellos seres humanos que pertenecen al ámbito personal de validez de un sistema jurídico. La persona jurídica o moral es el haz de derechos y obligaciones que se imputa a un nuevo sujeto conceptual que nace de la voluntad de una colectividad de seres humanos que para propósitos específicos han decidido congregarse en la consecución de objetivos comunes regulados por el derecho. De esta suerte, la atribución de personalidad se confiere por el derecho a seres humanos en lo individual y a sujetos conceptuales contruidos por las normas jurídicas e integrados por diversos individuos y que persiguen fines específicos.

Hay una multitud de teorías sobre la naturaleza jurídica o existencia de las personas jurídicas o morales. Algunas de ellas son: la teoría de la ficción, la teoría realista, la institucional, la formalista, la kelseniana, entre otras. La teoría de la ficción con antecedentes en la Edad Media y cuyo mayor exponente es Savigny, sostiene que sólo el hombre es capaz de ser sujeto de derecho, sin embargo, el derecho constituye de manera

ficticia a las personas jurídicas. Las teorías realistas indican que hay organismos sociales que tienen vida propia y una voluntad social que se independiza de sus miembros, por lo que el reconocimiento que el derecho hace de esos organismos no es constitutivo sino declarativo. Las teorías institucionalistas con Hauriou a la cabeza establecen que las personas jurídicas son instituciones que se entienden por la idea de unidad de fin. Las formalistas apuntan que el reconocimiento del derecho no crea a la persona sino que le da forma jurídica. Y la teoría kelseniana considera que tanto la persona física como la moral o jurídica son centros de imputación de deberes y derechos, y que la persona física y moral no son más que conjuntos de normas.

El mexicano Javier Esquivel señala que se debe sustituir la pregunta ¿qué es una persona colectiva?, ¿qué es un Estado?, o ¿qué es una Iglesia?, por la pregunta: ¿en qué condiciones nos referimos a conjuntos de seres humanos como meros agregados de individuos y en cuáles otras adoptamos frases unificadoras extendidas por analogía a partir de los individuos? Lo anterior quiere decir que la existencia de personas jurídicas o colectivas presupone la del sistema jurídico correspondiente; en éste se indican cuáles son los requisitos que deben ser satisfechos por los seres humanos para integrar una persona colectiva y, por esa razón es totalmente falso que las personas físicas tengan una existencia física y las personas colectivas o jurídicas solamente normativa. Ambas formas de personas lo son porque así lo estima el lenguaje jurídico previsto en el ordenamiento, es decir, las personas morales, jurídicas o colectivas, son términos que no hacen referencia a algún hecho u objeto existente, cumplen una función que se satisface en distintos contextos de acuerdo con un sistema jurídico particular.

En el artículo 25 del Código Civil para la Ciudad de México se detallan cuáles son las personas morales o jurídicas:

*I. la nación, los estados y los municipios;*

*II. las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley;*

*III. las sociedades civiles o mercantiles;*

*IV. los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución Federal;*

*V. las sociedades cooperativas y mutualistas, y*

*VI. las asociaciones distintas a las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquier otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la ley.*

### **3.8 Capacidad Jurídica y Competencia**

Es la aptitud para ser sujeto, activo o pasivo, de derechos y obligaciones. La capacidad puede ser de goce o de ejercicio. La primera implica una mera tenencia de los derechos y obligaciones sin posibilidad de ser ejercitados por la persona; así los menores de edad y los incapaces tienen capacidad de goce pero no de ejercicio. La capacidad de ejercicio entraña que se tienen los derechos y las obligaciones y que además se pueden ejercitar directamente por las personas. Un acto jurídico realizado por un incapaz está sujeto a nulidad.

El Código Civil para la Ciudad de México señala respecto a la capacidad lo siguiente:

Artículo 22. La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código.

*Artículo 23. La minoría de edad, el estado de interdicción y las demás incapacidades establecidas por la ley son restricciones a la personalidad jurídica; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.*

*Artículo 24. El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley.*

*Artículo 26. Las personas morales pueden ejercitar todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución.*

*Artículo 27. Las personas morales obran y se obligan por medio de los órganos que las representan, sea por disposición de la ley o conforme a las disposiciones relativas a sus escrituras constitutivas y de sus estatutos.*

En materia penal la capacidad está relacionada con el entendimiento, la edad, el raciocinio y el control de la conducta. A los individuos que poseen esas aptitudes mínimas que establecen las leyes penales se les considera responsables de sus actos, en caso de actualizar un tipo penal. En sentido contrario, a los incapaces no se les puede exigir adecuar su comportamiento al contenido de las normas penales, y en este sentido son inimputables, lo que significa que no son susceptibles de ser sancionados penalmente. Se suele decir que la capacidad en materia civil es una habilitación para hacer o no hacer y, en el derecho penal, la capacidad entraña imputabilidad. Ambas capacidades se regulan negativamente, es decir, en principio los individuos son capaces excepto en los casos que establece la ley.

La competencia se parece a la capacidad porque las dos son o entrañan autorizaciones para dictar normas. La diferencia está en que la capacidad se refiere a una facultad dirigida a auto-obligarnos, la capacidad civil se desenvuelve en el ámbito privado y corresponde a las personas. En cambio, la competencia consiste en una facultad para obligar a otras personas, se manifiesta en el derecho público y corresponde a las autoridades.

Así, la competencia es la capacidad de las autoridades para obligar jurídicamente a otras personas; o sea, para dictar normas heterónomas. Se es competente para dictar una ley, una sentencia, un reglamento, que son normas jurídicas que no se refieren, fundamentalmente, al individuo que las dicta. De esta suerte, la competencia es la facultad para regular jurídicamente la conducta de los demás.

Para que un individuo tenga competencia para dictar normas válidas, en relación con un sistema jurídico, debe estar autorizado por una norma válida del sistema, esto es, por una norma dictada por otro funcionario competente, y así sucesivamente; sin embargo, en el caso de los funcionarios originarios encontraríamos que no son autorizados por normas previas válidas, tal es el caso del constituyente originario.

Debe aclararse que la competencia no se agota en un permiso para dictar o aplicar normas, también puede estar vinculada a un deber jurídico de hacerlo. Tal es el caso del carcelero que no sólo está obligado a mantener a alguien detenido, sino que también tiene el deber de hacerlo por disponerlo así una resolución judicial.

### 3.9 Acción Antijurídica y Sanción

El ilícito o acción antijurídica, en la teoría kelseniana, es la condición de aplicación de una sanción. Los penalistas, por su parte, suelen aducir que una acción es antijurídica cuando viola ciertas normas prohibitivas subyacentes a las normas que estipulan penas. La acción antijurídica representa una situación típica del derecho penal, aunque el delito no agota todos los posibles supuestos de actos antijurídicos. Existen ilícitos o actos antijurídicos en todos los ámbitos del derecho. Lo anterior es así, porque en el positivismo tradicional no se conciben conductas malas en sí mismas como en el iusnaturalismo, sino exclusivamente la *mala prohibita*, en donde un comportamiento sólo es *malum* cuando es *prohibitum*.

No obstante lo dicho, las designaciones del acto antijurídico como aquellas acciones prohibidas por el derecho positivo no deben llevarnos a pensar que el acto prohibido contradice la norma. Las designaciones del acto antijurídico como ilícito, contrario a derecho, violatorio del derecho, expresan una idea ampliamente difundida en el pensamiento jurídico y que, en opinión de Kelsen, resulta equívoca. Para el autor de la teoría pura, el ilícito que aparece en el enunciado de una norma es el antecedente o condición, y no la negación del derecho. La situación de hecho a que alude esta condición es descrita por una proposición hipotética que enuncia que si se presenta determinada conducta, por acción u omisión, debe llevarse a cabo determinado acto coactivo. Como dicen algunos autores “puede afirmarse que la norma hace de la conducta contraria a la que menciona (y a la que enlaza el acto coactivo) algo interno al propio derecho, determinado por éste y, por tanto, algo que sólo puede ser conceptualmente concebido como derecho y no de forma externa, o frente al derecho”.

La noción kelseniana de que el acto antijurídico o ilícito es la conducta de aquel hombre contra quien, o contra sus allegados, se dirige la sanción, ha sido criticada ampliamente. Carlos Nino señala que ese concepto deja sin resolver la cuestión de las conductas que, siendo realizadas por el mismo sujeto autor del ilícito y destinatario de la sanción, no pueden ser calificadas como delito, aun cuando su comisión es presupuesto necesario del mismo, piénsese, por ejemplo, en que para la ejecución forzosa de un contrato son indispensables dos conductas: la celebración de éste y su posterior incumplimiento, en donde esta última, sin embargo, es la única que parece ser calificada de antijurídica.

Para algunos autores los actos antijurídicos son las conductas que actualizan las normas prohibitivas de los sistemas jurídicos o bien, como dicen Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, los ilícitos son las conductas humanas contrarias a las normas regulativas de mandato.

Hart, como sabemos, indica que el sistema jurídico está constituido por dos tipos de normas: las primarias y las secundarias. Señala que las primeras tienen por función establecer aquellos patrones de conducta, y las secundarias, la de especificar lo que los funcionarios del sistema deben hacer cuando una norma primaria es infringida. De la distinción anterior, depende, según Hart, que pueda atribuirse sentido a la noción “delito” o ilícito, y esto último parece la cuestión más sencilla de todas: “Anunciar a la sociedad que estas acciones —las que infringen normas primarias— no deben ser llevadas a cabo, y asegurar la realización del menor número de ellas”.

El concepto de sanción hace referencia a las medidas que un orden normativo dispone a fin de reforzar el respeto a las normas, y de remediar los efectos de su inobservancia. Esto es, por sanción se entiende en un sentido negativo amplio la consecuencia o el castigo que se produce tras la inobservancia de las reglas de conducta. Hay sanciones morales como el remordimiento o el arrepentimiento, sanciones sociales como el rechazo del grupo y sanciones jurídicas como la privación de la libertad o la reparación del daño.

La doctrina ha elaborado el concepto de sanciones positivas. Gavazzi señala que son “aquellas consecuencias agradables o aquellos bienes que el derecho promete a quien se acomoda a ciertos esquemas de comportamiento”. Lo anterior es consecuencia del Estado de bienestar que ha hecho más frecuente el recurso a técnicas de alentamiento de conductas y provocado, en cierta medida, un necesario distanciamiento de la concepción tradicional del derecho como un orden de carácter protector-represivo, domina la idea que sigue viendo en aquél un ordenamiento centralmente coactivo, en el que el nexo de unión entre el derecho y la fuerza es necesario e indisoluble.

En el tema de las sanciones es muy importante la discusión en torno a la justificación de la pena. Existen en general dos posiciones teóricas: la de los utilitaristas y la de los retribucionistas. Para los utilitaristas, la pena encuentra su justificación en las buenas consecuencias que su imposición depara.

Los utilitaristas suelen tener tres orientaciones al respecto: a) los que opinan que la justificación de la pena depende de su capacidad para intimidar; b) los que apuntan a las consecuencias favorables de la pena para los reos, tales como el grado en el que se alcanza su rehabilitación, y c) los que sostienen que la justificación de la pena reside en el hecho de excluir de la sociedad a los delincuentes, ya que al estar detenidos, no pueden realizar otros delitos. El retribucionismo que tiene sus antecedentes en Kant y en Hegel, vincula las nociones de pena o castigo al merecimiento; en la actualidad los autores que defienden esta posición consideran que el castigo es un mecanismo adecuado para restaurar una situación de desequilibrio en el reparto de las cargas sociales provocado por la introducción del delito. No obstante lo dicho, el argumento más popular, y no necesariamente el más sólido y profundo para justificar la pena, descansa en entender que las penas reducen la criminalidad en una sociedad determinada o, también, que con ellas se logra restituir la afectación que las víctimas sufren por la infracción al bien jurídico tutelado por el sistema penal.

### **3.10 Responsabilidad**

Hart distinguió cuatro sentidos de “responsabilidad” que son: 1) responsabilidad como obligaciones o funciones derivadas de un cierto cargo, relación, papel, etcétera, así por ejemplo, “el capitán es responsable de la seguridad de sus pasajeros”; 2) responsabilidad como factor causal cuando decimos, por ejemplo, “las langostas fueron responsables de la pérdida de la cosecha”; 3) responsabilidad como capacidad y estado mental, por ejemplo, “los médicos encontraron al capitán responsable de sus actos”, y 4) responsable como punible o moralmente reprochable, por ejemplo, “el capitán fue hallado responsable por la pérdida de vidas”.

Para Kelsen, este último sentido es el apropiado y así señala que un individuo es responsable cuando es susceptible de ser sancionado, independientemente que haya cometido o no un acto u omisión antijurídica. Se podría agregar además, que se es responsable cuando, según el ordenamiento jurídico, deba aplicarse al individuo una sanción, independientemente de que, de hecho, se le aplique.

Las responsabilidades se clasifican en: 1) directas e indirectas o vicarias (indirectas). Un individuo incurre en responsabilidad directa cuando es susceptible de una sanción como consecuencia de un acto ejecutado por él mismo. Es indirecta si es responsable por actos de otros (por ejemplo, los padres son responsables por los actos antijurídicos y civiles de sus menores hijos); 2) responsabilidad individual y colectiva. La responsabilidad individual es imputable a una persona, la colectiva ocurre cuando las personas jurídicas o morales responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren o con ocasión de las funciones de éstos, y 3) responsabilidad subjetiva (por culpa) y objetiva (por resultado). La subjetiva es una responsabilidad en donde el sujeto ha querido o previsto el resultado de su acción antijurídica, y la objetiva se da cuando un individuo es susceptible de ser Sancionado independientemente de que haya querido o previsto el acto u omisión antijurídica. Las penales son en la mayor parte de las veces subjetivas y, en cambio, las civiles pueden ser objetivas o subjetivas.

Las responsabilidades en la dogmática jurídica de nuestro país pueden ser penales, civiles, administrativas, laborales y políticas, según se deriven de esos ámbitos normativos. En particular, son importantes las responsabilidades de los servidores públicos que se contemplan en el título cuarto de la Constitución. Así, el artículo 109 de la Constitución determina que el Congreso de la Unión y las legislaturas locales, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, tienen atribuciones para expedir leyes de responsabilidades de los servidores públicos. Los servidores públicos están sujetos a responsabilidades políticas, penales, administrativas, civiles y laborales por actos u omisiones que pongan en peligro los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico.

Alf Ross relacionó el concepto de responsabilidad con el de culpabilidad y castigo. Los tres implican la trasgresión de un sistema normativo. La responsabilidad presupone que alguien es responsable de algo ante alguien por el quebrantamiento de una norma. Ross distinguió entre responsabilidad como exigibilidad y responsabilidad como sancionabilidad. La responsabilidad como exigibilidad se refiere a la persona a quien justificadamente se le puede exigir cuentas sobre las cosas que es responsable. La responsabilidad como sancionabilidad alude a la persona que puede ser condenada o sentenciada por algo.

### 3.11 Los Valores Jurídicos

Todo ordenamiento jurídico expresa un sistema de valores. Éstos son proyecciones de la conciencia del ser humano al mundo externo que representan preferencias que son producto de determinadas condiciones sociales e históricas. Para la filosofía jurídica contemporánea, los valores tienen fundamento racional y empírico y no metafísico porque se definen y fundamentan en el consenso racional de seres humanos que conviven en una sociedad abierta y democrática. Sobre los valores han existido históricamente tres posiciones: la objetivista que sostiene que los valores son absolutos, eternos e inmutables, sin que dependan de la experiencia humana; la subjetivista que reduce los valores al plano de los deseos o intereses de los individuos, y la intersubjetivista o discursiva que indica que los valores son el resultado de la racionalidad práctica, que llega a ellos a través de un consenso social abierto y revisable. La primera posición parece no ser aceptable porque al propugnar un orden axiológico, cerrado y ahistórico de valores metafísicos, eternos e inmutables, un sector de la sociedad puede sentirse intérprete de ese orden con exclusión de los demás sectores. El subjetivismo por su parte, conduce a la anarquía y a un relativismo extremo sobre los valores, en donde cada quien pretende imponer sus puntos de vista a los demás. En cambio, el intersubjetivismo promueve la idea de procedimientos y reglas imparciales para generar un consenso racional sobre los valores y las necesidades básicas de los seres humanos.

Entre los principales valores jurídicos que permiten la crítica al derecho positivo y que orientan la creación, interpretación y aplicación de las normas, podemos mencionar a la justicia, la dignidad, la libertad, la igualdad, la solidaridad, la seguridad y el bien común. Los valores son elementos extrínsecos pero también intrínsecos al derecho; como elementos extrínsecos permiten la crítica y también la justificación y legitimidad del derecho positivo, y como elementos intrínsecos se incorporan al orden jurídico para orientarlo hacia determinados fines. Desde el punto de vista de la clasificación de las normas, los valores son las normas jurídicas que fundamentan, justifican y orientan críticamente al resto del ordenamiento. Los valores son normas de un gran nivel de abstracción y de indeterminación, que requieren de circunstancias y necesidades específicas para ser definidos y concretados por el legislador, el juez y el resto de las autoridades.

### 3.12 La Justicia

Es el criterio básico de legitimación y crítica al derecho. Desde la República de Platón han existido distintas posturas sobre la misma. En ese diálogo se manifiestan tres posturas básicas: la positivista que defiende Trasímaco, para quien la justicia es la voluntad del más fuerte formalizada a través de las leyes y que disuelve la justicia en la legalidad positiva; la iusnaturalista formal, que representa Simónides, que dice que la justicia es dar a cada uno lo que le corresponde, y la iusnaturalista material, personificada en Sócrates, que sostiene la plenitud y armonía de las virtudes tanto en la sociedad como en el individuo.

En la filosofía jurídica y política se habla de distintos tipos de justicia: justicia general, justicia particular, justicia conmutativa, justicia distributiva (utilitarista y basada en los derechos humanos) y justicia social. La justicia general garantiza la conservación de la sociedad y la posibilidad de que ésta pueda cumplir sus fines. La justicia particular es la virtud que tiende a dar a cada quien lo suyo, sea por parte de la autoridad (justicia distributiva) o en el seno de las relaciones privadas (justicia conmutativa).

La justicia conmutativa regula relaciones entre personas iguales y establece la proporción entre lo que se debe dar y recibir en las relaciones entre privados. La regla básica es la de una estricta igualdad basada en el criterio de equivalencia. Este tipo de justicia debe guiar las relaciones de intercambio y es el fundamento del derecho privado: civil y mercantil.

Sobre la justicia distributiva, debe señalarse que es la que establece los criterios para repartir los bienes y cargas públicas entre los miembros de la comunidad. Entre los criterios, habría que recordar los que anteriormente mencionamos como el mérito, las necesidades, el trabajo, etcétera. La preferencia por cualquiera de los criterios depende de las distintas ideologías y formas de organización política. La teoría de la justicia distributiva está relacionada con cuestiones de política económica y con distintas corrientes filosóficas, entre las que destaca el utilitarismo y diversas posturas en la filosofía política contemporánea que rescatan la importancia de los derechos humanos como elemento base para realizar el reparto de los bienes y cargas públicas.

La justicia social hace referencia al bienestar económico y social de la sociedad como una comunidad de trabajo, de orden económico y social del pueblo de un Estado. La justicia social exige que se distribuya a todos los grupos y a quienes integran la parte de bien

común que por sus contribuciones a su formación les corresponde. La justicia social tiene por propósito la distribución justa de los bienes sociales, y obliga a realizar las prestaciones y contribuciones necesarias para formar el bien común que permita el progreso social y económico. La justicia social integra a la justicia general, distributiva y conmutativa. La general se incorpora para que los individuos realicen las contribuciones para conformar el bien común. La distributiva, porque a través de la distribución de bienes y cargas por los poderes públicos se realiza el equilibrio del orden social y económico. En cuanto a la conmutativa porque se garantiza el equilibrio entre los individuos. De esta manera, la justicia social expresa la exigencia de vínculos de integración y solidaridad social sobre los que se construyen los demás tipos de justicia.

En el Estado constitucional actual, la justicia social cumple funciones de corrección a la libertad de mercado muy importantes. Por un lado, la justicia social revisa la idea de la armonía o equilibrio espontáneo del mercado, la que empíricamente es insostenible. También implica la garantía de la igualdad de oportunidades de todos los ciudadanos, de modo que no existan puntos de partida muy privilegiados para determinados grupos o personas. Igualmente supone un compromiso con la educación cívica para que todos los ciudadanos puedan ejercer sus derechos civiles y políticos. Y finalmente tiende a permitir que todos los ciudadanos participen en los asuntos públicos.

### 3.13 La Libertad

Para muchos filósofos y autores la libertad es *conditio sine qua non* de lo que Javier Muguerza ha llamado el imperativo de la disidencia y que por ello se entiende como el primer derecho fundamental de la persona. En la filosofía por libertad se comprenden distintas cosas. De manera sintética podemos decir que la libertad ha sido entendida como: 1) autonomía, indeterminación o ausencia de vínculos, presiones o coacciones externas del Estado o de otros individuos o grupos (libertad negativa); 2) posibilidad para realizar determinadas actividades o conductas, principalmente es el poder para participar en la designación y en el eventual control de los gobernantes y en la elaboración de las leyes, supone participación de los individuos en la cosa pública (libertad positiva), y 3) las relaciones interpersonales o de interacción intersubjetiva en las que se resuelve la dimensión social de la libertad; por lo que esta libertad expresa que el Estado debe poner

los medios que permitan al individuo y a los grupos dotar de contenido a las otras libertades (libertad material o real).

Es común que estas tres formas de libertad entren en conflicto. Así puede haber antítesis entre la libertad del individuo que reclama no ser coaccionado ni por el Estado ni por individuos y las exigencias de libertad social o comunitaria que obligan al Estado a tomar decisiones que pueden eventualmente recortar la libertad negativa; entre la libertad para que las personas puedan disfrutar de determinadas prestaciones que hacen necesaria la acción positiva o activa del Estado con la libertad entendida como participación política y control al gobernante.

A pesar de las tensiones entre estos tres tipos de libertad, las tres son necesarias para contar con una sociedad democrática y un Estado de derecho. Así, sin presupuestos para las universidades públicas o los museos, poco sentido tiene hablar de acceso a la educación o la cultura. También carece de significado aludir a la libertad individual como no coacción sin referirnos a la libertad con los demás que se ejerce a través de la participación política.

Como ejemplos de libertad negativa, en donde basta la abstención del Estado para satisfacerse, podemos mencionar a: la libertad religiosa y de cultos, la libertad de tránsito, de expresión, de manifestación o de reunión. Entre las libertades positivas deben ser nombradas: el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho de participación o el derecho al sufragio activo o pasivo. Respecto a las libertades sociales o materiales son de destacarse derechos como el de educación, salud, alimentación o vivienda a cargo del Estado.

### **3.14 La Igualdad**

Puede ser material o formal. La igualdad material se identifica con la equiparación y el equilibrio de bienes y situaciones económicas y sociales, con la exigencia de la igualdad del mayor número de individuos en el mayor número de bienes. La igualdad formal o jurídica supone el respeto al principio de igualdad ante la ley. Este último principio establece el reconocimiento de que el estatuto jurídico es igual para todos los ciudadanos, lo que entraña paridad de trato en la legislación y aplicación del derecho.

En materia de igualdad ante la ley, es importante señalar que puede ser entendida como generalidad, como equiparación y como diferenciación. La exigencia de generalidad nos indica que todos los ciudadanos van a ser sometidos a las mismas normas y tribunales, de esta manera, el artículo 13 de la Constitución establece que: “Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales...”.

La igualdad como exigencia de equiparación supone un trato igual a circunstancias o situaciones no idénticas que se estima deben considerarse irrelevantes para el disfrute o ejercicio de determinados derechos o para la aplicación de una misma disciplina normativa. Esta igualdad trata de no equiparar arbitrariamente aquellas cosas entre las que se den diferencias relevantes o, por el contrario, de no establecer discriminaciones entre aquellas cuyas divergencias deban considerarse irrelevantes. Los tribunales constitucionales han desarrollado jurisprudencialmente el principio de proporcionalidad que está ligado a las ideas de racionalidad, necesidad, idoneidad y ponderación para concretar juicios de equiparación.

En cuanto al criterio de diferenciación, éste consiste en el tratamiento diferenciado de circunstancias y situaciones aparentemente semejantes, pero que requieren un tratamiento jurídico distinto. La concepción de la igualdad de una sociedad plural no puede prescindir de las exigencias concretas de la realidad social para discernirlas y valorarlas en su específica peculiaridad.

Entre la igualdad formal y la material existen vasos comunicantes. Ejemplo de ello es la polémica en torno a la discriminación inversa o discriminación positiva. Esta discriminación, que procura la igualdad, trata de derogar garantías de igualdad formal en nombre de exigencias de igualdad material que se consideran más importantes. En muchas universidades de los países desarrollados se establecen preferencias de ingreso a estudiantes de grupos socialmente débiles o minoritarios sobre los estudiantes de los grupos o clases dominantes de la sociedad en cuestión o, en las relaciones laborales, en caso de mérito o trayectoria semejante, se opta por contratar a una mujer respecto a un hombre para promover la equidad entre los géneros que histórica y culturalmente han sido desiguales. Se trata, en suma, de lograr la igualdad real entre los ciudadanos, aunque se reconoce que la discriminación positiva puede incentivar la proliferación de grupos parasitarios en la sociedad.

Hay un tipo adicional de igualdad que se denomina igualdad política. Ésta se refiere básicamente al reparto o a la distribución de poder político en una sociedad y comprende la igualdad para elegir y para ser elegido y la igualdad para que el poder político esté repartido por igual, es decir, para que los procedimientos democráticos no produzcan una sociedad desigual en donde el poder político sólo es detentado por una minoría gobernante. La igualdad política también se refiere a la igualdad para participar en la producción de las normas jurídicas.

### **3.15 La Seguridad Jurídica**

La seguridad jurídica engloba al menos tres significados: como principio inspirador de todo el ordenamiento jurídico; como sinónimo de certeza y conocimiento de las normas, y como previsibilidad de las consecuencias de determinada actuación, y como ausencia de riesgo en el ejercicio de las libertades que todo ciudadano tiene reconocidas por el derecho, es decir, se entiende como protección personal y seguridad ciudadana.

El primer concepto alude a un contenido valorativo de todo el ordenamiento jurídico que sustenta la legitimidad del derecho y del Estado. Seguridad jurídica entraña que el ordenamiento y las autoridades asumen contenidos de justicia que se estima son indispensables y que se expresan en términos de derechos y libertades previstos en la Constitución, mismos que la conciencia humana considera que deben estar protegidos y realizados. La seguridad jurídica significa según este primer concepto un valor general que contiene otros valores como la libertad, la igualdad, la justicia o el pluralismo jurídico.

El segundo concepto de seguridad jurídica es el más conocido en nuestro país e implica certeza o conocimiento de la legalidad y de la previsibilidad de las consecuencias jurídicas que se derivan de una determinada conducta. La seguridad jurídica según este significado se concreta en los siguientes requisitos: 1) publicidad de las normas: las normas deben ser publicadas en los diarios oficiales para que sean conocidas por los ciudadanos y las autoridades, sin ese requisito no pueden entrar en vigencia; 2) positividad: las normas jurídicas deben estar contenidas en disposiciones jurídicas o en criterios jurisprudenciales emitidos por autoridad competente y conforme a los procedimientos previamente establecidos para que brinden certeza a ciudadanos y autoridades sobre lo qué es y no es

el derecho; 3) conocimiento de las normas: las normas deben ser conocidas por todos, pues su ignorancia no excusa su cumplimiento, aunque el derecho puede establecer excepciones al respecto; 4) no arbitrariedad: la interpretación y aplicación del derecho por parte de las autoridades debe realizarse fundando, motivando y justificando las decisiones; la discrecionalidad no equivale a arbitrariedad si la autoridad razona adecuadamente sus determinaciones y existen los fundamentos jurídicos para hacerlo; 5) prohibición de la retroactividad, salvo cuando es en beneficio de las personas, no pueden las normas regular actos realizados con anterioridad a su entrada en vigor; 6) equilibrio en la reforma del derecho: aunque el derecho es un producto histórico, éste no puede modificarse al capricho de intereses económicos, o de criterios ideológicos o de partido. Las modificaciones normativas deben tener un sentido en beneficio de la sociedad o del interés mayoritario para que no se vulnere la certeza; 7) acatamiento voluntario: la seguridad viene proporcionada por la previsibilidad de que los demás individuos van a observar y cumplir de manera voluntaria las normas jurídicas; lo contrario, aunque puede ser corregido con la aplicación coactiva de las normas produce inseguridad; 8) predecibilidad de la decisión judicial: no se trata de predecir el fallo como se predice un eclipse o la puesta del sol, se trata que la decisión de autoridad sea predecible dentro de los límites del ordenamiento vigente; 9) confianza en los jueces e instituciones: aunque es imposible pensar que las autoridades de nuestro tiempo están revestidas de una aureola de prudencia, conocimiento y moralidad, siempre ayuda a la seguridad jurídica que los jueces e instituciones se orienten por la obligación de argumentar sus decisiones y que lo hagan en un ámbito de publicidad y transparencia, y 10) ejecución y cumplimiento de las decisiones de autoridad: el sistema jurídico debe prever los procedimientos y mecanismos para que cualquier norma o resolución sea cumplida, incluso coactivamente, aunque en ocasiones, como en el caso del deudor insolvente, difícilmente es dable solucionar el problema del cumplimiento de las determinaciones de autoridad.

El tercer concepto de seguridad jurídica se refiere a la seguridad o protección personal, tanto respecto a la integridad física y patrimonial como al mantenimiento del orden público, para que las personas ejerzan y desarrollen los derechos y libertades reconocidas por el ordenamiento jurídico. Según Hobbes la única finalidad de un Estado es la obediencia al derecho positivo, pues sin orden jurídico y sin autoridades los seres humanos viven en un estado de naturaleza, de guerra de todos contra todos.

## UNIDAD IV EL ESTADO DE DERECHO

### 4.1 El Origen del Estado Moderno

El Estado moderno es producto de la cultura occidental y se basa en una burocracia profesional y en un derecho racional que actúan en un territorio y sobre una población asentada en él. Como apunta Heller, hacia 1303 se perciben los primeros síntomas de la quiebra de la supremacía papal —y con ella del mundo medieval y feudal— al negarse el rey de Francia a obedecer la encíclica *Unam Sanctam* expedida por el papa Bonifacio VIII, el año anterior. Este hecho significó el principio del fin de las pretensiones universalistas de la Iglesia y el comienzo de un proceso de secularización que llevará a la Reforma. Dicha circunstancia comenzó a significar que los fenómenos jurídicos y políticos no podían verse en términos religiosos y que era necesario concebir el poder de los príncipes y su relación con la comunidad desde la racionalidad y la voluntad.

La aparición del Estado moderno está vinculada a la consolidación de las primeras monarquías absolutas en Europa (Francia, España e Inglaterra). No es casual que en ese tiempo se haya introducido en la ciencia política el concepto *Stato* que usó por primera vez Maquiavelo. Según Heller, este proceso histórico y cultural se puede explicar así:

*La nueva palabra Estado designa certeramente una cosa totalmente nueva porque, a partir del Renacimiento y en el continente europeo, las poliarquías, que hasta entonces tenían un carácter impreciso en lo territorial y cuya coherencia era floja e intermitente, se convierten en unidades de poder continuas y reciamente organizadas, con un solo ejército que era, además de permanente, una única y competente jerarquía de funcionarios y un orden jurídico unitario, imponiendo además a los súbditos el deber de obediencia de carácter general. A consecuencia de la concentración de los instrumentos de mando, militares, burocráticos y económicos, en una unidad de acción política — fenómeno que se produce primeramente en el Norte de Italia debido al más temprano desarrollo que alcanza allí la economía monetaria— surge aquel monismo de poder, relativamente estático, que diferencia de manera característica al Estado de la Edad Moderna del territorio medieval.*

Entre las condiciones y circunstancias que dieron lugar al Estado moderno podemos mencionar las siguientes: a) el descubrimiento de nuevas fuentes de riqueza en el viejo y

en el nuevo mundos; b) el cambio en los métodos de cultivo que pusieron fin al feudalismo; c) la invención de la imprenta que minó el monopolio cultural de la Iglesia; d) la constitución de ejércitos nacionales; e) la Reforma protestante que entrañó la secularización de las sociedades; f) ciertos medios de propiedad privada que se transforman en medios públicos orientados hacia fines políticos unitarios; g) la evolución en la administración de los recursos públicos y con ello la aparición de una burocracia profesional de carácter público, y h) el desarrollo de un sistema jurídico válido para todo un territorio originado en órganos de autoridad y no en la costumbre o en la fe.

Para el marxismo, el Estado se produce a consecuencia de la división social del trabajo y de la división de la sociedad en clases. Engels consideraba que todo Estado expresa la naturaleza de clase, es decir, representa el poder de una clase social sobre las otras —la característica dominación-explotación—, la organización territorial y la institución de la fuerza pública. En esta visión, con el advenimiento del comunismo futuro, y al no existir en esa etapa clases sociales ni explotación entre ellas, el Estado y el derecho desaparecerían.

Max Weber, desde la sociología liberal, explica así sus orígenes:

*El Estado moderno es una asociación de dominio de tipo institucional, que en el interior de un territorio ha tratado con éxito de monopolizar la coacción física legítima como instrumento de dominio, y reúne a dicho objeto los medios materiales de explotación en manos de sus directores pero habiendo expropiado para ello a todos los funcionarios de clase autónomos, que anteriormente disponían de aquellos por derecho propio, y colocándose a sí mismos, en lugar de ellos, en la cima suprema.*

Para Weber, el Estado moderno sólo puede definirse en última instancia a partir de un medio específico que, lo mismo que a toda asociación política, le es propio, esto es, la coacción física:

*Todo Estado se basa en la fuerza, dijo Trotsky... Si sólo subsistieran construcciones sociales que ignoraran la coacción como medio, el concepto de Estado hubiera desaparecido; entonces se hubiera producido lo que se designaría, con este sentido particular del vocablo, como “anarquía”. Por supuesto, la coacción no es en modo alguno el medio normal o único del Estado... pero sí su medio específico. En el pasado,*

*las asociaciones más diversas —empezando por la familia— emplearon la coacción física como medio perfectamente normal. Hoy, en cambio, habremos de decir: el Estado es aquella comunidad humana que en el interior de un determinado territorio... reclama para sí, con éxito, el monopolio de la coacción física legítima.*

De lo anterior, concluimos diciendo que el Estado moderno se genera, desarrolla y transforma en un proceso de secularización de las sociedades europeas, y luego en otras partes del mundo, a partir del Renacimiento. Esto no significa que se nieguen otras formas pretéritas de Estado, como se desprende de la teoría marxista acerca de las sociedades de clases precapitalistas: modo de producción esclavista, modo de producción asiático y modo de producción feudal. En un sentido lato constituiría Estado cualquier forma de organización política y jurídica de una sociedad. No obstante, la teoría del Estado de nuestro tiempo entiende que el Estado moderno nace con el Estado absoluto, posteriormente se da, previo a la Revolución francesa, el Estado basado en el despotismo ilustrado de los monarcas europeos y, posteriormente, aparece en el siglo XIX lo que conocemos como Estado de derecho. De ahí hacia nuestros días surgen formas diversas de manifestación del Estado de derecho: 1) el Estado liberal abstencionista del siglo XIX basado en el principio de legalidad (las autoridades sólo pueden hacer todo aquello que las normas autorizan y los particulares todo aquello que las normas no prohíben) y en los derechos humanos de la primera generación; 2) el Estado social asistencial (Estado del bienestar) que ocupa casi todo el siglo XX y llega aproximadamente hasta la década de los ochenta de ese siglo, preocupado por el establecimiento de políticas públicas a favor de los derechos económicos, sociales y culturales con fuerte intervencionismo del Estado en la economía; 3) el Estado democrático de la segunda mitad del siglo XX que se consolida en Europa y en otras partes del mundo después de la crisis de los regímenes políticos totalitarios y autoritarios y su sustitución por regímenes de democracia representativa, y 4) en nuestros días, el Estado constitucional que se caracteriza: a nivel político y económico por una fuerte tendencia a la privatización de lo público y por la pérdida de soberanía del Estado en beneficio de entidades supranacionales o en provecho de empresas multinacionales, y en el nivel jurídico por el pluralismo jurídico, la pérdida de imperatividad, estatalidad y coactividad del derecho y su sustitución por la concepción del derecho como argumentación y con una fuerte presencia del juez constitucional por encima de los otros poderes y órganos públicos.

## 4.2 La Legitimidad del Poder del Estado

Como hasta aquí llevamos explicado, el Estado moderno tiene que ver con un dominio o poder de carácter institucional y jurídico que en un territorio monopoliza la fuerza física legítima respecto a una población. Lo anterior, sin embargo, plantea problemas en torno a la legitimidad del dominio o del poder. Esto es, si es válido admitir cualquier forma o manifestación del poder o, si el poder, para ser válido y respetado, debe orientarse a determinados fines y ejercerse mediante límites y controles de carácter racional. Uno de los primeros teóricos que intentó explicar el problema de la legitimidad del poder fue Bodin. Este autor emancipa la idea del poder soberano de toda conexión teológica y funda, así, la teoría constitucional. Para Bodin el Estado es el recto gobierno de las familias y de lo que les es común, con potestad soberana. La soberanía, principal atributo del Estado, se ejerce, según Bodin, contra los enemigos interiores y exteriores del Estado, y su expresión específica y esencial consiste en la capacidad para elaborar leyes generales, las que no pueden atentar respecto al derecho de propiedad y la familia. En otras palabras, el poder requiere dirigirse hacia determinados fines valiosos —no hacia cualquier fin— y éste debe estar siempre limitado por determinados derechos de las personas para poder considerarse como legítimo. Alessandro Passerin d'Entrèves comenta que en el pensamiento de Bodin, el soberano, aunque es técnicamente *legibus solutus*, ello no quiere decir que su poder sea arbitrario ni desordenado, pues esto implicaría una *contradictio in terminis*, pues el soberano está sujeto a la ley divina y a la natural, debe respetar la propiedad y las convenciones y no puede, en fin, alterar ni derogar las normas constitucionales básicas pues son condición de legitimidad de la propia soberanía.

A partir de Bodin, la filosofía política y posteriormente la teoría del Estado se ha preocupado por el problema de la legitimidad del poder. Algunos consideran que la legitimidad deriva del sólo consenso o aceptación de los ciudadanos, así lo postularon las teorías racionalistas del contrato (Hobbes, Locke, Spinoza, Rousseau, Kant). Para otros, la legitimidad tiene relación con el carácter del Estado, si este es democrático, si es liberal, si tiene una orientación social, o si el origen y la actuación del poder descansa en el respeto y garantía de los derechos humanos y los procedimientos democráticos, tal como se suele explicar en las teorías contemporáneas que niegan que el poder se legitime en la pura fuerza o exclusivamente en medios represivos y disciplinarios.

Para Max Weber, la legitimidad del poder asume tres formas. Puede legitimarse en las cualidades excepcionales que se atribuyen a un líder —legitimidad carismática—; también puede legitimarse en la creencia de lo que siempre existió —legitimidad tradicional—, y en la creencia en la legalidad —legitimidad legal o racional—. Esta última es la que ha caracterizado al Estado de derecho en los dos últimos siglos. La legitimidad racional o legal significa que el poder de mandar y de ser obedecido se ejerce de una manera abstracta e impersonal; que las normas jurídicas no pueden verse como una serie de mandatos que un superior da a un subordinado sino como una relación entre seres libres que aceptan las normas porque las consideran por alguna razón valiosas, es decir, se obedece no a individuos concretos sino a normas generales y abstractas, y que el poder de las autoridades no se basa en la tradición, en la costumbre o en el prestigio, sino que deriva, al menos hoy en día en los regímenes democráticos, de elecciones libres, auténticas y periódicas. Por otra parte, la producción, la interpretación y aplicación de las normas a cargo de las autoridades del Estado no constituyen actos arbitrarios sino que son el resultado de procedimientos lógicos, que se basan en principios y reglas extraídos previamente del propio sistema jurídico.

La teoría de Weber es explicativa y descriptiva y no pretende ser una teoría de la justicia. La filosofía política y jurídica contemporánea suele distinguir entre legitimación y legitimidad del poder. La legitimación implicaría como en Weber la existencia de orden jurídico que es acatado por los ciudadanos sin que sea necesario acreditar que ese sistema jurídico respeta los derechos humanos y la democracia —se trataría de constatar simplemente si los ciudadanos obedecen y respetan ese orden jurídico aunque bajo determinados parámetros no sea justo—. En cambio, la legitimidad sí entraña y reclama que el orden jurídico debe ser justo para acatarlo, pues de otra manera, las personas no estarían obligadas a cumplirlo; un orden jurídico, por ejemplo, sería justo para determinadas teorías si protege y garantiza derechos humanos y promueve los principios y procedimientos democráticos.

El Estado y el derecho que en él se produce, debe contener determinadas calidades, como la justicia o la democracia, para que puedan valorarse como legítimos y por tanto dignos de recibir la aceptación y obediencia de las personas.

### 4.3 Derecho y Estado

El derecho y el Estado suelen presentarse unidos. El surgimiento del derecho de nuestro tiempo (sistemas jurídicos evolucionados) coincide con el nacimiento del Estado moderno. Hay autores como Kelsen que identifican al derecho con el Estado, y hasta hace muy poco tiempo todo derecho que no tenía origen estatal se consideraba que no era derecho. Se decía que el derecho y el Estado eran dos caras de la misma realidad. El derecho se configuraba exclusivamente como derecho estatal, como conjunto de normas procedentes del Estado, y el Estado también se veía desde el punto de vista del derecho. Así Mortati afirmaba que el Estado es “un ordenamiento jurídico que tiene por finalidad general ejercer el poder soberano sobre un determinado territorio y al que están subordinados de forma necesaria los individuos que le pertenecen”.

Este punto de vista tradicional ha sido sometido a prueba, entre otros factores por el pluralismo jurídico, esto es, por el hecho de que pueden existir normas y ordenamientos jurídicos al margen del Estado. De esta suerte, hay ordenamientos que no tienen origen en órganos de autoridad estatal pero que el derecho estatal reconoce como propios, tal sería el caso de los usos y costumbres de los comerciantes o recientemente en México — a partir de 2001— de los sistemas normativos de los pueblos indígenas que han sido reconocidos por el artículo 2 de la Constitución. Más problemática es la existencia de ordenamientos que el Estado no reconoce, como el derecho canónico, que acata una parte de la población, o aún más complicado la existencia de reglas que se oponen al derecho del Estado, y que, sin embargo, tienen vigencia como el llamado derecho informal de la calle, de los barrios marginales, o de las compañías trasnacionales.

Otro factor que negaría la identificación entre Estado y derecho y viceversa es el referente a zonas o espacios en donde no interviene el control jurídico del Estado, lo que se suele llamar “actos políticos” que no son revisados por ninguna instancia jurisdiccional. En nuestro país, ciertas decisiones de autoridad no son sujetas a revisión o control jurídico. Por ejemplo, las reformas a la Constitución por razones de fondo o sustantivas —por motivos de procedimiento sí son susceptibles de control—, escapan de cualquier control de constitucionalidad por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Lo anterior significa que hay espacios de la actividad de los órganos del Estado que desgraciadamente no están vinculados en un sentido fuerte al derecho y, de este modo,

son expresión de una suerte de anomia en las instituciones, esto es, del incumplimiento de las normas no sólo por los gobernados sino por las propias autoridades.

Derecho y Estado no pueden ser confundidos. El derecho necesita al Estado para aplicarse y el poder del Estado requiere al derecho para legitimarse. Sin derecho el poder del Estado sería pura fuerza, por eso dice Zippelius que “... los principios del Estado de derecho son los instrumentos encaminados a impedir la expansión totalitaria y, en general, el ejercicio sin control del poder del Estado. Estos principios forman parte del intento de dar respuesta a la vieja cuestión de cómo puedan realizarse a un mismo tiempo el orden y la libertad”. De esta forma en los Estados contemporáneos, el lenguaje del Estado debe ser el lenguaje del derecho y, precisando aún más, podríamos decir, que el poder soberano del Estado se manifiesta a través de normas jurídicas que sustituyen el mero poder de los seres humanos, siempre y cuando estas normas se orienten a la protección de los derechos humanos y al desarrollo de la democracia.

#### **4.4 Los Elementos del Estado**

Se suele definir al Estado como la organización jurídica de una sociedad bajo un poder de dominación que se ejerce en determinado territorio.

De esa definición se concluye que son tres los elementos básicos del Estado: el territorio, la población y el poder.

El poder político se expresa a través del ordenamiento jurídico, mientras que la población y el territorio constituyen los ámbitos personal y espacial de validez del orden jurídico.

También se ha señalado que la ordenación jurídica bajo un poder de mando es el elemento formal del Estado, mientras que la población y el territorio son sus elementos materiales. Además de los tres elementos clásicos —el territorio, la población y el poder— algunos autores agregan el elemento cultural; entiendo por cultura a la Constitución.

## 4.5 Territorio

El territorio es la porción del espacio en que el Estado ejercita su poder. En un sentido técnico jurídico el territorio es el ámbito espacial de validez en donde se aplica el ordenamiento jurídico del Estado. Para la doctrina jurídica alemana del siglo XIX, el territorio se manifestaba en dos formas distintas, una negativa y otra positiva. La significación negativa implicaba que ningún poder extraño podía ejercer su autoridad en este ámbito sin el consentimiento del Estado, mientras que la positiva significaba que todas las personas que viven en el mismo ámbito se encuentran sujetas al poder estatal. Como puede apreciarse, en nuestra época y debido al desarrollo del pluralismo jurídico y los impactos de la globalización, es posible que otras autoridades o instancias, internas o externas, actúen en un territorio sin el consentimiento del Estado, piénsese en decisiones de organismos internacionales que pueden tener impacto en el territorio del Estado sin el consentimiento de éste, o en decisiones de tribunales eclesiásticos que pueden también aplicarse en el territorio del Estado sin que exista un consentimiento del Estado para ese efecto. También en el territorio del Estado algunas personas pueden considerarse más sujetas a otras instancias que a la autoridad del Estado, ejemplo de ello serían los miembros del crimen organizado o de la mafia.

Normativamente se habla de dos atributos del territorio: la impenetrabilidad y la indivisibilidad. La impenetrabilidad alude al principio de que en un territorio sólo puede existir un Estado. Sin embargo, este principio sufre algunas excepciones: 1) el *coimperium*, cuando dos o más Estados ejercen soberanía sobre un territorio; 2) en los Estados federales, el ámbito espacial de validez federal convive con los ámbitos espaciales de validez de las entidades federativas; 3) mediante tratados, como ocurre hoy en día en la Unión Europea, los Estados miembros de la misma, permiten que normas y decisiones de las instancias supraestadales se apliquen en sus territorios, y 4) en virtud de una ocupación militar o de una guerra civil, territorios del Estado pueden quedar sustraídos a las competencias de sus autoridades.

La indivisibilidad significa que el territorio del Estado no puede desunirse; sin embargo, el principio ha sido quebrantado frecuentemente: 1) a consecuencia de guerras como las de México con Texas y los Estados Unidos, en donde perdimos más de la mitad de nuestro territorio; 2) por cesiones voluntarias; 3) rectificación de fronteras, o 4) venta, como la

que realizó Santa Anna a los Estados Unidos respecto al territorio de la Mesilla. Es importante aclarar que el vínculo entre el Estado y el territorio siempre es personal —de *imperium* y no de dominio—, lo que quiere decir que la potestad de mando del Estado se ejerce siempre sobre las personas y no sobre las cosas. De esta suerte, los principios de impenetrabilidad e indivisibilidad están vinculados a la potestad o autoridad que el Estado ejerce sobre las personas que habitan en su territorio.

Igualmente es fundamental precisar que por territorio no debe entenderse sólo la superficie y el subsuelo comprendido dentro de sus fronteras. El territorio es un espacio tridimensional que integra la superficie y el subsuelo de ésta, los mares según lo dispone el derecho internacional, y el espacio aéreo de conformidad con las normas internacionales. Los artículos 42 y 43 de la Constitución precisan lo siguiente:

*Artículo 42. El territorio nacional comprende:*

*I. El de las partes integrantes de la Federación;*

*II. El de las islas, incluyendo los arrecifes y cayos en los mares adyacentes;*

*III. El de las islas de Guadalupe y las de Revillagigedo situadas en el Océano Pacífico;*

*IV. La plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas, cayos y arrecifes;*

*V. Las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fija el Derecho Internacional y las marítimas interiores;*

*VI. El espacio situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establezca el propio Derecho Internacional.*

*Artículo 43. Las partes integrantes de la Federación son los Estados de Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Coahuila de Zaragoza, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, México, Michoacán de Ocampo, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz de Ignacio de la Llave, Yucatán y Zacatecas; así como la Ciudad de México.*

## 4.6 Población

La población está constituida por los seres humanos que pertenecen a un Estado. Desde un punto de vista jurídico tradicional, se dice que la población puede ser considerada como objeto o como sujeto de la actividad del Estado. En cuanto objeto, los seres humanos que integran la población se hallan sometidos a la autoridad política del Estado (son súbditos), y como sujetos, son ciudadanos que participan en la formación de la voluntad del Estado, son miembros de la comunidad política en un plano de coordinación.

El anterior punto de vista tradicional no puede en su totalidad sostenerse en términos democráticos. Son las personas que integran la población, el fundamento y el fin de cualquier institución pública. Las personas que integran un Estado cuentan con derechos humanos que son previos y anteriores al mismo, y éste sólo los reconoce en sus Constituciones, aunque nuestra Constitución siga considerando en su artículo I que es ésta quien los otorga. La legitimidad del Estado y del derecho se mide por el respeto y garantía plena de los derechos fundamentales de las personas. En las personas que integran el Estado reside la soberanía y todo poder público dimana del pueblo y se instituye para el beneficio de éste, además de que el pueblo tiene en todo tiempo el derecho inalienable de alterar o modificar la forma de su gobierno, tal como lo establece el artículo 39 de nuestra Constitución. Lo anterior significa que la autoridad del Estado no puede ser arbitraria, que el Estado se debe a las personas, porque su autoridad y legitimidad nace y se origina en cada uno de los miembros del Estado.

Los derechos humanos son patrimonio de todas las personas, estén o no previstos en el orden jurídico, y suelen ser entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En cambio, la noción de derechos fundamentales se refiere a aquéllos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, principalmente en las normas constitucionales, y suelen gozar de una tutela reforzada. Tal como ha dicho Robert Alexy, el sentido de los derechos fundamentales consiste en no dejar en manos de la mayoría parlamentaria la decisión sobre determinadas posiciones del individuo, es decir, en delimitar el campo de decisión del Poder Legislativo o de cualquier otra autoridad en beneficio de los derechos. Los derechos fundamentales

son derechos subjetivos que son universalmente adscritos a todos en cuanto personas, pero que pueden estar restringidos a algunas personas por no contar con el estatus de ciudadano o de persona con capacidad de obrar o de ejercicio.

Respecto a las garantías, que no debemos confundir ni con los derechos humanos ni con los derechos fundamentales, son los medios o instrumentos jurídicos, institucionales o de otro tipo, que permiten que los derechos fundamentales sean eficaces o que se tenga la posibilidad de volverlos a su estado original en caso de que hayan sido tergiversados, violados o no respetados. Luigi Ferrajoli distingue entre garantías sustantivas y jurisdiccionales. Las garantías sustantivas o primarias pueden ser positivas o negativas. Las primeras obligarían a abstenciones por parte del Estado y de los particulares en el respeto de un derecho fundamental, mientras que las garantías positivas obligan a actuar positivamente para cumplir con la expectativa que derive de algún derecho. Las garantías secundarias o jurisdiccionales son obligaciones que tienen los órganos judiciales de aplicar la sanción o declarar la nulidad cuando constaten, en el primer caso, actos ilícitos y, en el segundo, actos no válidos que violen los derechos subjetivos y por tanto también las garantías primarias.

Para aclarar los conceptos anteriores, podríamos decir que los derechos humanos pueden o no estar contemplados en las Constituciones o en los tratados internacionales, pero la conciencia de una época concreta los puede reivindicar; así sucedió, por ejemplo, con el derecho a la igualdad entre el hombre y la mujer, que en México no siempre estuvo plasmado en el texto del vigente artículo 4 constitucional. Los derechos fundamentales, para ser estimados como tales, deben preverse en las Constituciones o en los tratados. Para hacer efectivos a los derechos fundamentales se imponen obligaciones de abstención al Estado o a determinados grupos para que las personas los realicen con libertad —garantías primarias negativas—, tales como las obligaciones de no actuación a cargo del Estado o de particulares para que puedan ser posibles los derechos fundamentales como el referido a la participación política. También existen obligaciones positivas o de prestación —garantía primaria positiva— a cargo del Estado o de gobernados que hacen posible la realización de los derechos a la educación, a la salud, a la vivienda, etcétera. Además de las garantías sustantivas o primarias, se cuenta con garantías jurisdiccionales, tanto nacionales como internacionales. Entre las primeras podemos mencionar al juicio de amparo, las acciones de inconstitucionalidad, las controversias constitucionales, el juicio

para la protección de los derechos político electorales, el juicio de revisión constitucional en materia electoral, el juicio político, las facultades de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que obligan a los órganos judiciales o constitucionales competentes para aplicar sanciones o declarar la invalidez o nulidad sobre actos u omisiones de autoridades o de particulares que violentaron derechos fundamentales al igual que garantías primarias. Entre las garantías secundarias de carácter jurisdiccional podemos mencionar el sistema de quejas y peticiones que las personas de un Estado pueden interponer ante instancias internacionales; en México podemos tener acceso al sistema interamericano y universal de los derechos humanos, así como a la Corte Penal Internacional.

#### **4.7 Poder**

Al poder en general podemos entenderlo como la capacidad que tiene un individuo o conjunto de individuos para afectar el comportamiento de otro u otros. En una relación de poder pueden distinguirse diversos elementos: los individuos o grupos entre los que se establece la relación; el objeto, esto es, aquello sobre lo que se tiene el poder, el comportamiento o los intereses, y el medio o los recursos utilizados para ello. El ejercicio del poder supone casi siempre una ventaja a favor de quien lo tiene y una desventaja para el sometido. En un Estado de derecho, el poder sólo se justifica si está encaminado a lograr intereses generales, y no los intereses particulares del individuo o de los individuos investidos de autoridad.

El poder puede expresarse en diversos tipos. Los más usuales son el poder económico, el ideológico y el poder político o del Estado. El poder económico se basa en la posesión o control de ciertos recursos escasos. El ideológico se apoya en la posesión de ciertas formas de saber, de conocimientos, doctrinas e ideas y para ejercerse requiere de vías como los medios de comunicación electrónica. El poder político tiene relación con quién tiene o ejerce la fuerza pública. Se dice que el poder político puede ser coactivo o simple. El poder es coactivo cuando las autoridades del Estado tienen la potestad de obligar a las personas al cumplimiento de sus normas aun por la fuerza y contra la voluntad de los obligados (es por eso un poder irresistible). El poder simple o disciplinario, por el contrario, no está en condiciones de asegurar el cumplimiento de sus normas por la

fuerza y en contra de la voluntad de los obligados. En principio y esencia, el poder del Estado es un poder coactivo.

Durante mucho tiempo se ha supuesto que al interior y exterior del Estado no debía existir ningún otro poder de dominación con carácter irresistible y que los poderes económicos, mediáticos, sociales, religiosos, internacionales o del crimen organizado que se expresan dentro del Estado son poderes derivados y subordinados a él; sin embargo, esos poderes, conocidos como poderes fácticos o factores reales de poder, se han colocado en nuestros días, indebidamente en muchos casos, por encima de la autoridad del Estado.

Es bien sabido que en los Estados de derecho contemporáneos importa sobre todo saber o conocer el poder que se encuentra detrás de las estructuras formales del Estado, pues esos poderes son los que definen el alcance de los poderes formales. De nada sirve, por ejemplo, estudiar el derecho constitucional de un país, si ese estudio no viene acompañado por el de los factores reales de poder que determinan los significados de la Constitución. En México no tendría sentido analizar el constitucionalismo del siglo XX si no lo hacemos en el contexto que entrañó el partido hegemónico, el presidencialismo, y un sistema electoral diseñado y controlado desde la Secretaría de Gobernación.

De acuerdo con el principio de división horizontal del poder, son tres los poderes: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, según reza el contenido del artículo 49 de la Constitución; sin embargo, en México y en muchos otros países, a esos tres poderes clásicos se han ido agregando otros órganos de carácter constitucional autónomo que no forman parte de ninguno de los tres poderes tradicionales. Entre los órganos constitucionales autónomos que existen en nuestro país podemos mencionar al Banco de México, al Instituto Nacional Electoral, y a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Además de la división horizontal del poder, puede existir una división vertical del mismo, que es propia de los Estados federales. En México, el poder verticalmente se divide en tres niveles de gobierno: el federal, el estatal y el municipal, y una forma de organización jurídica especial que es el gobierno de la Ciudad de México.

En cuanto a las competencias de los tres poderes tradicionales, podemos decir que la función legislativa consiste en la formulación de normas jurídicas generales; la judicial establece o determina en casos concretos el derecho incierto o controvertido, y la

ejecutiva administra y realiza dentro de los límites previstos en las normas generales, una serie de tareas concretas, tendientes a la realización de intereses generales. Es también importante señalar que las competencias de cada poder pueden analizarse desde su formalidad o desde su materialidad. Así, todos los actos que realiza el Legislativo de acuerdo con sus competencias serán formalmente legislativos; sin embargo, el Poder Legislativo efectúa algunas funciones que aunque formalmente sean legislativas, materialmente pueden ser jurisdiccionales o ejecutivas. El legislativo realiza actos materialmente jurisdiccionales cuando conoce de las responsabilidades políticas de los altos servidores públicos del Estado a que se refiere el artículo 110 de la Constitución, o puede efectuar actos materialmente administrativos o ejecutivos, por ejemplo, cuando licita alguna obra o servicio. Lo mismo podemos predicar de los otros dos poderes, cuyas competencias —todas— formalmente serán jurisdiccionales o ejecutivas, pero materialmente algunas de ellas por su naturaleza, contenido o sustancia corresponderían a cualquiera de los otros dos poderes.

#### 4.8 Cuarto Elemento: La Cultura

La cultura para Häberle está constituida por los elementos ideales y reales —referidos al Estado y a la sociedad— los cuales no se han alcanzado al mismo tiempo en prácticamente ningún Estado constitucional, pero que apuntan tanto a una situación óptima de lo que debe ser como a una situación posible de lo que es. Esos elementos integrantes de la cultura son:

*La dignidad humana como premisa, realizada a partir de la cultura de un pueblo y de los derechos universales de la humanidad, vividos desde la individualidad de ese pueblo, que encuentra su identidad en tradiciones y experiencias históricas, y sus esperanzas en los deseos y la voluntad creadora hacia el futuro; el principio de la soberanía popular, pero no entendida como competencia para la arbitrariedad ni como magnitud mística por encima de los ciudadanos, sino como fórmula que caracteriza la unión renovada constantemente en la voluntad y en la responsabilidad pública; la Constitución como contrato, en cuyo marco son posibles y necesarios fines educativos y valores orientadores; el principio de la división de poderes tanto en sentido estricto, relativo al Estado, como en el sentido amplio del pluralismo; los principios del Estado de derecho y*

*el Estado social, lo mismo que el principio del Estado de cultura abierto; las garantías de los derechos fundamentales; la independencia de la jurisdicción, etcétera. Todo esto se incorpora en una democracia ciudadana constituida por el principio del pluralismo.*

Según Häberle, la cultura como conquista de la civilización occidental, debería ser el primer elemento del Estado o por lo menos un elemento esencial. Para este autor, la teoría de los elementos del Estado tiene que estar conjugada con la cultura, es decir, con la Constitución democrática. Lo anterior quiere decir que los elementos clásicos del Estado tienen que ser completados desde la perspectiva de la Constitución. Así, el pueblo debe ser entendido como conjunto de hombres sometidos a los preceptos del derecho. El territorio debe ser contemplado como un espacio cultural en el que se manifiestan valores individuales y sociales, lo que entraña que no es un *factum brutum*. El poder del Estado está determinado de manera cultural, no actuando de manera natural o puramente física o como fuerza, pues el Estado constitucional se encuentra fundado y limitado normativamente, y se halla al servicio de la libertad cultural. Así habrá tanto Estado como se encuentre constituido en la Constitución, lo que en todo caso sólo es válido en el marco de una teoría constitucional democrática. Todo lo expuesto significa que se debe tomar en serio a la Constitución y que no son admisibles supervivencias autoritarias en el poder público o en la sociedad y, añade Häberle, que si todo el poder del Estado proviene de los ciudadanos que se “encuentran” en la comunidad ciudadana, no queda o debería quedar ningún espacio para un poder estatal extra o preconstitucional. En ese sentido la Constitución debe concebirse como “previa” al Estado, a pesar de la importancia que éste pueda tener o conservar.

#### **4.9 La Constitución del Estado**

Se suele entender por Constitución del Estado aquel conjunto de normas fundamentales y superiores del ordenamiento —valores, principios y reglas— e instituciones jurídicas fundamentales que regulan la organización y el ejercicio del poder público estatal y garantizan los derechos de los individuos y sus grupos. Las normas e instituciones de la Constitución se refieren a: 1) la estructura básica del Estado, tanto desde el punto de vista de su organización territorial (Estado unitario, regional o federal) como desde el punto de vista de su organización funcional, es decir, de los distintos mecanismos

mediante los cuales se adoptan las decisiones políticas: regulación de las funciones del presidente, del Congreso, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, etcétera; 2) los principios valorativos que inspiran toda esa organización y que señalan las metas que han de perseguirse con su actuación, y 3) la garantía y protección de los derechos fundamentales y libertades públicas en cuanto fundamento del Estado y del propio sistema jurídico.

En México se dice que toda Constitución posee una parte dogmática (el catálogo o conjunto de derechos fundamentales) y una parte orgánica (la organización y distribución de competencias del poder público). Algunos añaden como elemento determinante para que haya Constitución, el principio de supremacía constitucional que como elemento fundamental explica la jerarquía de las normas, la validez jurídica y el sistema de fuentes en el ordenamiento.

Por mi parte considero —atendiendo a la evolución del Estado de derecho de nuestro tiempo que se denomina por algunos autores como Estado constitucional y democrático de derecho— que toda Constitución debiera contar con los siguientes elementos: 1) catálogo amplio y con garantías suficientes de protección de los derechos fundamentales de las distintas generaciones de derechos; 2) organización democrática del poder, es decir, una construcción de las instituciones públicas de abajo, desde la ciudadanía, hacia arriba, a los gobernantes; 3) supremacía constitucional que haga efectiva la idea de Constitución normativa, esto es, una Constitución en donde coincida la facticidad (el ser) con la propia norma constitucional (el deber ser); 4) mecanismos suficientes de defensa o control constitucional a disposiciones de los ciudadanos y autoridades, para que no exista decisión o acto de autoridad ajeno al control constitucional; 5) instrumentos participativos y deliberativos para que la democracia no sólo sea de carácter representativo-electoral sino que el ciudadano pueda tener medios y armas jurídicas para influir en sus gobernantes en aquellos periodos en donde no hay elecciones; 6) mecanismos anticorrupción que realicen la transparencia en el funcionamiento de las instituciones y que obliguen a la rendición de cuentas de los gobernantes, y 7) instrumentos de control jurídico y democrático por el gobierno y los ciudadanos a los poderes fácticos (intereses transnacionales, medios de comunicación electrónica, partidos, sindicatos, Iglesias, organizaciones empresariales, etcétera).

#### 4.10 El Estado de Derecho y su Evolución

Se dice que el Estado de derecho no designa ninguna realidad, 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 kantiana que debe guiar la orientación de las normas, instituciones, conductas, interpretaciones y argumentaciones de la autoridad.

Existen modelos diversos de Estado de derecho, dependiendo de la profundidad que se quiera dar al concepto; sin embargo, existen categorías básicas o iniciales que no se pueden perder de vista, entre ellas se destacan: la limitación y control del poder, su origen en la soberanía popular y, su destino, los derechos fundamentales. De acuerdo con la amplitud y contenido de los elementos del Estado de derecho, éste será más o menos apto para promover derechos humanos y limitar al poder. Como desde hace tiempo se dijo, Estado de derecho no implica sólo que el Estado produzca y tenga leyes o normas, pues un Estado dedicado a la producción normativa, sin límites al poder, sin base en la soberanía y sin derechos humanos, no es un Estado de derecho. La experiencia histórica del autoritarismo y del totalitarismo así lo demuestra. La pura legalidad no implica que haya Estado de derecho.

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, es decir, por medio de la voluntad de todos, lo que exige correctivos muy fuertes a la democracia representativa para lograrlo (esos correctivos son los de la democracia participativa y deliberativa); 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 y a las nuevas generaciones de derechos.

Guillermo O'Donnell señala que el Estado de derecho debe ser genuinamente democrático, asegurar los derechos políticos, las libertades civiles y los mecanismos de *accountability*, pues ello preserva la igualdad política, evita los abusos del poder estatal y privado. Según O'Donnell, sólo cuando el Estado afirma y promueve las dimensiones democráticas de derechos, la igualdad y la *accountability*, son los gobiernos sensibles a los intereses y demandas de la mayoría de la ciudadanía. Los mecanismos de *accountability* son desde el punto de vista de O'Donnell, la piedra de toque, el elemento angular del Estado de derecho y tienen por propósito limitar el poder democrática y jurídicamente, a través de la exigencia de rendición de cuentas de los gobernados a los gobernantes. Todos los mecanismos de *accountability* tienen el mismo objetivo que es el de supervisar, exigir cuentas, vigilar, fiscalizar, reclamar y sancionar al poder, ya sea público o privado: 1) la *accountability* vertical-electoral propone la existencia de elecciones competitivas, limpias y equitativas para que el gobernante tenga origen democrático y rinda cuentas durante su mandato; 2) la *accountability* vertical-social es ejercida por los ciudadanos a través de los medios de democracia directa como el referéndum, el plebiscito, la consulta, la revocación de mandato, etcétera, y busca perfeccionar la pura democracia representativa y prevenir, conocer, compensar, refrendar, rechazar o castigar actos u omisiones de los funcionarios públicos, y 3) la *accountability* horizontal a cargo de instituciones autorizadas del Estado como el Poder Judicial, los órganos de transparencia y acceso a la información pública, el ministerio público, las comisiones de derechos humanos, las auditorías superiores de fiscalización, tanto estatales como de la federación, son para conocer y exigir información pública, y para vigilar, supervisar, prevenir, compensar y sancionar actos de funcionarios públicos. Para O'Donnell, la *accountability*

horizontal da al Estado de derecho efectividad, pues en el Estado de derecho no basta una legislación adecuada sino también redes de instituciones estatales que converjan para asegurar la efectividad de un sistema legal.

#### 4.11 La Obediencia al Derecho

El Estado de derecho sólo será posible si los ciudadanos se sientan obligados —no sólo jurídicamente— a cumplir con las normas. Esa es y será la condición más importante para hablar de Estado de derecho; sin embargo, el cumplimiento de las normas por parte de los ciudadanos no entraña un acto de fe, si los ciudadanos respetan las normas de su país, es porque además de conocerlas y de tener noción de la importancia de su cumplimiento, saben que esas normas tienen un origen democrático y que están orientadas a salvaguardar sus derechos, que no están diseñadas para el beneficio de los poderosos o de las autoridades. Saben que las autoridades son las primeras en cumplir con las normas y que éstas no tienen un cheque en blanco para hacer lo que les venga en gana, sino que tienen que actuar en consonancia con los preceptos constitucionales y orientando su función al respeto de los derechos humanos, de otra manera cualquier exigencia a los ciudadanos de cumplimiento al sistema normativo carece de sentido. En la filosofía política y jurídica desde la antigüedad ha interesado este debate; hace ya algunas décadas, el profesor Hart se refirió al punto de vista interno sobre el derecho, aquel que impacta en el juez y en la autoridad y que permite que los servidores públicos se sientan identificados con las normas, y comprometidos con su respeto y obediencia.

Generalmente se aducen tres tipos de razones para obedecer al derecho: razones legales, prudenciales y morales.

Las razones legales son tautológicas, en cuanto que se aduce que desde que existe una norma jurídica el ciudadano está obligada a obedecerla. Existe por tanto una identificación entre obligación jurídica y obligación legal. Hans Kelsen al respecto señaló: “La pregunta que se plantea es porqué estas personas deben obedecer al derecho. No nos preguntamos si el derecho positivo es válido, ya que de hecho la teoría del derecho positivo presupone que lo es y ello constituye un rasgo esencial del derecho positivo”. Las razones legales se agotan en el sistema legal, se genera un problema semejante al de la

concepción de la legitimidad de la teoría positivista que reduce la legitimidad al orden jurídico sin importar sus contenidos. Las razones para obedecer al derecho deben buscarse fuera del sistema jurídico.

Por su parte, las razones prudenciales para obedecer el derecho se fundamentan en un cálculo, individual o colectivo, entre ventajas y desventajas, entre los incentivos y los costos que supone la infracción a las normas. Estas razones son socorridas en todas las teorías económicas del derecho y de la democracia, ejemplos de razones prudenciales para obedecer al derecho son el temor al castigo o las recompensas que se reciben al tener conductas virtuosas en el sentido establecido por las reglas. Si bien son externas al orden jurídico son insuficientes para reclamar una obediencia de la ley en un sentido fuerte, por lo que podemos llamarlas razones psicosociales porque toman en cuenta factores y elementos que descansan en el estudio de la conducta individual y colectiva, en los ámbitos personal y social, son razones “interesadas”.

En cuanto a las razones morales diremos que son aquellas que se sostienen en contenidos, son razones sustanciales que, por ejemplo, expresan que se debe obedecer el derecho porque es justo, porque emana de un procedimiento democrático, porque protege los derechos humanos, etcétera. Si se adoptan razones morales para obedecer el derecho se reconoce que existen importantes influencias de la moral al derecho que se deben tomar en cuenta para que éste tenga la pretensión de ser legítimo o justo, es decir, se dice que el derecho como obra humana debe ganarse la obligación de ser obedecido por la justeza de sus normas.

El problema de la obediencia al derecho tiene una liga con la obligación política; por eso, una vez establecidos los tres tipos de razones que existen para obedecerlo, nos parece que se deben también exponer las diferentes especies de obligación para relacionar a las razones morales con la obligación política. Geoffrey Marshall alude a tres especies de obligación jurídica: jurídica, moral y política.

La obligación jurídica se corresponde con las razones legales ya mencionadas.

La obligación moral se origina en la conciencia moral autónoma, voluntaria y libre del individuo, es una obligación “no interesada”, impuesta por el respeto al deber y que va

más allá de las fronteras de la obligación legal. Este tipo de obligación se identifica con las razones morales.

La obligación política perfecciona a la obligación moral individual, pues se apoya en razones morales pero conectadas íntimamente con el sistema político. La obligación política presupone la vida en sociedad, la convivencia política, la necesidad de una autoridad. La obligación política es la suma de las obligaciones legales y morales, en donde las últimas cuestionan a las exclusivamente legales.

Como conclusión se puede decir que existe una obligación —*prima facie*— de obedecer el derecho, cuando éste es producto de procedimientos democráticos, no sólo representativos, sino participativos, deliberativos, públicos, transparentes, con rendición de cuentas del gobernante al gobernado, con controles sociales efectivos a la función pública, etcétera, y cuando el derecho a obedecer garantiza y respeta los derechos humanos, tanto los de libertad o derechos negativos como los de igualdad o derechos económicos, sociales y culturales.

Al derecho debe obedecerse, no sólo porque la norma prevé una sanción por su no acatamiento, o porque puede resultar beneficioso para el desarrollo personal, sino porque estamos convencidos de su corrección, de su justeza, porque proviene de procedimientos democráticos y tiene como fin claro e indubitable la garantía de los derechos humanos.

## Links

Tipos de Normas: <https://www.youtube.com/watch?v=VFn0k4famig>

Fuentes Formales del Derecho: <https://www.youtube.com/watch?v=3Ke8U9d5GCg>

Componentes del Estado Mexicano: <https://www.youtube.com/watch?v=SmzE0XBmS7k>

## Bibliografía:

Cárdenas Gracia, Jaime, Introducción al estudio del derecho, México, Nostra, 2009.

García Máynez, Eduardo, Introducción al estudio del derecho, México, Porrúa, 1978.

Pereznieto Castro, Leonel, Introducción al estudio del derecho, México, Harla, 1989.