

UNIDAD 4. METODOLOGÍA JURÍDICA

“El Derecho es una ciencia que estudia las normas, el ejercicio coercitivo del Estado para hacerlas cumplir, los procesos judiciales para imponer la justicia. En todas ellas, están impregnadas el carácter subjetivo, las normas son una creación subjetiva del legislador y la interpretación para su aplicación también implica una forma subjetiva de operarlas”

Francisco Guillermo Sánchez Espejo⁵⁶

INTRODUCCIÓN

La metodología jurídica, es el eje conceptual básico de esta unidad en la que se hace un completo recuento de las escuelas que en distintas épocas históricas, han acompañado las reflexiones que inciden en la naturaleza y complejidad del derecho, evolución que se actualiza al registrar los últimos enfoques críticos, con que los juristas han enfrentado las transformaciones sociales y tecnológicas de la sociedad contemporánea. Estas ideas transcriben textos anteriores del autor en los libros “Metodología jurídica” y “Hacia una nueva investigación jurídica” publicados en años anteriores.

4. Uno de los aspectos complejos del conocimiento jurídico es la variedad de enfoques y vertientes que integran al fenómeno jurídico.

Como hemos planteado en Unidades anteriores, no hay una sola metodología jurídica unívoca, sino que dependerá de la opción epistemológica que se privilegie en la investigación, en donde, a los conocimientos conceptuales (lógico-formales) del Derecho, se agregan aspectos socioempíricos de observancia de las normas jurídicas, y de las distintas aplicaciones que participan, tanto a nivel de interpretación, de aplicación, de investigación y de enseñanza del fenómeno jurídico,

⁵⁶ SÁNCHEZ ESPEJO, Francisco Guillermo, *La Investigación Científica Aplicada al Derecho*, op. cit., p. 33.

articulando un conjunto de metodologías específicas que, lógicamente, responden a los tres grandes enfoques epistemológicos que orientan el presente libro.

4.1. CONCEPTUALIZACIÓN DE METODOLOGÍA JURÍDICA

La metodología es una vertiente del conocimiento, la cual es compartido por todas y cada una de las ciencias. Esto es, toda ciencia tiene un método y/o una metodología.

El método que nos interesa es el método jurídico, que, como explicaremos, no corresponde a un solo método, sino que remite a todos y cada uno de los diferentes métodos que el jurista ha usado en su labor a lo largo de la Historia, o bien a un método jurídico particular en un determinado tiempo histórico.

En general, entendemos por una metodología, en el ámbito de la investigación jurídica, a un conjunto de pasos o secuencias que deben cumplirse para llegar a metas u objetivos prefijados libremente por el investigador; lo anterior, según sea el marco epistemológico en el que se mueve dicha investigación.

Con todo, es un instrumento básico para la formación del jurista; así, con ella le permite tomar el camino adecuado para el análisis y la sistematización de los materiales e insumos jurídicos pertinentes. Para la práctica profesional, le habilita para abordar el estudio de casos con orden y precisión.

Por otro lado, para el juzgador sirve para observar procedimientos y dictar sentencias de manera más coherente y lógicas.

Finalmente, para el estudioso del Derecho, la metodología es la vía más recomendable, con el fin de procesar la resolución de problemas sociojurídicos, proponer cambios o reformas y obtener resultados, tanto en las investigaciones como en la comunicación de los resultados.

4.2. DIVERSOS MODELOS DE CIENCIA JURÍDICA

Del uso o utilización de la metodología jurídica, es posible identificar diversos modelos de ciencia jurídica, que podemos agrupar en grandes paradigmas: tradicionales, modelos actuales y modelos hermenéuticos.

4.2.1. Modelos tradicionales

4.2.1.1. Iusnaturalismo

Las corrientes iusnaturalistas son tan múltiples como ha sido su propio recorrido histórico. De ahí, una primera aproximación tiene que partir indicando que su desarrollo ha sido tan complejo como no lineal.

Carlos Santiago Nino hace la siguiente acepción, que permite describir las diversas relaciones que conlleva esta corriente:

La concepción iusnaturalista puede caracterizarse diciendo que ella consiste en sostener conjuntamente estas dos tesis: a) Una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana. b) Una tesis acerca de la definición del concepto de derecho, según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificadas de «jurídicas» si contradicen aquellos principios morales o de justicia. Si alguien rechaza alguna de estas tesis, aun cuando acepte la otra (suponiendo que ello sea posible), no será considerado un iusnaturalista⁵⁷.

Como podemos observar, más que un método científico del Derecho, hay una aproximación al mismo desde una posición subjetiva, desde un juicio de valoración hecha por el intérprete, y condicionado por sus parámetros éticos.

Con todo, estimamos que es necesario separar, aunque sea inicialmente, la percepción de que el iusnaturalismo sólo se ha restringido a su variante cercana al ámbito religioso, especialmente el cristiano-católico. Efectivamente, podemos ver sus antecedentes en las apreciaciones de Platón, Aristóteles y Cicerón. Para Aristóteles, lo *justo natural* es aquello que es justo por sí mismo, y que, en consecuencia, tiene en todas partes la misma fuerza, independiente de lo que parezca o no; justo natural que se contrapone al *justo legal*, referenciado por el estagirita como aquello que no es justo en sí, pero que empieza a ser justo cuando está establecido por una ley o por una disposición de una autoridad⁵⁸.

⁵⁷ NINO, Carlos Santiago, *Introducción al Estudio del Derecho*, 6a. ed., Barcelona, Ariel, 1995, pp. 27-28. También FERNÁNDEZ, Eusebio, voz “Iusnaturalismo”, en GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco J. (eds.), *El Derecho y la Justicia*, op. cit., p. 55.

⁵⁸ MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús A., *Curso de Teoría del Derecho*, 2a. reimp., Barcelona, Ariel, 2012, p. 35. También en FRIEDRICH, Carl Joachim,

Al respecto, en la Roma clásica una versión más consolidada, de forma preliminar, del pensamiento iusnaturalista deriva en parte del *ius gentium* (o “derecho de gentes”, mencionado por Gayo, Instituciones 1.1), el cual se creía que derivaba de principios generales de la razón, y que por lo tanto era legítimamente aplicable a los negocios de romanos con extranjeros (aunque Gayo distinguía el *ius gentium* del “derecho natural”, *ius naturale*: Instituciones 2.65)⁵⁹; hay que, en este sentido, rescatar la vieja cita de Ulpiano: “*la ley no es peculiar de la especie humana, sino que [es la ley] de todos los seres vivientes, que nacen en la tierra, en el cielo y en el mar*”⁶⁰. Esta era una clara derivación del pensamiento estoico, trasladado de la Antigua Grecia a la Antigua Roma, para la cual hay un Derecho natural común, basado en la razón, que es universalmente válido en todo el Cosmos⁶¹.

La fase de consolidación del iusnaturalismo, como forma de pensamiento y metodología del Derecho, se da a partir de su variante religiosa; es con el desarrollo de la Escolástica, a partir de fines de la Edad Antigua e inicios de la Edad Media, cuando se da la expresión más extendida (y polémica) de esta corriente, especialmente con el desarrollo de la llamada Patrística. La visión preliminar la encontramos en Agustín de Hipona, para quien la Iglesia era una comunidad superior a la *civitas* terrenal, y por tanto ella representa la expresión del Cielo (creación perfecta, en la percepción de este pensador), pero con un nexo en lo mundano, imperfecto, cuyas instituciones (con especial énfasis en el Derecho) nacieron como consecuencia del pecado⁶²: así, aunque existe –para Agustín de Hipona– una diferenciación entre lo que se puede aspirar en el cielo y en la tierra, la expresión en este último

La Filosofía del Derecho, 7a. reimp., México, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 39-46.

⁵⁹ TRIBONIANO, TEÓFILO y DOROTEO (comps.), *Instituciones del Emperador Justiniano*, 1a. ed., México, Fontamara, 2011, pp. 11-12. También BIX, Brian H., *Diccionario de Teoría Jurídica*, México, UNAM, 2005, p. 271.

⁶⁰ “*Jus istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quae in caelo, quae in terra, quae in mari nascuntur*”. Cit. en FRIEDRICH, Carl Joachim, *La Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 49.

⁶¹ AGUSTÍN DE HIPONA, *La Ciudad de Dios*, 6a. ed., México, Porrúa, 1981. Un buen análisis en FRIEDRICH, Carl Joachim, *La Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 58-66; también en BODENHEIMER, Edgar, *Teoría del Derecho*, 1a. reimp., México, Fondo de Cultura Económica, 1971, pp. 130-131.

⁶² BODENHEIMER, Edgar, op. cit., pp. 144-145.

ámbito debiera estar centrado en una comunión hacia la pretendida intención divina, como ejercicio de la actividad cotidiana, centrada en una concepción de justicia basada en la piedad y en la máxima de que “*Aquello que por las leyes es permitido, porque la ley divina no lo prohíbe, ni la ley humana todavía*”⁶³.

De todas formas, la expresión de la visión escolástica más acabada se da con Tomás de Aquino, quien le da forma sistemática al iusnaturalismo en esa variante: este pensador expresa –sobre todo en su obra cúlmine, la *Summa Teológica*- los elementos que caracterizan gran parte de la pretensión del iusnaturalismo religioso⁶⁴:

- Ley eterna: razón que dirige todos los movimientos y acciones del Universo, sólo es conocida por Dios en su integridad.
- Ley natural: percepción parcial e imperfecta de la ley eterna, que realiza el ser humano, por medio de la razón, aunque sea incapaz de conocerla completamente. Posibilita a las personas distinguir entre el bien y el mal, y debe –en esta variante del iusnaturalismo- ser la guía y medida invariable de la ley humana.
- Ley divina: es la revelada por Dios a través de las Sagradas Escrituras, que contiene las direcciones particulares de cómo deben conducirse las personas, además de complementar los principios generales y abstractos del Derecho natural.
- Ley humana: que deriva de la voluntad del legislador humano (esto es, la norma jurídica estatal, tal y como la conocemos); pero, para ser considerada como Derecho, debe ser justa y recta, es decir debe participar de la ley eterna y natural.

Posteriormente se consolida esa corriente a partir de los trabajos de escritores como Francisco Suárez, Hugo Grocio, Samuel Pufendorf, John Locke y Jean-Jacques Rousseau, además de Immanuel Kant⁶⁵, para quienes las teorías del Derecho natural y de los derechos naturales formaron parte integral del pensamiento teológico, moral, jurídico y

⁶³ *Civitas Dei (La Ciudad de Dios)*, XV, 16. Vid. FRIEDRICH, Carl Joachim, *op. cit.*, p. 65; también en MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús A., *Curso de Teoría del Derecho*, *op. cit.*, pp. 38-41.

⁶⁴ Un buen resumen en TOMÁS DE AQUINO, *Tratado de la Ley. Tratado de la Justicia. Gobierno de los Príncipes*, 5a. ed., México, Porrúa, 1996.

⁶⁵ Aun cuando, como veremos más adelante, también a Kant se le singulariza como antecedente del iuspositivismo.

político⁶⁶. Aunque hay que mencionar que estos autores volvieron a considerar al iusnaturalismo desde un ámbito racionalista, no derivado de una voluntad divina, sino de la propia razón humana, a partir de axiomas evidentes de la propia razón, como sucede con los derivados de los sistemas matemáticos⁶⁷.

La crítica y valoración de la postura iusnaturalista debe hacerse dentro de los contextos sociohistóricos en los que ha actuado. Como se ha referido, el rol que ha desempeñado el iusnaturalismo, ya sea en amplios debates religiosos, morales y políticos, ha variado considerablemente: a veces se identifica ya una religión establecida en particular, ya con el *statu quo* en general, así como ha sido empleada también como apoyo por aquellos que están a favor de un cambio radical⁶⁸. Así, podemos encontrar teóricos jurídicos modernos que se han identificado como “teóricos del derecho natural”, y que lo hacen dentro de la tradición escolástica de Tomás de Aquino, como es el caso de John Finnis, quien, desde su obra *Natural Law and Natural Rights* de 1980⁶⁹, justifica la naturaleza de los derechos humanos a partir de la teoría iusnaturalista, pero sin enfrentarse frontalmente al iuspositivismo, pues encuentra la raíz de la primera en la razón humana⁷⁰. Por otra parte, están aquellos teóricos que se han identificado con un iusnaturalismo desde otra óptica, como Lon Fuller, para quien, en el llamado “derecho natural procedimental”, la teoría tradicional del iusnaturalismo proponer una evaluación moral significativa que debe ser satisfecha antes de que una norma o sistema de normas puedan ser denominados como “de derecho” (con lo cual seguiría la tradición tomista de la ley humana con relación a la ley divina), pero se distingue de dicha teoría en cuanto a que los criterios se relacionan primordialmente con los procedimientos por los cuales las normas son promulgadas y aplicadas, y no tanto con el contenido de esas normas⁷¹; igualmente, el caso de la “teoría interpretativa” de Ronald Dworkin, esto es, la comprensión

⁶⁶ BIX, Brian H., *op. cit.*, p. 271.

⁶⁷ NINO, Carlos Santiago, *Introducción al Estudio del Derecho*, *op. cit.*, p. 29.

⁶⁸ FERNÁNDEZ, Eusebio, “Iusnaturalismo”, *op. cit.*, pp. 58-59.

⁶⁹ FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, 1980.

⁷⁰ FINNIS, John, *Estudios de Teoría del Derecho Natural*, 1a. ed., México, UNAM, 2017, pp. XXI-LXIII y 39-44. RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín, “El iusnaturalismo de Finnis”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Vol. X, Madrid, 1995, pp. 375-406.

⁷¹ BIX, Brian H., *op. cit.*, p. 66.

de la naturaleza jurídica del Derecho, como de la determinación que el propio Derecho exige de una norma jurídica específica, a partir de una interpretación constructiva⁷².

Otra crítica importante al iusnaturalismo va centrada en su nula efectividad cuando no se encuentra plasmada en alguna norma jurídica, por lo que no puede facultar, per se, al individuo que se siente lesionado a que apele a los derechos naturales subjetivos (o derechos humanos) en caso de que no exista la instancia respectiva⁷³. En este sentido, se dice que *“las aserciones metafísicas no admiten ser refutadas, precisamente porque ellas se mueven en una esfera que está más allá del alcance de la verificación. Hay que aprender simplemente a pasarlas por alto como algo que no tiene función o lugar legítimo en el pensamiento científico”*⁷⁴. Aunque, en forma más matizada, Norberto Bobbio lo ejemplificó de la siguiente forma: el *“Derecho natural no es un derecho con el mismo título que el derecho positivo porque carece del atributo de la eficacia”, “no garantiza ni la paz ni la seguridad”, “la noción de ‘naturaleza’ es de tal modo equívoca que se han llegado a considerar como igualmente naturales derechos diametralmente opuestos”* e *“incluso si fuera unánime el acuerdo sobre lo que es natural, de ello no cabría derivar un acuerdo unánime sobre lo que es justo o injusto”*⁷⁵.

Lo anterior no quita la necesidad de establecer una permanente presencia del iusnaturalismo, como necesaria crítica a ese llamado por Fuller el “contenido mínimo”, basado en algún criterio de moral en las normas jurídicas⁷⁶, sobre todo a partir de la construcción de toda una vertiente racionalista de los derechos de la persona humana, como ha quedado demostrado en el desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos a partir de la segunda mitad del siglo XX, y en corrientes críticas del iuspositivismo (y de la visión formalista del Derecho en general) como el neoconstitucionalismo; e, incluso, en po-

⁷² *Ibidem*, p. 276.

⁷³ MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús A., *Curso de Teoría del Derecho*, op. cit., p. 42.

⁷⁴ ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia*, Buenos Aires, EUDEBA, 1963, p. 221.

⁷⁵ BOBBIO, Norberto, “Algunos argumentos contra el Derecho Natural”, en KELSEN, Hans, BOBBIO, Norberto, et. al., *Crítica del Derecho Natural*, Madrid, Taurus, Madrid, 1966, pp. 236-237, cit. en GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco J. (eds.), *El Derecho y la Justicia*, op. cit., p. 59.

⁷⁶ BIX, Brian H., *op. cit.*, pp. 66-67.

siciones más alejadas de una pretensión del iusnaturalismo de variante religiosa, como el iusmarxismo y la teoría crítica del Derecho.

4.2.1.2. Iuspositivismo

La corriente del iuspositivismo (también conocida como positivismo jurídico o iusnormativismo), es quizás la más conocida y divulgada en el ámbito jurídico desde las primeras décadas del siglo XX.

Ha permeado, desde entonces, la tradición jurídica, especialmente la romano-germano-canónica (la del *civil law*), a partir del uso exegético de las fuentes formales, especialmente las normas jurídicas escritas.

Aunque la expresión positivista, *lato sensu*, suele adscribirse a la vertiente del positivismo sociológico nacido con Augusto Comte en la segunda mitad del siglo XIX, así con el positivismo lógico presentado por los filósofos del Círculo de Viena en la década de 1920, la corriente del positivismo jurídico expresa -o asume- que es posible y recomendable tener una teoría del derecho descriptiva o conceptual moralmente neutral⁷⁷.

Tal y como en el iusnaturalismo, Norberto Bobbio señaló que hay tres formas de posicionarse del iuspositivismo⁷⁸:

- Como un modo de acercarse al estudio del Derecho, diferenciando una aproximación más hacia el “Derecho real” que al “Derecho ideal”, desde una postura científica neutral;
- Como una determinada teoría o concepción del Derecho, vinculada a la creación del Derecho, en cuanto es actividad estatal, ya que es el poder institucionalizado el que crea a la norma jurídicamente válida y le da el carácter de eficacia que le distingue de otras normas humanas.
- Como una determinada ideología de la justicia, en cuanto da tal carácter a la norma jurídica creada conforme a los procedimientos establecidos en el propio Derecho positivo, y por ende

⁷⁷ BIX, Brian H., *op. cit.*, p. 197. También SCHMILL O., Ulises, “El positivismo jurídico”, en GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco J. (eds.), *El Derecho y la Justicia*, *op. cit.*, pp. 66-67.

⁷⁸ BOBBIO, Norberto, *El Problema del Positivismo Jurídico*, México, Fontamara, 1997, p. 44.

desprendido de cualquier otro atributo extrajurídico (especialmente, de la moral).

Ciertamente, el iuspositivismo también tiene diversas corrientes. Algunos le dan la derivación más remota en Thomas Hobbes, a partir de un enfoque puramente descriptivo o conceptual hacia el Derecho. Con todo, su antecedente convencional más remoto lo podemos vislumbrar en Jeremy Bentham y John Austin, si bien la publicación póstuma del texto de Bentham en materia de teoría del Derecho (Del derecho en general, concluido en 1782), le da el piso de la influencia directa a la obra de Austin *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), en donde escribió lo que algunas veces es considerado como la síntesis del positivismo jurídico: “*La existencia del derecho es una cosa; su mérito o demérito, otra*”⁷⁹. En este enfoque se reduce el derecho a la descripción básica de un soberano (alguien a quien otros tienen el hábito de obedecer, pero que a su vez no tiene el hábito de obedecer a nadie) que establece un mandato (una orden respaldada por una amenaza)⁸⁰.

La siguiente variante del iuspositivismo se da con Herbert Lionel Adolphus Hart, para quien su postura (principalmente señalada en su obra más conocida, *El Concepto de Derecho*, de 1961), se puede resumir en dos amplios temas: la atención centrada sobre los hechos y convenciones sociales, y el uso de un enfoque hermenéutico que destaca la perspectiva de quienes intervienen en la práctica del Derecho. Hart no establece el contenido del Derecho en un solo mandato (como lo graficaba Austin, en el soberano), sino más bien en una variedad de reglas: *primarias*, dirigidas a los ciudadanos; y, *secundarias*, es decir, aquellas emanadas de la autoridad y dirigidas a identificar, modificar o aplicar las reglas primarias⁸¹. Además, los sistemas jurídicos contenían tanto reglas que imponen deberes como reglas que confieren poderes, no sólo a las autoridades sino también a los ciudadanos, como ocurre

⁷⁹ BIX, Brian H., *op. cit.*, pp. 197-198.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 198.

⁸¹ HART, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, 2a. ed., México, Editora Nacional, 1980, pp. 99-123; una versión más reducida en HART, H.L.A., “El positivismo y la independencia entre derecho y moral”, en DWORKIN, Ronald (comp.), *La Filosofía del Derecho*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2014, pp. 67-106. Una crítica asertiva, en DWORKIN, Ronald, “¿Es el Derecho un sistema de normas?”, en DWORKIN, Ronald (comp.), *La Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, pp. 107-159.

con los poderes legales que son conferidos para tener la capacidad de crear contratos y testamentos jurídicamente vinculantes⁸².

La vertiente más conocida del iuspositivismo es la establecida por el destacado jurista austriaco Hans Kelsen, quizá el más reputado representante de esta corriente, y sin duda uno de los teóricos del Derecho más influyentes en el siglo XX. La obra que resume el pensamiento kelseniano es *Teoría Pura del Derecho (Reine Rechtslehre)*, de 1934. Por “pura”, Kelsen quiso decir que la teoría debería estar, en sus palabras, enfocada “*solamente en el derecho*”, y no “mezclada”, como lo habían hecho otras teorías del Derecho, con “*la psicología, biología, ética y teología*”⁸³. Pretendió escindir el análisis del Derecho de cuestiones políticas, por el hecho—según su percepción— que se relacionan más con la dirección que toma el Derecho que con su naturaleza; a partir de aquello, Kelsen esperaba lograr los objetivos de toda empresa científica: “*objetividad y exactitud*”⁸⁴. En esencia, la teoría pura del Derecho de Kelsen es una explicación neokantiana sobre qué se sigue del hecho de que la gente trate los actos de los funcionarios del Derecho de modo normativo; el argumento consiste en que ciertos hechos son deducidos, al considerar los hechos de manera normativa (especialmente, al asumir una premisa normativa fundacional que es el fundamento último de una conclusión normativa)⁸⁵; así, si una persona sostiene que alguien no debería hacer algo porque está prohibido por un texto sagrado, está aceptando implícitamente la premisa de que uno debería actuar como lo indica dicho texto sagrado (o que uno debería hacer lo que un ser sobrenatural ha ordenado)⁸⁶.

Con todo, parece haber algunos límites a la “pureza” de la teoría pura de Kelsen: su teoría no se encontraba totalmente desligada de todas las cuestiones empíricas; así, la existencia de un sistema jurídico (y el cambio de una norma fundante a otra en una revolución) residía en parte en la eficacia del sistema; si bien Kelsen, al igual que otros teóricos del Derecho, fue muy insistente respecto a que no estaba igualando a la validez con la eficacia o el poder⁸⁷.

⁸² BIX, Brian H., *op. cit.*, p. 199.

⁸³ KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 9a. reimp., Buenos Aires, EUDEBA, 1996, pp. 15-16.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 9.

⁸⁵ BIX, Brian H., *op. cit.*, pp. 278.

⁸⁶ *Ídem*.

⁸⁷ BIX, Brian H., *op. cit.*, pp. 277-278.

Una cuarta vertiente, dentro del iuspositivismo, sería el del “positivismo incluyente” (también llamado “positivismo jurídico suave” o “incorporacionismo”), en el sentido que, a diferencia del kelseniano, si haría alguna conexión entre los ámbitos jurídico y moral. Su más fuerte exponente es Joseph Raz, quien interpreta o elabora esta afirmación en el sentido de dar un componente de determinación de la propia norma jurídica por fuentes sociales. Es decir: si el positivismo “excluyente” se basa en la relación entre el derecho y la autoridad, se da pauta a sistemas jurídicos de naturaleza “autoritativa” y, por ende, que las propias normas jurídicas sean determinables sin recurrir a las razones (sean estas morales o de otro tipo), lo que daría paso a que quienes están sujetos a una autoridad “*pueden beneficiarse de sus decisiones sólo si pueden establecer su existencia y contenido en maneras que no dependan de plantearse las mismas cuestiones, sobre las que adjudica la autoridad*” (señalado por Raz en su libro *La Ética en el Ámbito Público*, de 1994)⁸⁸. Para el positivismo jurídico incluyente, si bien no existe un contenido moral necesario para una norma jurídica (o un sistema jurídico), un sistema jurídico particular podría, por regla convencional, convertir a los criterios morales en necesarios o suficientes para la validez en ese sistema⁸⁹.

Las **críticas** más fuertes al iuspositivismo han venido desde la experiencia devenida de los grandes sucesos del siglo XX. Efectivamente, si Kelsen le criticó a otro gran jurista de la primera parte del siglo pasado, Carl Schmitt, que la obra de éste era funcional al régimen nazi, el propio Kelsen, basado estrictamente en el procedimiento establecido previamente por el legislador, señalase en 1963 respecto del período nazista: “*Desde el punto de vista de la ciencia del Derecho, el Derecho durante la dominación nazi fue derecho. Podemos lamentarlo, pero no negar que fue Derecho*”⁹⁰. Esto le diferenció de autores igualmente prominentes, e inicialmente identificados con el iuspositivismo, como el alemán Gustav Radbruch, para quien, tras la experiencia traumática de la Segunda Guerra Mundial, llegó a señalar claramente la conocida

⁸⁸ *Ibidem*, p. 201.

⁸⁹ Op. cit.

⁹⁰ VALQUI CACHI, Camilo y PASTOR B., Cutberto (coords.), *Corrientes Filosóficas del Derecho. Una crítica antisistémica para el Siglo XXI*, Cajamarca, Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo S.A.C., 2009, p. 36.

fórmula de que “*las leyes que fueran claramente injustas no deberían tener un estatus legal*”⁹¹.

De la misma manera, autores identificados con el iuspositivismo, como Ulises Schmill, reconocen que es difícil, desde el punto de vista lógico, establecer una relación globalizante del Derecho, dinámica de toda norma, a partir de la teoría pura. Si así fuera, entrarían en ésta las normas de la moral, del Derecho natural, religiosas o convencionales, que harían un todo inconexo, además de dejarle desprovisto de aquella pretendida “pureza” de neutralidad⁹².

Con todo, no se puede disminuir la enorme contribución del iuspositivismo a todo el estudio y metodología del Derecho. A partir de aquel, se da un carácter más científico al Derecho después de todas las polémicas suscitadas tras el proceso de positivación jurídico-normativo iniciado a partir del Código de Napoleón de 1809, dándole parámetros de reconocimiento al conjunto de normas jurídicas. Especial trascendencia tiene en la hermenéutica jurídica, a partir de la comprensión de la norma hipotética fundamental (la *grundnorm*) y todo el esquema de relación jerárquica a nivel interno generado en la Constitución Política. Gran parte de la comprensión actual de la teoría del Derecho, y la comprensión de sus instituciones, se da a partir de la concepción kelseniana de relación con el principio de legalidad, en el ámbito del Derecho público, y de los derechos y obligaciones a nivel de los derechos subjetivos, en el ámbito del Derecho privado-.

Asimismo, como veremos más adelante, es clara la influencia del iuspositivismo en corrientes como la filosofía analítica e incluso en el realismo devenido del iusociologismo, a partir del “positivismo jurídico incluyente”.

4.2.1.3. Iusociologismo

Diversas corrientes de la filosofía del Derecho, y –por ende- de la metodología jurídica, surgen a partir de las corrientes principales históricas: el iusnaturalismo y el iuspositivismo.

Se hace preciso distinguir, de entrada, al iusociologismo de la Sociología del Derecho. La sociología del Derecho no es sino la observación

⁹¹ BIX, Brian H., *op. cit.*, p. 223.

⁹² SCHMILL O., Ulises, “El positivismo jurídico”, *op. cit.*, pp. 74-75.

empírica de los hechos jurídicos, a partir de resultados extrajurídicos: por ejemplo, las reglas de conducta provenientes de los pueblos antiguos, los diversos valores relacionados con la justicia o la moral en algún pueblo determinado; mientras, el iusociologismo se enfoca a la mirada del jurista en la práctica de las normas jurídicas respecto de las conductas sociales.

Este impacto del iusociologismo, es decir de la mirada del jurista, tiene un amplio asidero en la corriente del realismo jurídico.

El término “realismo” puede tener significados muy variados, incluso contradictorios, en los estudios sobre teoría del Derecho. Como ha señalado en su momento Rodolfo Vázquez,

La concepción crítico-realista abarca un conjunto amplio de escuelas y pensadores. Hice alusión hace algunos momentos a lo que Renato Treves llamó “revuelta contra el formalismo”: François Geny en Francia, el juez Holmes en Estados Unidos, la jurisprudencia de intereses. A éstos habría que agregar otros juristas como Jerome Frank y Roscoe Pound, a los representantes de la escuela escandinava, la escuela del Derecho libre, el marxismo jurídico y, más recientemente, las llamadas genéricamente escuelas críticas del Derecho⁹³.

La percepción del realismo más cotidiana, dice relación con su utilización respecto de la literatura y la pintura: así, “realismo” alude a algo más realista, un retrato menos idealizado del mundo⁹⁴.

Sin embargo, la acepción usada en el Derecho da cuenta de su significado filosófico. Indica Bertrand Russell que es 1900 el año del nacimiento del realismo como una de las grandes corrientes de la filosofía académica del siglo XX⁹⁵. Las características del realismo contemporáneo (siguiendo a Russell) serían tres: la consideración unitaria de la ciencia y la filosofía (“*la filosofía no tiene ninguna marca especial de verdad, ni método de llegar a ella*”), el análisis como método (“*sólo*

⁹³ VÁZQUEZ, Rodolfo, “Concepciones filosóficas y enseñanza del Derecho”, en *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, año 6, núm. 12, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2008, pp. 226.

⁹⁴ BIX, Brian H., *op. cit.*, pp. 229.

⁹⁵ La fecha viene asociada a la publicación de obras como *Logische Untersuchungen*, de HUSSERL (1900); *Über Annahmen*, de MEINONG (1902); *Principia Ethica* y *The Refutation of Idealism*, de MOORE (1903); y *The Principles of Mathematics*, de RUSSELL (1903). Cit. por HIERRO, Liborio, “Realismo jurídico”, en GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco J. (eds.), *El Derecho y la Justicia*, *op. cit.*, p. 77.

aspira a aclarar las ideas fundamentales de las ciencias y a sintetizar las diferentes ciencias en una visión sencilla y comprensiva de este fragmento del mundo que la ciencia ha logrado explorar”) y el pluralismo como metafísica (los realistas “*no aspiran, como generalmente lo ha hecho la filosofía anterior, a hacer afirmaciones sobre el universo en conjunto ni a la construcción de un sistema comprensivo*”)⁹⁶.

Sin embargo, los antecedentes los podemos encontrar en Rudolf von Ihering para encontrar el origen de esta corriente en el ámbito jurídico. En 1896, al abandonar el conceptualismo, pretende “*resaltar la diferencia que existe entre dos métodos de la teoría del Derecho: el método formalista o dialéctico y el método realista o teleológico*”⁹⁷. El peso de Ihering en Alemania se daría en la llamada Escuela de la “Jurisprudencia de intereses”, así como en la denominada “Escuela del Derecho libre”; de igual manera, en Francia, François Gény había formulado, hacia 1899, propuestas muy cercanas, las que dieron lugar a las corrientes de la “jurisprudencia sociológica”⁹⁸.

Se puede definir al sociologismo o realismo jurídico como “*la concepción del Derecho en que prevalecen los elementos conductuales entre los normativos*”.

Como en otras corrientes del pensamiento jurídico, no existe una sola variante del realismo jurídico, en cuanto iusociologismo. La primera variante la tenemos en la llamada “jurisprudencia sociológica”. El término “jurisprudencia sociológica” fue utilizado comúnmente, sobre todo en las primeras décadas del siglo XX, para referirse a una colección general de teorías que intentaban aplicar métodos y perspectivas sociales a la discusión teórica del Derecho. Tales trabajos incluyen la amplia teorización social de Max Weber y Emile Durkheim, y a los argumentos más mundanos, si bien críticamente perspicaces, de Roscoe Pound. El trabajo de Pound se centró en los objetivos de las normas jurídicas y la eficacia de las normas para alcanzar tales objetivos, y fue de una poderosa influencia en los realistas jurídicos norteamericanos. Un teórico frecuentemente relacionado con la “jurisprudencia sociológica”, Eugen Ehrlich, intentó mostrar cómo los factores sociales (p. ej.

⁹⁶ *Ídem*.

⁹⁷ IHERING, Rudolf von, “La voluntad en la posesión con la crítica del método jurídico reinante”, *Revista de Legislación*, Madrid, 1896, pp. 10-11. Cit. en HIERRO, Liborio, “Realismo jurídico”, op. cit., p. 78.

⁹⁸ HIERRO, Liborio, “Realismo jurídico”, ídem anterior.

pobreza, valores sociales) tienen tanta influencia sobre los resultados de las disputas como las normas jurídicas (el Derecho de los abogados)⁹⁹.

Otra corriente importante es el llamado “realismo jurídico escandinavo”. Se trata de un movimiento teórico que, en sentido amplio, fue paralelo tanto en la cronología como en el tono inquisitivo al realismo jurídico norteamericano. Sus principales teóricos incluyen a Axel Hägerstrom, Alf Ross, Karl Olivecrona y A. V. Lundstedt, siendo Hägerstrom el reconocido líder filosófico o la inspiración para los demás. El paralelo con los realistas jurídicos norteamericanos no debería exagerarse: los realistas jurídicos escandinavos se apoyaron en una posición antimetafísica derivada de los positivistas lógicos, en una manera en que pocos de los realistas jurídicos norteamericanos, si es que alguno, lo hicieron. Gran parte del trabajo original de los realistas jurídicos escandinavos puede ser resumido como un esfuerzo por traducir conceptos jurídicos en material de ciencias sociales verificables: conceptos como “derecho”, “validez” y “obligación” fueron recharacterizados en términos de la psicología (p. ej. percepciones de la obligatoriedad), o las inclinaciones o propensión hacia ciertas conductas. Los propios conceptos jurídicos fueron descartados como “míticos” o “ficticios”, o bien estudiados en términos cuasiantropológicos, aludiendo a los poderes “mágicos” que tales términos parecen tener sobre los ciudadanos.

Los realistas jurídicos escandinavos no fueron uniformes en sus opiniones: por ejemplo, Ross no insistió, como otros lo hicieron, en que los términos que sonaran a metafísica debían ser eliminados del vocabulario jurídico; Ross aceptó tales términos (p. ej. “derechos”) como abreviaturas útiles. En cambio, Olivecrona pensó que la obra de Ross sobre derechos no era lo suficientemente escéptica, y no arribaba a la “verdadera naturaleza” de los derechos¹⁰⁰.

Una tercera vertiente es el llamado realismo jurídico norteamericano. Es la manera en que se denomina a un conjunto de autores, principalmente de las décadas de 1930 y 1940, pero con algunas contribuciones importantes antes y después de esos años. Estos autores eran “realistas”, bajo el principio de pretender que los ciudadanos, abogados y jueces asumieran aquello que estaba realmente pasando detrás de la jerga y la mistificación del Derecho. Entre los principa-

⁹⁹ Bix, Brian H., *op. cit.*, p. 147.

¹⁰⁰ Bix, Brian H., *op. cit.*, pp. 230-231.

les autores del movimiento, tenemos a Jerome Frank, Karl Llewellyn, Robert L. Hale, Morris R. Cohen, Max Radin, W. Underhill Moore y Felix S. Cohen. En ocasiones, Oliver Wendell Holmes Jr. es referido como realista, pese a que él vivió y escribió en una época anterior, gracias a que su trabajo fue muy influyente entre los realistas y porque la mayoría de los temas sobre los que están interesados dichos teóricos pueden encontrarse en primera instancia en el trabajo de Holmes. De igual manera, en ocasiones Roscoe Pound es catalogado como realista, ya que sus trabajos iniciales sobre la “jurisprudencia sociológica” influyeron y anunciaron los puntos de vista realistas, a pesar de que criticó al realismo jurídico norteamericano.

Existe una serie de temas relacionados que unen a los realistas. Así, muchos de ellos plantearon cuestionamientos respecto de la manera en la que los jueces de hecho resuelven los casos, o sea, que estos jueces consideraban que su trabajo era una deducción de premisas simples o conceptos jurídicos básicos, cuando en la realidad sus decisiones se basan en preferencias políticas o predisposiciones. Otros realistas refirieron que, en un nivel más básico y abstracto, las normas jurídicas nunca podrían establecer el resultado de casos particulares (o, por lo menos, no para la mayoría de los casos difíciles), y que en el mejor de los casos las normas son enunciados abreviados de cómo los jueces han decidido problemas de ese tipo en el pasado, o bien predicciones sobre cómo ellos probablemente resolverán dichos casos en el futuro. Tales creencias en el “escepticismo ante la regla” o la “indeterminación jurídica” alimentan a su vez una preferencia para decidir los casos con base en la ciencia social, en vez de las predisposiciones ocultas de los jueces. Muchos realistas jurídicos compartieron una fe de que había una ciencia suficientemente objetiva del comportamiento humano que eventualmente dirigiría a un conocimiento objetivo sobre cómo las normas jurídicas pueden ser mejor formuladas en aras de lograr el bien común.

Otro aspecto de la posición realista o escéptica de (muchos) realistas jurídicos era relacionar a los derechos con las indemnizaciones: esto es, enfatizar que la posición de uno respecto de cierta protección jurídica debería estar relacionada con las indemnizaciones legales que se podrían obtener por su violación (este punto de vista fue lo que llevó a algunos estudiosos del Derecho contractual norteamericano a cambiar la manera en que ellos enseñaban Derecho contractual y la manera en la que escribían textos en el área, comenzando el curso con indemnizaciones en vez de la consideración o la oferta/aceptación).

Algunos de los realistas, como Robert Hale, ofrecieron análisis que podrían ser vistos como críticas a los fundamentos básicos del sistema económico y político. Para muchos de los realistas, sin embargo, la crítica de la vida jurídica, política y económica estaba más relacionada con el cambio (aunque algunas veces un cambio sustancial) dentro del sistema establecido. Así, no fue una sorpresa que muchos de los realistas asumieran puestos de gobierno bajo los programas económicos del presidente Franklin D. Roosevelt, el “Nuevo Trato” (New Deal).

El legado del realismo jurídico norteamericano también ha sido un punto de controversia, con las consecuentes críticas. Hay quienes aseguran que los realistas han prevalecido completamente, ya que sus consideraciones y puntos de vista críticos fueron incorporados al pensamiento jurídico dominante (en algunos círculos, es un cliché decir “ahora todos somos realistas”). Algunos de los autores modernos más críticos, tales como varios adeptos a la corriente del análisis crítico del Derecho, sostienen que ellos son los verdaderos herederos del legado realista, ya que se tomaron en serio la mirada crítica de los realistas, a la vez que descartaban otras partes de dicho enfoque, tales como la fe en una ciencia social neutral y objetiva. Una segunda perspectiva sobre los realistas es considerarlos como los antecesores del análisis económico del Derecho, en tanto que ellos socavaron la idea de que el Derecho se bastaba a sí mismo, y defendieron una “ciencia política” que estudiara las implicaciones de las normas jurídicas alternativas, un papel que el análisis económico del Derecho ha asumido (al rechazar la idea de la autonomía y la suficiencia del Derecho, los realistas fueron también en cierto sentido los precursores de todos los enfoques interdisciplinarios hacia el derecho).

Sin embargo, una tercera visión sobre los realistas consistió en verlos como un tipo de callejón sin salida intelectual, útil sólo por su oposición al formalismo, pero de otro modo sin propuesta alguna de una posición teórica o programa positivo que pudiera ser sometido a un análisis crítico.

Además, la escuela del proceso legal, que por un periodo breve fue bastante influyente a finales de la década de 1950 y principios de la de 1960, fue una respuesta directa al realismo jurídico. El movimiento del proceso legal respondió al argumento realista de que las normas por sí solas no pueden resolver muchas disputas legales difíciles, y que los jueces no son necesariamente expertos en cuanto a los argumentos

morales y de política implícitos en muchas disputas, señalando para tal efecto que la profesión jurídica podría exigir alguna pericia en cuestiones de procedimiento —al decidir qué personas o instituciones resolvieron las disputas y de acuerdo con qué proceso—. Además, los académicos del proceso legal sostuvieron que mientras podría no haber una única respuesta correcta a todas las cuestiones jurídicas, los jueces que entienden debidamente su papel estarían limitados significativamente (p. ej. al seguir lo que un académico del proceso legal llamó “principios neutrales”)¹⁰¹.

4.2.1.4. Iusmarxismo

Dentro de las corrientes críticas del Derecho, la primera en destacar fue la derivada del pensamiento marxiano/marxista, entendidos estos desde los escritos iniciales de Karl Marx y Friedrich Engels, a mediados del siglo XIX, pasando a todo el posterior desarrollo e interpretación de los mismos por quienes se consideraron continuadores de dicha corriente ideológica, sobre todo tras el triunfo de la Revolución bolchevique rusa en 1917.

El materialismo histórico ve en el Derecho uno de los factores integrantes de la capa ideológica, la superestructura; en ésta, el derecho y los demás elementos supraestructurales, sólo se entiende como proyección y reflejo de la estructura, el sistema económico concreto o la producción material de los bienes; en esta producción, la clase económica gobernante tiene el papel preponderante y el Derecho es un instrumento; el materialismo histórico admite que, en algunos aspectos, la superestructura provoca efectos sobre la estructura, e incluye en esto al derecho, pero subrayando siempre la prioridad ineludible del factor económico, con lo que la incidencia de los jurídico en lo económico nunca es extraeconómica; así el derecho carece de autonomía, tanto ideal como empírico—histórica, y siempre una categoría burguesa, y esto conduce dialécticamente, a la negación del derecho que, junto con la negación del Estado, son rasgos que el marxismo reserva para la última etapa del comunismo.

Entendida en el sentido genérico de “teoría (o filosofía) del Derecho”, como reflexión global acerca del fenómeno jurídico y de su lugar en la

¹⁰¹ Bix, Brian H., *op. cit.*, pp. 231-234.

sociedad, cabe por supuesto hablar de un enfoque marxista del Derecho (muy ligado a la teoría del Estado), cuyos presupuestos básicos serían:

1) el Derecho tiene un carácter clasista; 2) es un fenómeno histórico en el sentido de que es una realidad vinculada a ciertas formas de organización social; 3) desempeña un papel subordinado (al menos, relativamente subordinado) en relación con otros elementos del todo social; 4) tiene carácter ideológico. Junto a ello, los estudiosos marxistas del Derecho han asumido también: 5) una actitud de rechazo frente al modelo tradicional de ciencia jurídica; y 6) una actitud cuando menos de desconfianza o de sospecha frente a los «valores» que el Derecho realiza o debería realizar: la justicia o los derechos humanos¹⁰².

Estas notas tan generales no son más que parámetros que han sido abrazados en diversos grados de intensidad. En su versión fuerte (la del llamado marxismo “ortodoxo”, “economicista”, “mecanicista”, etc.) lo que parece, en principio, imposible, es una teoría jurídica marxista en el sentido más estricto de “ciencia del Derecho”, al menos tal y como se entiende habitualmente esta expresión; esto es, como la reconstrucción de un determinado Derecho positivo (dogmática jurídica) y el análisis de los conceptos jurídicos básicos (teoría general del Derecho). Si todo el Derecho responde siempre al interés de la clase dominante, entonces, por definición, se identifica por definición con el modo de producción burgués, no es un medio adecuado para la transformación social, carece de autonomía respecto a la base económica que lo determina, oculta o deforma ideológicamente la realidad, está destinado a extinguirse, etc.; por ende, carece de sentido desarrollar un análisis «interno» y autónomo del Derecho positivo dirigido a suministrar criterios para su mejor producción y aplicación... a menos que se acepte que el “Derecho socialista” encarna un valor positivo, como ocurrió con la recuperación por parte de los juristas del Este -como fue el caso de Andrei Vysinskij y R. Lukic- de una dogmática jurídica metodológicamente tradicional, si bien retóricamente envuelta en un ropaje “marxista-leninista”¹⁰³.

¹⁰² ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Marxismo y Filosofía del Derecho*, 1a. ed., México, Fontamara, 1993, p. 13.

¹⁰³ PÉREZ LLEDO, Juan A., “Teorías críticas del Derecho”, GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco J. (eds.), *El Derecho y la Justicia*, op. cit., p. 88.

Evgeny Bronislavovich Pashukanis fue el teórico soviético del Derecho más importante en los primeros años de la órbita del ‘socialismo real’; empero, bajo Stalin su trabajo fue “denunciado”, y él fue eventualmente arrestado, juzgado y ejecutado. Su obra *The General Theory of Law and Marxism* (1924) fue muy influyente al momento de su publicación, y fue “redescubierta” por un número de teóricos marxistas a finales de la década de 1970. Pashukanis aplicó una teoría marxista tradicional al derecho (por ejemplo, que tanto el Estado como el Derecho se marchitarían con la llegada del comunismo), pero añadió algunas ideas originales. Él enfatizó la medida en la cual el Derecho refleja (y facilita) las transacciones comerciales, y de qué manera la forma legal reviste la forma de una mercancía. Mientras Pashukanis rechazaba el punto de vista de que el Derecho sea un instrumento meramente ideológico, pues también refirió a los efectos legitimadores del Derecho, en cuanto al tratamiento igualitario de todos los ciudadanos como portadores de derechos, como propietarios (potenciales) de mercancías¹⁰⁴; esta arista, la de enunciar los problemas que se daba al ejercicio legitimador del Derecho, fue mal visto por el sovietismo estalinista cuando este empezó a copar todos los aparatos del Estado, lo que terminó condenando a Pashukanis.

Primordialmente, todos los juristas marxistas y, en general, los juristas críticos contemporáneos, coinciden en la descalificación de la ciencia jurídica tradicional. Pero la crítica jurídica marxista actual ha ido desmarcándose progresivamente de las versiones más toscas del marxismo y, en la medida en que valora la potencialidad transformadora del medio jurídico, no renuncia tampoco a una teorización jurídica alternativa, desarrollada al menos en tres direcciones¹⁰⁵:

- Siempre cabe un análisis “externo” (histórico, económico, sociológico, etc., inspirado en una “teoría social del Derecho”), o una «teoría del Derecho» como instrumento de dominio de clase y como ideología, o una «teoría crítica» y emancipatoria del Derecho.
- Además, sobre esa base se proponen modelos de “ciencia jurídica” o de “teoría general del Derecho”, que sean alternativos a la dogmática tradicional, que ya no serían exclusivamente «forma-

¹⁰⁴ BIX, Brian H., *op. cit.*, pp. 190-191.

¹⁰⁵ PÉREZ LLEDO, Juan A., *op. cit.*, p. 89.

les», en cuanto, como han señalado Atienza y Ruiz Manero¹⁰⁶, parten: del carácter histórico no sólo del Derecho, sino también de las categorías jurídicas, de los conceptos básicos del Derecho (sujeto de Derecho, norma, relación jurídica); y, de la necesidad de considerar el Derecho como un elemento del sistema social que mantiene unas especiales relaciones tanto con el subsistema económico como con el subsistema político; en consecuencia, una verdadera ciencia del Derecho (es decir, la teoría general del Derecho) debería estar orgánicamente ligada a las otras ciencias sociales (la economía política, la teoría del Estado, la psicología social o la ciencia social integrada), postura de Pashukanis.

- Finalmente, los juristas marxistas occidentales han elaborado una «política del Derecho» orientada a la utilización práctica de las instituciones y categorías jurídicas existentes en un sentido progresista, a partir del “uso alternativo del Derecho” (que podemos ver en el siguiente apartado de esta Unidad).

Otros historiadores marxistas del Derecho siguen a pensadores marxistas posteriores, como Antonio Gramsci, y ven cómo la modificación de las doctrinas jurídicas ayuda indirectamente a la clase dominante al legitimar un sistema generalmente opresivo e injusto, aun si no están apoyando directamente los intereses de dicha clase¹⁰⁷.

En la vertiente neomarxista de la corriente iusmarxista encontramos al comunitarismo, como es conocido la serie de estudios sobre la justicia, la moral y la organización social, que enfatizan la importancia que tiene la comunidad para la identidad personal, la realización de los individuos y el bien social. Los comunitaristas a menudo fijan su posición en contraste con lo que caracterizan como perspectivas demasiado individualistas sobre las personas, la ética y la justicia. El comunitarismo también tiende a enfatizar el valor (tanto para los individuos como para la sociedad) de la participación activa en la vida cívica y política¹⁰⁸.

¹⁰⁶ ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Marxismo y Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 135.

¹⁰⁷ BIX, Brian H., *op. cit.*, p. 280.

¹⁰⁸ BIX, Brian H., *op. cit.*, p. 46.

De las críticas que se le hacen al iusmarxismo, encontramos:

- El Derecho no puede ser identificado con las relaciones económicas mercantiles capitalistas, porque todos los ordenamientos jurídicos existentes de hecho también regulan relaciones no mercantiles;
- La tesis de que el Derecho es el conjunto de relaciones sociales, contradice la tesis de que el derecho es la voluntad de la clase dominante.
- Resulta falso que el Derecho tutele únicamente los intereses de la clase dominante, también tutela los intereses de la clase oprimida; y,
- También es falso que tutele únicamente los intereses de la clase dominante, también tutela los intereses de una parte de la clase dominante contra otras partes de la misma.

Tras la caída de la órbita soviética, y consecuentemente del llamado “socialismo real” y el fin de la Guerra Fría, a inicios de la última década de la pasada centuria, la teoría marxista del Derecho, y el marxismo en general, parecieron haber quedado en los anaqueles de la ciencia política y jurídica. Sin embargo, la expresión de un mundo bajo la égida del posicionamiento económico neoliberal, y la subsecuente globalización en ese sentido, con la demostración cotidiana del mantenimiento de las grandes desigualdades estructurales a nivel mundial generadas por el modelo de mundo que pretendió combatir el marxismo, han vuelto a traer de nuevo a la palestra un discurso y teoría jurídicas basado en esta corriente de pensamiento, sobre todo cuando el lastre de la parte negativa de los “socialismos reales” parece haber sido desprendida de la lectura actual del marxismo¹⁰⁹. Lo anterior se ha reflejado en las diversas vertientes de las llamadas “teorías críticas del Derecho”.

4.2.2. Modelos actuales

4.2.2.1. Filosofía analítica

A partir de los principios estipulados por la corriente del iuspositivismo, surge la necesidad del estudio de la norma jurídica en cuanto a su contenido, a su literalidad. Una de estas corrientes es la filosofía analítica.

La filosofía analítica se desarrolla, tradicionalmente, en Estados Unidos y el Reino Unido¹¹⁰.

¹⁰⁹ HOBBSAWM, Eric, *Cómo Cambiar el Mundo*, Barcelona, Crítica, 2011, pp. 22-26.

¹¹⁰ ZAGAL ARREGUIN, Héctor y ROSS HERNÁNDEZ, José A., *Historia de las Doctrinas Filosóficas*, México, Santillana, 2012, p. 289.

A la filosofía analítica se le llama a veces filosofía de Oxford o filosofía lingüística, pero estas etiquetas son, cuando menos, confusas. Sea lo que sea, la filosofía analítica no es manifiestamente una escuela ni una doctrina ni un corpus de proposiciones aceptadas. Los filósofos analíticos tienden en buena medida, aunque no en exclusiva, a ser académicos angloparlantes que dirigen sus escritos, en su conjunto, a otros filósofos angloparlantes. Son los herederos intelectuales de Bertrand Russell, George E. Moore y Ludwig Wittgenstein, filósofos que conscientemente se dedicaron al “análisis filosófico” a principios del siglo XX¹¹¹. Dicho análisis, tal y como lo practicaban Russell y Moore, no se ocupa del lenguaje *per se*, sino de conceptos y proposiciones. En este alcance, si bien no agota el dominio de la filosofía, el análisis proporciona un instrumento vital para poner en claro la forma lógica de la realidad. Wittgenstein, en el *Tractatus Logico-Philosophicus* (1921), afirmaba, aunque indirectamente, que la estructura del lenguaje revela la estructura del mundo; toda sentencia significativa puede analizarse en constituyentes atómicos que designan los constituyentes finos de la realidad¹¹². En su obra posterior, Wittgenstein renunció a esta visión «tractariana», que pese a ello tuvo una influencia considerable en el Círculo de Viena en los años veinte y en el subsiguiente desarrollo del positivismo lógico en los años treinta y cuarenta. Rudolf Carnap y Alfred R. Ayer, dos exponentes del positivismo, mantuvieron que la tarea de la filosofía no era desentrañar elusivas verdades metafísicas, sino proporcionar análisis de los enunciados de la ciencia¹¹³.

En resume, en la filosofía analítica es, en general, un área de la filosofía en la que se cultiva sobre todo la lógica, la filosofía del lenguaje y la mente. El ideal de claridad y distinción caracteriza a este enfoque, cuyas premisas básicas son la concepción de que todos los problemas filosóficos son lingüísticos, cuestiones que se disuelven, aclarando enredos conceptuales. De una u otra manera, los filósofos analíticos imitan, con sus métodos y frases, al lenguaje de la ciencia¹¹⁴.

¹¹¹ AUDI, Robert (ed.), *Diccionario Akal de Filosofía*, Madrid, Akal, 2004, p. 363.

¹¹² ALARCÓN CABRERA, Carlos, “Filosofía analítica y lógica jurídica”, *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, núm. 43, Navarra, Universidad de Navarra, 2000, p. 285-286.

¹¹³ AUDI, Robert (ed.), *op. cit.*, p. 363.

¹¹⁴ ZAGAL ARREGUIN, Héctor y ROSS HERNÁNDEZ, José A., *op. cit.*, p. 289.

La primera vertiente de la corriente filosófica analítica del Derecho la tenemos en el análisis conceptual. Este busca la verdad de ciertos aspectos de nuestro mundo por medio del examen de la estructura lógica, o mediante los atributos necesarios y esenciales, tanto de las ideas como de las categorías. Gran parte de la jurisprudencia analítica moderna pretende analizar conceptos, tal y como se puede apreciar en algunos de los títulos más familiares del género, como son *El Concepto de Derecho* (1961) de H. L. A. Hart, o con *El Concepto de Sistema Jurídico* (1970) de Joseph Raz, en particular los conceptos de “derecho” y “los derechos”. Las proposiciones de carácter conceptual pueden ser contrastadas con proposiciones empíricas y causales, las cuales en principio se pueden comprobar a través de experimentos controlados, una observación cuidadosa o por medio del análisis de eventos pasados. La relación entre las proposiciones conceptuales sobre, entre otros casos, la naturaleza del Derecho o la naturaleza de los derechos y los datos empíricos es mucho más complicada¹¹⁵.

En el ámbito filosófico, la inclinación hacia el naturalismo, liderada por el trabajo de W. V. O. Quine y otros, ha socavado el análisis conceptual dentro de sus principales corrientes. Muchos sostienen que ya no tiene sentido analizar los complicados significados de un término en lugar de investigar el mundo —p. ej., que “el concepto de conocimiento” debería ser investigado en relación con la manera en que las personas, de hecho, formulan creencias y actúan con base en ellas—. Algunos autores han argumentado que la filosofía jurídica, de igual modo, debería abandonar el análisis conceptual, aunque éste sigue siendo central para la jurisprudencia analítica¹¹⁶.

Para el jurista italiano Riccardo Guastini, la filosofía analítica del Derecho (especialmente, la filosofía del Derecho positivo) descansa sobre dos presupuestos, uno meta-filosófico y otro ontológico-jurídico¹¹⁷:

- El presupuesto meta-filosófico —común a la filosofía contemporánea de orientación empirista, y expresado por el “primer” Wittgenstein— es que la filosofía no es una peculiar forma de co-

¹¹⁵ RODRÍGUEZ PANIAGUA, José M., “La filosofía lingüística y la teoría del derecho analítico: H. L. A. Hart”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Vol. VIII, Madrid, 1990, pp. 482-484.

¹¹⁶ BIX, Brian H., *op. cit.*, pp. 5-6.

¹¹⁷ GUASTINI, Riccardo, *Las dos caras de la filosofía analítica del derecho positivo*, en <https://bit.ly/2OzQd13>

nocimiento del mundo, con su propio método u objeto, sino es, simplemente, el análisis lógico del lenguaje. En esto, el propósito de la filosofía no sería el conocimiento del mundo, pues conocer el mundo es tarea de las diferentes ciencias, sino más bien el de la clarificación lógica de los pensamientos.

- El presupuesto ontológico-jurídico, referido con gran claridad por Norberto Bobbio, en un ensayo sobre la ciencia jurídica y el análisis del lenguaje, de 1950. Según Bobbio, el Derecho –por lo menos, en una primera aproximación– es nada más que un lenguaje o (mejor dicho) un discurso: el discurso del “legislador” (en sentido material), o sea el conjunto de enunciados formulados por las autoridades normativas. Las normas jurídicas son, simplemente, entidades de lenguaje.

Otra vertiente la podemos encontrar en la llamada jurisprudencia analítica, enfoque de la filosofía del Derecho que enfatiza el análisis de los conceptos (“sistema jurídico”, “Derecho”, “propiedad”), a través de la filosofía analítica. La jurisprudencia analítica puede ser contrastada tanto con aquellas formas de teorías del Derecho más orientadas a reformar o criticar el Derecho (así, la teoría feminista del Derecho, el realismo jurídico norteamericano y la teoría crítica desde el punto de vista racial) como con aquellos enfoques que, a la vez que son menos normativos, están fuertemente fundados en áreas particulares de las ciencias sociales o las humanidades (como es el caso de la jurisprudencia histórica, la jurisprudencia sociológica y el análisis económico del Derecho).

En particular, la filosofía analítica del Derecho es una búsqueda de los significados de términos y conceptos. Los iusfilósofos analíticos tienden a creer que el análisis conceptual es un enfoque defendible para comprender partes de nuestro mundo. Las proposiciones analíticas son contrastadas respecto de las proposiciones que son esencialmente normativas, con aquellas que son fundamentalmente empíricas; esto es, el cómo suceden de hecho las cosas, de una manera contingente, pudieron haber ocurrido de otra manera. Como lo sostuvo W. V. O. Quine, en su *Two Dogmas of Empiricism*, de 1951, es altamente discutible decir que las proposiciones analíticas y las empíricas están claramente divididas (y la línea divisoria entre las proposiciones descriptivas y las evaluativas también es problemática en ocasiones).

La filosofía analítica es comúnmente contrastada con la “filosofía continental” (aunque actualmente muchos piensan que tal distinción es exagerada o inútil). En este contraste, la filosofía analítica se refiere a los enfoques filosóficos que enfatizan la lógica, entendida en un sentido amplio, y las exploraciones de la superficie o lógica oculta de los términos y conceptos, y está asociado en primera instancia con filósofos de la lengua inglesa, como Bertrand Russell y G. E. Moore. La filosofía continental es frecuentemente asociada a los grandes sistemas teóricos franceses y alemanes (como es el caso de G. W. F. Hegel y Maurice Merleau-Ponty)¹¹⁸.

4.2.2.2. Semiótica jurídica

Este apartado puede considerarse, en alguna medida, como una extensión de la filosofía analítica, porque las ideas que se manejan en ambos, tienen como raíz común a la filosofía de lenguaje -que comprende al positivismo lógico- y, como objetivo primordial, el análisis del significado en el lenguaje jurídico.

Sin embargo, puede encontrarse alguna diferencia: la filosofía analítica es una corriente epistemológica -y gnoscológica- que tuvo su nacimiento, apogeo y decadencia histórica, como cualquier otra corriente filosófica, y de la que, la aplicación actual de algunos de sus postulados o principios en el conocimiento del fenómeno jurídico determina una postura singular en el tratamiento de los problemas jurídicos.

El vocablo, semiótica viene de la raíz griega *seme*, como en *semitikos*, intérprete de signos. La semiótica, como disciplina, es el análisis de los signos o el estudio del funcionamiento de sistema de signos¹¹⁹.

Por diversas razones, se ha dado una diferenciación entre semiótica y semiología. La semiología fue definida por el lingüista francés Georges Mounin como la ciencia general de todos los sistemas de comunicación mediante señales, signos o símbolos¹²⁰; para el intelectual italiano Umberto Eco, por su parte, la semiótica se vincula con el estudio unificado de cualquier clase de fenómeno de significación y/o comunicación¹²¹.

¹¹⁸ BIX, Brian H., *op. cit.*, p. 146.

¹¹⁹ COBLEY, Paul y IANSZ, Litza, *Semiótica para Principiantes*, Buenos Aires, Logseller, 2001, p. 4.

¹²⁰ MOUNIN, Georges, *Introducción a la Semiología*, Anagrama, Barcelona, 1972.

¹²¹ ECO, Umberto, *Tratado de Semiótica General*, 4a. ed., Lumel, Barcelona, 1988, p. 23.

Entre los precursores de la semiótica encontramos a Platón, en cuyo texto dialógico *Crátilo* reflexiona sobre el origen del lenguaje, y Aristóteles, quien lo analiza los sustantivos en su *Poética* y *Sobre la Interpretación*¹²².

Históricamente debemos situar los orígenes de la semiótica o teoría general de los signos, en la tercera etapa del desarrollo de la doctrina neopositiva, es decir, en el Círculo de Viena representado por Philipp Frank, Hans Hahn, Otto Neurath, Mortiz Shilck y Rudolf Carnap, herederos de la filosofía analítica de George E. Moore y Ludwig Wittgenstein. Entre los puntos principales de su programa, el Círculo se pronunció en contra de todas las desviaciones de la filosofía, propugnando por una filosofía científica, con un lenguaje científico que evitara todo pseudo-problema y por una nueva lógica cuyos antecedentes inmediatos precisa buscar en la lógica matemática y en las doctrinas de Bertrand Russell y Alfred North Whitehead. Para el positivismo lógico, la filosofía es una actividad tendiente a determinar el sentido de los enunciados, a la luz de un análisis lingüístico verificable empíricamente; es decir, el estudio de la estructura del lenguaje científico es la tarea de la filosofía que se convierte en la meta ciencia; y dado que la ciencia se reduce a su lenguaje, la filosofía se transforma, desde tal punto, de vista, en el análisis lógico del lenguaje científico¹²³.

En la teoría literaria contemporánea, la semiótica es un estudio general de los sistemas de signos y símbolos, basados generalmente en los trabajos de Charles S. Peirce, Ferdinand de Saussure y A. J. Greimas; las teorías semióticas tienden a derivar de, o estar conectadas con, los enfoques estructuralistas sobre el entendimiento de las culturas y las prácticas. Se han hecho esfuerzos esporádicos por aplicar la semiótica al derecho; sus más prominentes defensores son Roberta Kvelson y Bernard S. Jackson¹²⁴.

El objeto de la semiótica son los signos, como elementos de suma importancia para el método científico, producto de tres razones principales¹²⁵:

¹²² COBLEY, Paul y IANSZ, Litza, *op. cit.*, p. 4.

¹²³ TORRES CHARLES, Sergio, “¿Qué es la semiótica jurídica?”, *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, núm. 4, México, UNAM, 1986, pp. 129-130.

¹²⁴ BIX, Brian H., *op. cit.*, p. 250.

¹²⁵ TORRES CHARLES, Sergio, *op. cit.*, p. 130.

- La ciencia, en cuanto obra social, ya que requiere de la comunicación del conocimiento, mediante las palabras habladas y escritas, mismas que son, por ende, no tan sólo un accesorio sino un medio esencial de la misma;
- Las palabras, ya que facilitan el trabajo de los científicos por ser algo material susceptible de aprehensión; y,
- La mente, en cuanto perfila ciertas ideas, más precisas si es que se comunican a través de las palabras, en tanto medio de expresión que determina, en un momento dado, si la investigación se lleva por buen camino.

Es en Alemania, después de la Segunda Guerra Mundial, cuando surge un creciente interés por parte de los juristas más eminentes, que les lleva a descubrir el sentido del Derecho mediante el lenguaje jurídico, estableciendo el acento en la relación directa que se da en las discusiones especializadas, tanto en la ciencia y la filosofía, respecto del lenguaje. Aunque este tópico ya había sido tomado mucho antes¹²⁶, será la obra de Ernst Forsthoff, *Recht und Sprache*, de 1940, cuando se dará una nueva directriz respecto del tratamiento de las relaciones entre derecho y lenguaje con miras a construir una correcta hermenéutica jurídica¹²⁷.

En 1971 aparece *Lógica de las Normas*, en cuyos textos el danés Alf Ross desarrolla su teoría acerca de la estructura y la comprensión de las normas en el contexto del discurso jurídico¹²⁸; con ello, las investigaciones y análisis concretos sobre la semiótica del lenguaje del Derecho, señalaba en 1973 Georges Kalinowski, “*están en las primeras etapas de su formación*”. Un año después de estas afirmaciones los *Archives de Philosophie du Droit* dedican el tomo XIX al tema monográfico “La langage du droit” donde colaboran, entre otros, Michel Villey, M.Z. Ziembinski, K. Stoyanovitch y el propio Kalinowski¹²⁹.

¹²⁶ Así, en la obra de GUNTHER, *Recht und Sprache*, de 1898; o en la de Arthur BAUMBARTEN (1884-1976), *Wissenschaft und Sprache*, de 1926.

¹²⁷ LÓPEZ, Ángeles, “Cuestiones preliminares para una semiótica jurídica”, *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, núm. 26, Navarra, Universidad de Navarra, 1992, p. 217-218.

¹²⁸ SEGURA VÁSQUEZ, Juan Enrique, “La semiótica como teoría del discurso jurídico”, *Pueblo Continente. Revista Oficial de la Universidad Privada Antenor Orrego*, Vol. 18, núm. 2, Piura, Universidad Privada Antenor Orrego, 2007, p. 270.

¹²⁹ LÓPEZ, Ángeles, *op. cit.*, p. 218.

Para Kalinowski, aunque es errónea la reducción de la filosofía al análisis lógico del lenguaje científico, este análisis tiene, por sí mismo, gran importancia y utilidad. Haciendo abstracción de las críticas, señala que se debe agradecer a los neopositivistas la creación de la semiótica¹³⁰. Dado que el lenguaje es un conjunto de signos sensibles y que corresponde a nuestra naturaleza humana a partir de lo que podemos captar por los sentidos -lo sensible- hacia lo inteligible, la semiótica del Derecho, que es efectivamente el análisis lógico del lenguaje del Derecho, constituye una excelente preparación para el conocimiento generalizado del Derecho¹³¹. En este sentido, Félix Oppenheim demostró que el lenguaje del Derecho puede ser objeto de estudios semióticos¹³².

El Derecho, en el campo de la semiótica, se expresa en un conjunto de proposiciones que, eludiendo al exclusionismo, propende al inclusionismo epistemológico de la semiótica, de tal forma que implica un metalenguaje en donde se expresan las normas jurídicas que regulan la relación jurídica. Se hace necesario indicar que el Derecho, en cuanto ciencia y (a su vez) tecnología, en el marco de las ciencias sociales o humanas, está inserto en el contexto de la problemática de la significación de su corpus discursivo, de forma que la enunciación es una instancia lingüística y semiótica en que el enunciado es reconocible en el discurso jurídico como un acto de enunciación que tiene tres actantes: el de “hacer” (H) que se identifica con el acto de enunciación, el del sujeto del “hacer” (S) o sujeto enunciante o enunciador, el del “objeto del hacer” (O) que es el enunciado y el del sujeto a quien se dirige el enunciado (S) o beneficiario, con la atingencia que el enunciador y enunciatario no aparecen directamente como tales en el contexto del enunciado¹³³.

La semiótica jurídica se interesa por el análisis del lenguaje jurídico extiende sus fronteras hacia la interrelación con otras ciencias jurídicas: historia del Derecho, etnología jurídica, sociología jurídica, psicología jurídica, antropología jurídica, lógica jurídica, dogmática jurídica, etc.¹³⁴.

¹³⁰ WITKER, Jorge y LARIOS, Rogelio, *Metodología Jurídica*, op. cit., pp. 166-167.

¹³¹ KALINOWSKI, Georges, *Introducción a la Lógica Jurídica*, Buenos Aires, EUDEBA, 1973, pp. 36-37.

¹³² WITKER, Jorge y LARIOS, Rogelio, op. cit., p. 167.

¹³³ SEGURA VÁSQUEZ, Juan Enrique, op. cit., p. 270.

¹³⁴ *Ídem*.

4.2.2.3. Teoría de sistemas

En el ámbito jurídico, esta teoría fue desarrollada por Niklas Luhmann, que establece la diferencia como categoría ontológica básica, que da identidad al sistema social, actuando con independencia de su entorno, bajo el signo de la complejidad o subcomplejidad.

Así, la complejidad, como totalidad, debe ser reducida a una medida en la que las vivencias y acciones humanas puedan tener orientación o destino.

La reducción de complejidad tiene lugar, fundamentalmente, mediante la función de sentidos y sistema, esto es, mediante la separación del interior de lo que el autor llama “subsistemas” (económico, político, social, etc.) con el exterior.

4.2.3. Otros

4.2.3.1. Teorías críticas del Derecho

Existen diversas formas de entender, desde la filosofía moderna, a la palabra crítica¹³⁵:

- Para el filósofo alemán Immanuel Kant, se entiende la crítica como “idea de una operación analítica del pensamiento”. En su *Crítica de la Razón Pura*, muestra su opinión acerca de cómo se formulan los juicios científicos.
- Para Karl Marx, la idea de “crítica” aparece en el marxismo como el discurso revelador y desmitificador de las ideologías ocultas que proyectan los fenómenos de forma distorsionada. En efecto, la crítica marxista se rebeló contra la forma en que los economistas clásicos describieron las leyes del capital.
- Para el educador brasileiro Paulo Freire, el conocimiento crítico sería aquel relacionado con cierto tipo de acción que resulta en la transformación de la realidad.
- El jurista brasileiro Antonio Carlos Wolkmer indica que se concibe a la teoría crítica como

el instrumental pedagógico operante (teórico-práctico) que permite a los sujetos inertes y mitificados una toma de conciencia, desencadenando

¹³⁵ MELGARITO ROCHA, Alma G., *op. cit.*, pp. 4-5.

*procesos que conducen a la formación de agentes sociales poseedores de una concepción del mundo racionalizada, antidogmática, participativa y transformadora. Se trata de una propuesta que parte de la experiencia social concreta, de la práctica cotidiana insurgente, de los conflictos y de las interacciones sociales, y de las necesidades humanas esenciales*¹³⁶.

- El pensador alemán Karl Popper indicó que la crítica es entendida como la falsificación de una hipótesis dada a través de datos empíricos que demuestren lo contrario, o bien, debida al descubrimiento de errores lógicos en el proceso deductivo.

Como el resto de las corrientes de pensamiento, sobre todo jurídico, existen diversas vertientes que han correspondido a la Teoría Crítica del Derecho.

El movimiento de crítica del Derecho tuvo como elemento basal a finales de la década de los sesenta del siglo pasado, mediante la influencia de juristas europeos de ideas provenientes del economicismo jurídico soviético -como Piotr Stucka y Evgeny Pashukanis-, de la lectura gramsciana de la teoría marxista hecha por el grupo del francés Louis Althusser, de la teoría de la Escuela de Frankfurt y de las tesis arqueológicas del también francés Michel Foucault respecto del poder¹³⁷. Se trataba de una serie de investigaciones, en el campo ya propio del Derecho, cuyo objeto era el desmitificar a la legalidad dogmática tradicional (propia del iuspositivismo formalista), agregando el análisis sociopolítico del fenómeno jurídico¹³⁸. Estamos ante discursos que provienen de diferentes perspectivas epistemológicas, con la intención de diagnosticar los efectos sociales del legado tradicional del Derecho en sus características normativas y centralizadoras. El eje central era revelar cómo, tras la enseñanza de las doctrinas idealistas formalistas,

¹³⁶ WOLKMER, Antonio Carlos, *Introducción al Pensamiento Jurídico Crítico*, Bogotá, ILSA, 2003, p. 28.

¹³⁷ La base del pensamiento foucaultiano se centra en el biopoder, que es el poder propio de la sociedad contemporánea, que “*se caracteriza por la gestión de la vida y de las poblaciones utilizando ya sea la medicina ya sea la economía. Funciona mediante técnicas biopolíticas que varían dependiendo de su carácter y de su período histórico*”; FORTANET FERNÁNDEZ, Joaquín, *Foucault. No hay más de verdad que la establece el poder*, Barcelona, RBA, 2015, p. 151.

Respecto del propio FOUCAULT, su texto más importante para consultar es *Microfísica del Poder* (edición en español, Madrid, Ediciones de la Piqueta, 1980).

¹³⁸ MELGARITO ROCHA, Alma G., *op. cit.*, p. 5.

se encontraban encubiertas y reforzadas las funciones del Estado y del Derecho en la reproducción de las sociedades capitalistas¹³⁹.

Para Wolkmer¹⁴⁰, es posible intentar una clasificación de la crítica jurídica en cuatro grandes ejes epistemológicos: los estadounidenses *Critical Legal Studies* (CLS); la francesa *Association Critique du Droit*; el Uso alternativo del Derecho; y los Enfoques epistemológicos de Crítica Jurídica. Además, existen movimientos de crítica jurídica con su propio espacio de reconocimiento, algunos de los cuales están referidos en estas páginas, como: el modelo científico de la interdisciplinariedad (Bélgica); la Revisión crítica de inspiración frankfurtiana (Alemania); la Sociología de las emancipaciones (Portugal); la crítica jurídica de inspiración neomarxista (España, México, Chile, Colombia, Brasil); la Crítica psicoanalítica del Derecho; el pensamiento anarquista; y, la Semiología Jurídica¹⁴¹. También podemos encontrar, en las últimas tres décadas, una serie de teorías jurídicas novedosas, las que se pueden clasificar de la siguiente forma¹⁴²:

- Derecho alternativo: que se puede, a su vez, subdividir en
 - Positivismo de combate: enfoque que ha emprendido una lucha por la efectividad del derecho objetivo vigente a favor de los marginados;
 - Uso alternativo del Derecho: en el que los juristas de este enfoque han emprendido la defensa de un ejercicio hermenéutico en la práctica legal a favor de los marginados.
 - Derecho alternativo en sentido estricto: enfoque que ha emprendido la defensa del llamado “Pluralismo jurídico”, es decir, de los sistemas de derecho que coexisten territorialmente con los sistemas constitucionales modernos, por cuanto son vistos como resultados de procesos que tienen la posibilidad de potenciar la desmitificación de la legalidad fetichizada en la figura del Estado.
- Crítica Jurídica, que, aunque igualmente multiforme, su eje esencial gira en torno a dos posiciones epistemológicas, sobre todo

¹³⁹ WOLKMER, Antonio Carlos, *op. cit.*, p. 51.

¹⁴⁰ *Ídem*.

¹⁴¹ MELGARITO ROCHA, Alma G., *op. cit.*, p. 9.

¹⁴² *Ibidem*, pp. 7-8.

en hasta la primera mitad de la década de los ochenta del siglo pasado:

- La de los teóricos críticos que defienden la posibilidad y construcción de una “teoría crítica del derecho” a partir de determinados presupuestos teóricos. Entre los autores de esta posición encontramos al francés Michel Miaille y al argentino Ricardo Entelman.
- Los teóricos críticos que no aceptan hablar de la especificidad de una “teoría crítica” del Derecho, y la conciben más como un discurso de cambio o como un movimiento fragmentado. Entre quienes defienden esta posición encontramos a los brasileros Leonel S. Rocha y Luis Warat.

Quizá la vertiente de la Teoría Crítica del Derecho más importante sea la estadounidense *Critical Legal Studies* (Estudios Críticos del Derecho, CLS). Su base es cierto eclecticismo que cubre perspectivas teóricas atravesadas por el realismo jurídico, por el marxismo frankfurtiano, por el estructuralismo francés y por el análisis interdisciplinario; se trata de un movimiento que, a través de la investigación histórica, filosófica y sociológica, pretende desmitificar la teoría jurídica liberal estadounidense, dando razón de hasta qué punto se evidencia su grado de compromiso con las relaciones de poder y con las ideologías dominantes, y apuntando incluso a la falacia de la neutralidad y de la complicidad de clase de los jueces en la práctica judicial¹⁴³. Muy apartado de la rica tradición social revolucionaria centenaria europea, el escenario político estadounidense fue siempre muy limitado en términos de experiencias sociales radicales y de participación de las masas trabajadoras; en dicho contexto, aún caracterizado por la reacción al liberalismo económico y por el fuerte influjo de los activismos políticos de los años sesenta (los derechos civiles, los movimientos feministas y los lobbies contra la guerra de Vietnam), es donde surgen los CLS.

Fundado en 1977 por profesores y especialistas de diversas áreas de las ciencias humanas, muchos de ellos provenientes del movimiento de *Law and Society* (Derecho y Sociedad), no pasaría demasiado para que los CLS, con su postura polémica, radical e intelectualizada, obtuvieran un cierto prestigio, no sólo en el medio de las instituciones de enseñanza del Derecho, sino también en el ámbito de las activida-

¹⁴³ WOLKMER, Antonio Carlos, *op. cit.*, p. 46.

des científicas y académicas. Algunos de los exponentes intelectuales de esta corriente son Morton Horwitz desde la Historia del Derecho, Duncan Kennedy desde la filosofía y metodología jurídicas, Mark Tushnet desde el constitucionalismo, Karl Klare desde la teoría jurídica, Robert Gordon también desde la Historia del Derecho y el Derecho laboral, Peter Gabel desde la teoría política, Mark Kelman desde la metodología jurídica, Richard Abel desde los derechos humanos, Thomas Heller desde la teoría política, David Trubek desde el Derecho económico, William Simon también desde el constitucionalismo y el brasileiro Roberto Mangabeira Unger desde la filosofía del Derecho, quienes ocupan un lugar altamente significativo en la doctrina, desarrollo y proyección de los CLS¹⁴⁴.

Una segunda vertiente a analizar de la Teoría Crítica la tenemos en la francesa *Association Critique du Droit* (Asociación Crítica del Derecho, ACD). Este es un movimiento de investigación crítica, formado por juristas y profesores de las facultades francesas de derecho (Lyon, Montpellier, Saint-Etienne, Grenoble), propone una teoría jurídica opuesta al individualismo y al positivismo formalistas, aproximándose a la ciencia política y privilegiando el materialismo histórico como referencial metodológico. Diversos factores preparan el clima para la creación de esta asociación crítica en 1978, entre los cuales se destacan: el predominio, en los años sesenta, de la escuela marxista althusseriana; el redescubrimiento de la obra del marxista italiano Antonio Gramsci; la aparición de los primeros trabajos de Foucault; la repercusión de los acontecimientos de mayo de 1968; el impacto de la constitución de un sindicato de magistrados y de abogados, y la organización de seminarios críticos y de reflexiones epistemológicas en las facultades de Derecho¹⁴⁵. Cuando surgió la *Association Critique du Droit* (ACD), se editó un manifiesto que estructuró y definió las bases teóricas de todo el movimiento. De igual modo se lanzó un proyecto de una colección de obras de carácter pedagógico, así como una revista de

¹⁴⁴ ROBLES VÁZQUEZ, Jorge y TOVAR SILVA, Yvonne G., *Teoría Jurídica Crítica Norteamericana. Una introducción a los Critical Legal Studies*, México, UNAM, 2016, pp. 2-24.

¹⁴⁵ MIAILLE, Michel, et. al., *La Crítica Jurídica en Francia*, México, Coyoacán, 2008, pp. 39-68.

divulgación crítica, *Procès*, que refleja el pensamiento político-jurídico del grupo¹⁴⁶.

Respecto a la evolución de las posiciones epistemológicas de la *Critique du Droit*, podemos distinguir dos periodos: inicialmente, de manera bastante atrevida y en contraposición a la ciencia jurídica tradicional, mediante la reconstrucción de una teoría general del Derecho, basada en el materialismo histórico-dialéctico. Posteriormente, de manera más cautelosa y alejándose del proyecto inicial, se intenta sistematizar una investigación concreta sobre los mecanismos de organización y reglamentación de la práctica jurídica (la tecnología de los modos de acción normativa) en el ámbito de la sociedad burguesa¹⁴⁷.

En relación a otras corrientes de la crítica jurídica, la *Critique du Droit* no se encuentra monopolizada exclusivamente por filósofos del Derecho, sino también por juristas y politólogos preocupados por elaborar un nuevo discurso científico “desfetichizado”, repercutiendo en sus respectivas áreas de investigación, tales como el Derecho público y la filosofía político-jurídica: Michel Mialle, Maurice Bourjol, Jacques Michel y Philippe Dujardin; el Derecho civil, Géraud de Geouffre de la Pradelle; el Derecho laboral, Antoine Jeammaud, A. ROUDIL, Gérard Lyon-Caen; el Derecho mercantil, Michel Jeantin; y, el Derecho administrativo, con Jean-Jacques Gleizal¹⁴⁸.

Uno de los movimientos actuales críticos actuales los tenemos en el movimiento del Uso Alternativo del Derecho, con vida en Italia y España. Allí encontramos a juristas de renombre, integrados por profesores universitarios, abogados de libre ejercicio y, principalmente, magistrados progresistas (estos últimos, agrupados en la italiana Magistratura Democrática). Para estos autores, la finalidad es superar el dilema entre, por un lado, ciencia y práctica jurídica tradicional (porque “*el respeto a la ortodoxia jurídica parece exigir el precio de la fidelidad a las opciones políticas del legislador*”) y, por el otro, el escepticismo hacia la vía jurídica propio del marxismo “economicista” (ya que entonces “*al jurista comprometido no le quedaría más que tirar la toga y entrar en la lucha*”¹⁴⁹). La superación del dilema pasa por una nueva forma,

¹⁴⁶ PÉREZ LLEDO, Juan A., “Teorías críticas del Derecho”, *op. cit.*, p. 91.

¹⁴⁷ WOLKMER, Antonio Carlos, *op. cit.*, p. 49.

¹⁴⁸ *Ibidem*, pp. 50-51.

¹⁴⁹ BARCELLONA, Pietro, “Uso alternativo del derecho y legitimación de las ‘praxis emancipatorias’”, 1976, cit. en PÉREZ LLEDO, Juan A., “Teorías críticas del Derecho”, *op. cit.*, p. 89.

menos rígida, “de entender y definir, respectivamente, la “ortodoxia jurídica” y la “práctica política”, y más precisamente la “especificidad” del Derecho, por una parte, y la primacía de lo económico y de lo político, por otra”¹⁵⁰.

El movimiento Uso Alternativo del Derecho fue representado, desde los años '70 del siglo pasado, por numerosos magistrados integrantes de la Magistratura Democrática¹⁵¹. Además de editar dos importantes revistas (*Magistratura Democrática* y *Quale Giustizia*), captó el interés de algunos de los más importantes juristas críticos antidogmáticos de Italia, como Pietro Barcellona, Giuseppe Cotturri, Luigi Ferrajoli, Salvatore Senese y Vincenzo Accattatis. En España también ha tenido eco, con renombrados juristas, entre los que encontramos a Nicolás López Calera, Modesto Saavedra López y Perfecto Andrés Ibáñez; de la misma forma, en Alemania, como Ulrich Mückenberger y Dieter Hart.

Una cuarta variante dentro de los estudios críticos la observamos en la Crítica Jurídica Latinoamericana. Diversa, podemos distinguir tendencias dentro de esta variante: la corriente “Derecho alternativo”, similar a la italiana, si bien con tintes marxistas menos acentuados, tuvo cierta repercusión en España y en algunos sectores latinoamericanos, especialmente a través del Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (Bogotá) y el Instituto de Derecho Alternativo de Floriópolis (en Santa Catarina, Brasil)¹⁵²:

Por otro lado, las escuelas de la “Crítica jurídica” (en México y Brasil) y la “Teoría Crítica del Derecho” (en Chile y Argentina), influenciadas, evidentemente, por la francesa *Critique du Droit*,

Diversas voces han sido parte de esta crítica latinoamericana del Derecho. Entre esas voces, tenemos a diversas voces: con Carlos Cárcova, Ricardo Entelman, Alicia Ruiz y Enrique Marí, entre otros, en Argentina; con Jesús Antonio de la Torre Rangel, Arturo Berumen Campos y Óscar CORREAS (1943)¹⁵³ en México; Eduardo Novoa Monreal en

¹⁵⁰ PÉREZ LLEDO, Juan A., “Teorías críticas del Derecho”, op. cit., pp. 89-90.

¹⁵¹ Corriente disidente al interior de la *Associazione Nazionale Magistrati*.

¹⁵² PÉREZ LLEDO, Juan A., “Teorías críticas del Derecho”, op. cit., p. 94.

¹⁵³ Entre otros textos, su *Introducción a la Crítica del Derecho Moderno*, México, Fontamara, 2006; y, *El Otro Kelsen*, 1a. reimp., México, Coyoacán/UNAM, 2006. Es destacable la *Revista Crítica Jurídica*, que actualmente edita el Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM, en esta segunda época, y que data de finales de la década del '70, dando espacio a diversos especialistas con una voz disidente y alterna para los estudios jurídicos mexicanos y latinoamericanos.

Chile¹⁵⁴; Luis Alberto Warat, Luis Fernando Coelho, y Antonio Carlos Wolkmer, en Brasil.

4.2.3.2. Constructivismo jurídico

De la misma forma que otras corrientes metodológico-jurídicas, el constructivismo jurídico tiene su fuente en otras áreas de las ciencias sociales.

Para el caso de la corriente constructivista, su origen deviene del área pedagógica, del mismo nombre, surgida entre fines del siglo XIX e inicios del XX.

Mirándolo estrictamente desde la perspectiva teórica de la psicología del aprendizaje humano, el constructivismo se puede definir como “*un enfoque, método, paradigma, que considera al alumno como la parte activa de la construcción de conocimientos, habilidades y actitudes, centrándose en el cómo aprende el alumno, y no en el cómo enseña el profesor, propone reformas pedagógicas*”¹⁵⁵.

Así, se diferencia de la forma tradicional de la escuela, que se basa en la clásica exposición magistral de un maestro, y en la que el alumno pasa a tener una labor básicamente pasiva, en donde asimila completamente lo referido por el profesor, sin posibilidad de cuestionar más allá de los márgenes que les dicta el educador.

Algunos ven su origen en el clásico texto *Emilio* de Jean-Jacques Rousseau, de 1762, en donde refiere que “*el alumno es el artesano de su propia construcción*”.

Por su parte, Paulo Freire en su *Pedagogía de la Autonomía*, de 1996, indicó que enseñar no es transferir conocimiento, por ello la enseñanza debe cumplir con las siguientes exigencias: respetar la autonomía de ser el educando, aprehender la realidad, curiosidad, rigor metódico, investigación, respeto a los saberes de los educandos, estética y ética, rechazo de cualquier forma de discriminación, reflexión crítica sobre la práctica, la aceptación de la identidad cultural, disponibilidad para el diálogo, querer bien a los educandos¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Destacado es su texto *El Derecho como Obstáculo al Cambio Social*, Siglo XXI Editores, varias ediciones desde 1975.

¹⁵⁵ GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge A., “El constructivismo pedagógico aplicado al derecho: hacia una formación dinámica”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 45, núm. 133 (enero-abril), México, UNAM, 2012, p. 126.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 126.

En el ámbito pedagógico general, existen las teorías de la epistemología genética de Jean Piaget, el aprendizaje cultural de Lev Vigotsky, el aprendizaje significativo de David Ausubel y la ciencia cognitiva¹⁵⁷. Para todas estas corrientes, el alumno se asume como un ente activo, como un actor de su aprendizaje; en ello, se refuerzan su curiosidad, interés, disciplina, intelecto e intuiciones, para descubrir sus conocimientos, habilidades y actitudes que le son importantes, funcionales, significativos.

Igualmente, se refuerza la necesidad de contextualizar socioculturalmente al estudiante, pues será dicho entorno el que ayude (o no) a la autorealización pedagógica del educando.

A partir de eso, encontramos al constructivismo jurídico, definido por Enrique Cáceres Nieto como

el enfoque teórico cuyo objeto de estudio son el discurso jurídico positivo y sus metadisursos, en tanto parte de los insumos cognitivos que contribuyen a la generación de los estados psicológicos (incluyendo estados mentales y esquemas representacionales) determinantes de la forma en que se percibe jurídicamente la vida social y con base en los cuales tienen lugar las conductas jurídicas mediante cuya realización los agentes jurídicos inciden en los procesos de construcción de la realidad social. Estas conductas pueden ser fundamentalmente de dos clases: acciones comunicativas (por ejemplo dictar una sentencia) o alterando el mundo físico (por ejemplo privando de la vida a otro sujeto)¹⁵⁸.

El propio Cáceres Nieto establece una serie de caracterizaciones del constructivismo jurídico respecto al normativismo jurídico¹⁵⁹:

- El normativismo estudia estrictamente a las normas en cuanto a proposiciones lingüísticas, el constructivismo jurídico las asume como insumos cognitivos;
- El normativismo caracteriza a la ciencia jurídica en tanto metadiscurso, mientras que el constructivismo jurídico la considera dentro de la misma categoría conceptual que al Derecho positivo, como insumo cognitivo jurídico.

¹⁵⁷ Op. cit., p. 127.

¹⁵⁸ CÁCERES NIETO, Enrique, *Psicología y constructivismo jurídico: apuntes para una transición paradigmática interdisciplinaria*, México, UNAM, 2000, p. 8.

¹⁵⁹ CÁCERES NIETO, Enrique, *op. cit.*, pp. 8-9.

- Finalmente, el normativismo, a partir de su premisa de pureza metódica, concibe a las normas como entidades autónomas y abstractas, mientras que el constructivismo jurídico las pone en contacto con los sujetos cognoscentes, la forma en que las procesan, los estados psicológicos que emergen a partir de dicho procesamiento, las conductas sociales que tienen lugar con base en esos estados y la forma en que estas conductas se transforman en interacción social que influya en la generación de estados de cosas mediante los cuales se modifica la realidad social¹⁶⁰.

Cáceres Nieto identifica algunos problemas que se generarían en el constructivismo, por su naturaleza diversa al normativismo¹⁶¹:

- La descripción de los procesos psicológicos involucrados en la discriminación de ciertos insumos cognitivos como relevantes para resolver un conflicto jurídico. Así, el cómo determinan los enunciados de Derecho positivo y dogmática jurídica a partir de los cuales se realizan reconstrucciones normativas utilizadas para fundamentar una decisión judicial, o cuáles son las variables que inciden en la construcción de argumentos cuya fundamentación no se construye con base en material identificable como parte del sistema normativo, sino con base en otros insumos (sean principios éticos, políticas, definiciones, etcétera).
- La determinación del sistema de motivaciones a partir del cual se configura el conocimiento heurístico, propio de cierta comunidad de profesionales (por ejemplo, de los jueces de tal territorio).
- La descripción y predicción de la forma en que dicho conocimiento heurístico es activado cuando en el sujeto cognoscente ocurre el input de datos provenientes del exterior (demanda, contestación de demanda, prueba testimonial, pruebas periciales, etcétera), la manera en que sistematiza cognitivamente dichos datos integrándolos a estructuras cognitivas preexistentes y el tipo de output comportamentales (incluyendo a la conducta verbal) que tendrán lugar a partir de las mismas.
- La determinación de las condiciones psicológicas cognitivas y/o motivacionales de cuya presencia o ausencia depende que los su-

¹⁶⁰ *Ibidem.*, p. 9.

¹⁶¹ *Op. cit.*, p. 9.

jetos de derecho se comporten o no según lo prescrito por las normas jurídicas conducentes (realización de conductas jurídicas).

- La determinación de los factores cognitivos y/o motivacionales que están en la base de la institucionalización de conductas contrarias a las prescritas por las normas jurídicas aplicables (por ejemplo, la corrupción administrativa).

4.2.3.3. El Derecho como Argumentación

Durante el último medio siglo, ha surgido una corriente jurídica cuya finalidad es entregar un nuevo marco conceptual en la hermenéutica constitucional y, a partir de la base de este texto fundamental, en el comportamiento jurídico.

Tras la evolución (en los siglos XIX y XX) del Estado de Derecho, al pasar de meramente liberal a constitucional, actualmente el rol del jurista y del juzgador se potencian en otras facetas. Esto lo señala muy bien Luigi Ferrajoli, para quien el Estado de derecho moderno nace, con la forma del Estado legislativo de Derecho, en el momento en que esta instancia alcanza realización histórica, precisamente, con la afirmación del principio de legalidad, como criterio exclusivo de identificación del Derecho válido y aún antes existente, con independencia de su valoración como justo: “*Gracias a este principio y a las codificaciones que son su actuación, una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido “puesta” por una autoridad dotada de competencia normativa*”¹⁶².

Básicamente, destacaremos al neoconstitucionalismo como una corriente de interpretación y aplicación del propio Derecho constitucional (y, por su extensión, del Derecho mismo) que nace a fines de la década de los '90 del siglo pasado; indica Susanna Pozzolo, una de las creadoras del mismo, que el término neoconstitucionalismo “*fue utilizado por primera vez en una comunicación durante el XVIII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social celebrado en Buenos Aires el año de 1997*”¹⁶³.

¹⁶² FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta-UNAM, 2003, p. 19.

¹⁶³ POZZOLO, Susanna, “Apuntes sobre neoconstitucionalismo”, en FABRA ZAMORA, Jorge Luis, y NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (coords.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol. I, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 363.

Tiene su origen normativo jurídico en el Estado de bienestar europeo surgido de la etapa posterior a la Segunda Guerra Mundial (especialmente, en los textos constitucionales de Alemania, Italia, Francia, Portugal y España). Como indica Miguel Carbonell,

Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, si no que contienen altos niveles de normas “materiales” o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Además, estas Constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco de relaciones entre el Estado y los ciudadanos muy renovado, sobre todo por la profundidad y grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos¹⁶⁴.

Ahora, como ha entendido Luis Prieto Sanchís,

alude tanto a un modelo de organización jurídico-política o de Estado de Derecho, como al tipo de teoría del Derecho requerida para explicar dicho modelo, e incluso cabría hablar de una tercera acepción, el neoconstitucionalismo como ideología, para referirse a la filosofía política que justifica la fórmula del Estado constitucional de Derecho¹⁶⁵.

De tal forma de actual formulación del constitucionalismo, surge el llamado Estado constitucional de Derecho, bajo el axioma de Constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez. Volviendo a Ferrajoli, podemos caracterizar a este Estado constitucional de Derecho a través de cuatro manifestaciones: un nuevo parámetro de validez de las normas jurídicas, tanto desde su producción formal como de la coherencia de su contenido con los principios constitucionales; una visión epistemológica de la ciencia jurídica, tanto en su rol explicativo, como crítico y proyectivo de sus propios objetivos; la aplicación –vía jurisdiccional– de las diversas normas jurídicas desde el reconocimiento de su validez (y, ergo, constitucionalidad) a partir de la identificación de las antino-

¹⁶⁴ CARBONELL, Miguel, voz “Neoconstitucionalismo”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, et al. (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 950.

¹⁶⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis, voz “Neoconstitucionalismo”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Diccionario de Derecho Constitucional*, 1a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 420.

mias y lagunas, y su superación mediante la aplicación de las garantías constitucionales existentes; y, finalmente, una

subordinación de la ley a los principios constitucionales [que] equivale a introducir una dimensión sustancial, no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia, para la que representa un límite, a la vez que la completa. Un límite porque a los derechos constitucionalmente establecidos corresponden prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría, que de otra forma serían absolutos. Y la completa porque estas mismas prohibiciones y obligaciones se configuran como otras tantas garantías de los derechos de todos, frente a los abusos de tales poderes que –como la experiencia enseña– podrían de otro modo arrollar, junto con los derechos, al propio método democrático. Al mismo tiempo, el constitucionalismo rígido produce el efecto de completar tanto el estado de derecho como el mismo positivismo jurídico, que alcanzan con él su forma última y más desarrollada: por la sujeción a la ley incluso del poder legislativo, antes absoluto, y por la positivación no sólo ya del ser del derecho, es decir de sus condiciones de «existencia», sino también de su deber ser, o sea, de las opciones que presiden su producción y, por tanto, de sus condiciones de «validez»¹⁶⁶.

En esta variante constitucional, ha referido Josep Aguiló Regla que el jurista/juzgador aplica la norma jurídica al caso concreto desde las siguientes premisas: el prejuicio de la neutralidad valorativa, en que el caso se resuelva aplicando tanto las normas jurídicas correspondientes como los principios subyacentes a los derechos que emergen de las mismas, haciendo el *juicio de ponderación* del que nos habla Robert Alexy; el prejuicio del subjetivismo, en donde la imparcialidad propia del juzgador no se pierde con las propias valoraciones éticas que hace éste de la decisión a tomar, basada en los principios subyacentes a las normas jurídicas; el prejuicio del relativismo, en donde el juez asume una responsabilidad moral desde su propia toma de decisiones en el caso concreto; y, el prejuicio de los claroscuros, en donde el juez no se pierde ni justifica en el ritualismo del juez del Estado legalista para efectuar sus propias observaciones valorativas en la conducción del resultado final¹⁶⁷.

¹⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en CARBONELL, Miguel (edit.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 19.

¹⁶⁷ AGUILÓ REGLA, Josep, “Ética judicial y Estado de Derecho”, en GARCÍA PASCUAL,

En resumen, bajo la locución neoconstitucionalismo se engloban a las tendencias doctrinarias que, más que rectificar en su esencia los principios y técnicas del constitucionalismo clásico, vienen a complementar y a dar adecuación histórica a los mismos.

En este orden de ideas, cabe hacer mención a los siguientes aportes de esta nueva tendencia:

- Vigorización del Ejecutivo: varios son los factores que provocan la preeminencia del órgano ejecutivo sobre el legislativo. Destacamos dos de ellos. En primer lugar, la complejidad de los problemas que plantea la sociedad contemporánea precisa, en la mayoría de los casos, soluciones rápidas e inmediatas. Órganos colegiados y deliberantes, como son los congresos y parlamentos, aparecen poco idóneos para tales efectos. Por otra parte, la “sociedad de masa”, típica expresión del mundo contemporáneo, busca líderes carismáticos a los cuales entregar su apoyo emocional. Los ocupantes de los órganos unipersonales, presidentes, primeros ministros, resultan más atractivos que un órgano colegiado, para cumplir ese rol. La vigorización de un “ejecutivo fuerte” se expresa principalmente a través de las siguientes manifestaciones: posibilidad de legislar por la vía de la delegación de facultades; participación activa en el proceso legislativo (iniciativa exclusiva para presentar proyectos de ley, urgencia para la tramitación de los mismos, derecho a veto, etc.); atribuciones para decretar estados de excepción constitucional, quedando premunido de facultades casi omnímodas para restringir y suspender derechos, manejo de las relaciones internacionales, etc.
- Incorporación de derechos de contenido económico-social: la presión social y el auge de los partidos socialistas en el mundo, contribuyeron en forma determinante a que en las diversas constituciones promulgadas en este periodo se incorporaran, junto a los tradicionales derechos de carácter individual, los de contenido económico social (derecho al trabajo, a la educación, derecho a la seguridad social y derecho de propiedad con referencia a su “función social”).

María Cristina (coord.), *El Buen Jurista. Deontología del Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 80-81.

- Se menciona a la Constitución de Querétaro de 1917 como la primera que incorporó al catálogo de derechos tradicionales los de contenido social.
- Ampliación del cuerpo electoral: aun cuando la generalidad de las constituciones de corte clásico consagraba el principio de la soberanía nacional o popular, otorgando a los ciudadanos la participación activa en el proceso político a través del sufragio, en la práctica ello tenía un carácter retórico o nominal, por cuanto los cuerpos electorales eran extremadamente restringidos (piénsese en el voto censitario, por ejemplo). En efecto, los requisitos habilitantes, por razones de edad, sexo, instrucción y particularmente por capacidad económica, eran excesivos. Las Constituciones de este periodo tienen a la ampliación del espectro electoral, y el sufragio pierde su carácter censitario prácticamente en todos los países del mundo.
- Reconocimiento legal de los partidos políticos: estas fuerzas políticas nacen y se expresan en un principio como una necesidad del sistema democrático representativo y al margen de todo reconocimiento constitucional o legal. La importancia que paulatinamente van adquiriendo y que los convierte en factores inherentes de la democracia, obliga a su reconocimiento en las leyes electorales.
- Coordinación de poderes: el principio de separación de poderes, no obstante su validez -en cuanto a constituir un factor de contención contra los abusos de poder-, origina en la práctica problemas para el buen funcionamiento del régimen político. Las nuevas tendencias constitucionales propician, más que una separación de poderes, una coordinación de estos. En tal sentido la mayoría de los países europeos adopta el tipo de gobierno parlamentario más acorde con ese propósito que el tipo presidencial.

4.2.3.4. El Análisis Económico del Derecho (AED)

Es un método consistente en la aplicación de los instrumentos analíticos de la ciencia económica a los fenómenos jurídicos. Surge de la interrelación y complementariedad entre algunas áreas de la economía y el Derecho.

Los antecedentes remotos se ubican en los estudios de Adam Smith y de Jeremy Bentham, su sistematización tuvo lugar en la segunda mitad del siglo XX. A pesar de que su surgimiento se ubica a principios de la década de 1950, no es sino hasta comienzos de los años sesenta cuando adquiere mayor relevancia¹⁶⁸, sobre todo a partir del artículo de Gary Becker titulado *Crime and Punishment: An Economic Approach*, que logró despertar el interés de los estudiosos del Derecho en la aplicación del método de análisis económico a conductas que no eran de mercado.

Siguiendo a Richard Posner, distinguimos dos ramas dentro del análisis económico del Derecho: la clásica, el análisis de las normas reguladoras de la actividad explícitamente económica (leyes *antitrust*, sistema impositivo, comercio internacional...), que se remonta a los análisis de Adam Smith sobre las consecuencias económicas de la legislación mercantilista; y una rama más reciente, que encuentra su origen en los trabajos de Ronald Coase y Guido Calabresi, y que se caracteriza, por un lado, por extender al análisis económico a sectores del ordenamiento jurídico que no regulan actividades económicas (sectores ajenos al mercado), y por otro lado, por proponer un doble objetivo para el derecho: proveer las condiciones necesarias para que el mercado funcione y regular el mercado cuando su libre desenvolvimiento no sea factible¹⁶⁹.

El análisis económico del Derecho recibe influencias teóricas diversas (realismo jurídico, eficiencia, microeconomía, escuela neoclásica, neoinstitucionalismo, elección pública, equilibrio paretiano, pragmatismo y sociologismo jurídico, teorías críticas del Derecho, etc.)¹⁷⁰, y busca aplicar a las normas jurídicas los paradigmas microeconómicos, basado en determinadas conductas humanas.

¹⁶⁸ Marcan este inicio la publicación de dos artículos de Guido CALABRESI (*Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*) y de Ronald COASE (*The Problems of Social Cost*).

¹⁶⁹ POSNER, Richard A., *El Análisis Económico del Derecho*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2007.

¹⁷⁰ Para un estudio detallado véase ROEMER, Andrés, *Introducción al análisis económico del Derecho*, México, FCE/ITAM/INEGI, 1994. También KLUGER, Viviana (comp.), *Análisis Económico del Derecho*, Buenos Aires, Heliasta, 2006.

En 1958, mediante la publicación del *Journal of Law and Economics*, la escuela entra en una nueva fase, consolidándose como una disciplina independiente en el mundo intelectual. En la década de 1960 destacan dos artículos, el primero de Guido Calabresi¹⁷¹ y el segundo de Ronald Coase (titulado “*The problem of social cost*”¹⁷²), el cual influyó significativamente en la forma de abordar el estudio de la ley desde una perspectiva económica¹⁷³. Uno de sus objetivos centrales fue corregir la manera en que los economistas establecen recomendaciones de política.

En la década de 1970, el movimiento de *Law and Economics* se consolida definitivamente. Un grupo de académicos de diversas facultades de derecho de Estados Unidos comienza a hacer uso de la economía en sus estudios de la ley. Richard Posner es uno de los representantes más importantes de este periodo¹⁷⁴.

De forma paralela se realizaban estudios de las instituciones desde una perspectiva económica. Motivado por la escasa capacidad predictiva de los modelos tradicionales respecto del comportamiento de los gobiernos, los burócratas y los políticos, un grupo de economistas comenzó a estudiar estos agentes desde un enfoque económico, creando lo que se ha denominado la *Escuela de las Decisiones Públicas (Public Choice School)*¹⁷⁵. Esta escuela consideraba que el comportamiento de los gobiernos estaba sujeto a las mismas fuerzas que regulaban los

¹⁷¹ CALABRESI, Guido, “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”, *Yale Law Journal*, vol. 70, 1967. Planteaba que una ley de accidentes debía buscar “*minimizar la suma de los costos del accidente y los costos de prevenir accidentes*”. En su opinión, los costos de los accidentes podían minimizarse si la parte que podía evitarlos al menor costo era responsable de la pérdida total que se derivase de dichos accidentes.

¹⁷² COASE, Ronald H., “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*, vol. III, 1960 (octubre).

¹⁷³ Sostenía que los economistas tendían a recomendar la intervención del gobierno en todos aquellos casos que el mercado se apartaba de un ambiente competitivo, olvidando que el gobierno no podía ser considerado una fuerza correctiva libre de costos.

¹⁷⁴ POSNER demostró que los conceptos económicos pueden ser utilizados en el análisis de todas las áreas del derecho: leyes de contratos, criminales, constitucionales, comerciales, administrativas y procesales. Este tipo de análisis intenta explicar la naturaleza de las doctrinas legales usando el concepto de eficiencia económica. Véase POSNER, Richard A. op. cit.

¹⁷⁵ Son pioneros de esta escuela: DOWNS, Anthony, *An Economic Theory of Democracy* (1957), y BUCHANAN, James y TULLOCK, Gordon, *The Calculus of Consent* (1962).

mercados de bienes, por lo que explicaba el comportamiento de burocratas y políticos con base en el postulado económico de que éstos constituían un grupo motivado principalmente por su propio interés.

Por otra parte, los trabajos de Armen Alchian y Harold Demsetz¹⁷⁶ sobre derechos de propiedad añadieron una dimensión institucional explícita y contribuyeron a la ampliación del campo de estudio que estaba experimentando la ciencia económica.

Estos autores sostienen que el valor de los bienes y servicios depende, crucialmente, de los derechos legales que se transfieran junto con esos bienes y servicios. En este sentido, la economía emerge como el estudio de los efectos que tienen las variaciones en los derechos de propiedad sobre los precios y la asignación de recursos.

Es necesario enfatizar que el AED no es un análisis de leyes, sino de conductas humanas que pueden ser definidas como “económicas”, lo cual lleva a una de sus características: quedan fuera de su preocupación la validez de las normas y la distinción entre el mundo del ser y del deber ser, tan arraigados en nuestra cultura jurídica continental-románica. No obstante, muchos elementos metodológicos pueden ser considerados para el análisis de políticas públicas en países de *civil law*.

Para resumir: el análisis económico del Derecho (AED) es el estudio de las normas a la luz de la eficiencia mercantil y situando al hombre como sujeto que actúa bajo racionalidad individual. Los valores humanos se relativizan como preferencias que buscan satisfacer necesidades económicas y materiales lejos de utopías nacionales o regionales. “*Los actores privados son motivados exclusivamente por el deseo de maximizar su propio interés económico.*”

El mercado constituye la premisa básica del AED, en el cual el derecho cumple dos funciones:

- Proveer las condiciones necesarias para una transacción efectiva; por ejemplo, delimitando los derechos de propiedad, asegurando el cumplimiento de los contratos, previendo el fraude y la justicia (jueces y tribunales deben maximizar la eficiencia mercantil a toda costa); y,

¹⁷⁶ ALCHIAN, Armen, “Some Economics of property rights” (1961), reproducido en ALCHIAN, *Economic Forces at Work*, Indianapolis, Liberty Press, 1977, y DEMSETZ, Harold, “Some aspects of property rights”, en *Journal of Law and Economics*, vol. IV, octubre de 1966.

- Corregir las fallas del mercado removiendo los obstáculos del intercambio, al estilo de las leyes de competencia y las regulaciones estatales.

Como expresión del realismo jurídico estadounidense, el conductismo corroe todo su encuadre epistemológico. Los economistas y abogados creen en los modelos conductuales y el Derecho contribuye a moldear la conducta humana al prescribir o permitir determinadas actividades.

La diferencia de los tres enfoques descritos es evidente. En los dos primeros hay relación con la presencia del Estado en la actividad económica dotada de solidaridad y proyectos sociales o públicos. En el último hay un claro individualismo conductual y pragmático, lejos de valores y compromisos nacionales y sociales.

4.3. APLICACIÓN DE LA METODOLOGÍA EN LA PRAXIS JURÍDICA

4.3.1. *Creación del Derecho*

4.3.1.1. Técnica Legislativa

El término “técnica legislativa” se refiere a las formas, a los instrumentos y a las instituciones diseñadas para elaborar, formular y establecer las distintas normas jurídicas, con excepción de la propia Constitución y los tratados internacionales¹⁷⁷.

El tema de la técnica legislativa está, por lo tanto, estrechamente conectado, es más bien funcional, a aquello de la calidad de la producción normativa, ya que el uso adecuado de la primera garantiza el mejoramiento de la segunda. Más concretamente, la adecuación de los procedimientos de formación del acto-fuente, la precisión de la redacción del texto en el sentido estricto, los estudios y las evaluaciones que se realizan durante el proceso de creación normativo, con el fin de precisar las condiciones permisivas y dificultades existentes en la realidad de los hechos, que es crucial para el éxito (o no) de la norma jurídica resultante, así como la eventual ratificación del impacto (o no)

¹⁷⁷ VEDASCHI, A., voz “Técnica legislativa”, en PEGORARO, Luigi, (coord.), *Glosario de Derecho Público Comparado*, 1a. ed., México, Porrúa – UNAM – IMPDPC, 2012, p. 382.

de la norma jurídica creada -posterior a su entrada en vigor-, todos como elementos relacionados con la técnica legislativa.

Lo anterior considera una serie de pasos, que desglosamos brevemente:

- Análisis previo: este proceso implica una etapa previa, relacionada con considerar los efectos de la futura intervención normativa, si estos fuesen positivos, lo que incluye un análisis de su viabilidad, lo que implica un examen *a priori* de la realidad de hechos destinados a investigar la necesidad y la utilidad de la adopción de una determinada norma jurídica, para ver si se envía o no tal iniciativa.

Una vez ocurrido lo anterior, se pasa a la etapa del procedimiento, con lo que implica la etapa de formación de una ley, conforme a las reglas establecidas por la Constitución, específicamente sus artículos 71 y 72.

- Iniciativa: esta etapa responde a la presentación del proyecto de ley respectivo. Se indica en el artículo 71 constitucional:

Artículo 71. El derecho de iniciar leyes o decretos compete:

I. Al Presidente de la República;

II. A los Diputados y Senadores al Congreso de la Unión;

III. A las Legislaturas de los Estados y de la Ciudad de México; y

IV. A los ciudadanos en un número equivalente, por lo menos, al cero punto trece por ciento de la lista nominal de electores, en los términos que señalen las leyes.

El artículo 73 constitucional señala cuáles son las materias en las cuales el Congreso de la Unión tiene iniciativa exclusiva.

Respecto de su contenido, debe incluir la exposición de motivos, en el que se plasma el análisis previo, y debe informar acerca de las causas y consideraciones políticas, sociales, económicas o estrictamente jurídicas, que mueven al autor de la iniciativa a proponer una medida legislativa y justificarla como la solución más adecuada para una necesidad social determinada¹⁷⁸.

También incluirá su ámbito espacial de validez, es decir, el lugar en donde se aplicará; así, una norma federal, general o nacional tendrá vigencia en todo el territorio de la República Mexicana;

¹⁷⁸ WITKER, JORGE y LARIOS, Rogelio, *Metodología Jurídica*, op. cit., p. 230.

si es estatal, sólo en la entidad federativa respectiva. Igualmente, el ámbito temporal de validez, relacionado con el lapso en que se aplicará la ley; como principio, la norma rige desde su entrada en vigor hacia lo futuro, no tiene efecto retroactivo; sin embargo, puede haber excepciones, como la retroactividad de la ley (es decir, rige a situaciones anteriores a la fecha de su entrada en vigencia), o ser sólo temporal y aplicar en un lapso determinado¹⁷⁹. Por último, la norma jurídica puede ser creadora (se crea una norma jurídica nueva), reformadora (se reforman algunos aspectos de una determinada norma jurídica) o abrogadora (caso en el que se deroga totalmente una determinada norma jurídica y/o reemplazada por otra)¹⁸⁰.

- **Discusión:** se define como el acto en virtud del cual las Cámaras del Congreso de la Unión deliberan acerca de las iniciativas, a fin de determinar si deben o no ser aprobadas¹⁸¹. Indica el párrafo primero del artículo 72 constitucional: “*Todo proyecto de ley o decreto, cuya resolución no sea exclusiva de alguna de las Cámaras, se discutirá sucesivamente en ambas, observándose la Ley del Congreso y sus reglamentos respectivos, sobre la forma, intervalos y modo de proceder en las discusiones y votaciones*”. Es en esta etapa en donde se debe dar el grueso de los elementos tanto gramaticales (es decir, la estructura del lenguaje)¹⁸², como de ortografía (es decir, la representación externa del lenguaje, escribir correctamente las palabras)¹⁸³ y sintaxis (es decir, la manera en que se combinan y ordenan las palabras para formar oraciones, de forma coherente)¹⁸⁴, además del manejo de las normas jurídicas, para que no se produzcan incoherencias entre sí, contradicciones, ni (sobre todo en materia constitucional) las antinomias (esto es, la contradicción entre normas jurídicas de la misma jerarquía normativa).

¹⁷⁹ *Ibidem*, pp. 230-231.

¹⁸⁰ WITKER, Jorge y LARIOS, Rogelio, *Metodología Jurídica*, op. cit., p. 231-232.

¹⁸¹ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 56.

¹⁸² MUNGUÍA ZATARAIN, Irma, et. al., *Gramática. Lengua española*, 2a. ed., México, Larousse, 2000, p. 3.

¹⁸³ ROA BLECK, Alejo, *Gramática Castellana*, 18a. ed., Santiago de Chile, Editorial Salesiana, 2010, p. 12.

¹⁸⁴ MUNGUÍA ZATARAIN, Irma, et. al., *Gramática. Lengua española*, op. cit., p. 139.

- **Aprobación:** es la etapa en la cual las Cámaras aceptan o rechazan un proyecto de ley. En el caso de la aprobación, puede ser total o parcial¹⁸⁵. Este proceso se encuentra señalado en el literal A y B (primera parte y parte final) del artículo 72 constitucional:

A. Aprobado un proyecto en la Cámara de su origen, pasará para su discusión a la otra. Si ésta lo aprobare, se remitirá al Ejecutivo, quien, si no tuviere observaciones que hacer, lo publicará inmediatamente.

B. Se reputará aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto no devuelto con observaciones a la Cámara de su origen dentro de los treinta días naturales siguientes a su recepción; vencido este plazo el Ejecutivo dispondrá de diez días naturales para promulgar y publicar la ley o decreto ... Los plazos a que se refiere esta fracción no se interrumpirán si el Congreso cierra o suspende sus sesiones, en cuyo caso la devolución deberá hacerse a la Comisión Permanente.

- **Sanción (o integradora de la eficacia):** es la etapa que transcurre una vez aprobado el proyecto de ley o decreto por la Cámara de Diputados y la de Senadores, comunicándose al Ejecutivo, firmado por los presidentes de cada una de las cámaras. Corresponde en este momento al Presidente de la República manifestar su acuerdo sancionando la ley y ordenando su promulgación o expresar su disconformidad formulando objeciones al proyecto¹⁸⁶. Se señala en la segunda parte del literal B del artículo 72 constitucional: “*Transcurrido este segundo plazo, la ley o decreto será considerado promulgado y el Presidente de la Cámara de origen ordenará dentro de los diez días naturales siguientes su publicación en el Diario Oficial de la Federación, sin que se requiera refrendo*”.
- **Publicación:** es el proceso final por el cual la ley se hace pública y debe ser conocida. Dicha publicación se hace por el Diario Oficial de la Federación; o, por los Diarios Oficiales de cada entidad federativa (en el caso de las normas estatales), como es la Gaceta Oficial de la Ciudad de México.

¹⁸⁵ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 56.

¹⁸⁶ AA. VV. *Procedimiento legislativo*, México, Dirección General del Centro de Documentación, Información y Análisis de la Cámara de Diputados, disponible en <https://bit.ly/2Et1QI3>

- Etapa de confirmación: concluida dicha etapa, se regresa al examen de los efectos prácticos, pero no respecto de establecer proyecciones, sino que, en términos de control de gestión, verificando si las modificaciones de la realidad social responden al objetivo perseguido por el legislador al momento de creación de la norma jurídica (o de su reforma o abrogación)¹⁸⁷.

Con fecha 05 de febrero de 2017, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación la Constitución Política de la Ciudad de México. Esta señala lo referente al Poder Legislativo de la Ciudad en sus artículos 29 a 31.

El artículo 29 de la Constitución local de la Ciudad de México indica que “El Poder Legislativo se deposita en el Congreso de la Ciudad de México”, agregando que éste se “integrará por 66 diputaciones, 33 electas según el principio de mayoría relativa, mediante el sistema de distritos electorales uninominales, y 33 según el principio de representación proporcional”. La ley determinará, para estos efectos, la aplicación de la paridad de género.

Igualmente, en su función el Congreso local aplicará el principio de “parlamento abierto”: “Las diputadas y diputados establecerán mecanismos de audiencia y rendición de cuentas que garanticen su responsabilidad frente al electorado” (artículo 29.4).

Respecto a sus competencias, estas las señala el artículo 29.D de la Constitución de la Ciudad de México:

D. De las competencias del Congreso de la Ciudad de México

El Congreso de la Ciudad de México tendrá las siguientes competencias legislativas:

a. Expedir y reformar las leyes aplicables a la Ciudad de México en las materias conferidas al ámbito local, por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en las que se ejerzan facultades concurrentes, coincidentes o de coordinación con los poderes federales y las que no estén reservadas a la Federación, así como las que deriven del cumplimiento de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y todas aquellas que sean necesarias, a objeto de hacer efectivas las facultades concedidas a las autoridades de la Ciudad;

¹⁸⁷ VEDASCHI, A., voz “Técnica legislativa”, en PEGORARO, Luigi, (coord.), *Glosario de Derecho Público Comparado*, op. cit., p. 383.

- b. Legislar sobre los poderes de la Ciudad y las alcaldías en cuerpos normativos que tendrán el carácter de leyes constitucionales. La ley reglamentaria en materia de derechos humanos y sus garantías tendrá el mismo carácter;*
- c. Iniciar leyes y decretos ante el Congreso de la Unión, en los términos previstos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;*
- d. Aprobar o rechazar las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos remitidas por el Congreso de la Unión;*
- e. Designar a la persona titular de la Jefatura de Gobierno, en el caso de falta absoluta, en los términos previstos por esta Constitución;*
- f. Expedir las disposiciones legales para organizar la hacienda pública, la entidad de fiscalización, el presupuesto y el gasto público de la Ciudad en los términos de lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y esta Constitución;*
- g. Examinar, discutir y aprobar anualmente la Ley de Ingresos y el Presupuesto de Egresos, aprobando primero las contribuciones, así como otros ingresos necesarios para financiar el gasto;*
- h. Revisar la cuenta pública del año anterior, por conducto de su entidad de fiscalización en los términos previstos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esta Constitución y las leyes en la materia;*
- i. Aprobar y reformar la ley constitucional del Congreso de la Ciudad de México y las normas que rigen su vida interior; incluyendo la garantía de los derechos humanos y laborales de sus personas trabajadoras;*
- j. Ratificar a las personas titulares de las dependencias de la Administración Pública de la Ciudad de México, en los términos de lo dispuesto por esta Constitución y las leyes;*
- k. Solicitar información por escrito, a través del pleno o comisiones, y llamar a comparecer a la persona titular de la Jefatura de Gobierno, a las y los titulares de las secretarías del gabinete, de las dependencias, entidades u organismos autónomos y de las alcaldías para informar sobre asuntos de su competencia, así como participar en la discusión de los informes periódicos de los mismos que contemple esta Constitución. Las personas servidoras públicas tendrán la obligación de proporcionar información al Congreso de la Ciudad de México en los términos de la ley; si no lo hicieren, estarán sujetos a las responsabilidades que la misma establezca;*
- l. Analizar y aprobar las disposiciones e instrumentos en materia de planeación y ordenamiento territorial en los términos establecidos por esta Constitución y las leyes;*
- m. Aprobar su presupuesto sujetándose a las disposiciones de austeridad y políticas de racionalidad del gasto público que establezca la ley. El monto anual no podrá ser mayor al cero punto ocho por ciento del Presupuesto de Egresos de la Ciudad; y el incremento del presupuesto anual que solicite*

- y apruebe, no podrá ser superior a la inflación del ejercicio que concluye, de conformidad con los datos que publique la autoridad competente;
- n. Autorizar las salidas oficiales del territorio nacional de la persona titular de la Jefatura de Gobierno, quien deberá informar y hacer públicas las actividades realizadas, en un periodo no mayor a quince días naturales posteriores a su regreso al país;
- o. Aprobar e integrar a solicitud de una cuarta parte de sus miembros, comisiones para investigar el funcionamiento y la gestión de las dependencias y entidades de la administración pública o los organismos constitucionales autónomos. Las comisiones podrán realizar audiencias y comparecencias en los términos que establezca la ley. Sus resultados serán públicos;
- p. Elaborar un sistema de evaluación de resultados de su trabajo legislativo, así como su impacto en la sociedad. Dicho sistema deberá presentar sus resultados anualmente, los cuales deberán ser difundidos bajo los principios de transparencia y rendición de cuentas;
- q. Promover la conformación del Parlamento Metropolitano; y
- r. Las demás que establezcan esta Constitución y las leyes.

El ejercicio de las labores de los legisladores de la Ciudad de México debe regirse bajo los mecanismos de rendición de cuentas, como señala el artículo 29.A.4 de la Constitución local: “El Congreso de la Ciudad de México se regirá por los principios de parlamento abierto. Las diputadas y diputados establecerán mecanismos de audiencia y rendición de cuentas que garanticen su responsabilidad frente al electorado”.

4.3.1.2. Técnica Jurisprudencial

Definimos a la técnica jurisprudencial como “la actividad de los jueces magistrados en la aplicación del Derecho”¹⁸⁸.

Tomando en cuenta las prevenciones que hace la jurista mexicana Carla Huerta Ochoa, diremos que, al existir también formas de interpretación especiales que hace el juzgador¹⁸⁹, al momento de resolver el caso concreto, agregaremos que entendemos como técnica jurisprudencial a “la manera en que el juzgador dicta su resolución, tomando

¹⁸⁸ “Técnica jurisprudencia”, en *Enciclopedia Jurídica Online*, disponible en <https://bit.ly/3hkljtjK>

¹⁸⁹ HUERTA OCHOA, Carla, “La jurisprudencia como técnica”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XXXII, Núm. 95, México, UNAM, 1999 (mayo-agosto), pp. 397-399.

en cuenta la interpretación de las normas jurídicas, la jurisprudencia y los principios generales de Derecho”.

De lo anterior, podremos decir que las formas de la técnica jurisprudencial tienen ámbitos diversos a lo que se señala para la estrictamente legislativa, porque las resoluciones jurisdiccionales (especialmente las sentencias) tienen su propia estructuración, además de resolver sobre el caso concreto, tanto al considerar el Derecho positivo vigente (tanto nacional como internacional), como la jurisprudencia, los principios generales de Derecho y las resoluciones de derechos humanos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Respecto del Derecho positivo vigente, la forma tradicional de entender la técnica jurisprudencial está relacionada con los parámetros que indica el artículo 14 constitucional:

Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

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.

Pero, esto lo debemos complementar con lo que dice el párrafo primero del artículo 1° constitucional: *“En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”.*

De lo señalado, podemos encontrar los siguientes elementos a considerar:

- Las formalidades establecidas en las normas jurídicas respectivas: el principal parámetro lo encontramos en los artículos 219,

222 y 348 del Código Federal de Procedimientos Civiles, que se refieren a los que corresponden a las resoluciones judiciales en general, y las sentencias en particular

Artículo 219. En los casos en que no haya prevención especial de la ley, las resoluciones judiciales sólo expresarán el tribunal que las dicte, el lugar, la fecha y sus fundamentos legales, con la mayor brevedad, y la determinación judicial, y se firmarán por el juez, magistrados o ministros que las pronuncien, siendo autorizadas, en todo caso, por el secretario.

Artículo 222. Las sentencias contendrán, además de los requisitos comunes a toda resolución judicial, una relación sucinta de las cuestiones planteadas y de las pruebas rendidas, así como las consideraciones jurídicas aplicables, tanto legales como doctrinarias, comprendiendo, en ellas, los motivos para hacer o no condenación en costas, y terminarán resolviendo, con toda precisión, los puntos sujetos a la consideración del tribunal, y fijando, en su caso, el plazo dentro del cual deben cumplirse.

Artículo 348. Al pronunciarse la sentencia, se estudiarán previamente las excepciones que no destruyan la acción, y, si alguna de éstas se declara procedente, se abstendrán los tribunales de entrar al fondo del negocio, dejando a salvo los derechos del actor. Si dichas excepciones no se declaran procedentes, se decidirá sobre el fondo del negocio, condenando o absolviendo, en todo o en parte, según el resultado de la valuación de las pruebas que haga el tribunal.

- Se tendrá en consideración, lo que indica la norma jurídica específica.
- En materia penal, se aplicará estrictamente el principio de “*nullum pena, nullum crime, sine lege*” (no hay delito ni crimen sin ley); es decir, sólo cuando la norma positiva establezca la sanción al delito correspondiente, prohibiéndose la analogía (es decir, aunque parezca igual a otro delito).

Respecto de la jurisprudencia, debemos considerar que son las sentencias específicas emitidas por un órgano jurisdiccional para el caso concreto. En el caso mexicano, esto tiene un ámbito más destacado, toda vez que nuestro país es de los pocos en la tradición del Derecho occidental, del *civil law*, en que la jurisprudencia (esto es, las decisiones emanadas de los Tribunales Colegiados de Circuito y la Suprema Corte de Justicia de la Nación) es obligatoria. Esto lo indican los párrafos primero a tercero del artículo 217 de la Ley de Amparo vigente:

La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para éstas tratándose de la que decreta el pleno, y además para los Plenos de Circuito, los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.

La jurisprudencia que establezcan los Plenos de Circuito es obligatoria para los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de las entidades federativas y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales que se ubiquen dentro del circuito correspondiente.

La jurisprudencia que establezcan los tribunales colegiados de circuito es obligatoria para los órganos mencionados en el párrafo anterior, con excepción de los Plenos de Circuito y de los demás tribunales colegiados de circuito.

Además, así lo ha dispuesto el Poder Judicial de la Federación, en la siguiente Tesis Aislada de octubre de 2003¹⁹⁰:

JURISPRUDENCIA. CONCEPTO, CLASES Y FINES.

La jurisprudencia es la interpretación de la ley, de observancia obligatoria, que emana de las ejecutorias que pronuncia la Suprema Corte de Justicia de la Nación funcionando en Pleno o en Salas, y por los Tribunales Colegiados de Circuito. Doctrinariamente la jurisprudencia puede ser confirmatoria de la ley, supletoria e interpretativa. Mediante la primera, las sentencias ratifican lo preceptuado por la ley; la supletoria colma los vacíos de la ley, creando una norma que la complementa; mientras que la interpretativa explica el sentido del precepto legal y pone de manifiesto el pensamiento del legislador. La jurisprudencia interpretativa está contemplada en el artículo 14 de la Constitución Federal, en tanto previene 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 la jurisprudencia tiene una función reguladora consistente en mantener la exacta observancia de la ley y unificar su interpretación, y como tal, es decir, en tanto constituye la interpretación de la ley, la jurisprudencia será válida mientras esté vigente la norma que interpreta.

¹⁹⁰ Tesis: 1a. CLX/2012 (10a.), Tesis Aislada (Constitucional, Administrativa), Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XI, agosto de 2012, Tomo 1, p. 484.

Es en el párrafo segundo (agregado al artículo 1° constitucional original con la reforma de 2011) en donde se establecen las reformas que más interesan a esta Unidad, al estar relacionadas con la interpretación conforme propiamente dicha: “*Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia*”. Esto es esencial, dada la situación de obligación que tienen los derechos humanos en nuestro país.

Lo anterior se ha profundizado con el llamado “parámetro de regularidad constitucional”, que nuestra Suprema Corte resolvió en las Contradicciones de Tesis 293/2011 y 21/2011, en lo que se ha considerado como el “parámetro de control de regularidad” de los derechos humanos, a propósito de la siguiente Tesis Aislada:

PARÁMETRO DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL. SE EXTIENDE A LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA NACIONAL O INTERNACIONAL.

Las autoridades judiciales deben aplicar el parámetro de regularidad constitucional -incluidos, por supuesto, los estándares sobre derechos humanos-, lo cual, claramente, no se limita al texto de la norma -nacional o internacional- sino que se extiende a la interpretación que hagan los órganos autorizados -tribunales constitucionales y organismos internacionales según corresponda-. Al respecto, la Corte Interamericana ha establecido que “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana”. En similar sentido, el Pleno de esta Suprema Corte de Justicia estableció, en la Contradicción de Tesis 21/2011, que “el control de convencionalidad es un control de constitucionalidad desde el punto de vista sustantivo, dada la interpretación material que se hace del artículo 1o. constitucional”¹⁹¹.

Como dijimos, es consolidación de lo que ya señaló en su momento la siguiente Jurisprudencia de la Suprema Corte¹⁹²:

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL

¹⁹¹ Tesis: 1a. CCCXLIV/2015 (10a.), Tesis Aislada (Constitucional), Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XXIV, noviembre de 2015, Tomo 1, p. 986.

¹⁹² Tesis: Tesis: P./J. 20/2014 (10a.), Jurisprudencia, Pleno, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 5, abril de 2014, Tomo I, p. 202.

PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUELLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.

Lo anterior se relaciona con el último gran elemento a considerar la técnica jurisprudencial, respecto a los principios generales del Derecho, mismos que se han definido como “los principios más generales de ética social, Derecho natural o axiología jurídica descubiertos por la razón humana, fundados en la naturaleza racional y libre del hombre, los cuales constituyen el fundamento de todo sistema jurídico posible o actual”¹⁹³.

En diversos textos encontramos estos principios (ya esbozados en la Unidad 2), que permiten al juez resolver: “primero en tiempo, primero

¹⁹³ ADAME GODDARD, Jorge, voz “Principios generales del Derecho”, en AA. VV. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Tomo VII (P-Reo), México, UNAM, p. 222.

en Derecho”, “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”, “quien puede lo más, puede lo menos”, y otros conocidos, a los que acude el juez desde la Roma antigua para poder resolver aquellas situaciones que la ley positiva no puede aclarar¹⁹⁴.

Los anteriores principios son actualmente complementados con lo que señala el párrafo segundo del artículo 1 constitucional: “*Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad*”. Es decir, los principios de los derechos humanos consagrados en este párrafo (que analizaremos con más profundidad en la Unidad 5 de este libro).

Esto tiene especial relevancia desde la señalada reforma constitucional en materia de derechos humanos de 10 junio de 2011, además de las reformas de 06 de junio del mismo año, que establecieron modificaciones a los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de amparo¹⁹⁵, todas complementarias de la reforma constitucional de julio de 2010, que establecieron las acciones colectivas¹⁹⁶.

Las señaladas reformas conllevaron una modificación a la estructura del mismo Poder Judicial, así como a la competencia de algunos de los órganos que lo integran.

Con fundamento en lo previsto en las fracciones XIX y XXI del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación expidió los Acuerdos Generales números 9/2011 y 12/2011. En el Acuerdo 9/2011, se determina el inicio de la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación, y en cuyo punto único establece:

La Décima Época del Semanario, se iniciará con la publicación de la jurisprudencia del Pleno y de las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la

¹⁹⁴ ESQUERRA, Sergio, “*Principios generales del Derecho*”, México, Revista El Mundo del Abogado, disponible en <https://bit.ly/2QZ7Lam>

¹⁹⁵ *Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 06 de junio de 2010.

¹⁹⁶ *Decreto por el que se adiciona un párrafo tercero y se recorre el orden de los párrafos subsecuentes del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 29 de julio de 2010.

*Nación, así como de los Tribunales Colegiados de Circuito, derivada de las sentencias dictadas a partir del cuatro de octubre de dos mil once, de los votos relacionados con éstas, de las tesis respectivas y de las diversas ejecutorias emitidas a partir de esa fecha, que expresamente acuerden los referidos órganos jurisdiccionales*¹⁹⁷.

En el Acuerdo 12/2011, de 10 de octubre de 2011, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y bajo el mandato del entonces Ministro Presidente Juan Silva Meza, estipuló el inicio de la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación, que hasta la fecha permanece¹⁹⁸, bajo el principio de respeto, garantía y promoción de los derechos humanos.

Para emitir una nueva época, los ministros toman en cuenta el contexto, las leyes y los criterios jurídicos que los juzgadores utilizan para sus resoluciones, a fin de determinar si algunas tesis de jurisprudencia o aisladas han quedado rebasadas. la Décima Época fue motivada por la reforma constitucional del 10 de junio que indica para todas las autoridades la observancia obligatoria de los derechos humanos previstos en tratados internacionales firmados por México¹⁹⁹.

4.3.2. Aplicación del Derecho

Este momento metodológico implica la aplicación e interpretación del Derecho.

Para Rolando Tamayo, la aplicación del Derecho es una función regular del orden jurídico; a través de ella, los órganos aplicadores (tribunales, autoridades administrativas, etc.) en ejercicio de sus facultades, determinan que un cierto caso concreto del tipo definido en la norma general se ha presentado y como consecuencia de ello, efectúan un acto por el cual actualizan las consecuencias previstas²⁰⁰. En cambio,

¹⁹⁷ Acuerdo General 9/2011, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de 29 de agosto de 2011.

¹⁹⁸ AA. VV., *Épocas de la jurisprudencia y tesis aisladas en México*, México, CEDRS-SA, 2015, p. 13.

¹⁹⁹ MÉNDEZ, Alfredo, "Declara la SCJN el inicio de la décima época judicial en México", México, La Jornada, 06 de enero de 2012, p. 14, disponible en <https://bit.ly/35g4NH0>

²⁰⁰ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, et al., *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Porrúa - UNAM, 1986, p. 184.

la interpretación -explicación, esclarecimiento- jurídica, es la actividad por la cual se determina el sentido de las expresiones del Derecho²⁰¹.

Para Hans Kelsen, la interpretación “*es la determinación cognoscitiva de los significados posibles de las normas jurídicas*”²⁰².

La separación descrita entre aplicación e interpretación en el discurso jurídico no está totalmente aceptada, e incluso, para Jorge Carmo-
na, deben ligarse. Al efecto, señala:

En la actualidad se considera que entre la interpretación y la aplicación del Derecho existe un vínculo indisoluble, ya que es imposible aplicar un precepto, sea o no lo suficientemente claro, sin antes determinar la norma jurídica que expresa. Por lo tanto, no es exacto que sólo ha lugar a la interpretación cuando los preceptos no son claros o se prestan a confusión.

Según lo anterior, la aplicación de las normas requiere, primero, que la autoridad determine las condiciones de su aplicación y se efectúe también, una interpretación con base en las siguientes etapas²⁰³:

- Comprobación de que un hecho coincide con la hipótesis normativa. Se constatan los hechos y la calificación jurídica de los mismos.
- Interpretación de las consecuencias normativas a personas específicamente determinadas.

Igualmente, es necesario diferenciar el proceso de aplicación del Derecho que realiza el legislador o el juzgador (que ya hemos analizado) del que realizan los demás funcionarios públicos, mismos que deben tomar en cuenta los principios de supremacía constitucional, así como el principio de legalidad constitucional (o de clausura del Derecho público), en virtud del cual los funcionarios públicos sólo pueden realizar lo que la norma jurídica les obliga o faculta.

²⁰¹ CARMONA TINOCO, Jorge, *La Interpretación Judicial Constitucional*, México, CNDH, 1996, p. 21.

²⁰² KELSEN, Hans, *Teoría Fuerza del Derecho*, México, UNAM, 1983.

²⁰³ ALONSO GONZÁLEZ, Rosa María, et al., “Aplicaciones del método jurídico en diversas áreas” en *Metodología jurídica*, México, SUA-UNAM, 1996, p. 255.

4.3.2.1. Estudio de casos

Cuando se analiza el fenómeno jurídico, a veces se hace desde un aspecto teórico general, pero también desde casos prácticos. Estos implican reconocer el asunto puntual desde la óptica omnicomprendiva del estudio del ordenamiento jurídico, en un momento determinado y bajo una legislación específica.

Durante la aplicación del Derecho, debemos tener en cuenta que se trata de una disciplina que se maneja tanto como teoría, como conjunto de normas jurídicas (de índole nacional e internacional), así como de los derechos (subjetivos y fundamentales) de cada persona, así como la situación específica de que se trate.

Ya hemos visto, a propósito de la técnica jurisprudencial, que la labor del juzgador debe tener en cuenta las diversas fuentes del Derecho, que incluyen tanto la norma positiva, la jurisprudencia, como los principios generales del Derecho, así como los propios principios y reglas de los derechos humanos.

Por ejemplo, en la investigación y resolución de un delito de homicidio, el juzgador, así como los demás sujetos procesales (víctima u ofendido, ministerio público, abogado defensor, etc.), deberá tomar en cuenta si tiene competencia el tribunal para conocer del caso, si se trata de un delito federal o local, si el caso se adecua al tipo penal establecido, si la conducta es específica con el verbo rector del caso (“el que privase la vida a alguien”, en este ejemplo), si hay una relación (nexo causal) entre el hecho investigado (el delito) y a quien se acusa del hecho, los diversos aspectos periciales a considerar, así como, ya en la etapa de proceso, si la persona es imputable o no, si actuó con culpa o dolo, si lo hizo -por ejemplo- bajo legítima defensa, cuál es la sanción y su rango de aplicación, etc.

Como podemos apreciar, estamos ante múltiples variables a considerar al momento de aplicación de la norma jurídica, tanto por el juzgador como por los demás aplicadores del Derecho.

A esto se les deben agregar los llamados “factores externos o auxiliares”, determinantes al momento de aplicar la norma.

4.3.2.2. Investigación literal de los preceptos legales

Esto es lo que se ha dado en llamar el “método exegético” de la norma jurídica.

Este método tiene su origen en la concepción divina de los reyes, primeros legisladores, y después en la concepción de los teóricos de la Revolución francesa de 1789, quienes depositaron la soberanía en el pueblo y, prácticamente en el órgano legislativo, su órgano de expresión. Así, quien tiene el poder, formula la norma, y a nadie le es dado variar su contenido.

La tarea del intérprete y del investigador es tratar de descifrar lo más auténticamente posible lo que el legislador quiso decir. En efecto, la exégesis, a partir de este supuesto, considera la norma jurídica como algo perfecto y estático: “*Lo que el legislador diga, dicho está, y lo que calla, callado está; tanto lo afirmado como lo omitido es inobjetable; el legislador sabe lo que hace, nunca se equivoca*”, se señala.

En este sentido, toda controversia debe, necesariamente, encontrar respuesta en los textos legales, y al juez le corresponde la función un tanto silogística y mecánica de aplicar la ley. Este método utiliza los elementos pragmáticos, semánticos, extensivos, etcétera.

4.3.2.3. Grado de aplicación de las normas

Esto se encuentra directamente relacionado con el ámbito de validez de la norma jurídica, respecto de sus efectos y de los sujetos a los que se dirige.

Uno de los ámbitos a tener en cuenta, esencial para lo que estamos hablando, se refiere a su jerarquía normativa. El artículo 133 constitucional señala al respecto:

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 entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas.

Este principio ha sido, tradicionalmente, señalado como parte de la pirámide kelseniana, en virtud del cual es la Constitución la norma jurídica más importante. Aquí tenemos a normas constitucionales, ordinarias, reglamentarias e individualizadas. En el caso de las constitucionales, ordinarias y reglamentarias son normas de carácter general, mientras que las individualizadas se refieren a situaciones concretas.

En suma, las leyes ordinarias representan un acto de aplicación de preceptos constitucionales, las reglamentarias están condicionadas por las ordinarias y las individualizadas por normas de índole general.

Sin embargo, debemos tomar en cuenta lo que se ha adicionado a nuestro ordenamiento jurídico, a propósito de la reforma constitucional de derechos humanos de 2011, en lo que indica el artículo 1°, especialmente su párrafo primero (que analizaremos con más detalle en la Unidad siguiente):

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

La otra forma en que se establece la importancia del grado de las normas jurídicas es la que está definida por las sanciones²⁰⁴:

- *Leyes perfectas (leges perfectae)*: son aquellas cuya sanción consiste en la inexistencia o nulidad de los actos que las vulneran. Se dice que dicha sanción es la más eficaz por no cumplir el infractor con su cometido de violar la norma.
- *Leges plus quam perfectae*: en este caso, la norma sancionada impone al infractor un castigo y exige, una reparación pecuniaria, es decir, una multa.
- *Leges minus quam perfectae*: en estas normas, tenemos el supuesto de aquellas en las que la consecuencia de su violación no está prevista dentro de la misma, sin embargo, puede hacer al infractor acreedor a determinadas repercusiones.
- *Leges imperfectae*: son aquellas que no se encuentran provistas de sanción o consecuencia alguna, dentro o fuera del texto legal. Ejemplo de aquellas son las que se previenen en el Derecho internacional público.

4.3.2.4. La investigación de los intereses subyacentes a las disposiciones legales

Al analizar las técnicas legislativas, hemos visto la importancia de tomar en cuenta el contexto social en que se va a aplicar la norma

²⁰⁴ De acuerdo con el jurista ruso N. KORKOUNOV.

jurídica (en la etapa de elaboración de la iniciativa), así como cuál es el efecto que tiene la labor legislativa, ya sea en una nueva norma jurídica, o en la modificación o abrogación de esta.

Pero, no sólo en lo que se refiere a la actividad de las técnicas (legislativas o jurisprudenciales) encontramos esta importancia.

Ihering fue el primero que plantea que el enfoque tradicional juega con el rol de “legislador” elevado a categoría mítica. Pero, el legislador corresponde al órgano de la soberanía que se renueva temporalmente, y en cuyo seno se representan una pluralidad de intereses, dependiendo del contexto histórico y social representados en la legislatura al momento de creación de la norma.

Esto demuestra que las normas jurídicas, como expresiones lingüísticas, necesitan auxiliarse de elementos extranormativos, de tipo sociológico, culturales, etc., que no pueden ignorarse, porque están presentes desde el origen mismo de la ley.

4.3.3. *Investigación y Conocimiento del Derecho*

La investigación jurídica, como actividad científica, es de una indiscutible importancia.

Un registro de las obras jurídicas en América nos evidencia la proliferación de obras de doctrina o de sistematización, comentario o exégesis de la ley, o en un análisis exhaustivo de las instituciones legales, con el auxilio de conceptos filosóficos y algunos más con métodos comparativos.

Este tipo de investigaciones jurídicas ha privilegiado sólo el aspecto normativo del fenómeno jurídico, marginando todo lo contextual, que muchas veces es tan relevante como la norma misma²⁰⁵.

Al realizar el proceso de investigación jurídica, debemos reconocer que el fenómeno jurídico se presenta como un objeto cultural tridimensional: a) como técnica que resuelve conflictos o controversias jurídicas; b) como expresión del poder; y, e) como valor que aspira a una utopía de equidad, convivencia y paz entre los individuos y grupos sociales de un país determinado²⁰⁶.

²⁰⁵ WITKER, Jorge y LARIOS, Rogelio, *Metodología Jurídica*, op. cit., p. 241.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 243.

Miguel Reale, coincidiendo en la tridimensionalidad del fenómeno jurídico, afirma²⁰⁷:

- Dondequiera que haya un fenómeno jurídico hay siempre, necesariamente, un hecho subyacente (hecho económico, geográfico-demográfico, de carácter técnico, etc.); un valor que confiere determinada significación a ese hecho, inclinándolo o determinando la acción de los hombres en el sentido de alcanzar o preservar cierta finalidad y objetivo y, finalmente, una regla o norma que representa la relación o medida que integra uno de aquellos elementos en el otro: el hecho en el valor.
- Dichos elementos o factores (hecho, valor y norma) no existen separados unos de otros, sino que coexisten en una unidad concreta.
- Más aún, esos elementos o factores no sólo se exigen recíprocamente, sino que actúan como los elementos de un proceso (el Derecho es una realidad histórico-cultural) de tal modo que la vida del derecho resulta de la interacción dinámica y dialéctica de los tres elementos que la integran.

Esto tiene una característica esencial en el caso de las investigaciones y en las tesis de grado (para la Licenciatura), que se expresan en las siguientes palabras²⁰⁸:

En efecto, el jurista trabaja como un instrumental; no es un instrumental visible y brillante como el que se encuentra en los gabinetes de física, en los laboratorios del biólogo, en el maletín del cirujano, pero es un instrumental tan eficaz como todos éstos para tales disciplinas; es el repertorio de los conceptos gracias a los cuales puede apoderarse eficazmente de su materia. Hay muchas cosas que el jurista no inventa, sino que las recoge de la historia, las aprende de la realidad: la hipoteca, el alcalde, la caja de amortización, la diferencia entre el homicidio y el asesinato son productos históricos que se han fraguado en determinados momentos del tiempo, respondiendo a una necesidad, pero que no tienen una existencia necesaria. Ahora bien, en cambio, hay otros conceptos, el de norma, el de derecho subjetivo, el de relación jurídica, el de sanción, el de objeto, el de sujeto, que no nos han sido enseñadas por la historia del Derecho, que no han sido fabricadas por el legislador en un determinado momento del tiempo

²⁰⁷ REALE, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, Madrid, Ediciones Pirámide, 1989.

²⁰⁸ WITKER, Jorge y LARIOS, Rogelio, *Metodología Jurídica*, op. cit., pp. 243-244.

en virtud de unas ciertas necesidades, sino que constituyen el engranaje, la columna vertebral que existe en todas las manifestaciones jurídicas, lo mismo en las más rudimentarias de los pueblos primitivos que en los sistemas legislativos más complicados de las naciones modernas, porque esos conceptos constituyen su misma esencia del, porque no hay derecho sin normas que no establezcan deberes, que no den lugar a relaciones jurídicas, etcétera.

El fenómeno jurídico se presenta históricamente como una trilogía, que abarca simultáneamente hecho, valor y norma.

En síntesis, un investigador del Derecho, o un pasante que intente elaborar una tesis de grado en Derecho, puede, metodológicamente, acercarse a su tema-problema con cualquiera de las tres vertientes antes descritas: norma, hecho, valor o interés protegido; es decir, una investigación puede ser dogmática o teórica, empírica o sociológica y axiológica-filosófica-jurídica²⁰⁹.

En congruencia con lo anterior, no hay un solo método para investigar el fenómeno jurídico, sino una diversidad de aproximaciones que responden al concepto de procedimientos racionales y empíricos que nos permiten explicarnos un fenómeno o proceso (según ha señalado Mario Bunge).

Tomando en cuenta lo que ya hemos desglosado al ver los diversos modelos de la ciencia jurídica, podríamos ver tres grandes modelos de investigación jurídica²¹⁰:

- El método o corriente formalista o dogmática: aquella que concibe el problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento fáctico o real que se relacione con la institución, norma jurídica o estructura legal en cuestión. En este caso, la importancia es lo que dice la ley, tanto en sus objetivos como en los procedimientos que se señalan; no importa si la norma jurídica es legítima, o su contenido es cuestionable.
- Para estos efectos, serán las normas jurídicas la base de la investigación jurídica.
- El método o corriente jusnaturalista o axiológico: acá se consideran los aspectos axiológicos y éticos de las instituciones y nor-

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 244.

²¹⁰ WITKER, Jorge y LARIOS, Rogelio, *Metodología Jurídica*, op. cit., pp. 246-247.

mas jurídicas, para lo cual recurre a los modelos epistemológicos más cercanos a lo metafísico y filosófico. Desde una perspectiva historicista, es posible hacer investigaciones en función de las cuotas de utopías que cada grupo humano se propone al tomar conciencia de su condición de sujeto histórico. Este tipo de investigaciones, trabajan con técnicas de investigación documental como regla general.

- El método o corriente sociológica: en este tipo de investigaciones, se apunta a que, sin descuidar la búsqueda teórica indispensable en la biblioteca, el estudiante alcance una visión contextual de la institución o norma legal. Este método en Derecho es una variable dependiente de la sociedad.

4.3.4. Enseñanza del Derecho

El aprendizaje del Derecho requiere una metodología que problematice la interacción maestro-alumno. Nos referimos a uno de los elementos esenciales, tanto por la formación propia de lo que significa la entrada al mundo jurídico y sus correspondientes complejidades, sino también por lo referido a la formación ciudadana que implica la formación jurídica.

Este momento metodológico es estratégico, pues legisladores, administradores públicos, jueces, magistrados y científicos del derecho, asimilan la cultura jurídica vigente en el lapso que dura el proceso de enseñanza-aprendizaje en las facultades y escuelas de Derecho.

Esto es lo que se desglosa, brevemente, en los siguientes puntos.

4.3.4.1. Elaboración de Conceptos Jurídicos Lógicos

Este proceso implica la asimilación del estudiante, por parte del profesor, de los diversos términos y conceptos que conlleva la formación profesional jurídica, los cuales se encuentran tanto en las normas positivas, como en los manuales académicos de las materias, y las definiciones que el docente maneje como propias, que le sirvan explicar de mejor manera el fenómeno jurídico al alumno.

Se trata de un proceso que requiere una explicación que esté dentro de los parámetros propios de la lógica, en cuanto a manejo del lenguaje de forma racional, comprensible y acorde a los lineamientos que la propia disciplina jurídica requiere, yendo de lo general a lo más

específico, de lo simple a lo complejo, que permita al alumno poder comprender las diversas disciplinas del ordenamiento jurídico que se le están enseñando.

4.3.4.2. La Docencia del Derecho²¹¹

En el Derecho comparado, es viable encontrar cuatro métodos o modelos de docencia jurídica en forma temporalmente sucesiva: tradicional, tecnocrático, crítico y digital.

- **Tradicional:** este modelo, de antecedentes medievales, se basa en una técnica de enseñanza autoritaria, que centra en el profesor toda la comunicación informativa -poseedor del conocimiento y del método- relegando a los estudiantes un papel pasivo y receptivo.

Es la concepción bancaria de la educación que Paulo Freire describió con singular crudeza²¹².

Los rasgos distintivos de este modelo de docencia son:

- Verticalismo, al favorecer relaciones en el salón de clases, de tipo jerárquicas, de subordinación, competitivas, etc. Un superior (maestro) y subordinado (alumno).
- Autoritarismo, al dar la voz a uno de los actores: el docente.
- Verbalismo, al desarrollar las clases preferentemente a través de las exposiciones magistrales, que sustituyen a la realidad y a las fuentes del conocimiento mismos.
- Intelectualismo, al dar más importancia al desarrollo cognoscitivo del alumno (repetición memorística), dejando de lado las áreas afectivas y de los valores, separando el aula de toda relación con la realidad social circundante.

Estas premisas se presentan en materia de concepto de aprendizaje, objetivos, contenidos, actividades y evaluación, en los cuales el subjetivismo docente excluye al estudiante de toda participación y de relaciones humanas de igualdad y respeto.

²¹¹ WITKER VELÁSQUEZ, Jorge, *Metodología de la Enseñanza del Derecho. Crítica metodológica*, Quito, Editorial Universitaria, 1979. WITKER VELÁSQUEZ, Jorge, “Docencia crítica y formación jurídica”, en ÍDEM, *Antología de Estudios sobre Enseñanza del Derecho*, México, Coyoacán, 2013, pp. 231 y ss.

²¹² FREIRE, Paulo, *Pedagogía del Oprimido*, México, Siglo XXI Editores, 1973, p. 70.

Se presenta y reproduce este modelo con perfiles acendrados en cualquier escuela o facultad de Derecho en México y América Latina, al cual debe adicionarse un factor sociopolítico evidente. El operador jurídico en México es el intelectual orgánico del sistema político, que, como docente, magistrado, juez o notario, hace más ideología jurídica que ciencia del derecho.

- Docencia tecnocrática: dicho modelo educativo surge en Estados Unidos y concibe la tarea docente como una actividad “neutral” que adiestra a los estudiantes con base en estímulos premio-castigo, descontextualizando los contenidos histórico-sociales de las disciplinas científicas. Este modelo se sustenta en la psicología conductista, que considera que el aprendizaje es registrable vía cambios observables, que experimentan los estudiantes en su conducta.
- Para dicho modelo, los objetivos de aprendizaje son la descripción y delimitación clara, precisa y unívoca de las conductas que se espera que el estudiante logre y manifieste al finalizar un ciclo de instrucción. De su formulación parte la acción educativa.
- Los contenidos informativos, por su parte, se unen a la conducta (conducta-contenido) y desglosan y disgregan materias con la que se descontextualizan y neutralizan de toda relación valorativa y sociopolítica.
- Las actividades de aprendizaje buscan reforzar las conductas programadas, propiciando y controlando estímulos, ayudados por medios tecnológicos complejos que despiertan en los alumnos un interés y motivación evidentes.
- En cuanto a la evaluación del aprendizaje, se orienta a la verificación de los objetivos planteados en las metas, busca evidencias exactas y directamente relacionadas con las conductas formuladas en ellos.
- Docencia crítica: como reacción a la docencia tradicional y al modelo tecnocrático, surge la docencia crítica, que concibe la educación como la disciplina que aborda el proceso de enseñanza-aprendizaje, no pura dictar normas sobre su “deber ser” pura alcanzar un ideal propuesto, sino para analizar y desentrañar los aspectos contextuales que inciden en él. Su fin no es alcanzar un modelo de lo que se considera “una buena enseñanza”, sino lograr una labor docente más consciente y significativa, tanto para docentes como para alumnos.

- En efecto, profesores y alumnos tienen que asumir papeles diferentes a los que tradicionalmente han desempeñado, recuperando para ellos mismos el derecho a la palabra y a la reflexión sobre su actuar concreto. Se trata de humanizar las relaciones docentes con base en premisas de respeto, solidaridad, cooperación e igualdad, lejos de las jerarquías arbitrarias de la docencia tradicional.
- Como se ve, se trata de explicar el fenómeno educativo desde una perspectiva más amplia que la del salón de clases: desde la escuela y desde la sociedad. Esto permite ubicar a la tarea docente, y conocer cuáles son sus limitaciones y potencialidades reales, cuáles son los elementos que desde fuera o desde dentro del salón de clases están influyendo y condicionando b. labor del docente, cuáles son los problemas que, aunque se presentan en el aula, no tienen una explicación ni una solución en ella, pues son reflejo de un problema social complejo. Estamos hablando, entonces, de tres niveles de análisis para comprender el fenómeno educativo desde el aspecto social (en donde se analizan las causas políticas, económicas, culturales, etc., que explican y determinan fenómenos que se presentan en el aula), escolar (en el cual es necesario analizar el conjunto de costumbres que se han convertido en normas y principios que se aplican con rigidez, en forma impersonal, y que necesariamente se reflejan en el aula: edificios especiales para la enseñanza, horarios fijos para aprender, programas de estudios preestablecidos, calendarios para evaluar, etcétera), el del aula (en donde el profesor enfrenta básicamente tres problemas: las propias concepciones que el profesor y alumnos tengan de qué es enseñar la materia, y aprender, y de cómo repercute en el aprendizaje práctico; las relaciones interpersonales que se dan en el aula; y, la selección de los contenidos a manejar de la materia).
- Docencia digital: ha ido surgiendo, con los procesos de globalización, y coyunturalmente con la extensión de la pandemia del COVID en el mundo, y en México en particular, la necesidad de incorporar los medios electrónicos y digitales a una docencia virtual, que, si bien separa al docente de los estudiantes, por lo menos, a nivel de información, se han estado desarrollando estrategias en tal sentido, como las aulas digitales, en donde plataformas electrónicas o virtuales de diferentes tipos (como el

Zoom y otros) han permitido un ejercicio de la docencia más allá de las fronteras físicas del aula tradicional²¹³.

- El uso de la plataforma Zoom permite el acceso de los estudiantes al conocimiento de los contenidos necesarios en su formación universitaria, superando las brechas de la distancia física, especialmente en tiempos como los actuales, caracterizados por las clases *online*, a través de medios amigables y de fácil acceso. En el caso de Zoom, los requerimientos básicos están dados por la posibilidad de disponer de una computadora (de escritorio o portátil) o de cualquier otro dispositivo móvil (teléfono celular o *tablet*), conexión estable a internet, una cuenta de correo electrónico, la iluminación y tranquilidad suficiente. Las sesiones las organiza un “anfitrión” (ya sea el profesor de la Facultad, u otro funcionario universitario de cómputo), quien entrega a los asistentes la clave de acceso (o contraseña) para que puedan ingresar de forma personalizada. Normalmente existe la limitación de que sólo se puede acceder por el lapso de una hora, con la posibilidad de extensión por más tiempo si el “anfitrión” tiene una cuenta menos limitada de Zoom. Lo anterior permite la interacción entre alumnos y profesor, compartir contenidos en la pantalla, entregar información complementaria, grabar la sesión correspondiente (que puede ser compartida, posteriormente, entre los asistentes), y editar la información y sesión por esta plataforma²¹⁴.

4.3.4.3 El Derecho como una enseñanza universitaria

Postulamos una metodología activa de la enseñanza jurídica, que ubique en el centro del proceso a los estudiantes, y que releve al maestro a una tarea de coordinación y apoyo al trabajo autónomo y creador que el estudiante debe desplegar en forma autónoma e independiente.

Como el mercado laboral del abogado en México ha estado en permanente expansión, sólo hacia 2014 se registran más de 1,400 escuelas

²¹³ Vid. documento Aulas Virtuales, UNAM.

²¹⁴ AA. VV., *Videoteca Académica de Licenciatura. Guía técnica para grabaciones (material para colegios, seminarios y profesores)*, México, Facultad de Derecho de la UNAM, 2020, s.l.r.

y centros de estudio del Derecho en nuestro país²¹⁵, fenómeno este que ha provocado una degradación de los estudios jurídicos y se ha convertido en empresas de lucro, con escasa o nula vocación científica y docente, con lo cual la cultura jurídica nacional, en vez de progresar y enriquecerse, a nuestro entender se ha devaluado, especialmente a partir del año 2000, en que la Secretaría de Educación Pública (SEP) autorizó indiscriminadamente el Registro de Validez Oficial (RVOE), flexibilizando inapropiadamente los registros y controles, con lo cual la proliferación de Licenciados en Derecho ha sido un factor poco estimulante para las profesiones jurídicas.

4.3.5. Otros

En materia de la enseñanza del Derecho, por el proceso de la digitalización, la enseñanza a distancia, así como la virtual, se han incorporado con una serie de técnicas, en donde se habla de las “aulas virtuales”, tratando de adaptar a las estrategias de docencia presencial, los instrumentos electrónicos y digitales que las TICs han desarrollado en el mundo global, así como la incorporación de las tecnologías de las 4G y 5G.

²¹⁵ CARBONELL, Miguel, “¿Demasiados abogados?”, *revista Hechos y Derechos*, núm. 23, UNAM, 2014, disponible en <https://bit.ly/35dU2op>