

V. LAS APLICACIONES DEL MÉTODO JURÍDICO EN DIVERSAS ÁREAS	171
Introducción	171
Creación del derecho	174
Consideraciones generales	174
El proceso legislativo	175
Denominación de la ley o decreto	179
Aplicación del derecho	184
Método exegético	185
Método sistemático	186
Método sociológico	186
Metodología en la enseñanza del derecho	187
Docencia tradicional	187
Docencia tecnocrática	188
Docencia crítica	189
La investigación jurídica	190
Generalidades	190
Metodología de la investigación jurídica	192

V. Las aplicaciones del método jurídico en diversas áreas

INTRODUCCIÓN

Según sea la posición epistemológica que se asuma, la metodología jurídica, será a su vez diferente. Se puede afirmar, que no hay un método único para abordar el fenómeno jurídico en sus diferentes momentos de existencia.

Al efecto, un autor señala:

el estudio de los métodos jurídicos es complejo, en cuanto a que la metodología obedece a la concepción que sostienen los juristas o, en su caso, los filósofos del derecho sobre el objeto del mismo; de tal manera que han integrado diferentes escuelas como la histórica, la del dogmatismo, la de la exégesis, la del realismo jurídico, la de la jurisprudencia de intereses o la sociológica.

En el contexto anterior, la metodología jurídica se ha centrado en un recuento de escuelas de pensamiento que han existido a lo largo de la historia, siendo los textos de Karls Larenz, Francesco Carnelluti, Ramón Badenes y Antonio Hernández Gil, los exponentes más representativos de esta tendencia.

Nuestra posición al respecto se aleja de esta tendencia, para retomar la tesis de Héctor Fix Zamudio, que con un criterio más pragmático señala que

la metodología del derecho o metodología jurídica, es la disciplina que se ocupa del estudio de los instrumentos técnicos necesarios para conocer, elaborar, aplicar y enseñar ese objeto del conocimiento que denominamos derecho.¹

Antes de proceder a analizar las cuatro áreas en las cuales se aplica el método jurídico, nos parece pertinente señalar lo que algunos autores han expresado respecto al método del derecho.

En efecto, Kelsen afirma que

¹ Fix Zamudio, Héctor, *Metodología, docencia e investigación jurídica*, 3a. ed. Editorial Porrúa, México, 1988, p. 23.

el método del derecho es normativo, pero no por crear normas, sino porque trata de captarlas o de comprenderlas. Dirigiéndose a la idealidad, tiene además la característica de ser puramente formal o conceptual, liberando a la ciencia jurídica de elementos extraños pertenecientes a otra disciplina, y evitando con ello un sincretismo metódico.²

Por su parte Antonio Hernández Gil, expresa:

La teoría del método implica una actitud previa ante el problema de la esencia, el origen y el fin del derecho. Por lo que será, en gran medida, determinada por la posición que adopte ante él, aunque esto no sea un aspecto de la teoría del método, sino sólo un presupuesto.³

La posición de Hernández Gil, la cual compartimos, evidencia una distinción que hemos advertido en capítulos anteriores de este libro, en el sentido que en las ciencias sociales, consecuentemente en el fenómeno jurídico, hay que distinguir un ángulo epistemológico (reglas del pensar jurídico o presupuesto, según Hernández Gil) y, un ángulo teórico-metodológico, al cual se recurre por elección racional del investigador o conocedor del derecho al momento de elaborar el objeto del conocimiento jurídico.

Esta distinción es básica, pues para Kelsen y los normativistas el derecho está dado en su idealidad formal o conceptual, y el sujeto u operador del derecho sólo tiene que aplicar reglas parametrales ya elaboradas, para penetrar o analizar una estructura ontológica ya cosificada.⁴

Aceptada la distinción entre epistemología (presupuesto) y metodología (teoría) antes descrita, se hace necesario aclarar en parte el significado del vocablo método que, aplicado al mundo del derecho, se presenta como multívoco y polivalente a saber:

Se identifica primeramente una manera filosófica de concebir el método jurídico cuyo objeto lo constituyen las reglas de la lógica, así como los medios e instrumentos de la interpretación o epistemología, para acotar el objeto del derecho.

Desde esta perspectiva, los métodos más eficaces son la inducción, la deducción, el análisis, o la síntesis, preconizados como diversas corrientes jurídicas como el realismo, el formalismo jurídico, o bien, como el subjetivismo del derecho.

La segunda orientación metodológica es la estrictamente científica, aplicada al objeto del derecho, tiene el propósito de desarrollar las técnicas, mecanismos e instrumentos idóneos, como lo dice Fix Zamudio, para la operación, investigación enseñanza y aplicación del derecho.

² Esquivel Pérez, Javier, *Kelsen y Ross. Formalismo y realismo en la teoría del derecho*, UNAM, México, 1980, pp. 20 y 21.

³ Hernández Gil, Antonio, *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*, Editorial Civitas, Madrid, España, 1976, p. 12.

⁴ Zelman, Hugo, *Los horizontes de la razón*, Dos tomos, Editorial Anthropos, Barcelona, 1942.

En otras palabras, el método es el conjunto de reglas científicas idóneas para identificar, interpretar y entender el vasto campo del derecho.

Es por esto que, en esta perspectiva la concepción metodológica se ha calificado como técnica jurídica y también algunos autores han calificado a la ciencia jurídica como jurisprudencia técnica.⁵

Es la tercera orientación de la metodología de diversas corrientes jurídicas históricas.

Otra forma de considerar al método, se referiría al conjunto de elementos, reglas e instrumentos concretos para la realización adecuada de un estudio científico sobre el derecho. En este sentido, la noción de método que propone Fix Zamudio se parece más a la de la técnica de investigación jurídica en un sentido general.⁶

Dado el carácter múltiple de los niveles u objetos del derecho, no es posible definir para el conocimiento del mismo, un solo método, sino que más bien se podría hablar de una unión metodológica, en cuanto que, si bien es posible estudiar e investigar sobre algún aspecto específico del derecho con un método particular, esto no permite la visión general si no analiza el resto de los elementos que componen el fenómeno jurídico y, para hacerlo, se requiere conocer las diversas posiciones doctrinales que identifican al objeto del derecho en sus diversos niveles o dimensiones, las cuales constituyen en sí metodologías específicas de examen.

Para completar estas ideas introductorias, nos parece pertinente asumir frente al fenómeno jurídico, una posición clara y sin ambigüedades.

El derecho como ciencia social está sujeto a un proceso que se inicia con el nacimiento de las instituciones que regulan la conducta humana, que se perfeccionan mediante el análisis de la historia y la reflexión, y se extinguen o desaparecen, cuando se tornan inútiles o se juzgan manifiestamente injustas. Como ciencia del espíritu, el derecho es un hecho cultural, en cuanto expresa la preocupación del individuo social, por mantener el precepto que garantiza la convivencia y dar origen a instituciones nuevas pero necesarias para el bien común.⁷

De lo anterior se colige, que constituyen al fenómeno jurídico ingredientes inseparables de iguales niveles y jerarquías: hechos, valores y normas y, al respecto coincidimos con Miguel Reale, cuanto expresa textualmente:

a) Dondequiera que haya un fenómeno jurídico hay siempre necesariamente un hecho subyacente (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 u objetivo

⁵ García Máñez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 7a. ed., en el uso de la expresión.

⁶ Cotejese esta opinión con la definición en "En torno a...", *op. cit.*, p. 27.

⁷ Lamprea Rodríguez, Pedro Antonio, *Metodología jurídica*, Editorial Librería del Profesional, Colombia, 1982, p. 23.

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.

b) Dichos elementos o factores (hecho, valor y norma) no existen separados unos de otros, sino que coexisten en una unidad concreta.

c) 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 histórica-cultural) de tal modo que la vida del derecho resulta de la interacción dinámica y dialéctica de los tres elementos que la integran.⁸

Con base en lo anterior, procederemos a vincular los niveles epistemológicos y metodológicos que convergen en el fenómeno jurídico, y que actúan ineluctablemente en las cuatro áreas de aplicación de los métodos jurídicos.

CREACIÓN DEL DERECHO

Consideraciones generales

La creación del orden normativo, espacial y temporal, corresponde al tipo de sistema jurídico en que se esté realizando el análisis. No es este el lugar para describir los sistemas jurídicos contemporáneos que bajo ambientes histórico-culturales distintos, plasman ordenamientos jurídicos diferentes.⁹

De los sistemas jurídicos contemporáneos, debemos destacar el sistema jurídico continental románico, matriz que ilumina al derecho mexicano, y el sistema jurídico anglosajón, cuyos perfiles y matices culturales son diferentes, pero que con ocasión de los procesos de globalización y regionalización económica, tienden a converger en procesos tan complejos y profundos como el vigente Tratado de Libre Comercio de América del Norte, fuente jurídica fundamental para el estudio de nuestro derecho positivo interno.¹⁰

Las diferencias de este tipo de sistemas jurídicos influyen decididamente en las llamadas fuentes generadoras de normas jurídicas, sobre las cuales deben actuar los niveles epistemológicos y metodología del derecho.

En efecto, cada sistema jurídico tiene su propio mecanismo generador de normas jurídicas. Nuestro sistema adscrito al romano-germánico, tiene a la ley como fuente principal, considerando el resto de los mecanismos generadores de derecho en forma secundaria o subsidiaria. Otro sistema jurídico, como lo es el anglosajón, tiene en los precedentes y la costumbre su fuente hegemónica.

⁸ Reale, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1989.

⁹ Ver Fix Zamudio, Héctor, *Metodología, docencia e investigación jurídica*, Porrúa, México, 1988, p. 259.

¹⁰ Witker, Jorge, *Introducción al derecho económico*, Harla, México, 1996, p. 156.

Pese a lo anterior, las diferencias de sistema no sólo se expresan en el ámbito de las fuentes del derecho, pues el fenómeno jurídico es una expresión sociocultural mucho más trascendente que diferencias de carácter de técnica jurídica.

El legislador, en consecuencia, es el creador del derecho y la metodología que utiliza se expresa en lo que llamamos el proceso legislativo.

El proceso legislativo¹¹

El acto de legislar que comprende el proceso de elaboración, discusión y aprobación de los ordenamientos que rigen la vida de nuestro país en el ámbito federal, requiere de una profunda comprensión que promueva una legislación más depurada y simplificada y la haga accesible a la población a la que va dirigida.

Generalidades de las iniciativas

En el sistema jurídico nacional, la estructura de una iniciativa de ley consta de dos partes genéricas: la exposición de motivos y el contenido normativo. La parte normativa de una iniciativa de ley se divide en disposiciones permanentes y transitorias. La validez en el tiempo de las primeras es indefinido, hasta en tanto no se expida una ley o decreto posterior que las derogue, según sea el caso. En lo que respecta a las transitorias, éstas únicamente habrán de regir durante cierta etapa, determinadas situaciones jurídicas que se agotan con el transcurso del tiempo. Desde otro punto de vista, la parte normativa de una iniciativa puede ser dividida en libros, títulos, capítulos, artículos, secciones, incisos y párrafos.

El artículo, constituye en la legislación mexicana la unidad de división elemental del contenido normativo, y se compone de uno o más párrafos, pudiendo dividirse cuando las necesidades del numeral así lo exijan, utilizando letras o números romanos (incisos). La iniciativa contiene una proposición, y constituye el acto formal para poner en marcha el proceso legislativo, a fin de lograr la expedición de leyes o decretos. Es un documento que obliga a estudiar, dictaminar y resolver la promoción contenida en el proyecto, poniendo en movimiento al Poder Legislativo.

El Poder Legislativo Federal sólo puede crear leyes o decretos cuando medie iniciativa formal del presidente de la República, de los diputados y senadores del Congreso de la Unión, o de las legislaturas de los estados o las diputaciones de los mismos (art. 71 C). La Asamblea de Representantes del

¹¹ Estas ideas están tomadas de un documento oficial del Congreso de la Unión, mimeo, México, 1996.

Distrito Federal también puede presentar iniciativas ante el Congreso, en materias relativas al Distrito Federal (art. 73, frac. VI, 3a. base, C.). Si alguna entidad, sector o grupo de ciudadanos presenta una petición, a manera de iniciativa, ante alguna de las cámaras del Congreso de la Unión, dicha petición no puede poner formalmente en actividad el proceso legislativo mismo. El artículo 61 del Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso indica que dichas peticiones las turnará el presidente de la Cámara “a la comisión que corresponda, según la naturaleza del asunto de que se trate”, agregando que: “las comisiones dictaminarán si son de tomarse o no en consideración estas peticiones”. El citado artículo no debe entenderse en el sentido de que, si se dictamina favorablemente, la petición no puede considerarse formalmente como iniciativa, porque se vulneraría el artículo 71 constitucional, por lo que debe interpretarse bajo el concepto de que sólo puede dar el contenido material a una iniciativa, en todo o en parte, si los diputados o senadores que dictaminaron hacen suyo dicho contenido formalmente y presentan como propio el proyecto. Lo anterior se lleva a cabo en el ámbito legislativo del Congreso de la Unión, porque en el ámbito de las legislaturas locales varía según cada constitución local. En algunos estados, además de que los gobernadores y diputados locales tienen la facultad de iniciar algunas constituciones se las otorgan a los tribunales superiores de justicia y a los ayuntamientos; inclusive, algunos conceden iniciativa popular. El mayor número de iniciativas en el ámbito federal son presentadas por el presidente de la República, como ocurre en muchos otros países, ya que, por razón de sus atribuciones y la organización de la administración pública federal, es quien está en contacto directo con la realidad evolutiva del país en su conjunto y, consecuentemente, con sus problemas y necesidades que deben resolverse mediante la expedición de normas jurídicas, y cuenta con los mayores elementos y medios técnicos para poder elaborarlas en las dependencias del ejecutivo, de acuerdo con sus respectivas esferas de competencia.

Con excepción de la Ley Orgánica del Congreso de la Unión, que el ejecutivo no puede iniciar, vetar, ni promulgar (art. 70, C.), el propio ejecutivo tiene las más amplias facultades para presentar toda clase de iniciativas para la expedición de leyes o decretos. Inclusive, del texto constitucional puede interpretarse que para la expedición de ciertas leyes o decretos debe mediar iniciativa del presidente. Tal es el caso de la ley mediante la cual se suspenden las garantías (art. 29, C.), del decreto mediante el cual se declara la guerra (art. 73, frac. XII, C.), de la Ley de Ingresos y del Decreto de Presupuesto de Egresos, tanto de la Federación como del Departamento del Distrito Federal.

Contenido de las iniciativas

Aun cuando ni la Constitución, ni la Ley Orgánica del Congreso, ni el Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso, determinan nada al respecto,

tomando en cuenta la naturaleza misma de las iniciativas del Poder Ejecutivo, entendidas como proposiciones que un poder hace a otro, dichos proyectos deben formalizarse como una comunicación escrita que el presidente de la República dirige al Poder Legislativo, y que debe contener los siguientes elementos esenciales:

- a) La Cámara del Congreso de la Unión a la que se envía, que será la cámara de origen, debiendo dirigirse a los secretarios de la misma;
- b) La exposición de motivos;
- c) El apoyo constitucional para iniciar leyes o decretos;
- d) La denominación de la ley o el decreto;
- e) El cuerpo normativo de la ley o decreto que se inicia, con el texto de las normas que se proponen, incluyendo las principales y las transitorias; y
- f) La fecha y firma del presidente de la República.

Lo expresado anteriormente con relación al contenido de las iniciativas presidenciales, se refiere a los proyectos que se presentan ante el Congreso de la Unión para promover la creación de nuevas leyes y la expedición de modificación a normas constitucionales o legales, siguiendo el sentido que corresponde al artículo 71 constitucional.

Existen otras resoluciones que dicta el Congreso, o alguna de las cámaras en uso de facultades exclusivas, que tienen el carácter de decreto por virtud de lo dispuesto en el artículo 70 constitucional, cuyas promociones para provocar dichas resoluciones no pueden tomar la forma de las iniciativas a que antes se hace referencia y que, en consecuencia, serían ajenas al objeto de este trabajo. Tal es el caso de la aprobación de los tratados, que hace el senado (art. 76, frac. I, C.), o las autorizaciones que otorga el Congreso para que los ciudadanos puedan recibir condecoraciones de países extranjeros o trabajar para gobiernos del exterior (art. 37, inciso b, fracs. II y III, C.), o aprobar nombramientos. Tratándose de iniciativas del ejecutivo federal, corresponde la elaboración del proyecto a la dependencia que resulte adecuada según el ramo materia del proyecto (art. 12, Ley Orgánica de Administración Pública, LOAP). Ello resulta congruente con el artículo 90 constitucional, que organiza la administración pública federal centralizada en dependencias que constituyen esferas de competencia. En caso de leyes cuya materia no esté dentro de la esfera de la competencia de otras dependencias, corresponderá a la Secretaría de Gobernación formular los proyectos de iniciativas (art. 72, frac. XXIX, LOAP).

Cámara de origen y cámara revisora

En un sistema bicameral, como nuestro Poder Legislativo de la Federación, las iniciativas deben ser dirigidas a una de las cámaras que lo componen, la cual, dentro del proceso legislativo, actuará como cámara de origen, correspondiendo a la otra fungir como cámara revisora. Lo anterior se entiende cuando se trata

de decretos que deban aprobar ambas cámaras, pero no cuando se trata de asuntos de competencia exclusiva de una de ellas.

El proyecto no puede dirigirse de manera general al Congreso, porque afectaría el mecanismo del proceso legislativo y vulneraría lo dispuesto en el texto constitucional (arts. 71, 72 y 79, frac. III).

La Constitución (art. 72, inciso h.), establece que la formación de las leyes o decretos pueden comenzar indistintamente en cualquiera de las dos cámaras, con excepción de los proyectos que versaren sobre empréstitos, contribuciones o impuestos, o sobre reclutamiento de tropas, todos los cuales deberán discutirse primero en la Cámara de Diputados. En igual sentido el artículo 74, fracción IV, establece que los proyectos de leyes de ingresos de la Federación y del Departamento del Distrito Federal, se envíen primero a la Cámara de Diputados a fin de discutir las contribuciones que deban decretarse para cubrir presupuestos. En cuanto a los proyectos de decretos de presupuestos, se envían a la misma Cámara de Diputados, puesto que es ella a quien, sin intervención de la otra cámara, corresponde aprobarlos.

Salvo los casos antes citados, es el presidente de la República quien decide cuál será la Cámara de origen. Ha sido costumbre inclinarse a enviar a cierta cámara algunos asuntos, según la materia que regulan. Por ejemplo, se ha señalado normalmente al Senado como cámara de origen en asuntos que versen sobre derecho internacional, y a la Cámara de Diputados los que versan sobre monedas y temas financieros.

En los periodos en que el Congreso de la Unión se encuentra en receso, las iniciativas también deben ser dirigidas a la que será la cámara de origen, aunque se entreguen a la Comisión Permanente, para que ésta las turne a las comisiones respectivas de la cámara a la que van dirigidas, para su dictamen y despacho en el periodo inmediato de sesiones (art. 79, frac. III, de la C., 113 de la Ley Orgánica del Congreso General, LOCG, 85, 94 y 179 del Reglamento Interno). Lo anterior no rige cuando compete a la comisión por sí misma resolver la proposición, por estar en receso el Congreso de la Unión, como cuando se trate de autorizar al presidente a ausentarse del país, en cuyo caso se dirige a dicha comisión.

Tratándose de iniciativas de decretos para promover reformas a la Constitución, también corresponde dirigirlas a una de las cámaras del Congreso de la Unión, puesto que es a través de éste como el Ejecutivo se remite al Poder Revisor de la Constitución o Constituyente Permanente, como suele llamársele, integrado (art. 135, C.) por el Congreso de la Unión y las legislaturas de los estados.

Presentada la iniciativa ante la que será cámara de origen, el proceso legislativo tiene que seguir su curso normal, sin que el Ejecutivo pueda variar de destinatario. La Constitución establece, sin embargo, una excepción (art. 72, inciso i) cuando transcurra un mes sin que la comisión respectiva de la cámara de origen rinda dictamen, en cuyo caso puede el presidente presentar el mismo proyecto ante la otra cámara.

Denominación de la ley o decreto

En nuestro país se ha seguido la práctica de dar a los cuerpos normativos denominaciones que atiendan a la materia regulada, lo que tiene como propósito su identificación y la fácil referencia a ellos.

Son muchos los factores que hay que considerar para dar una denominación precisa al cuerpo normativo. La denominación idónea sería aquella que, siendo precisa y sencilla, permita distinguir al cuerpo normativo, de otros, dando al mismo tiempo la idea tanto de su ámbito material como espacial de aplicación y, en algunos casos, el ámbito personal de aplicación.

Distinción entre código y ley

Tradicionalmente, las disposiciones legislativas comienzan por precisar si se trata de un código, de una ley o de un decreto. La diferencia entre código y ley ha sido objeto de opiniones encontradas. Sin pretender dar una definición de lo que se debe entender por código, a continuación se recogen algunas acepciones de éste término.

La palabra “código”, según el *Diccionario Cabanellas*, proviene del latín *codex*, vocablo que se usó para calificar la obra compiladora de Justiniano.

Por autonomasia recibe el nombre de Código de Justiniano[...] que contiene una colección completa y ordenada de constituciones imperiales romanas, leyes, rescriptos, ordenanzas y otras disposiciones.

Se agrega en el citado *Diccionario* que la principal de las significaciones jurídicas actuales de la palabra código es: “colección sistemática de leyes”.

También según el *Diccionario* citado, la palabra código puede también definirse como: “la ley única que, con plan, sistema y método, regula alguna rama del derecho positivo”.

En las dos primeras acepciones, diversas leyes constituyen un código, en tanto que en la tercera, el código queda comprendido dentro del género ley.

En nuestro país se han presentado tanto una tendencia codificadora, como una contraria, que consiste en desmembrar un ordenamiento para formar leyes especializadas sobre sólo una parte de la materia total regulada por un código.

Cuando se ha dado este fenómeno, a la parte que se separa, se le ha dado el nombre de ley y al ordenamiento de que se desprende con frecuencia se le ha continuado llamando código.

Ejemplos de este fenómeno los podemos encontrar en las diversas leyes que se desprendieron del viejo Código de Comercio como son la Ley de Navegación y Comercio Marítimos, la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, etc. Cuando se da este desprendimiento, no se trata únicamente de un cambio de nombre de las normas que antes eran un libro, un título o un capítulo de un código.

Un ejemplo del procedimiento inverso, es decir, de diversas leyes que han dado materia a un código, es el caso del Código de Justicia Militar de 1933, que recogió el contenido de las siguientes leyes: Ley Orgánica del Ministerio Público Militar, Ley de Procedimientos Penales del Fuero de Guerra y Ley Orgánica del Cuerpo de Defensores Militares.

En este caso, diversas leyes llegaron a constituir un nuevo código, unificando en un todo homogéneo lo relativo a la justicia del fuero militar.

En la actualidad, como una corriente más moderna, también se usa la figura del código para designar al cuerpo normativo que, aunque no contiene en su totalidad la regulación de una rama del derecho, sí da reglas generales en la materia y es supletorio de leyes especiales. Este uso del término código se da en México con el Código Fiscal de la Federación, ya que existen diversas leyes fiscales que no forman parte de él, pero siguen su pauta. De acuerdo con esto, puede ser código aquel ordenamiento que está en el centro de una diversidad de leyes a las que irradian conceptos uniformes, terminológicos y normativos, dándoles homogeneidad.

Por tanto, para efectos de buscar la denominación idónea, es recomendable revisar si el cuerpo normativo en cuestión abarca toda una rama del derecho, o si sólo regula una parte de ella, el nombre aconsejable para este segundo tipo de ordenamiento sería el de ley. En cambio, si se trata de una compilación integral de las diversas instituciones de una rama del derecho, o si es un todo homogéneo, que unifica los aspectos conceptuales, orgánicos, sustantivos, y a veces adjetivos, el nombre adecuado es el de código.

Distinción entre ley y decreto

La distinción entre ley o decreto presenta otras particularidades. El vocablo "decreto" puede emplearse tanto para disposiciones emanadas del Congreso de la Unión, como para ciertas disposiciones que emite el presidente de la República. Para efectos de denominación, se necesita diferenciar entre ley y decreto del congreso. Sobre el particular, la Constitución mexicana, en su artículo 70 señala que toda resolución del Congreso tendrá carácter de ley o decreto.

La distinción entre ley o decreto se ha controvertido en doctrina. Al margen de esta controversia, de la tradición legislativa pueden desprenderse algunas reglas.

Cuando el Congreso de la Unión tiene como propósito específico reformar, adicionar o derogar una ley, se emplea la figura del decreto, con algunas de las siguientes fórmulas:

- a) "Decreto que reforma...";
- b) "Decreto que reforma y deroga...";
- c) "Decreto que reforma y adiciona...";

- d) “Decreto que reforma, deroga y adiciona...”, o
- e) “Decreto que modifica...”

Cabe señalar que, rompiendo esta práctica, el legislador ha optado por denominar ley al cuerpo normativo conocido como “miscelánea fiscal”, que siendo un decreto de modificaciones le ha denominado “ley que adiciona, reforma y deroga diversas disposiciones fiscales”.

También se denominan decretos, por aludir a actos determinados y no contener normas abstractas impersonales, las que aprueban tratados, y las que autorizan a recibir condecoraciones de países extranjeros, o al presidente de la República a ausentarse del país.

Denominación según el ámbito espacial de aplicación

El tema del ámbito espacial de aplicación corresponde desarrollarlo en la parte relativa al contenido de las normas; sin embargo, para fines de la denominación de los cuerpos normativos debe considerarse el efecto que aquél produce.

En un sistema federal como el nuestro, las leyes, por su ámbito espacial de validez, se han clasificado en federales y locales, dependiendo de si rigen en todo el territorio nacional o sólo en una de las entidades federativas, aunque puede suceder que una ley federal sólo se aplique en cierto ámbito local, como sería una ley que regulara lo relativo a las islas sujetas a jurisdicción federal.

La Constitución, para efectos de distribución de competencias entre los niveles de gobierno, recurre a diferentes sistemas. En ocasiones, encomienda expresa o implícitamente a la Federación el legislar sobre una materia, y en otras fija facultades al Congreso de la Unión para establecer la concurrencia de los niveles de gobierno en diversas materias, como es el caso de la salud (art. 4º), asentamientos humanos (art. 73, frac. XXIX, C.), ecología (art. 73, frac. XXIX, G) y educación (art. 3º).

Denominación según el ámbito material de aplicación

Dar el nombre a una ley por la materia que regula ha sido la práctica más frecuente en nuestro país. La fórmula seguida ha sido llamarles “Ley de...” o “Ley sobre...”.

Cuando se usa este sistema, es conveniente buscar la palabra o palabras que hagan referencia a la totalidad de lo regulado. Es útil que, desde la denominación, tanto los destinatarios, como los encargados de la aplicación de la norma, puedan tener una idea general de su ámbito material; pero también debe evitarse que, con el propósito de lograr una denominación precisa, se caiga en el extremo de dar un nombre tan largo que, posteriormente, haga difícil su identificación y dificulte hacer referencia a la misma. Como ejemplo de esta modalidad, se podría pensar en la Ley para Promover la Inversión Mexicana y

Regular la Inversión Extranjera, y la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados.

La exposición de motivos

El propósito de la exposición de motivos es 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 determinada.

Los motivos que apoyan una iniciativa comprenden, en primer término, una descripción objetiva del o de los problemas que originan la medida legislativa que se propone. Esa descripción, en ocasiones puede implicar el análisis de determinados hechos o circunstancias sociales del régimen normativo prevaleciente, señalándose por qué razones este último resulta insuficiente o ineficaz para regular adecuadamente el fenómeno. En otras ocasiones, la descripción del problema suele estar referida a una cuestión formalmente jurídica, de la cual se deriva el problema de que se trate, es decir, de normas vigentes que no resulten aptas para regular un fenómeno técnico jurídico, como en el caso de un procedimiento jurisdiccional que ha llegado a ser inadecuado, una forma organizativa o estatutaria obsoleta o perfectible o, en general, una forma de acontecer cuya existencia depende de la regla que la autoriza y rige.

Ámbito espacial de validez

Por su ámbito espacial de aplicación, conforme al sistema federal mexicano, las leyes se distinguen, de manera general, en federales, que se aplican en todo el territorio nacional o en zonas de jurisdicción federal; o en locales, que sólo alcanza su aplicación al territorio de una entidad federativa. Tratándose de iniciativas de leyes que se llegaren a proponer ante el Congreso de la Unión, correspondería, desde el punto de vista de su ámbito de aplicación, a leyes federales de observancia en todo el territorio o en zonas de jurisdicción federal, y a leyes locales cuando sólo sean aplicables en el Distrito Federal.

En algunos casos se han conjuntado, en un solo ordenamiento, normas aplicables en todo el territorio en materias de fuero federal y en el Distrito Federal en materias del fuero común o local como los casos de los Códigos Civil y Penal.

Ámbito temporal de aplicación

La regla es que la ley tenga carácter permanente, pero existen cuerpos normativos o preceptos que no tienen ese carácter como es el caso de aquellos que rigen durante un plazo fijo al término del cual, automáticamente, queda abolida su vigencia, por ejemplo la Ley de Ingresos de la Federación y la del Departam-

mento del Distrito Federal, al igual que el decreto que aprueba el Presupuesto de Egresos de la Federación y el que aprueba el del Departamento del Distrito Federal (arts. 73, fr. VII y 74, fr. IV, C.), los cuales tienen la vigencia de un año. Tal es también el caso de las normas, que por cumplirse el fin para el cual fueron dictadas se agota su eficacia, como los decretos del Congreso o la Comisión Permanente que autorizan al presidente de la República a ausentarse del país (art. 88, C.) que se agotan cuando el presidente hace uso de la autorización.

Las normas permanentes, al contrario, no pueden perder vigencia, si no es por otra norma posterior que así lo declare expresamente o resulte incompatible con algunas de aquellas, produciendo su abolición táctica.

Abrogación y derogación

El artículo 9º del propio Código Civil, establece las bases generales de la abrogación y derogación, disponiendo que la ley sólo queda abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare expresamente, o que contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles a la ley anterior.

Aun cuando en ocasiones las voces abrogación y derogación se han empleado con igual sentido, siguiendo la antigua tradición jurídica, debería usarse el vocablo *abrogar* cuando se trate de abolir o privar de vigencia a una ley o cuerpo normativo de manera completa, y el vocablo *derogar* cuando la abolición sea parcial, porque se priva sólo de vigencia a algunas de las normas de esas leyes, o se les limita su alcance de aplicación. El propio Código Civil al mencionar “abrogación o derogación” distingue que se use una u otra figura según corresponda, por el empleo de la conjunción disyuntiva.

El propio artículo 9º del Código Civil distingue la abrogación o derogación expresa o tácita. Dispone que es expresa cuando una norma posterior declara “expresamente” abolida una ley o norma anterior. En cambio, la considera como tácita cuando la ley posterior “contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con la ley anterior”.

Finalmente, la normatividad del proceso legislativo es la siguiente:

Artículo 50 Constitucional. Congreso General

Artículo 73 Constitucional. Facultad del Congreso

Artículo 76 Constitucional. Facultad del Senado

Artículo 74 Constitucional. Facultad de la Cámara de Diputados

Artículos 65 a 69 Constitucional. Periodo de sesiones.

Reglamento para el gobierno interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos.

En síntesis, el proceso legislativo metodológica y técnicamente comprende: iniciativa, discusión, aprobación, sanción, promulgación, publicación, vigencia.¹²

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 previstas.¹³

En cambio, la interpretación —explicación, esclarecimiento— jurídica, es la actividad por la cual se determina el sentido de las expresiones del derecho.¹⁴

Para Hans Kelsen la interpretación “es la determinación cognoscitiva de los significados posibles de las normas jurídicas”.¹⁵

La separación descrita entre aplicación e interpretación en el discurso jurídico no está totalmente aceptada, e incluso para Jorge Carmona 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.¹⁶

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 etapas:

1. Comprobación de que un hecho coincide con la hipótesis normativa. Se constatan los hechos y la calificación jurídica de los mismos.
2. Interpretación de las consecuencias normativas a personas específicamente determinadas.¹⁷

¹² Alonso González, Rosa María, *et. al.*, “Aplicaciones del método jurídico en diversas áreas” en, *Metodología jurídica*, SUA-UNAM, México, 1996, p. 253.

¹³ Tamayo y Salmorán, Rolando, *et. al.*, *Diccionario jurídico mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, UNAM, México, 1986, p. 184.

¹⁴ Carmona Tinoco, Jorge, *La Interpretación judicial constitucional*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, UNAM, México, 1996, p. 21.

¹⁵ Kelsen, Hans, *Teoría, fuerza del derecho*, UNAM, México, 1983.

¹⁶ Carmona Tinoco, *op. cit.*, p. 36.

¹⁷ Alonso González, Rosa María, *op. cit.*, p. 255.

Respecto a la aplicación e interpretación de las normas jurídicas conviene distinguir la que realizan los jueces y magistrados respecto a la que efectúan los órganos jurídicos de la administración pública (leyes aduaneras, ecológicas, etcétera.).

Al respecto, Lucila Caballero afirma con razón:

Las decisiones judiciales de interpretación no conllevan un efecto multiplicador, como lo llevan la mayoría de las veces, las decisiones de interpretación del órgano administrativo. Lo anterior se origina en razón del número total de aplicaciones e interpretaciones que cotidianamente se realizan por órganos de la Administración Pública (Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Secofi, IMSS, Banco de México, D.F., etc.) y que generalmente tienen que ver con un grupo o sector más o menos amplio de la sociedad.¹⁸

El método o métodos que aplica el intérprete de las normas jurídicas, estará en parte enmarcado por el tipo de creación de normas que haya realizado el legislador.

Un método formalista o dogmático nos orillará a utilizar técnicas de interpretación que algunos llaman también métodos de interpretación.

Desde esta perspectiva se distinguen tres técnicas argumentativas de interpretación: exegética; sistemática, y sociológica.

Método exegético

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, 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 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.

¹⁸ Caballero, Lucila, *Directivas legales de interpretación en materia administrativa*, Tesis doctoral, UNAM, México, 1996. p. 2.

Método sistemático

En el campo filosófico, Hegel fue el pensador que incorporó la idea de sistema a su análisis. Sin embargo, Kelsen, el jurista, fue quien lo plasmó de forma creativa en el área del derecho. Así, éste sostiene: “el derecho no es, como a veces se cree, una norma. Es un conjunto de normas que tienen el tipo de unidad a que nos referimos cuando hablamos de un sistema”. Es imposible captar la naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a una norma aislada. Así, para Kelsen el vocablo “sistema” significa aquello que constituye la forma del derecho.

El método sistemático recurre, para interpretar e investigar el derecho, a dos elementos: *i*) tipificar la institución jurídica, a la cual debe ser referida la norma para su análisis e interpretación, y *ii*) determinar el alcance de la norma interpretada, en función de la institución a la cual pertenece. En ambos, la norma constitucional juega un papel fundamental que da la naturaleza a todas las instituciones secundarias o subsistema. Así, en esta dicotomía, sistema (constitución) *versus* subsistema (norma secundaria), la validez de una norma está siempre en otra norma, nunca en un hecho.

Método sociológico

Este método se originó en el siglo XIX, se desarrolla en el presente, y conforma una respuesta a los dos métodos que dominaron sin contrapeso la ciencia jurídica de Occidente.

Varias escuelas lo estructuran, teniendo como fundamento la idea de que el derecho es un producto social y, como tal, no indiferente a la relación social que regula. Su principal exponente es el jurista francés Francois Geny, quien en su obra método de interpretación y fuentes del derecho privado positivo, plantea sus principios esenciales al efecto:

- i*) Cuando un aspecto jurídico no puede ser solucionado con las fuentes formales, es necesario que el intérprete e investigador cree o elabore por sí mismo el principio. Aquí, el juez tiene la facultad y la libertad, en función de la realidad social impetrada, de crear la norma como lo haría el legislador.
- ii*) Cuando la ley positiva carece de eficacia, la costumbre, la autoridad y la tradición deben llenar el vacío, buscando siempre regular con equidad la situación concreta escapada de la norma positiva.
- iii*) En cuanto al procedimiento a seguir, Geny expresa que hay dos posibilidades: 1) la interpretación por la fórmula del texto, y 2) la interpreta-

ción con la ayuda de elementos independientes de la fórmula; esto es, trabajos preparatorios, ideas reinantes, antecedentes históricos, dinámica social, legislación comparada, etcétera.

METODOLOGÍA EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

Si concebimos el método como “un procedimiento para tratar un conjunto de problemas”,¹⁹ el aprendizaje del derecho requiere una metodología que problematice la interacción maestro-alumno.

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.

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.

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

Docencia 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 crudeza.²⁰

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.

¹⁹ Witker, Jorge, *Metodología de la enseñanza del derecho*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1987, p. 114.

²⁰ Freire, Paulo, *Pedagogía del oprimido*, Siglo XXI, 1973, p. 70.

- 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.

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

Este 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 lo 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.

Este modelo docente se ha observado muy limitadamente en las escuelas y facultades de derecho en México, por causas culturales obvias, pero debido al impacto del Tratado de Libre Comercio de América del Norte no debe

descartarse, máxime que el derecho anglosajón comienza a permear algunas instituciones del derecho mexicano.

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 para dictar normas sobre su “deber ser” para 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 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 la 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:

- a) El social: en donde se analizan las causas políticas, económicas, culturales, etc., que explican y determinan fenómenos que se presentan en el aula. Por ejemplo, el fenómeno de la masificación de la enseñanza no se origina propiamente en la escuela, sino en las políticas educativas a nivel nacional; sin embargo, repercute en el salón de clases con el arribo de grupos muy numerosos, que obligan a los maestros a buscar formas de trabajo para grandes grupos.
- b) El 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 prestablecidos, calendarios para evaluar, etcétera.
- c) El del aula: en donde el profesor enfrenta básicamente tres problemas:

- i) Las concepciones que tanto el docente como los alumnos tienen sobre lo que es enseñar y lo que es aprender, y que repercuten en la tarea docente: la escuela es una institución con funciones, roles, normas y contenidos definidos previa e independientemente de los sujetos concretos que intervienen en el aula. La experiencia escolar ha asignado roles específicos a alumnos y maestros, por tanto el primer paso es cuestionar nuestras propias concepciones y las de nuestros alumnos. ¿De donde provienen? ¿Qué relación existe entre lo que creemos y nuestro quehacer cotidiano?
- ii) Las relaciones interpersonales en el aula: sabemos que hay un maestro que enseña y unos alumnos que aprenden unos contenidos que el plan de estudios propone. Pero ¿qué es lo que realmente se enseña y aprende en el salón de clases? Ciertamente, mucho más que mera información sobre la materia.
- iii) La selección de los contenidos a manejar.

Con respecto al aprendizaje, este modelo se considera como un proceso dialéctico, que se nutre de interacciones grupales e individuales, que actúan no sólo sobre el área cognoscitiva, sino en el campo del crecimiento humano integral.

Bajo la filosofía anterior, los objetivos de aprendizaje, los contenidos de enseñanza, las actividades de aprendizaje y la evaluación, son redimensionados en torno a una actividad participativa permanente, acompañada de una coordinación docente que estimula y propicia verdaderos aprendizajes significativos.²¹

LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Generalidades

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 misma.

²¹ Witker, Jorge (coord.), *Antología de estudios sobre la enseñanza del derecho*, UNAM, México, 1995.

Por ello, para hablar de investigación jurídica debemos despejar previamente aspectos epistemológicos y metodológicos, única forma de hacer que el trabajo de los juristas asuma un perfil científico indiscutible.

En otras palabras, más que detenernos en esclarecer qué es el derecho (como problema ontológico) se hace necesario determinar desde qué perspectiva observamos el fenómeno jurídico.

En este contexto de categorización se hace conveniente 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 c) como valor que aspira a una utopía de equidad, convivencia y paz entre los individuos y grupos sociales de un país determinado.

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

- a) 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.
- b) Dichos elementos o factores (hecho, valor y norma) no existen separados unos de otros, sino que coexisten en una unidad concreta.
- c) 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.²²

Finalmente, y en esta misma línea de pensamiento, nos permitimos transcribir un texto que expresa claramente el carácter cualitativamente distinto que es necesario imprimir a las investigaciones y tesis de grado en derecho:

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

²² Reale, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1989.

derecho, que no han sido fabricadas por el legislador en un determinado momento del tiempo 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.

Ahora bien, respecto al método jurídico, y en función de lo descrito anteriormente, la técnica de interpretación del derecho se entiende como cualquier técnica de aproximación al fenómeno jurídico en su realidad histórica, humana y social, para quienes aplican el derecho.

La técnica de aproximación no es más que la utilización de la razón, siendo ingrediente básico del pensamiento jurídico.

Por ello, y como vimos anteriormente, el fenómeno jurídico se presenta históricamente como una trilogía, que abarca simultáneamente hecho, valor y norma.

Aceptada esta herramienta conceptual, histórica, social y metodológica, cualquier institución, relación o figura del derecho puede abordarse desde esa vertiente múltiple.

Respecto a la norma o dogmática jurídica, se suele decir que bajo este prisma se investiga "lo que los hombres dicen que hacen con el derecho". En cambio, del hecho o conducta social impetrada se dice que bajo esta óptica se investiga "lo que los hombres hacen prácticamente con el derecho".

Respecto a la variable axiológica o valorativa, se suele afirmar que sobre la norma y el hecho social regulado hay valores o intereses protegidos, que entrecruzan el discurso normativo y su vivencia socio-histórica.

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-jurídica.

Metodología de la investigación jurídica

Despejado la perspectiva o categorización ante el fenómeno jurídico, surge el problema metodológico para elaborar construcciones de conocimientos o nuevos productos jurídicos.

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 explicar-nos un fenómeno o proceso. (Bunge)

En este pluralismo metodológico es posible detectar tres corrientes o líneas de investigación jurídicas: a) corriente formalista; b) corriente jusnaturalista; y c) corriente sociologista, realista o empírica.

El método o corriente formalista o dogmática

Una investigación jurídica dogmática es 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.

El objeto del derecho está, por tanto, constituido por las fuentes formales que lo integran. Todo el derecho debe necesariamente emanar de la ley, la costumbre, sus principios generales, el negocio jurídico y la jurisprudencia.

En síntesis, la dogmática jurídica, en general, se inscribe en el ámbito de pensamiento que ubica al derecho como una ciencia o técnica formal y, por consiguiente, como una variable independiente de la sociedad, dotada de autosuficiencia metodológica y técnica. En otras palabras, y coincidiendo con Harper: “Los dogmáticos y formalistas investigan lo que los hombres dicen que hacen con el derecho”. La finalidad de este tipo de investigación será evaluar las estructuras del derecho, y su materialización que se aúna con los llamados métodos o técnicas de interpretación de las normas jurídicas, en donde destacan lo exegético, lo sistemático, lo histórico, lo sociológico e incluso hasta lo gramatical.

La técnica o el “cómo hacer” una investigación de este tipo, está referida a la llamada técnica de investigación documental, que implica la localización de la información y su fichaje textual o de contenido, que sirve para fundamentar argumentativamente las partes subjetivas o conjeturas propias de las hipótesis de trabajo respectivas.

El método o corriente jusnaturalista o axiológico

Se trata de privilegiar los aspectos axiológicos y éticos de las instituciones y normas 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

Este tipo de investigaciones 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.

Para esta postura, el derecho es una variable dependiente de la sociedad, y sus expresiones normativas son los “datos” recogidos por el legislador, pero en todo momento reflejan relaciones sociales entre individuos y grupos sociales.

Las normas jurídicas no son “entes” muertos, que se separan de la vida social para ser analizados y descritos autónomamente, como lo afirman los dogmáticos-formalistas que anteriormente vimos sumariamente.

La rama de la ciencia jurídica que visualiza al derecho como un fenómeno jurídico social es la sociología jurídica, ciencia que se abre paso en la actualidad y que persigue medir la eficacia de la norma jurídica respecto a la realidad social impetrada o preserita.

En este contexto epistemológico de inscribir al derecho en el amplio horizonte de las ciencias sociales, debemos mencionar a los realistas, materialistas y sociologistas del derecho, que desde distintas ópticas ideológicas-valorativas estudian al orden normativo en medio de los factores económicos, sociales, antropológicos, psicológicos, políticos y culturales donde rigen y se aplican las normas jurídicas. La finalidad de este tipo de investigaciones es evaluar la finalidad y funcionamiento del derecho.

En consecuencia, una tesis de grado de derecho tipificada como realista, materialista o sociologista frente aun tema cualquiera, sigue una técnica y metodología diferente a las tesis dogmáticas o formales.

Para este método, que busca medir la eficacia de una institución o norma jurídica se requiere utilizar técnicas de investigación empíricas o de campo, esto es, encuestas, entrevistas y observaciones participativas e indirectas, para las cuales el investigador jurídico debe apoyarse en los especialistas respectivos en el amplio horizonte de las ciencias sociales y humanas, donde lógicamente, el derecho está inmerso.²³

²³ Witker, Jorge, *La investigación jurídica*, McGraw-Hill, México, 1996.