Como en las anteriores, en esta séptima edición el autor ha tenido el cuidado de actualizar y mejorar el contenido del texto. Así lo ha cumplido durante 23 años que tiene de publicada *Introducción al estudio del derecho*.

De la amplia gama de textos sobre teoría y filosofía del derecho y los conceptos fundamentales que se discuten, Pereznieto elige aquellos que enriquecen el panorama de esta obra introductoria y los expone con sencillez y claridad. Se precisan diversos conceptos generales, se amplía la bibliografía y se da mayor énfasis a los casos y ejemplos que ayudan al alumno a vincular la teoría con la práctica.

La estructura de la obra es la misma: en cada uno de los siete capítulos se inicia con objetivos y se termina con un resumen y un cuestionario; al final se incluye un glosario general.

En palabras del autor: "Se pretende que en todo momento la primera visión que el estudiante tenga del derecho se ciña a la realidad jurídica y social que se vive." Es un texto de gran utilidad para profesores, estudiantes y profesionales del derecho.

OXFORD
UNIVERSITY PRESS
derecho@oup.com
www.oup.com.mx

ISBN 978-607-426-215-5
9 786074 262155

COLECCIÓN TEXTOS JURÍDICOS UNIVERSITARIOS

Pereznieto Castro

Introducción al estudio del derecho

Séptima edición

OXFORD

Leonel Pereznieto Castro

Introducción al estudio del derecho

Séptima edición



Introducción al estudio del derecho

OXFORD UNIVERSITY PRESS

COLECCIÓN TEXTOS JURÍDICOS UNIVERSITARIOS

Introducción al estudio del derecho

Séptima edición

Leonel Pereznieto Castro
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

OXFORD
UNIVERSITY PRESS

OXFORD
UNIVERSITY PRESS

Oxford University Press es un departamento de la Universidad de Oxford,
el cual promueve los objetivos de excelencia en la investigación,
el aprendizaje y la educación, mediante publicaciones en todo el mundo.
Oxford es una marca registrada de Oxford University Press en el Reino Unido,
México y otros países.

D.R. © Oxford University Press México, S.A. de C.V., 2015

Av. Insurgentes Sur 1602, int. 11-1101 Col. Crédito Constructor, Benito Juárez
Ciudad de México, C.P. 03940
www.oup.com.mx

INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO
Textos Jurídicos Universitarios
Séptima edición: 2012
Sexta reimpresión: abril de 2017
ISBN 978-607-426-215-5

Autor: Leonel Pereznieto Castro
Director general: Arturo Aguinaga Vizcaino
Gerente de derecho y ciencias sociales: Karina Salgado Peña
Coordinadora editorial: Lilia Guadalupe Aguilar Iriarte
Edición: Lilia Guadalupe Aguilar Iriarte y Rutilo Olvera Argüello
Gerente de operaciones: Miguel Castro

Desarrollo editorial: Equipo Oxford

Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida en ningún
sistema electrónico o por cualquier medio, sin la autorización previa
por escrito de Oxford University Press México, S.A. de C.V. El editor no se
responsabiliza de los contenidos de las páginas web enlazadas
o referenciadas en esta publicación.

Se terminó de imprimir en los talleres de
Editorial Progreso, S. A. de C. V.
Naranjo núm. 248, Colonia Santa María la Ribera, Cuauhtémoc,
C. P. 06400, Ciudad de México.

En su composición se emplearon las familias tipográficas
ITC Giovanni Std (9 y 11 pts.), Dax (12, 13 y 24 pts.) y Utopia Std (10 pts.),
sobre papel Bond Kromos blanco Alta Opacidad de 75 g.
Impreso en México

A mis hijos Leonel
y Paola Renata,
con todo mi amor

Índice de contenido

Prólogo a la séptima edición xiii
Introducción xv
Siglas y abreviaturas xvii

1. El ser humano, sociedad, cultura y derecho 1

1.1 Introducción 1
1.2 El ser humano 1
1.2.1 Reglas internas 4
1.2.2 Reglas externas 6
1.3 El ser humano y el derecho 10
1.3.1 El ser humano y el Estado 17
1.4 Vida social y derecho 20
1.4.1 Cultura y derecho 22
1.4.2 Diferencias culturales 23
1.5 Elementos definitorios del derecho 25
1.5.1 Diferentes conceptos de derecho 26
1.5.2 Características relevantes del derecho 27
1.5.3 Concepto preliminar de derecho 35
Resumen 36
Cuestionario 38

2. Ciencia y ciencia jurídica 39

2.1 Introducción 40
2.2 Ciencia, ciencia jurídica, teoría y filosofía 40
2.2.1 Concepto de ciencia 40

2.2.2 Ciencias formales 41
2.2.3 Ciencias factuales 42
2.2.4 Ciencias normativas 43
2.3 Derecho y ciencias formales 52
2.4 Derecho y ciencias factuales o empíricas 54
2.5 Teoría 56
2.5.1 Introducción 56
2.5.2 Requisitos mínimos de la teoría 57
2.5.3 La teoría jurídica 67
2.6 Metodología y filosofía 73
2.6.1 Ciencia y metodología 74
2.6.2 La importancia del método en el estudio del derecho 92
2.6.3 Problemas fundamentales en los métodos jurídicos 93
2.7 Particularidades de la ciencia jurídica 98
2.7.1 Dogmática o sistemática jurídica 107
2.7.2 Filosofía 110
2.7.3 Filosofía jurídica 112
2.7.4 Sociología jurídica 113
Resumen 115
Cuestionario 117

3. Definición del derecho 119

3.1 Análisis de los elementos que integran el concepto de *derecho* 119
3.2 Definición de hechos y actos jurídicos 120
3.3 Características generales 122
3.4 Características particulares 125
3.4.1 Hechos jurídicos 125
3.4.2 Actos jurídicos 137
3.5 Solemnidades 153
3.6 Norma jurídica 156
3.6.1 Vigencia y validez 160
3.6.2 Validez de la norma 162
3.6.3 Eficacia de la norma 163
3.7 Valor 165
Resumen 168
Cuestionario 170

4. Órdenes normativos 171

4.1 Introducción 171
4.2 Conceptos genéricos de regla, norma y ley 172
4.3 Clasificación de las normas: orden jurídico, moral, religioso y reglas de trato social 173
4.3.1 Normas jurídicas 173
4.3.2 Normas morales 177
4.3.3 Normas éticas 180
4.3.4 Normas religiosas 185
4.3.5 Reglas del trato social 186
4.4 Criterios de analogía y distinción entre diferentes normas 187
4.5 Ámbitos de validez de las normas jurídicas 188
4.5.1 Ámbito espacial de la norma 188
4.5.2 Ámbito temporal de la norma 189
4.5.3 Ámbito personal de la norma 190
4.5.4 Ámbito material de la norma 191
4.5.5 Las normas jurídicas en relación con su jerarquía 191
4.5.6 Normas individuales y normas generales 195
4.5.7 Normas sustantivas, adjetivas, descriptivas o explicativas y conflictuales 196
4.5.8 Normas jurídicas sustantivas 196
4.5.9 Normas jurídicas adjetivas 199
4.5.10 Normas jurídicas descriptivas o explicativas 200
4.5.11 Normas jurídicas de conflicto 200
4.6 Otros conceptos jurídicos fundamentales 201
4.6.1 Nexo de imputabilidad 201
4.6.2 Personalidad jurídica 204
4.6.3 Objeto de la ciencia jurídica y del derecho 207
4.6.4 Derecho subjetivo y deber 207
4.6.5 Sanción o coacción 208
4.6.6 Responsabilidad jurídica 212
4.6.7 Antijuridicidad 214
4.7 Definición de la causalidad y su función en la ley física 215
4.8 El nexo contingente y su función en la norma primaria y en la secundaria 217
4.9 Conceptos de carácter real 218
4.9.1 Sociedad 220

4.9.2 Persona como entidad real 221
4.9.3 Autoridad política 221
Resumen 223
Cuestionario 228

5. Clasificación del derecho 231

5.1 Introducción 231
5.2 Derecho natural, derecho vigente y derecho eficaz 232
5.2.1 Derecho natural 232
5.2.2 Derecho natural como pensamiento revolucionario 235
5.2.3 El derecho natural como derecho divino 236
5.2.4 Aristóteles 237
5.2.5 El derecho natural en el pensamiento jurídico romano 237
5.2.6 Tomás de Aquino 238
5.2.7 La escuela clásica del derecho natural 238
5.2.8 Noción tradicional del derecho natural 239
5.2.9 Derecho vigente 241
5.2.10 Derecho eficaz 244
5.3 Derecho objetivo y derecho subjetivo 245
5.4 Derecho adjetivo y derecho sustantivo 247
5.5 Derecho público, derecho privado y derecho social 248
5.5.1 Derecho público 250
5.5.2 Derecho privado 262
5.5.3 Derecho social 288
5.6 Otras acepciones y ramas del derecho 293
5.6.1 Derecho aéreo 293
5.6.2 Derecho económico 294
5.6.3 Derecho fiscal 295
5.6.4 Derecho militar 295
5.6.5 Derecho canónico 295
5.6.6 Derecho marítimo 296
5.7 Derecho legislado, derecho escrito y derecho consuetudinario 297
5.8 Derecho federal, derecho estatal y derecho municipal 298
5.9 Derecho nacional, derecho internacional público y privado y derecho comunitario 299
Resumen 303
Cuestionario 306

6. Fuentes del derecho 309

6.1 Concepto de fuente y clasificación 309
6.2 Distinción entre fuentes formales, fuentes reales y fuentes históricas 310
6.2.1 Fuentes formales 310
6.3 Facultad reglamentaria 318
6.4 Proceso jurisprudencial 322
6.5 Proceso consuetudinario 328
6.6 Principios generales del derecho y la doctrina 332
6.7 Normas individualizadas: sentencias, contratos y actos unilaterales de la voluntad 336
6.7.1 Sentencia 337
6.7.2 Contratos y actos unilaterales de la voluntad 338
6.8 Fuentes reales 341
Resumen 345
Cuestionario 348

7. El Estado y el derecho 349

7.1 Concepto de Estado 349
7.2 Elementos del Estado 350
7.2.1 El pueblo 350
7.2.2 El territorio 353
7.3 El poder del Estado 356
7.4 Relación entre Estado y derecho 361
7.4.1 El Estado como forma de organización política 362
7.4.2 El origen y la evolución del Estado 363
Resumen 365
Cuestionario 366

Bibliografía 369
Glosario 383
Índice onomástico 399
Índice analítico 403

Prólogo a la séptima edición

A LO LARGO DE LOS 23 AÑOS QUE LLEVA PUBLICADA ESTA OBRA, HE TRATADO DE ir precisando, ajustando conceptos y explicaciones y, sobre todo, de ir poniéndola al día en sus diversas ediciones. Lo que se publica hoy sobre teoría y filosofía del derecho es una literatura considerable, y de los conceptos fundamentales que se discuten, escojo aquellos que pueden enriquecer el panorama que presento en esta obra introductoria, intentando traducir conceptos generales y complejos en un conocimiento más accesible para el estudiante.

Agradezco como siempre la amplia acogida que tiene esta obra y, en especial, los consejos y las ideas que me hacen llegar profesores y alumnos, que son los destinatarios de este esfuerzo. Al mismo tiempo, pido que cualquier comentario me lo dirijan al siguiente correo:

lpereznieto@jnabogados.com.mx

Quiero también agradecer al equipo de la gerencia editorial de derecho y ciencias sociales de Oxford University Press el magnífico trabajo que llevan a cabo sobre esta obra, que la hace más accesible.

Le doy gracias a la señora María Amelia Mazón Rueda, quien durante los últimos 30 años me ha ayudado con los manuscritos de mis obras a fin de que sean legibles y queden preparados para entregarse a la editorial.

Espero que para el lector esta obra sea verdaderamente una introducción al estudio del derecho y que facilite el acceso de los estudiantes a los siguientes niveles de estudio de esta disciplina.

El autor
Invierno de 2012

Introducción

LA ANTIGÜEDAD DEL DERECHO DEMUESTRA CÓMO EL INDIVIDUO HA PODIDO moldear sus conductas para el bienestar social y, al mismo tiempo, hace de su riqueza conceptual un amplio campo; por ello, en una obra introductoria es difícil seleccionar temas y conceptos. Sin embargo, es labor indispensable para brindar al lector, en su primer contacto con la disciplina, una vía que le facilite la comprensión de los conceptos fundamentales. He tratado en todo momento de apegarme a los planes y programas de las facultades y escuelas de derecho, especialmente a las de la Universidad Nacional Autónoma de México.

En la bibliografía jurídica mexicana hay trabajos importantes en materia de introducción al estudio del derecho, como son, entre otros, cuatro obras clásicas: las de Eduardo García Máynez, Luis Recaséns Siches, Óscar Morineau y Miguel Villoro Toranzo, todas ellas de indiscutible valor. Hay otras de formato pequeño, pero no menos importantes; tal es el caso de los trabajos de Trinidad García e Ignacio Carrillo Zalce. En un panorama bibliográfico casi completo, que incluye las obras citadas y otras muchas que sería interminable mencionar, he optado por escribir un trabajo con un fin específico: que se constituya en un libro de texto. Por esta razón no adopto postura alguna entre las diversas concepciones del derecho. Aunque muestro mis preferencias, hago el esfuerzo por describir un panorama lo más completo posible en una obra introductoria sobre los temas que integran esta disciplina, siempre con los límites claros en cualquier desarrollo de ideas, máxime que se trata de un libro de texto. Con objeto de que el lector pueda ampliar su conocimiento sobre los diferentes temas que se tratan, hago las referencias necesarias a pie de página para su localización.

De acuerdo con las líneas editoriales establecidas para la colección en la que se publica esta obra, me han guiado los principios siguientes: pre-

sentar textos breves, claros y sencillos, que eviten discusiones teóricas innecesarias; conservar la mayor objetividad posible en las explicaciones y sólo en casos necesarios verter mi opinión sobre algún tema; exponer, dentro de las limitaciones antes indicadas y con la mayor apertura posible, los conceptos jurídicos fundamentales. En el aspecto formal, se trata de acompañar el texto con objetivos de aprendizaje para guiar al estudiante respecto de la temática más importante, con resúmenes y cuestionarios al final de los capítulos para que repase los temas estudiados, así como diversos índices que faciliten el acceso a la obra.

Se pretende que en todo momento la primera visión que el estudiante tenga del derecho se ciña a la realidad jurídica y social que se vive, especialmente en un país como México donde, con frecuencia, media una gran distancia entre la teoría y la práctica.

Si este modesto aporte que ahora se publica cumple, aunque sea en parte, con los objetivos propuestos, se habrá logrado el fin que guía nuestra tarea.

El autor

Siglas y abreviaturas

a. C.	antes de Cristo
art.(s)	artículo, artículos
cap.(s)	capítulo, capítulos
CCDF	*Código Civil para el Distrito Federal*
CCF	*Código Civil Federal*
CC	*Código de Comercio*
CFR	*Cost and Freight* (trad. español: costo y flete)
CIF	*Cost Insurance and Freight* (trad. español: costo, seguro y flete)
dir.(s)	director, directores; dirigido por
DOF	*Diario Oficial de la Federación*
ed.(s)	edición; editor, editores; editado por
et al.	*et alii*: y otros, y colaboradores
etc.	etcétera
FOB	*Free On Board* (trad. español: libre a bordo)
fracc.(s)	fracción, fracciones
ibídem	la misma obra citada
Incoterms	*International Commercial Terms* (trad. español: términos internacionales de comercio)
LFT	*Ley Federal del Trabajo*
LGTOC	*Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*
LGSM	*Ley General de Sociedades Mercantiles*
loc. cit.	*loco citato*: en el lugar citado
núm.(s)	número, números, numeral, numerales
OACI	Organización de la Aviación Civil Internacional
ONG	Organismos No Gubernamentales
ONU	Organización de las Naciones Unidas
op. cit.	*opus citato*: obra citada

p., pp.	página, páginas
reimp.	reimpresión, reimpreso por
S. A.	Sociedad Anónima
S. C. por A.	Sociedad en Comandita por Acciones
SCL	Sociedad Cooperativa Limitada
SCS	Sociedad Cooperativa Suplementada
S. de R. L.	Sociedad de Responsabilidad Limitada
s., ss.	siguiente, siguientes
t.(s)	tomo, tomos
trad.(s)	traductor, traductores, traducido de, traducido por
vol.(s)	volumen, volúmenes

1 El ser humano, sociedad, cultura y derecho

Objetivos

Se pretende que el alumno:

- Comprenda que el derecho es un producto de la vida social.
- Entienda la diversidad cultural que se refleja en el derecho.
- Identifique los tipos de normas que rigen al individuo en sociedad.
- Distinga las características generales de las normas jurídicas.
- Señale los elementos definitorios del derecho.
- Comprenda en qué consiste el derecho.

1.1 Introducción

INICIAMOS CON EL ESTUDIO DE CUATRO TEMAS ESTRECHAMENTE VINCULADOS: el del ser humano como referencia básica de todo estudio sobre el derecho; el de la sociedad, que es el medio donde el ser humano vive y se relaciona; el de la cultura, que el ser humano genera en cada sociedad a través del tiempo, y el del derecho, como producto cultural del individuo y de su sociedad. Igualmente, apuntaremos algunos aspectos del concepto del *derecho* que nos permitan introducirnos en los capítulos siguientes y concluiremos con una definición preliminar de ese concepto.

1.2 El ser humano

EL SER HUMANO OCUPA, JUNTO A OTROS SERES, UN LUGAR EN LA NATURALEZA. Se diferencia de esos otros seres en los productos o las manifestaciones

culturales que refleja en el derecho. Se ha concebido al derecho con el objetivo de estabilizar la intención de las conductas humanas a fin de hacer posible la convivencia entre los hombres.[1] Tal estabilización es necesaria debido a que los instintos de los seres humanos no conocen un camino definido para satisfacer sus impulsos y necesidades. Esta falta de definición da lugar a la imprevisibilidad de las conductas humanas, la cual debe ser compensada mediante normas jurídicas que la estabilicen, que configuran el derecho y que, como tales, son una creación cultural.[2]

Sin embargo, para que esa estabilización de conductas sea un hecho generalizado en la sociedad debe existir una concepción de *justicia* que articule sus valores e ideales y que éstos se encuentren representados en la Norma Suprema como objetivos que deben cumplirse y respetarse. Al mismo tiempo, tales objetivos representarán las aspiraciones de esa sociedad. En la medida en que dichos objetivos se alcancen se logrará una mayor unidad social, que pueda resistir con estabilidad los cambios de circunstancias y los desplazamientos de poder[3] de los diferentes grupos de interés que conforman esa sociedad.

Un ejemplo de lo que acabamos de decir lo encontramos en la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (en adelante, la Constitución). En su art. 17, primer párrafo, prescribe: "Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho." Para que esto se cumpla establece en su segundo párrafo: "Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales..." Dicho en otras palabras, a la regla de regulación de conductas, que es un objetivo en la sociedad (evitar la violencia), es necesario otorgarle la máxima efectividad posible, pero como ésta no basta, se establece la vía para dirimir los conflictos ante los tribunales.

Es importante que existan reglas en la sociedad que sirvan para que ésta se expanda, crezca y satisfaga las necesidades básicas de sus miembros y, al mismo tiempo, equilibre e incluso prevenga los conflictos que se generan permanentemente en ella por la búsqueda de satisfactores que sus miembros ejercitan con intereses individuales, distintos y en ocasiones antagónicos. La prevención y resolución efectiva de las controversias, así como la promoción de conductas positivas, alientan el desarrollo de la sociedad y garantizan una convivencia armoniosa que fomenta el crecimiento de valores que enaltecen a dicha sociedad.[4] Se crea una conciencia moral[5] de vivir en una comunidad cuyos miembros se esfuerzan para que todos alcancen un nivel de vida digno. Éste sería el fin último que persigue el derecho.

[1] Joachim Lampe, *Grenzen des rechtspositivismus*, W. de G., Hamburgo, 1988, p. 24.
[2] Joachim Tenbruck, *Die kulturellen grundlage der gesellschaft*, Humboldt & Dunkler, Berlín, 1989, p. 15.
[3] John Rawls, "The idea of an overlapping consensus", en *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 7, 1987, pp. 1-25. Su obra fundacional más importante es: *A theory of justice*, Oxford University Press, Oxford, 1971, traducida al español por el Fondo de Cultura Económica.

El ser humano, como individuo, tiene esencia y existencia particulares, que lo constituyen como unidad independiente y a la vez distinta de los demás individuos que, con él, habitan la Tierra. Ese ser humano se encuentra condicionado de manera necesaria, en cuanto a sus características propias, por sus circunstancias espaciales e históricas.[6] Para la persona humana —entendida en su totalidad psicobiológica y en las condiciones socioculturales en que se halla enclavada, las cuales determinan su existencia histórica—, el derecho representa una parte esencial de los valores a los cuales aspira; es decir, a los mínimos de seguridad, certeza, igualdad, libertad y justicia. [7]

El ejemplo lo tenemos en la cita que hicimos del art. 17 constitucional; es decir, cuando se prohíbe la justicia por propia mano, existe la certeza de que el conflicto puede dirimirse ante los tribunales. En estas circunstancias habrá igualdad en la medida en que los tribunales estén expeditos para administrar justicia a todas las personas que la requieran. Existe la libertad de recurrir a dichos tribunales, apelar a la justicia que imparten y tener la seguridad de que los conflictos sociales pueden resolverse.

Debido a que los individuos son diferentes y a que sus objetivos, expectativas y circunstancias son diversos, es importante que cuenten con principios básicos que les faciliten la vida en sociedad.

[4] "El origen de la responsabilidad personal se encuentra fuera del cerebro de la persona y es una consecuencia del contrato social entre dos o más individuos". Michael Gazzaniga, *Who's in charge? Free will and the science of brain*, Constable & Robinson, Londres, 2011, p. 260.
[5] Por "conciencia moral" me refiero a lo que Ronald M. Dworkin entiende por "principios jurídicos", es decir, "una clase de norma que establece una meta que ha de alcanzarse, generalmente en orden al perfeccionamiento de algún aspecto económico, político o social de la colectividad", *Filosofía del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México 1980, p. 75.
[6] Gerd Reinhold, Siegfried Lamnek y Helga Recker, *Soziologie-lexikon*, R. Oldenburg Verlag, Munich, 1992, p. 48.
[7] Edgar Bodenheimer, "Philosophical anthropology and the law", en *California Law Review*, vol. 59, 3, Berkeley, 1971, pp. 653 y siguientes.

Por ejemplo, todo ser humano espera que sus acuerdos y convenios sean respetados (seguridad), que conozcan con claridad a qué se obligan y cuáles son las consecuencias de esa obligación (certeza), que los derechos y las obligaciones que se deriven de sus acuerdos sean recíprocos (igualdad), que puedan decidir acerca de la celebración de los convenios o acuerdos que sean favorables a sus intereses (libertad) y que, junto a los otros individuos con los que acuerden o convengan, esperen beneficios equivalentes (justicia).

Sin embargo, la realidad muestra que, en ocasiones, quienes convinieron en cumplir un acuerdo o un convenio no lo hacen, o debido a circunstancias ajenas a ellos les resulta imposible tal cumplimiento. En este sentido, también deben existir reglas para hacer cumplir al moroso o repartir equitativamente los daños cuando no fue posible el cumplimiento de los acuerdos, por causas que están más allá de la voluntad del que quedó obligado.

Así, el individuo requiere que la sociedad de la que forma parte esté regulada por normas que ordenan la vida social. Nos hemos referido al derecho que establece los principios básicos que facilitan la vida en sociedad a ese individuo. Pero en la sociedad también existen otras normas que ordenan la vida social. Si bien retomaremos este tema más adelante, ya que es uno de los ejes básicos de esta obra, con objeto de tener una primera definición del concepto de *derecho* conviene referir una distinción básica respecto de las otras normas que rigen también al individuo en la realidad social: las normas morales, las religiosas y las de protocolo, y aprovechar para hacer una primera caracterización con las normas jurídicas.

1.2.1 Reglas internas

Entre las normas internas del individuo tenemos principalmente dos: la norma moral, que "tiende a la perfección de la persona y al desarrollo de su conciencia, y por otra parte, la norma religiosa que vela por la salud del ser humano en el reencuentro de amor con Dios".[8] Aun cuando retomaremos con más detalle este tipo de reglas (véase 4.2), a partir de estas definiciones podemos hacer un primer deslinde. Una persona se comporta de acuerdo con las normas morales de una sociedad determinada cuando actúa con honestidad respecto de las demás personas, cuando sus actos

[8] Jean-Luc Aubert, *Introduction au droit et themes fondamentaux*, 8ª ed., Armand Colin, París, 2000, p. 8.

son acordes con lo que la sociedad espera de ella; es decir, que cumpla con sus compromisos, que sea un buen padre o madre, un buen hijo o hija, que ayude a su prójimo, que trabaje por su comunidad. Se dice entonces que cumple con las reglas morales y las religiosas.

Los dos tipos de normas tienen finalidades diferentes: las morales persiguen la perfección de la persona en sociedad; las normas religiosas, que cumpla con los mandamientos o principios que le fija su religión y que tenga fe en Dios. Sin embargo, ambas coinciden en que se trata de normas internas de los individuos, que rigen su comportamiento individual en la sociedad. Pero se requiere además de normas exteriores a la persona para regular su vida en sociedad. Nótese cómo nos estamos refiriendo a dos situaciones diferentes del individuo: *a)* el comportamiento en sociedad a partir de sus valores morales o sus principios religiosos, y *b)* la vida y el comportamiento a partir de las normas externas que existen en la sociedad, conforme a las cuales sus valores o creencias suelen coincidir pero también pueden llegar a ser distintas e incluso contrarias. Veamos un ejemplo.

Un individuo profesa la religión católica, que, en uno de sus mandamientos, establece el precepto "No matarás"; sin embargo, en la legislación —como en el caso del Distrito Federal—[9] se encuentra establecida la normatividad que permite a las futuras madres, que están dentro de las circunstancias que la ley establece, el derecho a abortar el embrión que se halla en su vientre en proceso de desarrollo. La persona a que nos referimos encontrará que el precepto de su religión, y lo que su religión condena, están permitidos conforme a la legislación del Distrito Federal. Ahí existe una contradicción o discrepancia entre los valores y las creencias y lo que prescriben las reglas externas, en este caso una legislación determinada.

El carácter laico de las sociedades occidentales provoca una diferencia precisa entre las conductas internas, afectivas e individuales, y las conductas externas y colectivas. Un ejemplo es el siguiente:

La libertad de culto religioso, incluida como uno de los derechos humanos básicos y a menudo como una garantía constitucional, permite en estas sociedades que los individuos profesen la religión que más

[9] El 26 de abril de 2007, en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* se publicó el decreto por el cual se reforma el *Código Penal para el Distrito Federal* y se adiciona la *Ley de Salud para el Distrito Federal*.

les acomode, sin que esto interfiera en su vida social externa, como puede ser el ejercicio de una profesión o de un cargo gubernamental, o alcanzar determinada posición social. Existe así una distinción entre las conductas internas, afectivas e individuales y el derecho, que se manifiesta comúnmente en las conductas externas y colectivas.

Sin embargo, en sociedades confesionales y en especial en las de carácter fundamentalista —como podría ser una sociedad islámica conservadora— no existe esa separación, de modo que la religión y la vida social y política están profundamente vinculadas; por ejemplo, en el caso de Irán hay gobernantes que son ministros del culto musulmán (*ayatolas*), o en Libia y Egipto, quienes gobernaban hasta hace poco tiempo eran considerados, además de gobernantes, líderes carismáticos que conducían a la sociedad de acuerdo con lo escrito en el *Corán*; los individuos de una religión distinta a la islámica tienen pocas oportunidades para escalar puestos gubernamentales. En tales sociedades, las conductas internas y las externas se mezclan hasta el punto que resulta difícil hacer una separación.

En consecuencia, el derecho en esas sociedades también es parte de las conductas internas afectivas y de las externas y colectivas, principalmente cuando se regulan los días de ayuno o el tiempo del día que debe ser dedicado al culto de la divinidad, las fiestas religiosas, el vestuario de las mujeres, etcétera.

1.2.2 Reglas externas

En las conductas externas y colectivas puede hacerse una doble distinción: por un lado, la conducta externa se refiere a reglas implícitas que son conocidas y obedecidas por los miembros del grupo social, reglas de comportamiento, cercanas a las reglas afectivas o internas que son socialmente aceptadas y exigibles, como las normas morales a que ya hemos hecho alusión y que se significan por la lealtad, la amistad, las relaciones de familia, el trato, la confianza o la buena fe, que un observador externo difícilmente puede percibir porque no son expresadas de manera clara y objetiva. Se trata de reglas sociales generadas en el interior del grupo social, producto de una cultura o de costumbres diferentes; por ejemplo, los préstamos "a la palabra", el respeto a los mayores, etcétera.

La segunda distinción consiste en que las reglas explícitas y colectivas pueden y suelen expresarse y formularse en un lenguaje convencional y,

por tanto, son accesibles para el observador externo.[10] Este tipo de reglas serán las que normen las conductas de la sociedad de un modo definido; cuando dicha regulación sea "garantizada efectivamente",[11] estaremos hablando de *normas jurídicas*. Como veremos en el capítulo 7, para que estas normas existan es necesario que, por lo general, exista un Estado que las cree y las haga cumplir.[12]

Las reglas externas, explícitas, socialmente acordadas a través de las instituciones y de los procedimientos establecidos (Congreso, Parlamento, Constitución, Estatuto Supremo, etc.) poseen carácter obligatorio para toda la sociedad y permiten que una o varias personas celebren actos que tengan consecuencias jurídicas válidas, como un matrimonio, una adopción o un contrato de compraventa; o bien, que su incumplimiento conlleve una sanción: una multa por no respetar una señal de tránsito o por no pagar impuestos en la fecha señalada. Estas normas jurídicas pueden ser de origen legislativo (leyes), jurisprudencial (sentencias), consuetudinario (usos y costumbres), administrativo (reglamentos) o consensual (contratos). En todos los casos mencionados se trata de un conjunto de normas que confieren facultades, imponen deberes u obligaciones y otorgan derechos.[13] Como veremos más adelante, hoy existe una rica e intensa vida jurídica más allá de los Estados nacionales. Se trata de los usos y costumbres que los operadores internacionales del comercio hacen suyos en los contratos que celebran y, por tanto, se obligan a cumplir, de modo que, en caso de incumplimiento, pueden ser demandados ante los tribunales nacionales.

Difícilmente podríamos vivir en la sociedad actual, en la que cada individuo trata de alcanzar sus objetivos personales con un tiempo que parece acortarse cada vez más, si en esa comunidad no existieran normas

[10] Margaret Gruter, *Rechtsverhalten*, Otto Schmidt, Colonia, 1993, p. 35.

[11] Luis Recaséns Siches, *Sociología*, reimp. de la 3ª ed., Porrúa, México, 1986, pp. 589 y 590.

[12] Para el estudio del derecho en su dimensión lingüística véase, Rodolfo Vázquez, "El lenguaje del derecho", en *Teoría del derecho*, Oxford University Press, México, 2007, p. 5.

[13] Herbert Lionel Adolphus Hart, a quien nos volveremos a referir más adelante, fue uno de los primeros juristas en distinguir las normas que imponen deberes u obligaciones, de aquellas que confieren facultades. En efecto, afirma el autor: "Las reglas jurídicas que definen la manera de realizar contratos, celebrar matrimonios u otorgar testamentos válidos exigen que las personas actúen de modo determinado, lo quieran o no. Tales normas no imponen deberes u obligaciones. En lugar de ello, acuerdan a los particulares facilidades para llevar a cabo sus deseos, al otorgarles potestades para crear mediante ciertos procedimientos específicos y en ciertas condiciones, estructuras de facultades y deberes dentro del cuadro coercitivo del derecho." *El concepto de derecho*, Editora Nacional, México, 1980, p. 35.

mínimas de protocolo para hacer la vida menos estresante. Si no fuera así, la sociedad pronto se convertiría en un caos.

> Podemos citar varios ejemplos, como el hecho de formarse en la fila para comprar boletos en una taquilla o para ascender al autobús o al metro, o bien, ceder el paso a las damas y a los niños, respetar a la gente de mayor edad, vestir ropa adecuada para cada ocasión o conocer el comportamiento que se debe observar en una mesa. Sin embargo, estas conductas individuales y exteriores están sujetas a la mayor o menor educación de cada individuo. Su incumplimiento, que sucede con alguna frecuencia, no acarrea más sanción que ser excluido de determinados grupos en los que el individuo se desarrolla.

Es por ello que la sociedad requiere normas jurídicas para que la regulación social sea completa y, en nuestro ejemplo, con el fin de lograr una estabilización en la intención de las conductas. Veamos un ejemplo que ilustra esta última idea:

> El trato de la sociedad hacia las personas parapléjicas ha dependido históricamente de la expresión moral de cada individuo; sin embargo, en la actualidad contamos con leyes y reglamentos que las protegen y obligan a los demás a conductas debidas con estas personas.

La sociedad requiere el establecimiento de reglas generales que sean obedecidas por los individuos. Deben tener tal exteriorización que no importa de qué individuo se trate: con educación, con cultura o sin ella, lo esencial es que esas reglas o normas sean conocidas por todos aquellos a quienes van dirigidas. Lo relevante en este aspecto es que tales normas jurídicas cuentan con una "finalidad social".[14] Jean-Luc Aubert, profesor de la Universidad de París, ofrece una explicación sencilla: la "finalidad social que constituye un rasgo notable de la norma jurídica explica cómo a veces entra en oposición con la moral y la religión; cuando busca asegurar el orden social, la norma jurídica puede, en efecto, dentro de un cierto número de casos, ser tajante con una exigencia moral o religiosa".[15] Daremos un par de ejemplos para aclarar esta idea:

> La norma jurídica establece el divorcio y lo regula. Una norma religiosa lo prohíbe. En este caso los esposos, según su decisión personal

[14] Herbert Lionel Adolphus Hart, *op. cit.*
[15] Jean-Luc Aubert, *op. cit.*, p. 11.

> —influida por sus principios morales y religiosos, si los tienen—, optarán por divorciarse o no. Otro ejemplo: quien tiene un crédito a favor cuenta con un plazo que le señala la ley para hacerlo efectivo. Pasado el plazo, ya no hay exigencia jurídica en contra del deudor. La norma jurídica regula un factor de estabilidad social: se diría que está cumpliendo su "finalidad social", que es la seguridad. El deudor no debe estar toda su vida sujeto a una deuda. Debe tener la seguridad de que, vencido el plazo para que le fuera exigible el pago, su deuda jurídicamente ha concluido. Sin embargo, la norma moral exige que aun cuando la deuda ya no le sea exigible jurídicamente, el deudor atienda su deber moral de pagarla.

La norma jurídica es uno de los conceptos fundamentales del derecho, por lo que más adelante volveremos sobre este concepto con mayor detalle. Por el momento, cito la definición del profesor de la UNAM Rolando Tamayo, quien nos dice que se trata del "acto de voluntad de un individuo o grupo de individuos, formulado en un lenguaje y dirigido a un individuo o clase de individuos, por el cual se establece que cierta conducta (de éste o de éstos) está prohibida, obligada o permitida".[16]

Hasta aquí hemos planteado la idea, así sea general, de lo que el derecho, la norma jurídica, representa para el individuo en sociedad y cuál es una primera diferencia entre ella y otras normas que constantemente se encuentran entrelazadas en la actuación de la persona en sociedad. En el apartado siguiente veremos cómo el derecho es paralelo a la vida de la persona, aun en sus fases más primitivas, y cómo evoluciona conforme los grupos, las comunidades y las sociedades se desarrollan.

Ya hemos mencionado la distinción que hay entre las reglas internas y las externas; cabe señalar ahora que existen tres posiciones con respecto a la relación de la moral (reglas internas) y el derecho (reglas externas). La primera, de vinculación, en la cual se llena de contenido moral las normas del sistema jurídico. La segunda, la separación, la cual señala que el derecho es una ciencia sin contenido moral. La tercera es una posición más conciliadora, la cual se puede representar por medio de Hart y su tesis de la vinculación débil entre derecho y moral. Más adelante haremos mención de esta discusión. Mientras tanto continuaremos con nuestro itinerario que, como puede observar el lector, está pletórico de conceptos.

[16] Rolando Tamayo y Salmorán, *Introducción analítica al estudio del derecho*, Themis, México, 2008, p. 29.

1.3 El ser humano y el derecho

LA FORMACIÓN Y EL DESARROLLO DEL DERECHO CORREN PARALELOS A LA HISTORIA de la humanidad: las reglas de conducta acerca de la defensa, la alimentación, la protección y, en general, la sobrevivencia, pueden considerarse entre las primeras reglas del derecho. Su número y perfeccionamiento se alcanzan a partir de que los individuos logran una vida sedentaria y sus relaciones de conducta con otros individuos son más frecuentes. Esta interrelación de seres humanos requiere, como ya lo mencionamos, una estabilización de la intención de sus conductas, estabilización que hombres y mujeres buscan sobre bases objetivas, prácticas y útiles que les permitan consolidar y desarrollar sus relaciones, a fin de que con ellas evolucione el grupo o la comunidad. El resultado de este esfuerzo a lo largo del tiempo es la creación de las instituciones, que constituyen "las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana".[17]

Ya que mencionamos a las instituciones, a las que vamos a volver en esta obra, vale la pena explicar su naturaleza, aunque sea en términos generales, puesto que constituyen uno de los conceptos en que se fundamenta el derecho. Se trata de una categoría jurídica que, además, nos ayudará a comprender el derecho.

Cuando los primeros grupos sociales empezaron a desarrollar relaciones sociales y económicas, debieron establecer reglas para esa interrelación. Por ejemplo, desde muy temprano hubo intercambio de bienes. Dentro de la sociedad algunos individuos se dedicaban al cultivo (actividad agrícola), mientras que otros se encargaban de la cría de animales (ganadería), otros a procurar recursos de los bosques (forestal) y otros más a la cacería. Esta especialidad en el trabajo hizo necesario el intercambio de productos, que poco a poco fue estableciendo sus propias reglas.

A medida que la sociedad generaba productos, la producción comenzó a refinarse; se inventó un sistema de siembras y cosechas según la época del año, el tiempo en que debían quedar ociosas las tierras para recuperarse o el de apareamiento de bestias de carga o de trabajo y de animales de ayuda, con mejores resultados y conforme al uso a que se destinaban, etc. Así, los intercambios se incrementaron y, con ellos, el número y la complejidad de sus reglas.

El empleo sistemático y continuo de esas reglas, de esos usos y costumbres, fue constituyendo cuerpos de reglas específicas para cada grupo social y para cada caso, y de ahí surgieron las instituciones del intercambio; es decir, bastaba consultar las reglas establecidas para cada actividad específica (intercambio de bienes forestales, de caza o agrícola, de apareamiento de animales, etc.) para saber cómo llevar a cabo dicho intercambio y a qué resultados atenerse. En comunidades más avanzadas se creó la ceremonia del matrimonio, con todas las consecuencias jurídicas sobre las personas que contraían nupcias, sus respectivas familias y los bienes de ambas. El surgimiento de las instituciones sustentó así la evolución y el desarrollo de la sociedad.

[17] Douglas C. North, *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 13.

Durante el largo proceso de vida en sociedad el individuo ha ensayado diversas formas de comportamiento, siempre acordes con su momento y sus circunstancias. En sus primeras etapas debió enfrentar y satisfacer necesidades primordiales en las que los instintos desempeñaban un papel importante. Hoy en la sociedad moderna el ser humano no requiere aguzar los instintos para sobrevivir, gracias a las reglas jurídicas que le dan seguridad y certeza en sus relaciones con otros seres humanos en lo individual y, en general, con la sociedad donde vive. En este sentido, las "instituciones reducen la incertidumbre por el hecho de que proporcionan una estructura a la vida diaria".[18]

Cerramos este paréntesis sobre las instituciones y, sin dejarlas a un lado, continuamos con el tema que nos interesa por el momento.

Ya referimos la forma en que el ser humano va resolviendo sus dilemas de existencia mediante el establecimiento de reglas. En este sentido, el instinto de sobrevivencia, vinculado al instinto territorial, aseguró a ese hombre de las primeras épocas alimento y defensa en contra de animales depredadores;[19] sin embargo, a medida que las necesidades básicas empezaron a ser satisfechas, el instinto pasó a un segundo plano y, junto con las conductas básicas de grupo, la conducta individual de la persona humana cobró importancia en la convivencia con los otros miembros de la sociedad.

Con la individualización de la conducta, el ser humano comenzó a distinguirse de los demás seres; así, a través del tiempo, en tanto individuo ha logrado expresar sus carencias, posibilidades y satisfacciones. En suma, el derecho a ser diferente del resto de los individuos; sin embargo, su conducta en estas circunstancias se tornó impredecible. Ante conductas dispares, las reglas de convivencia surgieron como elemento aglutinador o como común denominador para la sobrevivencia del grupo social. Nos hemos referido en este sentido a la necesidad de estabilizar la intención de

[18] Douglas C. North, *op. cit.*, p. 14.

[19] Robert Ardrey, *El instinto de dominio en la vida animal y en los orígenes del hombre*, Hispano-Europea, Barcelona, 1970, pp. 258 y siguientes.

las conductas humanas. Como lo veremos más adelante (véase 1.4), algunos autores llaman a la estabilidad de las conductas *pacto social* o *acuerdo social*.

Al mismo tiempo, hubo que poner dichas reglas fuera del alcance de los intereses personales de los individuos, para lo cual se las vinculó con la divinidad o con la magia, lo que dio lugar a la definición de "valores", es decir, aquellos principios que el grupo social había seleccionado como favorables para su sobrevivencia y desarrollo. Surgieron entonces valores morales como la solidaridad, la unidad de la familia, la prohibición del incesto y otros de naturaleza jurídica, como la certeza y la seguridad, que fomentan la paz y la convivencia en la sociedad.[20] A través de un proceso lento pero irreversible se fueron acomodando las primeras piedras angulares del derecho. En ese momento de la historia de la humanidad se inició la creación de las instituciones, que significaron "el marco en cuyo interior ocurre la interacción humana".[21]

Interacción humana es un término demasiado general y ambiguo, por lo que se requiere acotarlo. Para el derecho, se trata de la reciprocidad mínima en toda sociedad, donde cada individuo se desarrolla a partir de las instituciones sociales que le permiten la búsqueda de su propia realización. Esta idea ha sido formulada en los términos siguientes.

El ser humano se desenvuelve a través de un "fenómeno social básico y fundamental: la convivencia... proceso social que se presenta como necesario, inmediato y universal al hombre... de la convivencia se desprenden los agregados sociales, fuente fundamental de los diversos órdenes normativos".[22] Entre estos órdenes normativos, como ya vimos, están el derecho o las normas jurídicas.

De ahí que la interacción humana o convivencia social implique reglas de conducta cada vez más complejas, que determinen las condiciones conforme a las cuales debe darse la relación social. Dichas reglas indican al individuo lo que debe o no debe hacer según las circunstancias, independientemente de lo que él piense. En todo caso, esas reglas sirven para que el ser humano sepa cómo actuar y conozca lo que debe esperar de sus relaciones con los demás miembros de la sociedad.

[20] Hart ha sostenido que "la supervivencia introduce elementos valorativos en la argumentación: se parte de un juicio de valor, a saber, que la supervivencia es buena y por ello debe ser garantizada por el derecho y la moral", afirmación por la cual ha sido criticado; véase: Rodolfo Vázquez, *Derecho, moral y poder, ensayos de filosofía jurídica*, Porrúa-ITAM, 2004, pp. 27 y siguientes.

[21] Douglas C. North, *op. cit.*, p. 14.

[22] Jorge Sánchez Azcona, *Normatividad social: ensayo de sociología jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1989, p. 2.

Al tipo de conocimiento que puede adquirir un individuo en condiciones razonables en sociedad, en cuanto a lo que puede esperar de ésta y de las reglas establecidas, se le suele denominar *esperanza normativa*.[23] Este tipo de conocimiento se fundamenta en lo que supuestamente debe suceder en ciertas circunstancias y que las reglas de derecho resumen en la expresión *deber ser*. Este concepto, a su vez, tiene como soporte un criterio moral que espera que la conducta humana pueda plantearse de la manera siguiente: es de esperarse que en tales circunstancias y condiciones las conductas de las partes en la relación social se verifiquen de cierto modo, debido a que las conductas que se pretende regular son consideradas buenas o justas para la sociedad de que se trate.

> Un ejemplo —que por extremo para nuestra concepción occidental puede resultar ilustrativo— lo encontramos en la antigua institución musulmana de los matrimonios previamente concertados, en los que los contrayentes se conocen un par de días antes de la boda durante la ceremonia de "develación". En esta ceremonia las familias de los novios se reúnen para instruirlos sobre su vida futura. Lejos de la voluntad de los contrayentes, sus familias decidieron el matrimonio tiempo atrás y esperaron que la conducta de los novios fuera de aceptación y que los condujese a la constitución de una familia. Ese futuro matrimonio es el que esperan las familias y la sociedad a la que pertenecen, y también esperan que se lleve a cabo de acuerdo con las reglas establecidas.

En las sociedades occidentales no existen expectativas tan amplias. Simplemente el legislador espera que las leyes que emite sean cumplidas y en caso de que algún individuo no lo haga, deberá ser sancionado por su incumplimiento. Se trata de que las conductas de los individuos se desarrollen en el interior de las instituciones y de acuerdo con ellas, en forma productiva y armoniosa.

Se ha dicho que la conducta del individuo pasa "de ser una conducta instintiva, a convertirse en una conducta en gran parte reflexiva, desviada de los impulsos naturales hacia el bien y con frecuencia también hacia el mal".[24] "Los impulsos —que ya mencionamos— hacen impredecible su conducta cuando la convivencia requiere conductas regulares (y estables) para la organización política, jurídica e ideológica de cada sociedad."[25] A partir de este momento se hace necesario que el individuo adquiera un

[23] Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1987, p. 40.

[24] Francisco Ayala, *Introducción a las ciencias sociales*, Cátedra, Madrid, 1988, p. 26.

[25] Rubén Cobos González, *Introducción a las ciencias sociales*, Porrúa, México, 1990, p. 12.

sentido de responsabilidad en el seno de la sociedad.[26] De ahí que el derecho surja de la necesidad que tiene el ser humano de establecer un "común denominador" de los "mínimos" que debe esperar de los otros individuos en su vida en sociedad. En otras palabras, una correspondencia de conductas sobre la base de la estabilización en la intención de las conductas. Éste es, en última instancia, el origen de las instituciones y, en consecuencia, del derecho.

Ha sido aceptado por diferentes autores que en la antigüedad se atribuyó a varias reglas de conducta un origen divino o mágico. François Terré afirma que, a partir del "estudio de los grandes sistemas se muestra la existencia de conjuntos jurídicos fuertemente impregnados por la religión".[27] Sin embargo, la duración de estas reglas no fue absoluta; diversos tipos de conductas permanecieron, en especial "las que representaban mejores posibilidades para los intereses económicos y sociales de los individuos", mientras desaparecían "otras que hasta entonces fueron convenientes, pero resultaban postergadas a consecuencia de una selección".[28] Es decir, las conductas que permanecieron eran las que mejor aseguraban las relaciones sociales y los intercambios, y dieron lugar a la creación paulatina de las instituciones y a su perfeccionamiento.

Así, por ejemplo, entre las instituciones que han resultado permanentes en el tiempo por la utilidad que han brindado a la sociedad encontramos el matrimonio y la adopción, que favorecen la integración familiar como núcleo de la sociedad. Al mismo tiempo, los testamentos (el derecho a designar herederos o legatarios después de la muerte) posibilitaron que el patrimonio familiar pudiera sucederse (transmitirse) dentro de la familia, para asegurar la unidad de esos bienes y su productividad. Por su parte, la permuta y la compraventa contribuyeron a que el intercambio económico fuera uno de los ejes del desarrollo de la sociedad. El arbitraje como medio de solución de controversias fue, desde los primeros tiempos, la institución cuya utilidad contribuyó a su desenvolvimiento.

La naturaleza divina o mágica "en la solución de las contiendas y en la creación de normas nuevas... (da como resultado) el carácter estrictamente formal en todo procedimiento jurídico primitivo".[29] Las formalidades son la expresión de un aparato estatal y administrativo en ciernes. Veamos un ejemplo para aclarar esta idea.

[26] En este sentido, Gazaniga, Michel, *op. cit.* Afirma que el sentido de responsabilidad sólo lo adquiere el individuo al vivir en sociedad y no tiene que ver con ninguna conducta instintiva.

[27] François Terré, *Introduction générale au droit*, 5ª ed., Dalloz, París, 2000, p. 9.

[28] Max Weber, *Economía y sociedad*, 2ª reimp. de la 3ª edición en español de 1944, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, t. I, p. 514.

Dos siglos antes de Cristo, durante el periodo del derecho romano preclásico y más concretamente con la aparición de la *Ley de las XII Tablas* —que es el punto de partida del desarrollo del derecho romano clásico y más tarde del imperial— se advierte, entre otros fenómenos, el tránsito del formalismo al consensualismo, con el paso de una economía doméstica a otra que hoy llamaríamos *internacional*. Así, las reglas previstas para ser aplicadas dentro de Roma, en extremo formalistas, debieron cambiar por otras que sin formalismos innecesarios fueran en cambio prácticas en la vida cotidiana de los negocios.

Las reglas acumuladas a lo largo de la historia y la construcción de un aparato de Estado hicieron que la contratación en Roma se volviera excesivamente formalista: debían observarse un sinnúmero de requisitos para poder realizar contratos, pero como se trataba de una economía doméstica el formalismo no representaba grandes problemas. Sin embargo, una vez que Roma se abrió al Mediterráneo —que era el mundo de la época— tuvo que cambiar la institución de la contratación formal por otra moderna, ágil y sencilla, que ayudara al crecimiento del comercio, el cual se presentaba como un medio para el desarrollo de la sociedad y la expansión del Imperio romano.

Poco a poco se abandonó el formalismo y se pasó a un sistema conforme al cual bastaba la expresión de la voluntad de las partes en el contrato para que éste se tuviera por celebrado. Se inició entonces el *consensualismo* contractual. De este modo, una institución formada a través de la historia —el formalismo contractual— dio paso a otra institución moderna —el consensualismo— que la sociedad romana de la época[30] requería para su crecimiento y expansión. Como lo veremos a lo largo de esta obra, el comercio y, en especial, el comercio internacional, han sido los motores del desarrollo del derecho.

[29] Max Weber, *op. cit*, p. 519.

[30] Sobre la época de transición en el derecho romano preclásico, véase Beatriz Bernal y José de Jesús Ledesma, *Historia del derecho romano y de los derechos neorromanistas*, UNAM, México, 1981, pp. 97 y ss. Recomiendo también la consulta de una de las obras clásicas sobre el tema: Biagio Brugi, *Instituciones de derecho civil*, Oxford University Press, México, 1999.

Al formalismo y a la evolución de las leyes se les puede también estudiar a partir del cambio que éstas tuvieron a través del tiempo, con la desaparición de rituales. Veamos un ejemplo.

> En los "procedimientos de acciones de la ley" (*legis actions*) las personas involucradas debían pronunciar declaraciones solemnes y realizar gestos rituales ante el juez para que éste les reconociera algún derecho en litigio o para que les otorgara ejecución sobre un derecho previamente reconocido.[31] La mínima equivocación de alguna de las partes "al pronunciar las fórmulas solemnes constitutivas de un acto procesal cualquiera (implicaba) la pérdida del recurso jurídico correspondiente y, algunas veces, la de la causa".[32]

Con el tiempo, los gestos rituales mágicos o divinos fueron postergados y sustituidos por solemnidades, formalidades y un aparato burocrático encargado de solucionar conflictos sociales, económicos y políticos. Conceptos y funcionalidades integraron paulatinamente un derecho laico, complejo y una

> ... ciencia jurídica dogmática o técnica... (que) tiene esencialmente un propósito práctico, a saber: el propósito de averiguar qué es lo que el derecho vigente determina para una cierta situación social o económica; es decir, indagar los deberes y derechos de una persona, hallar la solución para un problema práctico, decidir sobre una controversia o conflicto.[33]

En estas condiciones, cualquier orden jurídico debe someterse a la prueba de si, efectivamente, su objetivo es contribuir a la realización de la libertad de los individuos,[34] y asegurar sus intercambios.

El derecho regula de esta forma los actos más frecuentes y habituales en la sociedad; establece y define las reglas conforme a las cuales pueden encontrarse soluciones a las necesidades de la propia sociedad, como la regulación de las transacciones comerciales, económicas y financieras, así como de su organización social: relaciones familiares, patrimoniales y de gobierno; además, se tratará de adecuar permanentemente el pacto social y económico (Ley Suprema) a nuevas realidades. En estas condiciones, las reglas en la sociedad antigua dejaron de ser inmutables (mágicas

[31] Marta Morineau Iduarte y Román Iglesias González, *Derecho romano*, 4ª ed., Oxford University Press, México, 1998.
[32] Max Weber, *op. cit.*, p. 519.
[33] Luis Recaséns Siches, *op. cit.*, p. 580.
[34] Stefan Smid, *Einführung in die philosophie des rechts*, C. H. Beck, Munich, 1991, p. 181.

o divinas), lo que significó el inicio de la evolución del derecho y la configuración de las bases para la creación del Estado.

Para concluir presentaremos un ejemplo que nos permitirá resumir gran parte de lo que hemos dicho hasta aquí.

> Entre muchas otras de las instituciones que vivimos todos los días, encontramos al matrimonio. Por efecto del cristianismo se decidió que la unión entre un hombre y una mujer debía consistir en una unión monogámica y legítima. Las razones de esta decisión fueron muy variadas. Es probable que por una parte se redujeran los conflictos entre hombres con muchas mujeres y se pretendiese hacer más estable el núcleo familiar, pero quizá también se buscaba certeza respecto a quién era la mujer legítima del hombre y quiénes sus descendientes, hecho que aún es decisivo en el sistema de familias de la sociedad moderna.

En efecto, había que saber quién era el primogénito para determinar la sucesión en la propiedad de los bienes y así preservar el patrimonio familiar, o para conocer quién encabezaba y representaba a tal o cual familia; esto último fue muy común en el derecho romano. Este conocimiento también servía para evitar uniones entre miembros de una misma familia con ciertos grados de parentesco, ya que estas uniones afectan la integridad biológica de las personas. La *Lex Canuleia* (445 a. C.) ordenaba que los futuros cónyuges fueran patricios. Éstas y otras razones hicieron que las *iustae nuptiae* se constituyeran en una institución. A partir de ella se definieron las relaciones entre esposos, hijos y demás parientes, y quienes contraían matrimonio no podían alterar los fines de la institución: la procreación de la especie, la asistencia entre cónyuges, su cohabitación, etc. Así, se otorgó seguridad y certeza jurídicas a los vinculados mediante esta institución.[35] Al mismo tiempo, se aseguraron la propiedad y la sucesión de los bienes de la familia.

1.3.1 El ser humano y el Estado

El cambio de las creencias mágicas hacia la formación del Estado por un sistema organizado con normas jurídicas, ha sido descrito por Ignacio Carrillo Prieto, en uno de los mejores libros sobre ideología constitucional mexicana, en los términos siguientes:

[35] Sobre este tema pueden consultarse, entre otros, Biagio Brugi, *op. cit.*, y Guillermo Floris Margadant, *Derecho privado romano*, Esfinge, México, 1980, pp. 144 y siguientes.

> Con la emergencia del Estado, el uso del lenguaje jurídico se vinculó con el uso regular del poder organizado. La historia social incluye un proceso en el que las creencias mágicas se debilitaron lentamente, y en el que las sanciones sobrenaturales se han visto sustituidas por otras, más duras que rápidas, infligidas por los órganos del Estado.[36]

De esta manera, las antiguas reglas divinas o mágicas, antes inmutables, se transformaron en un derecho laico, moderno y flexible, que a partir de orígenes y procedimientos diversos produce una normatividad variada, que satisface las necesidades de una sociedad cada día más compleja y diferenciada. Y esa misma normatividad constituye la estructura que la protege contra los intereses personales o de grupo, o por lo menos los equilibra, y previene y soluciona los conflictos, dotándola de procedimientos e instituciones que permiten una vida social y económica estable, permanente y funcional. En estas circunstancias el derecho se constituye, con las normas que regulan la conducta de los individuos y de la sociedad, en el "nuevo formalismo jurídico —independientemente del contenido de sus reglas— que define a una teoría formal del derecho en función de las notas de imperatividad, estatalidad y coactividad".[37]

El derecho se integra así con normas imperativas y coactivas producto del Estado que regulan actos que la sociedad requiere para su desarrollo: matrimonios, contratos de transporte, créditos bancarios, contratos de compraventa; o bien, con normas represivas para conductas indeseables (prohibición del robo, del homicidio, del secuestro, etc.) y también con normas que definen las facultades de los órganos de gobierno y de los servidores públicos que los integran (emitir y hacer cumplir las leyes que establecen la protección de las garantías individuales o derechos humanos, recolectar los impuestos, etc.). Se trata de una formación lenta, pero irreversible, de instituciones. Sin embargo, en este punto cabe hacer una distinción: por un lado las normas, con su *deber ser*, tienen un carácter abstracto y general, lo que requiere de los servidores públicos la tarea de aplicar esas normas abstractas al caso concreto. Las primeras normas, las estructuradas conforme al *deber ser*, son las normas sustantivas, mientras que las segundas serán normas procesales u orgánicas (en este sentido véanse 4.5.8 y 4.5.9).

[36] Ignacio Carrillo Prieto, *La ideología jurídica en la Constitución del Estado mexicano 1812-1814*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1981, p. 10.

[37] Norberto Bobbio, *Jurisnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunista, Milán, 1965, p. 97, citado por Eduardo García Máynez, *Positivismo jurídico, realismo sociológico e iusnaturalismo*, 3ª ed., UNAM, México, 1986, p. 35.

Un derecho de esta naturaleza es el instrumento del que se vale la sociedad, a través del Estado, para conducirse y transformarse. De ahí que el Estado, por medio de los individuos encargados de la función pública, utilice al derecho como instrumento para buscar el bien social, la mayor igualdad posible de las personas y el respeto a los derechos humanos, lo que se ha dado en llamar *políticas públicas*. Sólo en un estadio avanzado de la evolución humana podemos hablar de los cinco valores a que nos hemos referido al inicio de este capítulo: igualdad, libertad, justicia, certeza y seguridad.[38]

El Estado constituye una forma de organización política de la sociedad. La política como relación social se manifiesta en una forma de dominación de los que mandan o ejercen el poder respecto de los que obedecen o son gobernados. La relación de dominación implícita en las relaciones sociales de carácter político es una manifestación concreta y práctica del poder.

El poder político que tiene su expresión a través del Estado dimana del pueblo, que vive en un territorio determinado y que dispone del poder que descansa en su organización. Ahí encontramos los tres elementos definitorios del Estado: poder (gobierno), territorio (espacio físico) y pueblo (sociedad).

El poder, que es la facultad que ejerce el Estado dentro de un territorio y sobre su pueblo, significa la posibilidad que tiene una persona o un grupo de personas (gobernantes) para influir en el comportamiento de otras con base en las propias intenciones.

El territorio es el espacio físico donde el Estado ejerce su poder. Debe estar delimitado y constituye el espacio geográfico del Estado frente al espacio geográfico de otros Estados.

A su vez, el pueblo es el elemento humano que integra una unidad política. Se determina al pueblo de un Estado por el reconocimiento que éste hace de los individuos que lo componen, generalmente por medio de la nacionalidad. Sin embargo, también se considera como parte del pueblo a los individuos originarios de otros Estados que han decidido residir dentro del territorio nacional.

Por el momento concluiremos, para los fines de esta exposición, que del poder del Estado derivan las leyes o normas jurídicas que rigen el comportamiento del pueblo, y que esas leyes o normas jurídicas en principio

[38] Así lo establece la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* que, entre otras cosas, señala "que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana", Máximo Pacheco, *Los derechos humanos-documentos básicos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992, p. 59.

sólo deben tener aplicación dentro del territorio del Estado. En el capítulo 7 analizaremos con más detalle el Estado y los elementos que lo componen.

1.4 Vida social y derecho

YA HABLAMOS DE LA FORMA EN QUE EL SER HUMANO VIVE EN SOCIEDAD Y CÓMO, a través de ésta, es capaz de realizarse como individuo. También vimos el modo en que se articula con el resto de los seres humanos a través del derecho. Antes de entrar en la discusión de la manera en que este proceso afecta su cultura, examinemos brevemente la vida social y el derecho.

Cuando nos referimos a la sociedad podemos hacerlo desde diferentes planos o "cortes", según el aspecto que tratemos de analizar de este concepto. Para el fin que nos proponemos en esta obra, interesa estudiarlo de la forma en que los individuos se comprometen e interactúan en esa sociedad.

Hemos dicho que los individuos se comportan de distintas maneras y que su conducta suele ser impredecible; ahora bien, esa conducta puede analizarse a partir de razones internas o afectivas, o bien, de causas externas o colectivas. Las primeras pueden ser consecuencia del modo en que se comportaron sus antepasados (la tradición) o de algo que les fue revelado por un profeta, un iluminado o un líder, y que significa un ejemplo por seguir (creencia, dogma, religión).[39] En todo caso, se trata de una conducta interna afectiva e individual. El segundo tipo de conducta —externa o colectiva— es producto de un acuerdo entre los individuos que componen el grupo social, la comunidad o la sociedad.[40] Se trata de un pacto social en el que convergen los intereses y se satisfacen las necesidades y aspiraciones de la mayoría, pero siempre respetando los intereses de la minoría, para que ésta no quede excluida y no se convierta en un escollo o en una amenaza potencial para ese pacto, sino que, con el tiempo, se transforme en una fuerza convergente, en una sinergia con los intereses de los demás.

[39] En este sentido: Max Weber, *op. cit.*, pp. 29 y siguientes.

[40] "El contrato social sólo es producto del miedo recíproco que a su vez se constituye en el instrumento para salvaguardar la autopreservación del hombre". Hobbes, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica*, Fondo de Cultura Económica, México, 1980, pp. 35 y ss. Según Jean Paul Sartre, se trata de "un momento histórico" a partir del cual surge un "cierto vínculo real y práctico entre las libertades" de los hombres. Para un estudio de la justicia como forma antropológica de coexistencia, véase: W. Luypen, *Fenomenología del derecho natural*, Carlos Lohle, Buenos Aires-México, 1968, pp. 151 y siguientes.

Este acuerdo social es producto de "la insuficiencia del individualismo y la exigencia de la solidaridad",[41] es decir, de la necesidad del ser humano de vivir en sociedad y realizarse como individuo a través de ella, sobre la base de principios fundamentales como la certeza, la seguridad, la libertad y la justicia; reglas mínimas de convivencia que le permitan lograr su propio bienestar y el bienestar de la sociedad. "En esta fase adulta, nos damos cuenta de que las instituciones sociales han sido creadas por el hombre y de que siempre se pueden destruir o reemplazar por otras, si el concepto de justicia ha evolucionado con la reflexión y la experiencia acumuladas."[42]

> Por ejemplo, en el México del siglo pasado, durante más de 60 años se vivió conforme a instituciones nacidas de la Revolución Mexicana, que significaron un cambio hacia una sociedad menos injusta. Para lograrlo también se creó un sistema de poder político que pudiera alcanzar tales objetivos. Sin embargo, tanto esas instituciones como el poder político creado y que se manifestó por medio de un partido de Estado, evolucionaron en la medida en que la sociedad mexicana buscó nuevas instituciones más acordes con sus necesidades. En el siglo XXI, nos encontramos en la construcción de una nueva sociedad, más libre y participativa, empeñada en la transformación de sus instituciones, distinta de la anterior y que, conforme a sus propios objetivos, también se afana por lograr un país más libre y justo. Este cambio ha comenzado a manifestarse en el derecho y en la economía, que son los pilares de toda sociedad.

De lo que acabamos de señalar se desprenden varios elementos. Por un lado, una concepción contractualista de la sociedad y del Estado: la existencia de un pacto social original. Varios autores ampliamente conocidos de los siglos XVIII y XIX apuntaban esta concepción: Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau, y un autor a quien ya nos hemos referido, John Rawls, que desarrolló sus ideas a partir de la década de 1970 y que continúa teniendo amplia repercusión. A diferencia de los primeros, este último plantea su teoría "contractualista" no con el ánimo de legitimar al pacto social originario, sino más bien con carácter evaluativo. El contrato es analizado por este autor como un *test* de lo deseable y lo posible de dicho pacto. Con ese fin, Rawls adscribe al pacto una noción económica más que política, lo cual le permite plantear una teoría de la justicia basada en dos premisas: una económica, conforme a la cual el reto consis-

[41] Ferdinand Tonnies citado por Renato Treves, *Introducción a la sociología del derecho*, Taurus, Madrid, 1978, p. 47.

[42] Edmund S. Phelps, *Economía política*, Antoni Bosch, Barcelona, 1993, p. 31.

te en lograr la desaparición de las desigualdades económicas (lo deseable) para que en esa medida, segunda premisa, se puedan garantizar efectivamente (lo posible) garantías individuales fundamentales: de expresión, de asociación, de trabajo, etcétera.[43]

1.4.1 Cultura y derecho

La cultura es un producto social que se integra por los conocimientos que se transmiten de generación en generación, en un proceso de aprendizaje continuo que se da en el interior de cada grupo social.

> La cultura es, por tanto, un resultado total de la invención social, y debe considerarse como una herencia social, ya que se transmite por precepto a cada nueva generación. Además, está salvaguardada continuamente por el castigo a aquellos miembros de una sociedad que rehúsan seguir los patrones de conducta que han sido establecidos para ellos en la cultura.[44]

En este concepto de la cultura se puede distinguir al derecho en su contexto más amplio. La idea de *transmisión de los preceptos de generación en generación* se refiere a las reglas que las sociedades han establecido primero para su sobrevivencia (por ejemplo, las reglas en contra del homicidio, las que prohíben el incesto o las de sanidad) y después para su desarrollo (en el comercio, la industria, la seguridad social, la educación). Ese orden que permite el progreso debe ser cumplido, pues en caso contrario el transgresor podrá ser sancionado (por ejemplo, con la exclusión del grupo social) por negarse a seguir las pautas de conducta de su sociedad.

En su sentido sociológico, la cultura es una herencia social que se integra por conocimientos, creencias, costumbres y por las realizaciones materiales que los miembros de una comunidad han recibido de sus antepasados. En ocasiones se distingue entre los contenidos materiales de la cultura, que suelen atribuirse a lo que algunos llaman *civilización*, y aquellos otros con frecuencia más importantes y trascendentes —que son de naturaleza espiritual— a los que se conoce propiamente como *cultura*.[45] En este sentido, en la cultura suelen encontrarse los sentimientos más profundos que destilan las sociedades.

En el contexto de la cultura el derecho desempeña un papel importante, en la medida en que fija las reglas del juego de una sociedad determi-

[43] Véase nota 3.
[44] Edward Adamsom Hoebel, "La naturaleza de la cultura", en *Hombre, cultura y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1975, p. 231.
[45] Gerd Reinhold y otros, *op. cit.*, p. 63.

nada, pero esas reglas cambian al tiempo que se transforman las sociedades. La cultura, sin embargo, es más resistente al cambio:

> Aunque las normas formales pueden cambiar de la noche a la mañana como resultado de decisiones políticas o judiciales, las limitaciones informales encajadas en costumbres, tradiciones y códigos de conducta son mucho más resistentes o impenetrables a las prácticas deliberadas. Estas limitaciones culturales no solamente conectan el pasado con el presente y el futuro, sino que nos proporcionan una clave para explicar el sentido del cambio histórico.[46]

El lenguaje y los signos que cada grupo produce y define son el instrumento para la transmisión de conocimientos; por esta razón, la cultura acumulada por cada grupo social suele ser ajena a otros grupos. Pese a sus grandes diferencias culturales, los grupos sociales pueden comunicarse mediante conceptos básicos propios de todo ser humano o por medio de conocimientos comunes; cuando esto sucede, puede hablarse de conceptos culturales admitidos por varios grupos.

De ahí que mediante tratados o acuerdos internacionales se tiendan puentes entre países a partir de reglas comunes para regular el matrimonio, la adopción, las compraventas, los delitos, los procesos judiciales, el reconocimiento de sentencias dictadas por los jueces de un país en otro y una amplia gama de relaciones de naturaleza jurídica.

Como señala Morineau, las ciencias de la cultura, que estudian el conjunto de productos de la actividad creadora del hombre, tienen que apelar a un nuevo dato: al *sentido* encontrado en las cosas y en las obras. Es decir, no son la descripción *de lo que es*, del ser material de una cosa, sino del sentido manifestado o encontrado en ella. Por ejemplo, un cuadro no es, desde el punto de vista cultural, un marco, un lienzo y un conjunto de colores cualesquiera, sino que la entraña, el sentido del cuadro, es la manifestación de la belleza encontrada en él. Entonces, el sentido de una obra humana está en su motivo, en su fin y en su capacidad para realizarla. De la misma manera, el derecho, como obra humana dotada de sentido, no es una manifestación caprichosa, sino el medio para lograr un fin valioso.[47]

1.4.2 Diferencias culturales

Las características culturales que hacen diferentes a los grupos sociales dan lugar a una diversidad de principios morales, de manera que las normas

[46] Douglas C. North, *op. cit.*, p. 17.
[47] Óscar Morineau, *El estudio del derecho*, Porrúa, México, 1997, p. 27.

jurídicas que se derivan de ellos son también distintas. Las normas jurídicas con validez universal, como la prohibición del incesto, constituyen en realidad una excepción. La carencia de estas normas universales hace que cada grupo social desarrolle su cohesión interna alrededor de sus propias normas basadas en los fines, ideales y valores particulares de cada sociedad.

No obstante este hecho, los grupos sociales suelen compartir cierto tipo de principios, ideales, creencias y valores derivados de religiones comunes. Así, puede observarse una ampliación cultural más extensa. En este sentido, se habla de una *cultura cristiana occidental, budista*, o de una *cultura mahometana* o *islámica*, que abarcan un gran número de grupos sociales. Como veremos más adelante, una misma tradición cultural se manifiesta concretamente en sistemas jurídicos que comparten principios comunes, principios que a su vez suelen diferir de los aceptados por otros grupos cuyo origen tiene una tradición cultural distinta.[48]

El tema *sociedad y cultura* nos brinda la oportunidad de observar los orígenes de las diversas tradiciones culturales. Para ello es necesario encontrar un método que permita diferenciar ciertos elementos que en la historia de la humanidad definen la diversidad cultural. No es objeto de este trabajo reseñar las distintas propuestas que se han desplegado con ese fin, por lo que nos limitaremos a mencionar algunas ideas relevantes, y a manera de ejemplo hemos escogido las de dos autores reconocidos: Gordon Childe y Arnold Toynbee.

Gordon Childe centra su método en el estudio de "la evolución orgánica y el progreso de la cultura". Según este autor, el ser humano se distingue por el desarrollo de actividades específicas. Muchas actividades suelen ser producto de necesidades concretas, pero sus resultados son independientes de sus causas. Estos resultados, que finalmente son los que cuentan, constituyen la acumulación de experiencias que más tarde se transforman en cultura. "La historia humana —señala ese autor— muestra al hombre creando nuevas industrias y nuevas economías que han promovido el incremento de su especie, y con esto ha vindicado el mejoramiento de su aptitud."

En otras palabras, el ser humano ha realizado una amplia gama de actividades en diferentes épocas para darle una interpretación y solución a problemas específicos que ha enfrentado, y la manera en que debió confrontarlos y solucionarlos le dejó, por lo general y sin proponérselo, habilidades y tecnologías que, en circunstancias distintas, fueron adoptadas

[48] El estudio de principios como parte integrante del sistema jurídico ha cobrado suma importancia. Uno de los principales autores que ha tratado el tema es Ronald Dworkin en su ensayo "¿Es el derecho un sistema de normas?", en R. M. Dworkin (comp.), *Filosofía del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1980, cap. II.

conscientemente por otros seres humanos y les ayudaron a encarar y resolver nuevos retos. De ahí que las diferencias en la cultura se deban a la "opción consciente y deliberada de sus autores y ejecutores humanos".[49]

Por su parte, Arnold J. Toynbee propone cortes "transversales" de diversos planos de la vida social: en lo económico, lo político, lo social y lo cultural. Este autor centra su análisis en una cultura en particular: la inglesa, y la circunscribe a un espacio y tiempo determinados, a fin de conocer cómo, mediante influencias mutuas con otras culturas, la inglesa existe enclavada en otra mayor que es la cultura cristiana occidental, de donde derivan su origen y su naturaleza. Delimitada esta cultura y por el mismo método, Toynbee considera cuatro culturas más: la cristiana ortodoxa, en Europa suroriental y Rusia; la islámica o mahometana, en el norte de África y el Oriente Medio; la hindú, en la India oriental y Asia tropical, y la del Lejano Oriente, que abarca desde las zonas áridas de Asia hasta el Pacífico. En cada una de ellas el autor distingue conceptos, tradiciones y signos que permiten una identificación entre los grupos sociales integrados a tales culturas y, al mismo tiempo, una diferenciación entre los grupos sociales pertenecientes a cada cultura en particular.[50]

Esa diversidad se refleja en el derecho en la medida en que éste es un producto cultural y, por lo mismo, podemos hablar de tantos derechos como culturas hay en el mundo. En este sentido, la labor del derecho comparado es estudiar la diversidad de elementos e instituciones que existen en cada derecho, proponer opciones para la comprensión y el entendimiento de las instituciones establecidas en los distintos sistemas jurídicos[51] y tomar como ejemplo instituciones más avanzadas para modernizar un sistema jurídico.

Hasta aquí hemos hablado de la formación del derecho.

1.5 Elementos definitorios del derecho

PARA CONCLUIR VEAMOS AL DERECHO EN SÍ, LO QUE NOS DARÁ UNA IDEA MÁS precisa del concepto al que está dedicada esta obra.

[49] Gordon Childe, *Los orígenes de la civilización*, Fondo de Cultura Económica, México, 1989.

[50] Arnold J. Toynbee, *Estudio de la historia*, Alianza Editorial, Madrid, 1991, t. 3, pp. 15 y siguientes.

[51] Para una información más amplia sobre este tema, véase John Henry Merryman, *La tradición jurídica romano-canónica*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000 y sobre todo: Konrad Zweigert y Hein Kötz, *Introducción al derecho comparado*, Oxford University Press, México, 2002.

1.5.1 Diferentes conceptos de derecho

El derecho es un orden efectivo de control de las conductas sociales. Es decir, es no sólo norma, no sólo un conjunto de reglas establecidas por el legislador, sino también un medio de control social que efectivamente conforma las relaciones entre los miembros de un grupo social.[52] Veamos un par de ejemplos para precisar los conceptos que hemos expuesto hasta aquí y que nos sirvan para las explicaciones que daremos a continuación.

Waldo desea hacer su testamento. El *Código Civil Federal* (art. 1305) lo faculta para presentarse ante un notario público junto con dos testigos y de esa manera otorgar su testamento. Si lo hace de acuerdo con las formas que la ley le indica (formalismo), el acto que celebre tendrá validez jurídica; es decir, será reconocido como testamento y, por tanto, tendrá las consecuencias jurídicas que Waldo desea. En este caso hablamos de las facultades que confiere la ley.

Otro ejemplo: Crispín vive en el campo y la lluvia inundó su jardín; al desaguarlo, inunda el camino que pasa atrás de su casa y por el cual transitan los vecinos de la zona. Sin hacerlo a propósito, sin intención de provocar un daño, Crispín violó un deber que le impone la ley: no entorpecer u obstruir los caminos públicos. Por ese motivo, es sujeto a una sanción y, en este caso específico, la sanción es la cárcel (art. 167, fracc. V, del *Código Penal para el Distrito Federal*). Aquí estamos hablando de sanciones que impone la ley.

En los ejemplos anteriores, se dice que Waldo tiene una facultad que le otorga la ley y que en este caso se trata de un derecho de Waldo: hacer su testamento (*derecho subjetivo*); para realizar ese derecho tendrá que cumplir con lo que establece la ley —un formalismo específico—, y si lo lleva a cabo obtendrá las consecuencias jurídicas que busca: hacer su testamento y en él nombrar herederos suyos a su esposa y a sus hijos; en otras palabras, transmitir sus bienes después de su muerte.[53] En el segundo ejemplo, en una acepción diferente, se dice que se trata de un *derecho objetivo*, ya que en este caso, independientemente de quién sea el infractor,

[52] Rolf Bechler, *Der sociologische rechtsbegriff*, Beck, Berlín, 1977, p. 9.

[53] Para el profesor Rolando Tamayo y Salmorán, el otorgar un testamento no es en realidad un derecho subjetivo sino una facultad, así nos dice: "mientras el derecho subjetivo se agota con su ejercicio, la facultad no se agota con su ejercicio, si no genera un episodio ulterior". No es lo mismo que a Crispín el dueño de la casa y de la piscina le permita nadar, a que una disposición jurídica les permita a las personas votar, *op. cit.*, pp. 103-111.

el derecho mexicano, y en especial el derecho penal, se aplica para sancionar conductas indeseables para la sociedad,[54] como la consecuencia de la conducta de Crispín al inundar un camino público.

Ambas acepciones de derecho —*subjetivo y objetivo*— requieren o implican la existencia de una estructura que es el Estado y un sistema normativo, un sistema jurídico, que establece los requisitos para que ciertos individuos con determinadas características puedan presentar exámenes a fin de ser nombrados notarios, que son los funcionarios ante quienes las personas pueden otorgar sus testamentos. También implica que exista una regulación del Archivo General de Notarías donde el testamento de Waldo va a ser depositado; que el notario ante el cual se otorgará el testamento tenga un protocolo en el que haga constar por escrito la voluntad de Waldo; que ese protocolo y la autorización para actuar como notario público —como otorgante de fe pública— sean otorgados por el Estado mediante un concurso de selección, etcétera.

En el segundo caso se requiere la existencia de tribunales, fiscales o ministerios públicos, órganos policiacos, prisiones, etc., para que las conductas sociales indeseables sean reprimidas eficazmente. Cuando nos referimos a las normas que establecen y regulan el funcionamiento de estas instituciones y a las normas que éstas aplican, estamos hablando del "contenido específico del derecho positivo".[55] Tenemos así *derecho subjetivo*, *derecho objetivo* y *derecho positivo* con una primera diferenciación. En capítulos posteriores retomaremos estos conceptos; por ahora estudiaremos algunos elementos definitorios del derecho.

1.5.2 Características relevantes del derecho

El derecho tiene una serie de características que conoceremos a partir de sus conceptos fundamentales, y a ello le dedicaremos dos capítulos (3 y 4); por el momento examinaremos algunas características relevantes que nos permitan tener una idea, así sea general y preliminar, del objeto de nuestro estudio.[56]

[54] El profesor Rodolfo Vázquez presenta una reclasificación de los derechos subjetivos establecida por Kelsen: 1. Derecho subjetivo como equivalente a no prohibido; 2. Derecho subjetivo como equivalente a autorización; 3. Derecho subjetivo como correlato de una obligación activa; 4. Derecho subjetivo como correlato de una obligación pasiva; y 5. Derecho o libertad fundamental. Para una mayor aproximación al tema, véase: Rodolfo Vázquez, *Teoría del derecho*, pp. 107 y 108.

[55] John Finch, *Introducción a la teoría del derecho*, Labor Universitaria, Barcelona, 1977, p. 32.

[56] La relevancia del significado de derecho, se entiende a partir de que se aclaran los significados de los términos *conjunto de normas, coactivas, prescripciones* o *bien común* [elementos definitorios del derecho], Rodolfo Vázquez, *Teoría del derecho*.

1.5.1 Diferentes conceptos de derecho

El derecho es un orden efectivo de control de las conductas sociales. Es decir, es no sólo norma, no sólo un conjunto de reglas establecidas por el legislador, sino también un medio de control social que efectivamente conforma las relaciones entre los miembros de un grupo social.[52] Veamos un par de ejemplos para precisar los conceptos que hemos expuesto hasta aquí y que nos sirvan para las explicaciones que daremos a continuación.

Waldo desea hacer su testamento. El *Código Civil Federal* (art. 1305) lo faculta para presentarse ante un notario público junto con dos testigos y de esa manera otorgar su testamento. Si lo hace de acuerdo con las formas que la ley le indica (formalismo), el acto que celebre tendrá validez jurídica; es decir, será reconocido como testamento y, por tanto, tendrá las consecuencias jurídicas que Waldo desea. En este caso hablamos de las facultades que confiere la ley.

Otro ejemplo: Crispín vive en el campo y la lluvia inundó su jardín; al desaguarlo, inunda el camino que pasa atrás de su casa y por el cual transitan los vecinos de la zona. Sin hacerlo a propósito, sin intención de provocar un daño, Crispín violó un deber que le impone la ley: no entorpecer u obstruir los caminos públicos. Por ese motivo, es sujeto a una sanción y, en este caso específico, la sanción es la cárcel (art. 167, fracc. V, del *Código Penal para el Distrito Federal*). Aquí estamos hablando de sanciones que impone la ley.

En los ejemplos anteriores, se dice que Waldo tiene una facultad que le otorga la ley y que en este caso se trata de un derecho de Waldo: hacer su testamento (*derecho subjetivo*); para realizar ese derecho tendrá que cumplir con lo que establece la ley —un formalismo específico—, y si lo lleva a cabo obtendrá las consecuencias jurídicas que busca: hacer su testamento y en él nombrar herederos suyos a su esposa y a sus hijos; en otras palabras, transmitir sus bienes después de su muerte.[53] En el segundo ejemplo, en una acepción diferente, se dice que se trata de un *derecho objetivo*, ya que en este caso, independientemente de quién sea el infractor,

[52] Rolf Bechler, *Der sociologische rechtsbegriff*, Beck, Berlín, 1977, p. 9.

[53] Para el profesor Rolando Tamayo y Salmorán, el otorgar un testamento no es en realidad un derecho subjetivo sino una facultad, así nos dice: "mientras el derecho subjetivo se agota con su ejercicio, la facultad no se agota con su ejercicio, si no genera un episodio ulterior". No es lo mismo que a Crispín el dueño de la casa y de la piscina le permita nadar, a que una disposición jurídica les permita a las personas votar, *op. cit.*, pp. 103-111.

el derecho mexicano, y en especial el derecho penal, se aplica para sancionar conductas indeseables para la sociedad,[54] como la consecuencia de la conducta de Crispín al inundar un camino público.

Ambas acepciones de derecho —*subjetivo y objetivo*— requieren o implican la existencia de una estructura que es el Estado y un sistema normativo, un sistema jurídico, que establece los requisitos para que ciertos individuos con determinadas características puedan presentar exámenes a fin de ser nombrados notarios, que son los funcionarios ante quienes las personas pueden otorgar sus testamentos. También implica que exista una regulación del Archivo General de Notarías donde el testamento de Waldo va a ser depositado; que el notario ante el cual se otorgará el testamento tenga un protocolo en el que haga constar por escrito la voluntad de Waldo; que ese protocolo y la autorización para actuar como notario público —como otorgante de fe pública— sean otorgados por el Estado mediante un concurso de selección, etcétera.

En el segundo caso se requiere la existencia de tribunales, fiscales o ministerios públicos, órganos policiacos, prisiones, etc., para que las conductas sociales indeseables sean reprimidas eficazmente. Cuando nos referimos a las normas que establecen y regulan el funcionamiento de estas instituciones y a las normas que éstas aplican, estamos hablando del "contenido específico del derecho positivo".[55] Tenemos así *derecho subjetivo*, *derecho objetivo* y *derecho positivo* con una primera diferenciación. En capítulos posteriores retomaremos estos conceptos; por ahora estudiaremos algunos elementos definitorios del derecho.

1.5.2 Características relevantes del derecho

El derecho tiene una serie de características que conoceremos a partir de sus conceptos fundamentales, y a ello le dedicaremos dos capítulos (3 y 4); por el momento examinaremos algunas características relevantes que nos permitan tener una idea, así sea general y preliminar, del objeto de nuestro estudio.[56]

[54] El profesor Rodolfo Vázquez presenta una reclasificación de los derechos subjetivos establecida por Kelsen: 1. Derecho subjetivo como equivalente a no prohibido; 2. Derecho subjetivo como equivalente a autorización; 3. Derecho subjetivo como correlato de una obligación activa; 4. Derecho subjetivo como correlato de una obligación pasiva; y 5. Derecho o libertad fundamental. Para una mayor aproximación al tema, véase: Rodolfo Vázquez, *Teoría del derecho*, pp. 107 y 108.

[55] John Finch, *Introducción a la teoría del derecho*, Labor Universitaria, Barcelona, 1977, p. 32.

[56] La relevancia del significado de derecho, se entiende a partir de que se aclaran los significados de los términos *conjunto de normas, coactivas, prescripciones* o *bien común* [elementos definitorios del derecho], Rodolfo Vázquez, *Teoría del derecho*.

Como ya mencionamos, el orden jurídico tiene por objetivo estabilizar la intención de las conductas humanas a fin de hacer posible la convivencia social, y esto se logra en la medida en que sus normas persigan la certeza, seguridad, justicia, igualdad y libertad entre los individuos que forman la sociedad. "El derecho trae consigo la paz, y la producción de la paz es el supuesto para el desarrollo del derecho",[57] sobre todo cuando su aplicación se hace con justicia.

En tanto sistema de normas jurídicas, el derecho presenta su condicionamiento social como una de sus características primeras y fundamentales, ya que surge de la vida social misma, vive y se ejecuta en la sociedad y su fin se encuentra en ella.[58] George Jellinek sostiene que el derecho no es otra cosa que un "mínimo ético" que sirve para garantizar el mantenimiento de las condiciones de subsistencia de la sociedad.[59] Por su parte, Rudolf von Ihering señala que si el objeto de las conductas humanas es la realización de las condiciones de existencia del ser humano, el derecho, a su vez, es la forma del aseguramiento de las condiciones de vida de la sociedad mediante la regulación y el control de esas conductas y, en última instancia, mediante el uso de la fuerza del Estado.[60]

Hemos dicho que las normas del derecho positivo, que son las leyes, las sentencias de los tribunales (la jurisprudencia), los usos y costumbres, los reglamentos administrativos y los contratos, conceden facultades y, en un número menor, establecen obligaciones. Esas normas, salvo la costumbre y los usos, tienen una vigencia definida[61] en un momento determinado y dejan de tener ese carácter a partir de su derogación o terminación. Veamos algunos ejemplos.

> En sus acuerdos —en los convenios o contratos—, las partes deciden con toda libertad las condiciones a que se van a someter para realizar tal o cual negocio, arrendar un departamento, adquirir una casa, comprar o vender mercancías, etc. Con ese fin, negocian condiciones y precio y firman un contrato. Este acuerdo tiene vigencia a partir de una fecha determinada (frecuentemente desde la fecha de la firma) y por lo general concluirá en algún momento posterior; durante el lapso en que el acuerdo es obligatorio para las partes, se dice que el contrato tiene *vigencia*.
>
> Lo mismo sucede en el caso de las leyes: éstas son emitidas por el Congreso o Parlamento y después publicadas por el presidente o primer ministro (Poder Ejecutivo) en una fecha determinada. Las leyes suelen entrar en vigor a partir de la fecha de su publicación en el diario o periódico oficial, lo que quiere decir que una vez conocidas por la sociedad las leyes son obligatorias para todas las personas que habitan en el territorio de un Estado. Posteriormente esas leyes son derogadas, pero durante el tiempo que han tenido vigencia han sido obligatorias. Retomaremos este concepto al referirnos a las normas jurídicas que tienen "una vigencia definida" (numeral 3.6.1).

Volviendo al caso de los convenios o contratos, las partes determinan libremente sus derechos y obligaciones gracias a su libertad de contratar, lo que jurídicamente se conoce como *autonomía de la voluntad para contratar*, la cual hace posible que las partes decidan lo más conveniente para sus intereses. Esto es lo que al individuo le permiten las *normas facultativas*, pero, al mismo tiempo, esa libertad no es ilimitada, porque suelen existir restricciones que la propia ley establece. Ello quiere decir que el derecho está concebido para que la persona humana se realice, desarrolle todas sus facultades, se case, tenga hijos, realice sus expectativas en el seno de su familia, preste sus servicios, comercie, venda y compre productos y servicios con total libertad; o sea, para impulsar y promover la mayor libertad del ser humano, siempre que no afecte derechos de terceros o que no pretenda transgredir *leyes de orden público*, que son las leyes que el Estado considera que deben cumplirse de manera imperativa, en un momento o época determinados, sin que en éstas medie la voluntad de las personas, por ejemplo, las leyes que protegen a los menores, las leyes fiscales, las laborales, etcétera.

De este modo, el derecho será una contribución para el bienestar social y económico; sin embargo, cuando la actividad del individuo no va encaminada a ese fin, el mismo derecho, en beneficio de la propia sociedad, establece prohibiciones, límites y sanciones a la libertad de las personas. Tal es el caso cuando se imponen restricciones a la libertad de las partes para contratar por diferentes motivos: minoría de edad de la persona, objeto ilícito del contrato (venta de drogas o de armamento destinado al ejército) o en muchos aspectos del derecho de familia cuyas reglas no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes, como lo veremos a continuación.

[57] Hermann Coing, *Rechtsphilosophie*, Humboldt & Dunkler, Colonia, 1968, p. 142.
[58] Roland Marcie, *Rechtsphilosophie*, Eine Einführung, Normas, Baden-Baden, 1969, p. 28.
[59] George Jellinek, *Die sozialethische Bedeutung von Recht*, Unrecht und Strafe, Platz, Viena, 1878, p. 209.
[60] Rudolf von Ihering, *Der Zweck im Recht*, G. Jung, Leipzig, 1916, p. 193.
[61] Eduardo García Máynez, en *Introducción al estudio del derecho*, 38ª ed., Porrúa, México, 1986, p. 38, señala que "la vigencia es un atributo puramente formal de las normas jurídicas, es el sello que el Estado imprime a las reglas jurídicas consuetudinarias, jurisprudenciales o legislativas". Es de mencionarse que, el hecho de que una ley no sea acatada no le resta a la misma su vigencia.

Las *normas prohibitivas* deben respetarse y en tales casos su cumplimiento va más allá de la voluntad individual. Si se quiere que un acto —contrato, convenio— tenga consecuencias jurídicas, habrá que respetar los límites que esas normas establecen, aun cuando vayan en contra de la voluntad de las partes. No hay un catálogo donde podamos encontrar este tipo de normas. Son el abogado, el juez, el académico, los que pueden identificar sin dificultad este tipo de normas con el conocimiento adquirido.

Tenemos múltiples ejemplos: poner música a todo volumen a media noche en un edificio perturba el derecho a descansar del resto de los inquilinos. Se atenta aquí contra el derecho de terceros. Comprar productos de consumo necesario con el único fin de especular para venderlos a un alto precio va en contra del bienestar de la sociedad, etcétera.

Las *normas prohibitivas* se deben respetar porque ésta es la única forma de mantener a la sociedad en orden y en paz, salvaguardar la convivencia y, por tanto, conducir la actividad de los individuos hacia el bienestar social. La violación a las normas prohibitivas acarrea una sanción, como pudiera ser: una multa para quien disturba la tranquilidad de los demás, cárcel para el acaparador y, si el contrato se celebró con un fin ilícito, la nulidad del contrato o del convenio. Por ello en toda sociedad libre las normas facultativas son la regla y las normas prohibitivas o de orden público, la excepción. Veamos otro ejemplo para ilustrar lo anterior.

Waldo y Crispín son comerciantes y todos los días celebran contratos para la compraventa de sus mercancías. La ley les da amplia libertad para hacerlo. Pero existen ciertos bienes u objetos que la ley considera fuera del comercio y, por tanto, cualquier contrato que se celebre sobre esos bienes se considera inexistente para el mundo del derecho. Éste es el caso del comercio de armas que son de uso exclusivo del ejército, o bien de drogas y enervantes, salvo que se trate de laboratorios autorizados que usan la sustancia de las drogas para convertirla en medicamentos o, simplemente, para su empleo con fines médicos y siempre bajo estricto control del Estado.

Si Crispín y Waldo, en su actividad de negocios, celebran un contrato de compraventa sobre ese tipo de bienes, no sólo la ley considerará que sus acuerdos no tienen efectos jurídicos, primera sanción, sino que además Waldo y Crispín habrán violado la ley que les prohíbe celebrar este tipo de transacciones y habrán cometido un delito. Como puede observarse, primero hay una norma que sanciona la violación negándole efectos jurídicos al contrato celebrado en su contravención, y luego hay otra norma que sanciona conductas indeseables para la sociedad —la ley penal—, que es violada y, por ende, se comete un delito por el que Waldo y Crispín serán castigados con prisión.

Para concluir este capítulo con un concepto preliminar de derecho, en esta recapitulación retomaremos algunos conceptos ya examinados y aprovecharemos para relacionarlos con otros nuevos.

Existen dos tipos de normas jurídicas en cuanto a su *ámbito personal de validez* (véase 4.5.3): por un lado, las *normas generales y abstractas*, y por el otro, las *normas particulares o individualizadas*. Veremos ejemplos de cada tipo de estas normas; sin embargo, conviene hacer una distinción clara entre las normas mencionadas y otras que están prohibidas expresamente por la Constitución (art. 13) y que se llaman *leyes privativas* o *prohibitivas*.

Las normas generales y abstractas se establecen por medio de las leyes: "Habrá compraventa cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho, y el otro a su vez se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero" (art. 2248, CCDF). Es decir, sin importar quiénes estén llevando a cabo la compraventa ni de qué tipo de mercancía se trate: frutas, cereales, automóviles, etc., esta disposición regula a todas las personas que desean realizar una compraventa.

En cambio, una norma particular e individualizada es el contrato de compraventa que celebran las partes —Crispín y Waldo— en virtud de que la norma general y abstracta los faculta para ello. Como vimos, en el contrato la relación jurídica sólo se da entre las partes. Otro tipo de norma individualizada es la sentencia que condena a Crispín a dos años de cárcel por haber cometido un acto ilícito, la obstrucción de caminos, al desaguar el terreno que se había inundado, o la venta de drogas o armas destinadas al ejército.

Por su parte, la norma prohibitiva es aquella en la que "La voluntad de los particulares no puede eximir (su) observancia, ni alterarla o modificarla..." (art. 6°, CCF). Esto quiere decir que los particulares, en sus convenios y contratos, pueden acordar con absoluta libertad lo más adecuado para sus intereses, siempre que esos acuerdos no vayan en contra de la norma prohibitiva. Aquí es muy importante hacer un paréntesis para explicar este concepto, que se ha prestado y aún se presta a muchos equívocos.

Cuando la disposición del art. 6° del CCF señala que la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, indica que los particulares no pueden concluir acuerdos ilícitos, o sea, contrarios a la ley. Nuevamente nos topamos con un concepto demasiado amplio. Por eso es necesario concretarlo y reformularlo en los términos siguientes: las partes pueden disponer en todo lo que consideren pertinente, menos en los

casos prohibidos por la ley, y cuando hablamos de *leyes prohibitivas* vienen a nuestra mente las *disposiciones de orden público*. Veamos brevemente la naturaleza de este tipo de normas.

Disposiciones o *leyes de orden público* o *leyes imperativas* son aquellas que el legislador ha considerado de una importancia tal para la estructura y el funcionamiento del Estado, de la familia o de todas las instituciones esenciales para la vida social, que los particulares no deben disponer en contra de ellas. Por su relevancia estas normas deben ser aplicadas invariablemente sin importar la voluntad de los particulares y, desde luego, éstos no pueden derogarlas ni deben convenir en contra a riesgo de que esos convenios no tengan efectos jurídicos; por ejemplo, la *Ley Federal del Trabajo*, ya que en ella se defiende a la parte débil en las relaciones de trabajo, que es el trabajador.

Así, podemos afirmar que las *leyes de orden público* son el límite a la autonomía de la voluntad de los particulares. Entendido así, el concepto puede extenderse a los otros dos supuestos que establece el art. 6º del CCF: en sus acuerdos, las partes no pueden afectar los derechos de terceros, es decir, de personas ajenas a esos acuerdos; por ejemplo, que yo venda una propiedad que no me pertenece o que adquiera un crédito en contra de Crispín o Waldo, sin que medie autorización de ellos.

El segundo supuesto consiste en que los particulares, en sus transacciones comerciales, pueden disponer aun en contra de la ley, a condición de que no se trate de una ley o disposición de orden público. Aquí se considera que las normas comerciales son los mínimos que el legislador estableció para regular la actividad de los comerciantes, pero que éstos pueden llegar a modificarlos si así lo estiman necesario en sus relaciones mutuas y sólo tendrán efectos entre esas partes, que lo han convenido de esa manera; se dice que son leyes de carácter dispositivo, en contra de las leyes imperativas o de orden público que ya hemos mencionado.

Después de este paréntesis, retomemos el tema que nos interesa. Se pretende que el dispositivo de toda norma jurídica sea general y abstracto; por ejemplo, toda persona que preste sus servicios y reciba un ingreso por ese motivo está obligada a pagar impuestos. Un dispositivo de esta naturaleza, una hipótesis normativa formulada de ese modo, no distingue entre las personas que presten servicios turísticos o que sean comerciantes o que trabajen en una fábrica. El dispositivo es general y, por tanto, establece un deber de cumplimiento para todas las personas que se encuentren en la hipótesis prevista: que presten servicios y reciban un ingreso; por lo mismo, deben pagar impuestos. Aquí estamos ante una norma obligatoria (que impone deberes) que además es general, por abarcar el mayor número posible de destinatarios.

Sin embargo, hay otras normas jurídicas que son individualizadas, por ejemplo:

> Se puede tratar de un contrato o un convenio que sólo obliga a las partes que lo celebren; también puede ser una concesión o un permiso que el Estado otorgue a un individuo o a una empresa para que preste un servicio público, como transportar pasajeros o carga, recoger y procesar la basura, etc. En estos casos, la concesión o permiso por parte del Estado se otorga a una persona o empresa determinada, o bien, puede tratarse de una sentencia judicial que establecerá derechos u obligaciones respecto de una persona o un grupo de personas (por ejemplo, una sentencia que obliga a una persona a pagar a otra daños y perjuicios o que restituye a una comunidad las tierras de las que había sido desposeída).

Así, podemos distinguir entre *normas generales* y *normas concretas o individualizadas*, y *normas obligatorias*, las cuales veremos con más detalle en el capítulo 4.

Por otro lado, hay normas vinculadas con la organización del Estado —ya las hemos mencionado— que establecen y definen la forma en que se estructura,[62] por ejemplo, su división en poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, con sus respectivas facultades; la integración y el funcionamiento de los tribunales; la vida municipal; los procedimientos que deben cumplirse para que el propio Estado emita nuevas leyes y se apliquen.

Las normas vinculadas con la organización del Estado tienen una naturaleza diferente de las que hemos mencionado. Las normas que establecen la estructura y el funcionamiento del Estado son *normas orgánicas*, ya que no otorgan facultades ni establecen deberes y derechos a los particulares; son normas que definen, por ejemplo, la forma en que deben estructurarse los órganos del Estado, o bien, cómo deben crearse otras normas a través de los poderes, o cuáles son las facultades de los servidores públicos. En una palabra: se trata de normas que definen la forma en que dichos órganos deben constituirse y actuar. Estas normas regulan la manera en que deben ser nombrados y cuáles son las facultades de los titulares de los órganos del poder público: del presidente, de los funcionarios encargados de la administración pública, de los jueces, los legisladores, etc., por

[62] "El derecho es un ordenamiento institucionalizado porque, además de las reglas dirigidas a regular el comportamiento de los individuos, contiene reglas que señalan qué órganos están autorizados por el mismo ordenamiento para producir normas válidas, a través de qué procedimientos, cómo se debe llevar a cabo la modificación de las normas y qué procedimientos se deben seguir para su aplicación." Rodolfo Vázquez, *Teoría del derecho*, p. 71.

lo que corresponde a las relaciones que sostengan entre sí y con los gobernados.

Tenemos de este modo una diferencia entre la naturaleza de las normas facultativas o que establecen deberes y derechos, dirigidas a la sociedad en general, y aquellas en que las normas establecen la forma en que deben quedar constituidos los órganos del Estado y los procesos que éstos deben seguir, así como la actuación que debe ser observada por los servidores públicos. Dicho de otro modo, distinguimos entonces entre las normas que regulan conductas de los individuos y las normas que definen facultades y procedimientos de los órganos del Estado y de los encargados de dichos órganos para la creación de nuevas normas: por un lado, *normas sustantivas*, y por el otro, *normas estatales* u *orgánicas*.

En un sentido semejante a la clasificación anterior y como característica adicional de las normas pertenecientes al sistema jurídico, Bierling[63] y Hart [64] han señalado que el derecho se integra por dos tipos de normas: las primarias y las secundarias.[65] Las primeras prescriben derechos y crean obligaciones a cargo de los gobernados, mientras que las segundas establecen de qué manera se ponen en vigor las mismas, se modifican o abrogan y de qué modo se corrobora su violación.

De acuerdo con Ihering, hay dos momentos propios del derecho: por una parte, la norma y, por la otra, la coacción, mediante la cual se realiza el contenido de la norma en última instancia. Para que el derecho sea tal, afirma ese autor, resulta necesario que la norma sea reconocida y que la coacción sea ejecutada por el Estado. Volvamos al ejemplo de la compraventa.

> Podemos decir que las normas de compraventa han sido creadas por el órgano legislativo, esto es, por un ente estatal. De esta manera, un contrato de compraventa formado de acuerdo con la ley y más tarde incumplido por una de las partes dará lugar a que la parte ofendida solicite ante los tribunales la coacción del Estado. Es decir, que declare la violación a un deber jurídico, el incumplimiento de lo pactado (del contrato) y, por tanto, mande ejecutar dicha violación: que el deudor moroso cumpla o que si no lo hace, se ordene el embargo de sus bienes. La ejecución será realizada por un órgano estatal que emitió la norma, el Poder Judicial: el tribunal.[66] Valga la oportunidad para anotar un principio jurídico: *pacta sunt servanda* (los pactos deben cumplirse). El tribunal condenará al incumplido, ya sea a cumplir con lo pactado o a pagar daños y perjuicios a la víctima de su incumplimiento.

[63] Rudolf Bierling, *Juristische prinzipienlehre*, Platz, Friburgo, 1894, p. 131.
[64] Herbert Lionel Adolphus Hart, *The concept of law*, Oxford University Press, Oxford, 1961, pp. 132 y siguientes.
[65] "Las reglas secundarias se subdividen, a su vez, en tres subtipos: la regla de reconocimiento, reglas de cambio y reglas de adjudicación", Rodolfo Vázquez, *Teoría del derecho*.

Siempre es importante reconocer el uso de la coacción estatal en el derecho. Hay normas que suponen que un órgano estatal resulta competente para imponerlas de manera forzada, aun en contra de la voluntad de los sujetos obligados. Ihering diría que para llegar a ser una norma jurídica, no basta que la norma haya sido declarada como tal por el órgano estatal competente (por el Poder Legislativo), sino que lo que realmente le otorga tal carácter sea el hecho de que un órgano del Estado haya sido obligado a imponerla de manera forzada.[67]

1.5.3 Concepto preliminar de derecho

Definir el concepto de *derecho* es una tarea compleja, dado que existen diversas cuestiones que deben tomarse en cuenta, como los conceptos de *justicia* y *orden público*, entre otros ya señalados. Al respecto, Rodolfo Vázquez comenta:

> Cabe distinguir entre diversos acercamientos cuando hablamos de definir algo. Tales acercamientos son el lingüístico, el conceptual y el real. Así nuestra pregunta sobre qué es el derecho adquiere tres dimensiones: la que alude al término derecho, la que se refiere al concepto derecho y la que señala el objeto del derecho.[68]

El término *derecho* tiene diversas acepciones; así, podemos decir: tengo derecho a recibir una pensión, dado que ya cumplí la edad requerida para mi jubilación. Crispín tiene derecho a contratar libremente o Waldo tiene derecho a domiciliarse donde más convenga a sus intereses, etc. El concepto de *derecho* que veremos en el siguiente párrafo, como conclusión, nos da los elementos que lo componen. El objeto del derecho será establecer un orden de paz, justicia, igualdad de certeza y libertad en el que debe respetarse en todo momento a la persona para que pueda realizarse como

[66] Rudolf von Ihering, *op. cit.*, pp. 176 y 177.
[67] *Ibídem*, p. 187.
[68] Sobre los distintos acercamientos al estudio de la definición del derecho, véase: Rodolfo Vázquez, *Teoría del derecho*, pp. 2 y 3.

tal, de acuerdo con sus expectativas, intereses y objetivos, y que al hacerlo esa persona impulse el desarrollo de la sociedad en que vive.

A partir de las ideas antes expuestas, es preciso que dejemos sentado, así sea provisionalmente, lo que entendemos por derecho, un concepto que nos ayude a seguir adelante en esta obra introductoria:

> *El concepto de derecho se integra por el conjunto de normas jurídicas que confieren facultades, que imponen deberes y que otorgan derechos con el fin de regular los intercambios y, en general, la convivencia social para la prevención de conflictos o su resolución, con base en los criterios de certeza, seguridad, igualdad, libertad y justicia.*

Resumen

La *cultura* es un producto social constituido por todos los conocimientos que se transmiten de generación en generación; un aprendizaje continuo que se produce en el interior de cada grupo. Las *diferencias culturales* dan lugar a la diversidad de normas jurídicas; no obstante, puede hablarse de grupos sociales integrados a las diferentes grandes culturas de nuestro tiempo, de ahí que los sistemas jurídicos derivados de esos grandes grupos tengan en común principios básicos que se reflejan en sus propios derechos.

Por otro lado, las *normas internas* o *afectivas* son normas individuales producto de la tradición, la moral, una creencia, religión o dogma. En cambio, las *normas externas* son normas colectivas producto del acuerdo entre individuos que componen el grupo social, la comunidad o la sociedad. Las normas jurídicas se encuentran entre estas últimas. Sin embargo, esto no significa que sean diametralmente distintas, ya que entre el derecho y la moral, por ejemplo, existen conexiones. Muchas veces éste toma normas morales y las positiviza, es decir, las incorpora al derecho positivo.

El *orden jurídico* tiene por objetivo estabilizar la intención de las conductas humanas a fin de hacer posible la convivencia social; esto se logra en la medida en que se persiga la certeza, seguridad, justicia, igualdad y libertad entre los individuos que forman la sociedad.

El *derecho* constituye un orden de paz, en el que debe respetarse en todo momento la libertad de la persona para que pueda realizarse como tal de acuerdo con sus expectativas, intereses y objetivos, y que al hacerlo esa persona impulse el desarrollo de la sociedad en que vive.

El derecho como sistema de normas jurídicas presenta, como una de sus características primeras y fundamentales, su condicionamiento social,

ya que surge de la vida social misma, vive y se ejecuta en la sociedad y su fin se encuentra en ella.

Hablamos también de *derecho subjetivo* y de *derecho objetivo*. El primero está constituido por los derechos y las obligaciones que tiene toda persona, mientras que el segundo es la posibilidad de ejercicio de esos derechos y obligaciones frente a la sociedad, así como los medios puestos al alcance por el Estado para que tales derechos y obligaciones sean realizables.

Una de las características definitorias del derecho es su condicionamiento social en la medida en que surge de la vida social misma, se ejecuta en ella y constituye un mínimo ético que garantiza el mantenimiento de las condiciones de subsistencia de la sociedad. Por tanto, si bien es cierto que se parte de la más amplia protección de la libertad individual como garantía del pleno desarrollo personal, también lo es que dicha libertad encuentra límite cuando la actividad del individuo interfiere con la libertad de otros o no se encamina a contribuir a su bienestar social y económico.

Las leyes, sentencias, usos y costumbres, reglamentos administrativos y los convenios y contratos tienen una vigencia determinada por quien o quienes los emitieron o según las circunstancias, como es el caso específico de los usos y costumbres. En su gran mayoría se trata de *normas facultativas*, pero también hay entre ellas *normas prohibitivas* que significan el límite a la autonomía de la voluntad de los particulares. Se les puede clasificar como *normas generales* y *abstractas* o *normas particulares* o *individualizadas*, según quien las emita y a quien o a quienes vayan dirigidas.

Las normas vinculadas al Estado, también llamadas normas *adjetivas, estatales* u *orgánicas*, establecen y definen la forma en que el Estado se estructura y el funcionamiento de sus órganos; determinan asimismo cuáles son las facultades de los servidores públicos y el procedimiento a seguir para la creación de nuevas normas que pasen a formar parte del orden jurídico estatal. De esta forma se puede hablar de un Estado institucionalizado. Como características adicionales de las normas se puede hablar de *normas primarias* y *secundarias*. Las primeras establecen obligaciones a cargo de los servidores públicos y las segundas determinan de qué manera se ponen en vigor dichas normas, cómo se modifican y la forma en que se corrobora su violación.

Normas facultativas son aquellas que permiten la realización de actos jurídicos. Cuando se cumplen los supuestos que estas leyes establecen se producen los efectos jurídicos que la persona o personas buscan. Cuando nos referimos a normas imperativas o de orden público, éstas significan el límite a la autonomía de la voluntad y, al mismo tiempo, son normas que deben cumplirse aun en contra de la voluntad de los particulares.

Pueden distinguirse también dos momentos propios del derecho: uno es la norma jurídica y otro la coacción por el contenido de la norma. En este último caso puede hablarse también de que la norma —como mencionamos al principio de este resumen— establece derechos, obligaciones o facultades que, de no ser cumplidos, se sancionan privándolos de efectos jurídicos.

Finalmente, existen varias acepciones del término *derecho*, dependiendo de la aproximación con la cual sea estudiado; basta por el momento con tomar dicho concepto como el conjunto de normas jurídicas que confieren facultades, que imponen deberes y que otorgan derechos con el fin de regular los intercambios y, en general, la convivencia social para la prevención de conflictos o su resolución, con base en los criterios de certeza, seguridad, igualdad, libertad y justicia.

Cuestionario

1. ¿Cuál fue el papel del individuo en la formación del derecho primitivo?
2. Ante conductas dispares de los individuos, ¿qué papel desempeñan las reglas de convivencia?
3. ¿Cuál es la diferencia entre las conductas internas o afectivas y las conductas externas o colectivas?
4. ¿Existe algún tipo de vínculo entre la regulación de las conductas internas o afectivas y las externas o colectivas o son ámbitos totalmente distintos?
5. ¿Por qué se afirma que la cultura es un producto social?
6. ¿Cuáles son las cuatro grandes culturas a que se refiere Toynbee?
7. ¿Por qué se dice que el orden jurídico tiene por objetivo estabilizar la intención de las conductas humanas a fin de hacer posible la convivencia social?
8. ¿Por qué se afirma que el derecho es un *mínimo ético* que sirve para garantizar el mantenimiento de las condiciones de subsistencia de la sociedad?
9. ¿Qué implica la afirmación de que el derecho es un orden efectivo de control de las conductas sociales?
10. ¿Cuáles son los diferentes tipos de normas jurídicas?
11. ¿Cuál es la distinción entre derecho subjetivo y derecho objetivo?
12. ¿Por qué se dice que las normas jurídicas tienen vigencia?
13. ¿Por qué se deben respetar las normas prohibitivas?
14. ¿Cuál es el objeto de regulación de las normas estatales?
15. ¿Cuál es la diferencia entre las normas generales y abstractas y las normas concretas o individualizadas?
16. ¿Cuál es la definición de derecho?

2 Ciencia y ciencia jurídica

Objetivos

Se pretende que el alumno:

- Distinga el concepto tradicional de la ciencia (ciencia formal y ciencia fáctica), de la ciencia del derecho.
- Entienda las similitudes y diferencias entre el derecho, las ciencias formales y las ciencias empíricas.
- Identifique y comprenda el uso de ciertas herramientas de las ciencias formales aplicadas en el derecho.
- Comprenda en qué consisten el método histórico y la teoría pura del derecho en cuanto ciencia del derecho.
- Conozca los principios de la teoría y su aplicación al derecho.
- Comprenda las particularidades del manejo del lenguaje para el derecho.
- Explique en qué consiste la metodología y distinga cuáles son sus elementos definitorios.
- Comprenda la importancia de la aplicación de un método definido en el estudio, aplicación y ejercicio del derecho.
- Entienda los presupuestos de la metodología general y de la metodología jurídica.
- Precise cuáles son los elementos principales de la filosofía y de la filosofía del derecho.
- Comprenda las diferencias básicas entre las corrientes iusnaturalistas y las positivistas.
- Identifique otras ciencias jurídicas y entienda sus objetos de estudio.

2.1 Introducción

EN ESTE CAPÍTULO ESTUDIAREMOS CUATRO TEMAS MUY RICOS EN CONTENIDO que nos ayudarán a ubicar al derecho en un contexto más amplio y nos proporcionarán, al mismo tiempo, nuestro marco conceptual. Veremos cuáles son las características de la ciencia y en qué medida el derecho las comparte. En seguida, estudiaremos la relación del derecho con la teoría, con las doctrinas elaboradas por los juristas, para concluir con el tema de la filosofía. Se trata ciertamente de conocimientos complejos que trataremos de exponer de manera sintética.

2.2 Ciencia, ciencia jurídica, teoría y filosofía

2.2.1 Concepto de ciencia

La ciencia es la reflexión del ser humano para comprender lo que sucede a su alrededor. En una etapa primitiva, el individuo debió de observar diversos fenómenos naturales e intentar comprenderlos, y lo consiguió mediante una observación sistemática que luego verificó en la realidad: un ejemplo lo constituyen los ciclos de las estaciones del año, que permitieron a ese hombre primitivo hacer previsiones para sobrevivir. Cuando no logró comprender los fenómenos que observaba, prefirió explicárselos mediante simbolismos o a partir de la magia, o los adscribió a fuerzas sobrenaturales como una determinada actitud de los dioses hacia él.

A medida que el ser humano evolucionó, pudo precisar su reflexión acerca del mundo circundante y así logró mayor racionalidad sobre los fenómenos: los que antes estaban fuera de su entendimiento, los comprendía y usaba en su beneficio. Para conseguirlo debió de comprobar que ciertas causas provocaban determinados efectos; por ejemplo, por qué el Sol tiene más intensidad en algunas épocas del año que en otras. Kepler, después de largas y minuciosas observaciones, llegó a la conclusión de que todo planeta, incluida la Tierra, gira alrededor del Sol describiendo una órbita elíptica, en la cual el Sol ocupa uno de los focos.[1] Esta afirmación ha sido verificable todas las veces que se ha presentado el fenómeno descrito; así, el resultado de una observación se convirtió en ley. Aún más, constituye una de las leyes fundamentales de la física. Se trató, como en muchos otros casos, de una vinculación del pensamiento con la realidad

[1] Johannes Kepler, *El misterio cósmico*, Alianza Editorial, Madrid, 1992.

y de la interpretación científica de un fenómeno físico, que contribuyó en beneficio del ser humano a que se llevaran a cabo otros descubrimientos.

2.2.2 Ciencias formales

Para el ser humano, la ciencia y la investigación son parte de su vida social, ya que su objetivo es mejorar el mundo que lo rodea y extraer de él su máximo beneficio. La ciencia es, así, uno de los productos culturales más importantes. Tradicionalmente se le ha dividido en dos grandes ramas: la *ciencia formal* y la *ciencia fáctica*. La primera trata de pensamientos o formas de razonar; creaciones que no se ocupan de los hechos que se suceden en la realidad. Estos conceptos o entes tienen sus reglas o formas de razonar. "Los diversos sistemas de lógica formal y los diferentes capítulos de matemática pura son racionales, sistemáticos y verificables."[2]

Como ejemplos de estos entes o conceptos podemos mencionar el número 3 (o cualquier otro número), del que conocemos únicamente su representación gráfica: 3; pero "¿quién vio jamás un 3, un simple 3?"[3] En efecto, hemos visto tres árboles, tres manzanas, tres automóviles, pero jamás un número 3 como un objeto que sea posible percibir por medio de los sentidos, ya que sólo se obtiene mediante el razonamiento, la creación mental del ser humano.

El número es un concepto abstracto que sólo vive en nuestras mentes y, como tal, no existe en la realidad tangible; sin embargo, el número 3, y los demás números, los usamos como referencia todos los días y pueden resultarnos de gran utilidad en la vida práctica. De la misma manera, tampoco hemos visto en la realidad un silogismo y, sin embargo, es un instrumento de la lógica formal que nos ayuda a comprender y a solucionar un problema real; por ejemplo:

Los seres humanos son racionales, Waldo es un ser humano y, por consiguiente, es un ser racional; o bien, es invierno, los caminos se llenan de nieve y, por consiguiente, es peligroso recorrerlos.

El silogismo se utiliza en las sentencias que emiten los tribunales, aunque se le ha criticado por ser una visión superficial del quehacer de los

[2] Mario Bunge, *La ciencia, su método y su filosofía*, Nueva Imagen, México, 1994, p. 10. Esta obra se recomienda para ampliar la explicación acerca de la ciencia y tiene como objetivo el de la difusión.
[3] *Ibídem*.

jueces. El silogismo jurídico se compone de la norma legal como premisa mayor, el caso que se analiza como premisa menor y la conclusión es la sentencia. Veamos un ejemplo:

> El art. 2248 del CCF establece: "habrá compraventa cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho y el otro se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero". En el caso presentado ante el juez, se discute la existencia de un contrato de compraventa. El juez tendrá que constatar si existió la voluntad de las partes en la relación; es decir, si hubo una aceptación tal que hubiese hecho surgir la obligación de transferir en propiedad y la obligación de pagar un precio cierto y en dinero y su conclusión, su sentencia, declarará o no la existencia de ese contrato de compraventa.

2.2.3 Ciencias factuales

Por su parte, la ciencia fáctica, o las ciencias factuales, tienen una naturaleza diferente. No emplean variables lógicas o signos vacíos como las matemáticas (el caso del número 3 en las matemáticas o del silogismo en la lógica), que son entes neutros (ni verdaderos ni falsos). Por el contrario, las ciencias fácticas parten de una racionalidad previa, o sea, de un sistema de ideas y de conceptos previamente aceptados y producto de la experiencia y de la ideología, que tienen cierta coherencia entre sí;[4] Rodolfo Vázquez plantea la distinción en los términos siguientes:

> Existe una diferencia importante entre las ciencias formales y las ciencias fácticas o empíricas. Las primeras se ocupan de entes ideales o creaciones abstractas, mas no de los hechos que ocurren en la realidad. La verificación de los enunciados de las ciencias formales es meramente conceptual. Las ciencias fácticas o empíricas por otro lado, se ocupan de objetos o "cosas" (materiales o morales) y requieren la verificación de sus enunciados mediante el contraste con la experiencia.

Pero tal experiencia previa no implica necesariamente que un procedimiento de este tipo sea verdadero: "en particular, la sumisión a algún sistema de lógica es necesaria pero no es una garantía de que se obtenga la verdad".[5] Veamos un ejemplo de cada caso.

[4] Rodolfo Vázquez, *Teoría del derecho*, p. 124.
[5] Mario Bunge, *op. cit.*

> La hipótesis general se puede expresar con el enunciado siguiente: todos los seres del reino animal son seres vivientes. Este enunciado se verifica indirectamente cuando la biología nos demuestra que las células son microorganismos. Un ejemplo del segundo caso: la economía sostiene que el progreso técnico ocurre cuando es posible que el precio de un determinado insumo o materia prima provoque que un determinado producto pueda fabricarse a menor costo. Habrá entonces que verificar en el plano real si este enunciado económico ocurre y por tanto se sabrá si es falso o verdadero.

Dicho en otros términos, en las ciencias fácticas o empíricas es indispensable de manera provisional plantear propuestas que requieren la verificación de los enunciados que en la realidad puedan ser comprobables para determinar si existe o no adecuación entre los enunciados y su objeto. "El mejor fundamento de la regla metodológica que acabamos de enunciar es que la experiencia le ha enseñado a la humanidad que el conocimiento de hecho no es convencional, que si se busca la comprensión y el control de los hechos, debe partirse de la experiencia."[6] Esta afirmación nos permite señalar una diferencia fundamental entre el derecho y las ciencias fácticas: en el primero, su naturaleza es convencional —el Estado emite las leyes acordadas por la sociedad—; en las segundas, su naturaleza consiste en el conocimiento del hecho, de acuerdo con la experiencia; la teoría de Kepler o el método para lograr un producto al menor costo posible, son dos ejemplos. Analicemos ahora al derecho como ciencia.

2.2.4 Ciencias normativas

Ya hemos visto que tanto la ciencia formal como la ciencia fáctica se fundamentan en sistemas racionales y ordenados; la primera tiene sus propios sistemas lógicos mediante los cuales los conceptos que se utilizan pueden llegar a ser verificables; se trata, en todo caso, de una verificación que sólo se constata mediante la razón: se postula un teorema y se lleva a cabo su verificación. En las ciencias fácticas el enunciado propuesto se verifica al contrastarse con los datos de la realidad tangible. El derecho (como ciencia), por su parte, se compone de diversos conceptos, cuenta con diferentes sistemas de razonamiento. Sus propuestas racionales y sistemáticas no buscan la verificación de sus postulados, contrastándolos con alguna realidad tangible.

[6] Mario Bunge, *op. cit.*, pp. 13 y 14.

Ignacio Carrillo Prieto, en su estudio sobre la ideología en el derecho, comenta las ideas de Leibniz y dice: "La ciencia del derecho se halla entre las ciencias que dependen no de experimentos, sino de definiciones; no de lo que muestren los sentidos, sino de la razón. Se separan desde el inicio y para siempre las verdades de hecho de las verdades de (la) razón."[7]

Actualmente se entiende por *ciencia* un tipo de conocimiento que es capaz de fundamentar racionalmente sus afirmaciones. En otras palabras, cuando alguien expresa un enunciado, éste se puede tener como una expresión científica si existe una correspondencia entre lo expresado y el objeto del que se habla, y dicha correspondencia puede ser demostrada en términos racionales.[8]

En efecto, el esquema en que se fundamenta la interpretación clásica del conocimiento científico (y al que nos acabamos de referir respecto de las ciencias formales y fácticas) "consiste en suponer que todo saber racional debe tener fundamentos suficientes, esto es, resulta necesario presentar pruebas concluyentes en su favor. Fundamentar un conocimiento, entonces, significa proporcionar razones que aseguren la certidumbre de su verdad".[9] Se trata de un enfoque en el que las teorías se formulan sobre la base de un sistema de relaciones lógicas (racionales) que parten de enunciados que hayan sido admitidos previamente como "enunciados fundamentales", es decir, que se admitan como verdaderos, de ahí que mediante el desarrollo lógico de tales enunciados se acepte una transmisión de la verdad: "el problema central del conocimiento consiste en la determinación de la verdad de los enunciados que tengan que ser admitidos como los fundamentos".[10] Para lograrlo son indispensables la intuición sensible y la intuición racional.

Ante la afirmación de un hecho por parte de una persona, decimos, "lo que afirma esta persona es de sentido común": "las calles de la ciudad de México están llenas de personas y automóviles". No es necesaria una prueba, es algo que nuestra experiencia conoce y por eso aceptamos la afirmación. En cambio, la intuición racional es más compleja, aquí la explicación debe tener una conexión entre los hechos y cómo los interpretamos: el hacinamiento de gente en lugares cerrados irrita a las personas. Como no hay razones absolutas (hay discotecas hacinadas donde los jóvenes se divierten) cualquier intuición racional es necesariamente subjetiva y por tanto debe ser demostrada y sustentada.

[7] Ignacio Carrillo Prieto, *Varia (derecho e ideología)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1989, pp. 39 y siguientes.

[8] E. Rungaldier, "Wissenschaft", en *Lexikon der Erkenntnistheorie und Metaphysik*, Hrs. Rickern Frido, Beck, Munich, 1967, p. 237.

[9] Ricardo Alberto Caracciolo, "Fundamentos del derecho y fundamentos del conocimiento del derecho", en *Crítica*, Revista Hispanoamericana de Filosofía, vol. XI, núm. 31, abril de 1979, p. 35.

[10] *Ibídem*, p. 36.

El derecho o las normas jurídicas pueden ser juzgados también sobre la base de razonamientos confiables, de tal modo que posteriormente no puedan ser cuestionados. Al igual que en otros campos del conocimiento científico, no es una tarea fácil, pero sí posible. La forma de lograrlo es objeto de la filosofía del derecho y de la teoría general del derecho y no de una obra introductoria como ésta; sin embargo, hay varias ideas que pueden acercarnos a la determinación del derecho como ciencia, sin que tengamos que incursionar en la búsqueda de los fundamentos normativos y en la fundamentación paralela del conocimiento acerca de normas y, por supuesto, sin entrar en el análisis de cuestiones metajurídicas, que se estudiarán en cursos posteriores.

En efecto, el derecho no es una ciencia de la misma naturaleza que las ciencias formales o empíricas, como las ya mencionadas. El derecho (en su acepción de ciencia) no es una ciencia formal, ya que no todos sus planteamientos, teorías de los autores o principios jurídicos generalmente aceptados, concuerdan con los requisitos fundamentales de una ciencia formal: racionales, sistemáticos y verificables, pues no siempre son conceptos abstractos, ni requieren verificación fáctica; a lo sumo, necesitan tener congruencia y coherencia con los postulados o enunciados de los que parten.

Veámoslo desde otra perspectiva. La función del derecho (ahora como objeto de conocimiento de la ciencia) es regular las conductas dentro de la sociedad mediante las normas jurídicas. Se trata de un conjunto de prescripciones en un sentido determinado, siempre con las expectativas de que se cumplan; sin embargo, su verificación en el mundo de la naturaleza no es posible al grado de que se pudiera afirmar que la norma jurídica se cumple invariablemente cada vez que se verifica la prescripción que prevé.

Por ejemplo, si se afirma que se castigará a todo individuo que impida el tránsito por caminos públicos y se pretende que el enunciado de esa prescripción se verifique invariablemente, encontraremos que el individuo puede huir a la acción de la justicia evadiendo así el castigo.

Tampoco el derecho es una ciencia empírica o fáctica, en la medida en que los enunciados que cada teoría plantea no requieren necesariamente

una verificación en la realidad social, ya que para el derecho no es indispensable probar la verdad o falsedad de tal o cual postulado o enunciado conforme a esa realidad social. En cambio, para el derecho sí es indispensable que una ley, elaborada de acuerdo con cierto procedimiento, se cumpla (al menos, se introducen medios que procuran que se cumpla). La ciencia formal se refiere a la realidad, a lo que es y acontece; el derecho, en cambio, está referido a lo que *debe ser*, a lo que se desea que acontezca; es decir, que el derecho como ciencia prescribe si una norma jurídica válida (porque deriva de otra superior) debe cumplirse.

Como se recordará, en el capítulo anterior (1.3) nos referimos a este mismo tema y destacamos su importancia para el derecho. Allí dijimos que la *esperanza normativa*[11] consiste en el conocimiento que puede tener un individuo en condiciones sociales razonables respecto de lo que puede esperar de ésta y de las reglas establecidas. También afirmamos que se trata de un conocimiento que se fundamenta en lo que supuestamente debe suceder con la conducta del individuo en ciertas circunstancias y que las reglas de derecho resumen en la expresión *deber ser*: que el padre respete a los hijos y éstos a aquél, que el acreedor sea pagado, que los funcionarios públicos se conduzcan con honestidad, etcétera.

Visto desde otra perspectiva, la lógica formal se utiliza en el derecho para verificar un elemento fundamental, pero no el único: la *validez* de las normas jurídicas (que derivan de alguna otra norma superior). O sea, se emplea un instrumento de la ciencia formal; sin embargo, en las ciencias formales como las matemáticas y la lógica formal se trata de demostrar, no la *validez* de sus enunciados, sino su *verdad*.[12] En las ciencias empíricas la lógica formal sirve para confirmar conjeturas, su razonamiento es a través de los sentidos[13] y requiere la experiencia, la observación y la experimentación, método de razonamiento al que no concurre la ciencia del derecho.

En el caso del derecho hay dos grandes corrientes de pensamiento que nos servirán para ilustrar lo dicho con respecto al empleo de la lógica formal, al comparar las ciencias formales y empíricas con el derecho. Esas dos grandes corrientes son el formalismo y el realismo. Este último surge como reacción en contra del primero y pretende que el derecho (el conjunto normativo) sea el emitido por los jueces y que, por tanto, sean ellos quienes encuentren las respuestas en el sistema jurídico. En el formalismo se parte de la idea de que todas las respuestas pueden encontrarse dentro

[11] De dicho capítulo, véase la nota 23.
[12] Víctor Manuel Rojas Amandi, *Filosofía del derecho*, 2ª ed., Oxford University Press, México, 2000, pp. 52 y 53.
[13] *Ibídem*, p. 53.

del ordenamiento jurídico. Es un sistema hermético y, por ende, autosuficiente, y las respuestas, aunque no siempre están planteadas de manera expresa en el sistema, lo están implícitamente, de modo que sólo hay que deducirlas.[14] Genaro Carrió considera que el formalismo equipara todos los casos concretos en "casos claros" que pueden ser encontrados y resueltos dentro del sistema.[15] Así, estaremos hablando de *formalismo jurídico* en un doble sentido: como la postura científica que sostiene la existencia de un sistema normativo que incluya y del que puedan derivarse soluciones para todos los casos posibles. Pero el formalismo jurídico también puede ser adscrito a la teoría de la interpretación jurídica, que toma el "método lógico deductivo en la interpretación del derecho atribuyendo al juez únicamente una función declarativa del derecho".[16]

Derivado de la corriente formalista del derecho, desde el siglo XVIII y en especial a principios del XIX se crearon las grandes codificaciones (*Código Civil, Código de Comercio*, etc.), que no son más que sistemas ideales que prevén las hipótesis más importantes que puedan plantearse en la realidad.[17]

Como producto de esta labor que derivó de un enorme esfuerzo por codificar los usos y costumbres tanto del derecho romano como del derecho canónico, se dio origen, en la doctrina, a la elaboración de teorías con este mismo objetivo; es decir, de crear sistemas jurídicos ideales, herméticos y omnicomprensivos (escuela de la exégesis, en Francia; jurisprudencia de los conceptos, en Alemania).

Sin embargo, lo que nos interesa por el momento es señalar que esta forma de plantear el razonamiento para la ciencia del derecho se fundamenta en el "método de interpretación lógico-deductivo, es decir, que en la decisión de los casos concretos, el juez no tiene más función que la de declarar la inclusión o exclusión del caso en el sentido de la norma".[18] Por ello, tanto en los sistemas jurídicos de derecho codificado como en los sistemas jurídicos latinoamericanos, la función del juez ha sido tradicio-

[14] Para ampliar el estudio acerca de las tres corrientes formalistas: historicismo, más tarde jurisprudencia de conceptos; jurisprudencia analítica y la Escuela de la Exégesis; así como las corrientes opositoras al formalismo: jurisprudencia de intereses; realismo jurídico y la teoría de Gény; véase Rodolfo Vázquez, *Teoría del derecho*, pp. 135-143.
[15] Genaro Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, pp. 51 y siguientes.
[16] Astrid Gómez y Olga María Bruera, *Análisis del lenguaje jurídico*, Universidad de Belgrano, Buenos Aires, 1995, pp. 92 y 93.
[17] Para una breve cronología del proceso de codificación, véase Rodolfo Vázquez, *Teoría del derecho*, p. 139.
[18] Astrid Gómez y Olga María Bruera, *op. cit.*, p. 95.

nalmente limitada, a diferencia de los sistemas anglosajones, de manera genérica denominados *derecho común* (*common law*), donde el juez parte de la norma escrita pero toma en cuenta cómo fue interpretada por otros jueces y de ahí deriva su resolución, que puede no reducirse a lo estrictamente establecido por la norma jurídica porque le habrá adicionado consideraciones que otros jueces y el juez mismo han estimado fundamentales para la mejor aplicación del derecho.

En cuanto a esa forma de proceder, una de las posturas más interesantes respecto de la relación ciencia-derecho es la propuesta por Kirchmann (quien influyó en gran medida en los juristas de mediados del siglo XIX). Este autor sostuvo que la jurisprudencia (el derecho)[19] no sólo carecía de valor como ciencia, sino también como técnica para la resolución de conflictos sociales. Los excesos del conceptualismo producen consecuencias inaceptables como, por ejemplo, la separación del derecho respecto del sentimiento popular o la creación de una técnica inadecuada para la consecución de objetivos sociales determinados.[20] El conceptualismo con frecuencia provoca en los países latinoamericanos que el derecho vaya por un lado y la realidad por otro.

Kirchmann se preguntó si la jurisprudencia era una verdadera ciencia. Para responder a la interrogante, partió de un concepto determinado de ciencia, comparó ese modelo con la jurisprudencia y puso de manifiesto que no coincidían; por tanto, le negó su calidad científica. En primer lugar —afirma el autor—, el único método que produce verdad objetiva es el experimental. Las leyes inmutables de la naturaleza se descubren mediante la observación. La tarea del investigador es ir coleccionando hechos, clasificándolos sin ideas preconcebidas. De la observación neutral emana el conocimiento.[21]

En segundo lugar, el método científico parte del presupuesto según el cual lo singular es incognoscible. Sostiene —junto a la tradición aristotélica— que todo posible saber sobre la naturaleza está reducido a nociones universales y necesarias. En el saber científico solamente cabe lo general. Lo particular y lo singular —por su propia naturaleza fugaz e irrepetible— escapan a la consideración científica. Lo general es lo estable, es lo igual que se repite y, por tanto, puede formularse mediante leyes constantes e inmutables.

[19] Como veremos más adelante, el término *jurisprudencia* tiene por lo menos dos acepciones: se equipara al término *derecho* o bien, se refiere a la obligatoriedad que significan las sentencias emitidas por los tribunales.

[20] Alberto Calsamiglia, *Introducción a la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1998, p. 53.

[21] *Ibídem*.

Kirchmann sostiene que el objeto de estudio de la jurisprudencia es lo contingente, lo que cambia, lo singular y lo individual. El derecho es un objeto de estudio variable, y por esa razón la jurisprudencia no puede ser una ciencia. Si el objeto de estudio fuera universal e inmutable, entonces podría ser reducido a leyes generales y constantes, y en ese caso la jurisprudencia podría ser ciencia. El autor citado considera que el objeto "derecho natural" podría ser objeto de una verdadera ciencia porque por definición éste es inmutable, universal y unitario.[22]

> Mientras que las ciencias que han utilizado el principio experimental han ido progresando, la jurisprudencia, que en otro tiempo tuvo un lugar privilegiado entre las ciencias, ha permanecido estacionaria. El principio de observación, de la subordinación de la especulación a la experiencia... fue adoptado por todas las ciencias, y los resultados de este nuevo método lindaron pronto en lo maravilloso. Los descubrimientos se sucedieron unos a otros. Si antes lo que un siglo creyera fervientemente establecido por especulaciones ilusas se veía arrumbado en el siguiente, por otras especulaciones de no menor calibre, ahora en cambio se estaba en posesión de un suelo firme.[23]

Frente a las ciencias experimentales, la jurisprudencia se mueve en un círculo vicioso sin que haya avance. No existe ninguna verdad definitiva —nos dice el autor—; las discusiones se replantean y por eso la jurisprudencia no ha progresado.

Después de este diagnóstico, la propuesta de Kirchmann consiste en la eliminación de la jurisprudencia como saber jurídico o como actividad técnica de resolución de conflictos sociales. Acude a la historia de grandes pueblos de la Antigüedad, que no conocieron la profesión jurídica y, sin embargo, eso no fue obstáculo para su desarrollo ni para su cultura. También recurre a un argumento extraído de su experiencia profesional como fiscal general de Prusia. En aquellos distritos en los cuales los jueces no trabajan bien, no existe menos riqueza ni se nota el mal funcionamiento de la justicia.[24]

La exposición de Kirchmann no puede aceptarse hoy porque ya no compartimos su modelo de ciencia, pero sectores significativos del pensamiento actual niegan legitimidad científica a la jurisprudencia y encuentran en Kirchmann a un precursor.

En relación con las características propias del derecho frente a las ciencias formales y empíricas, ya mencionamos que la escuela francesa de la

[22] Alberto Calsamiglia, *op. cit.*, p. 54.

[23] *Ibídem*.

[24] *Ibídem*, p. 56.

exégesis (Duguit) y la alemana de la jurisprudencia de conceptos (Rudolf von Ihering) fueron las precursoras en el empleo de la lógica formal en la interpretación de la ley. Examinemos ahora la teoría de un autor del siglo XX que llevó esta propuesta a un planteamiento más desarrollado y, sobre todo, con sus ideas logró establecer un orden en el pensamiento jurídico posterior, al menos dentro del mundo del derecho codificado que se conforma principalmente por los sistemas jurídicos de Europa continental y América Latina, sin dejar de conocer la existencia de otros sistemas de este tipo en otras regiones. Se trata del vienés Hans Kelsen, con su *Teoría pura del derecho*.[25]

Kelsen intentó, con éxito, reivindicar la lógica formal para la ciencia del derecho. En su propuesta, ubica el objeto de estudio en un objeto puramente ideal (la teoría pura), a semejanza de las ciencias formales como las matemáticas y la lógica. Gracias a este esfuerzo el autor despeja de la ciencia jurídica todo tipo de consideración valorativa. "Con la distinción entre los conceptos de *norma jurídica* y *proposición jurídica* o *regla de derecho*, correlativa a la distinción entre derecho positivo y ciencia del derecho, es que surge [en Kelsen] la preocupación central sobre cuál es la función que la lógica desempeña en el derecho."[26] Para Kelsen la validez de las normas jurídicas de un sistema se determina con base en el procedimiento que ha sido creado a partir de la norma fundamental o norma fundante de dicho sistema (asimilable a la Constitución), sin importar que las normas derivadas y creadas conforme a ese procedimiento sean contradictorias entre sí o, incluso, contradictorias respecto de los contenidos de la norma fundamental. Siempre habrá dentro del sistema jurídico mecanismos para declarar cuáles son las normas válidas y cuáles no.

En otras palabras, las normas creadas según el procedimiento establecido por la norma fundamental pueden ser contradictorias entre sí y haber contradicción respecto de la norma fundante, como sucede con frecuencia en la realidad, de ahí que la "contradicción entre los contenidos de dos normas no es determinante ni de su validez ni de su nulidad. Puede una norma ser nulificada a pesar de que sea deducible de la norma fundante y, en este caso, ser sustituida por una norma contradictoria con la norma fundante que es, sin embargo, válida a pesar de la oposición lógica existente entre ambas normas."[27]

[25] Hans Kelsen (trad. de Roberto J. Vernengo), *Teoría pura del derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1982.

[26] Ulises Schmill Ordóñez, *Lógica y derecho*, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, Fontamara, México, 1993, p. 11.

[27] *Ibídem*, p. 19.

Lo que prevalece, en todo caso, es que la norma derivada cumpla con los requisitos del procedimiento de creación normativa, sin importar sus contenidos, aunque, claro está, mediante otros procedimientos establecidos al efecto (los judiciales) esta norma pueda ser anulada posteriormente. Veamos un ejemplo para precisar el argumento kelseniano.

El art. 27 constitucional establece, en su fracc. I, que: "en una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre las tierras y aguas". Se trata de la norma fundamental que enuncia una prohibición absoluta: "por ningún motivo"; sin embargo, una norma derivada pero contradictoria, la *Ley de Inversiones Extranjeras*, enuncia que los extranjeros podrán adquirir propiedad en esa faja del territorio nacional (llamada *zona restringida*) si lo hacen con fines industriales o turísticos (art. 10).

La *Ley de Inversiones Extranjeras* fue creada conforme a los procedimientos establecidos por la Constitución: por iniciativa del Poder Ejecutivo al Congreso, que la aprobó en sus dos cámaras (diputados y senadores), y más tarde fue expedida por un decreto del Presidente de la República que se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, es decir, se siguió todo un procedimiento correcto para establecer el enunciado secundario; sin embargo, el contenido del art. 10 de la *Ley de Inversiones Extranjeras* es contradictorio respecto de la Constitución. A pesar de ello, se puede decir que la norma que nos ocupa es jurídicamente válida y está vigente.

Aprovecharemos para hacer una breve reflexión en torno de este ejemplo. ¿Qué está sucediendo en la realidad? Las zonas costeras y fronterizas de México requieren desarrollo social y económico y de ahí la amplitud del art. 10 de la *Ley de Inversiones Extranjeras*. Entonces, nuestra mirada debe ir dirigida a la Constitución, a su art. 27, fracc. I, y ahí nos encontramos con una norma obsoleta en su contenido que tuvo su origen en las invasiones extranjeras del siglo XIX y que en la realidad social actual es inoperante. No obstante, de acuerdo con Kelsen y como acontece en la realidad jurídica, efectivamente esa norma constitucional es válida, pero no va más allá: ¿cómo explicar esta incongruencia? En la corriente "realista" la interpretación de los jueces hubiera provocado que la disposición constitucional se ampliara hasta un punto donde la interpretación del juez se acerca a la realidad. Según la concepción kelseniana, simplemente hay una ley válida pero contraria al precepto constitucional.

Volviendo a nuestro tema, en la concepción de Kelsen la lógica formal constituye un instrumento básico para el orden sistémico que propone en su teoría, pero la utilización de la lógica formal en el derecho no puede ser absoluta como en el caso de las ciencias formales, de las matemáticas o de la lógica misma. En contra de las pretensiones del uso indiscriminado de la lógica en el derecho, Ulises Schmill afirma: "No puede sensatamente afirmarse que el derecho constituya un sistema lógico; la afirmación en este sentido es, muy probablemente, la expresión de un deseo o la creencia en un mito."[28]

Por otro lado, cabe agregar que el empleo de la lógica en la ciencia jurídica ha evolucionado, pues además de la lógica formal se ha conformado otro instrumento lógico de pensamiento conocido como *lógica deóntica*.[29]

En la lógica deóntica ya no se habla de dos términos (verdad-falsedad) como en la lógica formal o aristotélica, sino de modalidades relacionadas con conductas (prohibido, permitido, obligado). El uso de este medio de razonar ha revolucionado la ciencia del derecho actual.

Examinemos ahora otras propuestas, en las que se plantea un paralelismo entre el derecho, las ciencias formales y las ciencias empíricas y, al mismo tiempo, se incluyen otros elementos en la definición del concepto de ciencia.

2.3 Derecho y ciencias formales

HAY PROPUESTAS SERIAS E IMPORTANTES QUE APORTAN ARGUMENTOS EN FAVOR de un paralelismo entre la lógica formal adscrita a las matemáticas y al derecho. En ellas la lógica formal construye principios y reglas operacionales que tanto las matemáticas como el derecho utilizan en sus enunciados y en su desarrollo.

Los conceptos matemáticos son conceptos formales que nada tienen que ver con la realidad, pero constituyen instrumentos que nos ayudan a comprenderla y a solucionar problemas que se presentan en esa realidad.

[28] Ulises Schmill Ordóñez, *op. cit.*, p. 27.

[29] Sobre este tema puede consultarse "Consideraciones semánticas sobre lógica deóntica, con especial referencia a la jurisprudencia", de Ulises Schmill, en la obra que de este autor hemos citado, pp. 51 y ss. Asimismo, Georges Kalinowski, *La lógica de normas y lógica deóntica*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Fontamara, México, 1992.

Por ejemplo: el cálculo, en la ingeniería, es una disciplina matemática; sin embargo, resulta indispensable para diseñar las estructuras de puentes y edificios. De la misma manera, en el derecho existen creaciones abstractas sin referencia directa con la realidad (las veremos en el cap. 4, cuando tratemos los conceptos jurídicos fundamentales), pero que al igual que las matemáticas nos ayudan a entender problemas que se suscitan en la realidad, y a resolverlos.

Herbert Fiedler, uno de los autores actuales en esta corriente de pensamiento, pretende demostrar que existen vínculos entre la lógica formal aplicada a las matemáticas y la lógica formal aplicada al derecho. Él parte de la propuesta siguiente:

En lógica se usa, a veces, la expresión *codificación* para designar los principios y reglas operacionales mediante los cuales se construye un sistema formal. También se habla de una *codificación de la lógica*, por ejemplo, de la lógica que se utiliza en la matemática para hacer referencia a una determinación completa de las proposiciones y reglas lógicas utilizadas en dicha disciplina mediante la indicación de un sistema lógico-formal.

La codificación se utiliza igualmente en el derecho (*Código Civil*, *Código de Comercio*, etc.), y el autor citado concluye que este aspecto "matemático" o formal en la tarea del jurista puede captarse si se analiza en abstracto un sistema jurídico, pero en su vida cotidiana "no es rigurosamente formal, sino que depende de las proposiciones: tiene carácter pragmático; está sujeto a la autoridad, al lenguaje ordinario y al sentido común y está sometido en la práctica, a la necesidad de decidir las cuestiones que se le presenten concretamente".[30] Veamos un ejemplo para ilustrar el pensamiento de Fiedler.

> En el derecho se han elaborado diferentes cuerpos de leyes de forma metódica y sistemática. Se han "codificado" las prescripciones civiles, comerciales, penales, laborales, fiscales, etc., en sendos códigos civiles, comerciales, penales, laborales, fiscales. Hasta aquí existe una coincidencia con el método lógico-formal empleado en las matemáticas, donde también se codifican teoremas y procedimientos para su desarrollo. En el derecho, si tratamos de saber si tal o cual contrato de compraventa es válido o no, nos referiremos a un código, que nos dice qué elementos de existencia debemos verificar. Esa codificación nos ayudará a resolver un problema de la realidad: la validez o no del contrato de compraventa. Lo mismo sucede en las matemáticas: si deseamos construir un puente o un

[30] Herbert Fiedler, *Derecho, lógica, matemática*, 2ª ed., Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Fontamara, México, 1992, pp. 1 y 12.

edificio, recurriremos a su codificación, de donde derivaremos un cálculo que nos permita saber si la estructura del puente o del edificio es la correcta y será resistente, para poder construirlo. La codificación matemática nos ayuda a resolver un problema de la realidad. Sin embargo, aquí terminan las coincidencias pues, a diferencia de las matemáticas, el derecho es una disciplina que se fundamenta en reglas o normas jurídicas que no necesariamente tienen cumplimiento en la realidad tal como están prescritas en el código, porque éste nos dará el principio general pero en la realidad ese canon general puede o no ser aplicable al caso concreto, que tiene circunstancias y modalidades específicas.

Puede suceder incluso que el sistema jurídico —la codificación— sea perfectamente válido, no obstante que la realidad sea contraria a dicho sistema. Éste es el caso de un Estado donde exista un sistema jurídico bien elaborado pero cuyas normas no se cumplen por falta de recursos materiales para hacerlas cumplir, por indiferencia de sus autoridades o por corrupción, una situación que por desgracia es frecuente en los países latinoamericanos. No habrá, por tanto, una correspondencia entre la proposición normativa y la realidad. En las matemáticas toda proposición, para que pueda ser válida, debe ser verdadera, lo que no sucede en el derecho.

2.4 Derecho y ciencias factuales o empíricas

VEAMOS AHORA LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO Y LAS CIENCIAS FACTUALES o empíricas y cuáles son sus diferencias.

En la teoría jurídica la verificación acerca de la verdad o falsedad de los enunciados se produce en el interior de su propio sistema, de manera autosuficiente y hermética (la determinación de la validez de tal o cual norma jurídica). En este caso la verificación es diferente de la verificación de las ciencias factuales o empíricas, donde la verificación debe darse en el mundo exterior, en el mundo de la naturaleza.[31]

[31] Agustín Pérez Carrillo sostiene que las explicaciones que ofrece una teoría jurídica constituyen una explicación científica "en tanto se presentan como soluciones satisfactorias a problemas que surgen en la ciencia jurídica". Es decir, no se trata de respuestas triviales sino de explicaciones informativas; son "explicaciones circulares que no solamente señalan una identidad entre explicandum y explicans", sino que además se trata de "explicaciones deducibles del conjunto de enunciados que se manifiestan; (éstos) son verdaderos bajo la implicación lógica y no parten de premisas contrarias". De esta manera se plantean enunciados que, según las reglas lógicas que el propio sistema propone, permiten verificar como verdadero o falso cierto tipo de

Una teoría será aceptada por la doctrina jurídica en la medida en que exista correspondencia entre los enunciados y sus conceptos, aunque esto no quiere decir que ésta sea la única (verdadera o falsa) interpretación del derecho o de alguno de sus conceptos fundamentales. Se tratará, en todo caso, de una propuesta más que explique de una forma o de otra cuáles son —desde su perspectiva— sus enunciados y, conforme a éstos, cuáles son sus planteamientos.[32]

Agustín Pérez Carrillo plantea las ideas anteriores en un trabajo en el que analiza y explica un concepto jurídico específico.[33] Sin embargo, es importante destacar que la operación que propone no se plantearía de la misma forma si se concibiera como parte de la definición del concepto general del derecho, por lo que sólo tomamos a manera de ejemplo el caso específico que ocupa al autor y en el cual el análisis se centra en un concepto dogmático: el de *salud mental*, que si bien es un concepto propio de la psicología o la psiquiatría, es jurídico en la medida en que fue retomado por el legislador (Constituyente) y establecido en la Constitución (art. 4°).[34] El autor sostiene que se puede constituir un postulado distinto o seguir un método diferente al de analizar todo el derecho, y concluir que en su totalidad se trata de una ciencia, en el sentido estricto que antes apuntamos.

Las ideas de Pérez Carrillo son útiles para asomarnos a un razonamiento que, con base en la lógica formal, puede dar por resultado, como el propio autor afirma, "una explicación científica":

afirmaciones posteriores, a diferencia de las ciencias empíricas, en las que existe el requisito de verificación de enunciados en la realidad. "Salud mental y filosofía de la ciencia", en Rolando Tamayo y Salmorán y Enrique Cáceres Nieto (coord.), *Teoría del derecho y conceptos dogmáticos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1987, p. 52.

[32] El principio de verificación es de suma importancia en las ciencias empíricas, dado que dicho requisito determina el objeto de estudio de la ciencia, Rodolfo Vázquez señala al respecto que "la ciencia nada tiene que ver con la metafísica en la medida en que no le corresponde ocuparse del significado de enunciados que no puedan confirmarse ni refutarse a través de la experiencia". Véase Rodolfo Vázquez, *Teoría del derecho*, p. 139. Para una breve cronología del proceso de codificación, p. 121.

[33] En tanto explicación científica, señala Pérez Carrillo, se cumple con una característica más, que es la relativa al "control intersubjetivo". Se trata de "la comunicación entre científicos e implica la formulación de enunciados por el sujeto emisor que tiene el propósito de que se acepten como verdaderos por los sujetos receptores, en virtud de que el primero así lo considera". Lo mismo sucede con las "explicaciones científicas sociales, [que] son verificables empíricamente y, por supuesto, sujetas a refutación".

[34] El art. 4° constitucional preveía en un párrafo, ahora derogado, a que se refiere el autor, el concepto de la salud mental que debe preservarse como derecho de las personas. De cualquier forma, el citado art. 4°, en su párrafo tercero, establece que:

> Quiero indicar que aun cuando me he referido a algunas características de la explicación científica, las explicaciones ofrecidas en el caso específico del concepto de salud mental se formulan bajo el supuesto o la idea de que forman parte de una teoría científica del derecho. El concepto de teoría científica es un concepto abierto que sirve como criterio de identificación.[35]

Así, el autor citado amplía el marco deficitario de ciencia, al menos como la vimos en el caso de las ciencias formales y empíricas, y dentro de ese marco más amplio introduce al derecho. Dicho en otras palabras, en la medida en que el concepto de *salud mental* fue introducido en una norma jurídica y gracias al criterio de identificación, este criterio pasó a configurar un concepto jurídico más que debe estudiar la teoría científica del derecho.

Más adelante en este capítulo (véase 2.5.2) retomaremos el tema y estudiaremos cómo el conjunto de teorías sobre ciertos aspectos del derecho brindan una explicación razonable, sistemática, metodológicamente adecuada, no contradictoria y factible de verificar en la realidad, para constituir así una "explicación científica". Por el momento, examinaremos dos teorías: la del *método histórico*, según la cual pueden encontrarse criterios para definir al derecho como ciencia, y la *teoría pura del derecho* a que ya hicimos referencia y que pretende constituir una explicación científica del derecho.

2.5 Teoría

2.5.1 Introducción

Debido a que la conceptuación del derecho como ciencia es una cuestión que puede estar sujeta a polémica, conviene ahora ubicarla dentro del tema de la teoría. Para efectos de este capítulo, entendemos por *teoría* lo que Karl R. Popper propuso, parafraseando las ideas del poeta Novalis: "Las teorías son redes que lanzamos para apresar aquello que llamamos el mundo: para racionalizarlo, explicarlo y dominarlo y tratamos de que aquella malla sea cada vez más fina."[36]

En un contexto cada vez más complejo, el entendimiento del mundo que nos rodea implica que con frecuencia tendamos esas "redes" para atrapar y sistematizar los problemas y tratar de encontrar respuesta a ellos.

[35] Agustín Pérez Carrillo, *op. cit.*, p. 52.
[36] Karl R. Popper, *La lógica de la investigación científica*, Tecnos, Madrid, 1973, p. 57. Novalis decía: "Las teorías son redes: sólo quien lance cogerá."

De esta manera, es necesario captar las diversas ideas, interpretaciones y propuestas de los autores para identificar y comprender, desde su punto de vista, "ese mundo", siempre que al expresarlas cumplan ciertos requisitos mínimos tales como los sintácticos, los semánticos, los epistemológicos, los metodológicos y los filosóficos.[37]

Son estos requisitos los mínimos que en todo trabajo —no sólo científico— que intente alcanzar cierto grado de seriedad y objetividad, deben respetarse.

2.5.2 Requisitos mínimos de la teoría

Se trata de requisitos íntimamente vinculados y cuyas diferencias son poco perceptibles, pero que, en conjunto, nos ayudan a construir la estructura de los postulados. Éstos son: la corrección sintáctica y la sistematicidad o unidad conceptual, los cuales significan que "entre las proposiciones de la teoría exista coherencia, relación lógica y sencilla",[38] de forma tal que los conceptos que se derivan de las proposiciones o enunciados tengan vinculación y correspondencia, para que exista una relación lógica a fin de que toda la explicación esté formulada en términos comprensibles.

Conforme a la teoría general de la argumentación, un "razonamiento es un conjunto de proposiciones relacionadas de tal manera que de una de ellas se puede afirmar que deriva de otra u otras que, a su vez, se consideran como la razón de verdad de la primera".[39] Las propuestas o proposiciones se llaman *premisas* y la propuesta o proposición que se deriva de ésta se denomina *conclusión* de dicho razonamiento.[40] Los razonamientos pueden clasificarse en dos tipos generales: deductivos o inductivos.

> El razonamiento deductivo —el más socorrido en el pensamiento jurídico de los sistemas de derecho codificado— es aquel en que las premisas ofrecen evidencia concluyente de la verdad de la conclusión; es decir, que en este razonamiento la conclusión está implicada en las premisas. El razonamiento inductivo —más favorecido en el pensamiento jurídico del *Common Law*— es aquel en el que las premisas sólo ofrecen cierta evidencia de la verdad de la conclusión, es decir, que la verdad de ésta sólo es probable.[41]

[37] Citado por Gabriel Gutiérrez Pantoja, *Metodología de las ciencias sociales*, 2ª ed., Oxford University Press, México, 1998, p. 133.
[38] *Ibídem*.
[39] Astrid Gómez y Olga María Bruera, *op. cit.*, pp. 129 y 130.
[40] *Ibídem*.
[41] *Ibídem*, p. 131.

Así, por ejemplo, habrá o no coincidencia, según la interpretación de la que se parta sobre el derecho. Si se parte de una interpretación positivista, como ya hemos señalado, el comportamiento humano, que es el objeto del derecho, es traducido, mediante una operación de lógica formal, en normas jurídicas, las que se interpretarán de acuerdo con la teoría a la que pertenecen, con independencia del comportamiento humano que se sucede en la realidad. Sin embargo, si se parte de una interpretación realista del derecho conforme a la cual la justicia es el postulado o enunciado del derecho, cada vez que los jueces pronuncien sus sentencias se estará haciendo coincidir la validez del enunciado —la justicia— con los hechos que se están juzgando: los comportamientos humanos. Una interpretación del derecho de este tipo niega la existencia de una rígida normatividad preexistente y estructural como lo propone el positivismo, y en ese sentido coincide con el *principio de interpretabilidad* a que nos referiremos y que está vinculado con las ciencias formal y factual o empírica.

Conforme a la interpretación positivista puede suceder, como de hecho sucede en muchas de las realidades latinoamericanas, que las normas con base en las cuales se interpreta el derecho estén desapegadas de lo que acontece en la vida cotidiana y, por tanto, se trata de un derecho que no cumple con los fines que le están asignados. En cambio, según una interpretación realista, los jueces crean un nuevo derecho con cada decisión. Al hacerlo de esta manera su interpretación se deriva de casos prácticos, de realidades y, por lo mismo, el derecho se renueva constantemente. Para un método de este tipo es fundamental que exista un sistema judicial desarrollado, donde los jueces, de acuerdo con una buena educación jurídica, puedan llevar a cabo una función interpretativa del derecho y no se limiten a aplicar —como acontece en otros sistemas— sólo lo establecido en la ley.

La *unidad lógica*, que es parte indisoluble en la argumentación, nos lleva a formular "los componentes conceptuales de la teoría para que deban ser completamente utilizables para la explicación de los hechos que representan".[42] Así, por ejemplo, en toda argumentación debemos definir a nivel de la teoría —suele llamársele el *marco teórico de referencia*— los conceptos a los que haremos referencia para enumerar, clasificar o describir los hechos; es decir, los hechos en sí no tendrían ningún significado si no es en relación con el marco teórico que previamente los ha definido, clasificado, etcétera.

Los requisitos semánticos exigen "la exactitud lingüística, la interpretabilidad empírica, la representatividad y la simplicidad semántica". Es

[42] Gabriel Gutiérrez Pantoja, *op. cit.*, p. 133.

decir, que el texto sea lo suficientemente claro que permita la descripción de su objeto; incluso, debe cuidarse aquí el valor intrínseco de las palabras, tratando en lo posible de que su uso tenga el sentido exacto de lo que se pretende explicar. En el caso del derecho, este requisito adquiere particular relevancia en la medida en que el derecho tiene su ámbito natural de expresión en el lenguaje. El tema del lenguaje jurídico y de su interpretación será estudiado en cursos superiores; basta por el momento con dejar apuntada su relevancia.[43] Dadas las dificultades que conlleva el uso del lenguaje natural como forma de expresión del derecho, los problemas aparecen con el lenguaje natural como es el caso de la vaguedad y la ambigüedad. De ahí que se deben cuidar y conservar los principios de la unidad lógica.

> La formulación de la norma debe ser sencilla y clara para que de esta manera sea comprendida por el mayor número de destinatarios y por tanto sea acatada. Por ejemplo: es mejor una norma que indique no exceder la velocidad de 90 km por hora a una norma inexacta que prohíba el conducir de manera irresponsable.

La unidad lógica en el derecho tiene importancia, ya que las normas prescriben mandatos y éstos deben contener su propia autonomía lingüística respecto del resto de las normas, así como un mensaje que sea entendible por la sociedad, sin perder las características básicas que requiere una norma jurídica.

La *interpretabilidad* —requisito de las ciencias formal y empírica— exige la descripción de "la validez de los enunciados con respecto a los hechos".[44] En el caso del derecho, como hemos visto, no siempre es necesario este requisito; sin embargo, en las argumentaciones jurídicas que versan sobre un problema concreto que contiene elementos que deben ser resueltos en la realidad, o en el caso de que se pretenda la comprobación de un postulado en la realidad, la interpretabilidad es un requisito esencial, como sucede con quienes pregonan la teoría sociológica del derecho. Precisemos esta idea mediante un ejemplo.

> Si se trata de saber quiénes y en qué medida obedecen una norma o bien, conforme al número de jueces, en qué medida se logra una adecuada impartición de justicia en una comunidad, etc., este requisito es

[43] Sobre este tema véase: K. Olivecrona, *Lenguaje jurídico y realidad*, Fontamara, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Madrid, 2007.

[44] Gabriel Gutiérrez Pantoja, *op. cit.*

particularmente importante, ya que permite conocer, en los hechos, en qué medida una norma es obedecida o cómo considera la comunidad la calidad de la justicia que se le imparte.

La *representatividad* "pretende que la teoría reconstruya acontecimientos y procesos reales para alcanzar una comprensión significativa de los hechos";[45] es decir, los hechos que en la realidad pueden ser difíciles de determinar o que pueden llegar a confundirse por las circunstancias en que se presentan, requieren su traducción y sistematización en ideas para que a partir de éstas se construyan conceptos que, una vez ordenados mediante un sistema de lógica formal, sirvan para ser analizados, sistematizados y comprendidos y así dar una interpretación a aquellos primeros hechos. Este método de abstracción es propio de la interpretación positivista del derecho. Así, las normas —según esta propuesta— son la representación del comportamiento humano y, específicamente, del modo en que se pretende que ese comportamiento se lleve a cabo, cómo debe realizarse por parte de las personas, cuáles son los derechos y las obligaciones que tienen. Para lograrlo, es indispensable la reconstrucción de conductas que se presentan en la realidad. Se trata de un ejercicio en el que una serie de conductas que fueron observadas en la realidad se tradujeron en hipótesis normativas para alentarlas o desalentarlas y, por tanto, se logró que esas conductas pasaran a ser parte de la normatividad jurídica. Veamos un ejemplo de una conducta que se decidió desalentar.

El legislador de 1928 tomó en cuenta el hecho del elevado analfabetismo que la sociedad tenía en esa época y dispuso que la ignorancia, la miseria o la inexperiencia de una de las partes pudiera ser causa de la nulidad de los contratos y del pago de daños y perjuicios; así, estableció en el art. 17 del *Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales*: "Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios."

En una concepción sociológica, la representatividad funciona de manera distinta. En este caso se trata de conocer lo que sucede en la realidad mediante la interpretación que hagan los jueces; o bien, el legislador estará atento a esa realidad para tomar de ella las ideas centrales con las que construya las normas jurídicas. La norma será, así, una guía de interpretación de la realidad que será aplicada en cada caso concreto, de acuerdo con las circunstancias que rodeen ese caso.

[45] Gabriel Gutiérrez Pantoja, *op. cit.*

La *simplicidad semántica*, como su nombre lo indica, requiere que se entiendan "los aspectos fácticos de los enunciados teóricos", de tal modo que el texto pueda dar a conocer en forma sencilla el trasfondo teórico.[46] Este requisito, que con frecuencia pasa inadvertido, resulta de importancia capital en el desarrollo de la argumentación. Existe una tendencia, que por fortuna va desapareciendo, conforme a la cual los enunciados y desarrollos teóricos se presentan de manera excesivamente compleja, abigarrada, como si su descripción muy elaborada y en ocasiones confusa realzara la importancia de las ideas. De ahí que la sencillez y la claridad expositivas deben ser fundamentales; hoy en día queda poco tiempo para descifrar problemas que pueden ser descritos sencilla y claramente. Si las ideas que se pretende transmitir, por más complejas que sean, no se enuncian con sencillez y concisión, más vale la pena no expresarlas, porque el emisor aún no las tiene claras y no sabe con precisión qué pretende comunicar o quizá tenga una severa limitación en su comunicación que debe resolver primero.

En la actualidad, todo conocimiento requiere bases previas que ya han sido formuladas de acuerdo con un área o una especialidad determinada. De este modo, cualquier propuesta supone un aparato conceptual previo y así, descansando en él, la explicación puede deshacerse de elementos que la compliquen inútilmente. En el derecho y en particular en la teoría jurídica, la simplicidad semántica es indispensable porque la explicación y descripción del fenómeno jurídico son en sí complejas. Por su parte, las normas deben estar formuladas en términos sencillos y claros, ya que se trata de mandatos del legislador que el individuo debe recibir y entender, al igual que toda la sociedad, a fin de que pueda cumplirlos. La jurisprudencia ayuda en este sentido en la medida en que interpreta, aclara y lleva al caso concreto las normas del sistema y lo enriquece con las soluciones que da a dichas normas. Los sistemas jurídicos avanzados que tienen un origen formalista y dogmático hoy en día privilegian el desarrollo jurisprudencial y, con ello, el impulso de un sistema casuístico que acrecienta lo prescrito por la norma y en el que se puede encontrar un panorama más amplio de soluciones que el limitado que ofrece la aplicación mecánica de las normas jurídicas emanadas de un legislador. Éste es el caso de Francia, Alemania, Argentina, Chile y muchos otros.

[46] Gabriel Gutiérrez Pantoja, *op. cit.*

En cuanto a los *requisitos epistemológicos* o del conocimiento[47] —con frecuencia los más importantes—, la teoría debe alcanzar un grado aceptable de consistencia; para ese propósito se apoyará en "el conocimiento comúnmente aceptado"[48] y a partir de él aportará elementos que ayuden al progreso del conocimiento científico en la precisión de los conceptos, en su reformulación y en la creación de nuevo conocimiento. El correcto cumplimiento de este requisito presupone un manejo aceptable de las ideas y propuestas que se hayan expuesto en el área de conocimiento o de especialidad, ideas y propuestas que, por cierto, actualmente tienen un mayor y más rápido desarrollo en las revistas especializadas que en los libros y ya no se diga con el acceso a la información jurídica actualizada, a través de internet.[49]

Para el derecho son de gran trascendencia la coherencia y la consistencia de lo expresado dentro del conocimiento más aceptado, lo que por otra parte es un requisito especialmente importante cuando se deben analizar materias y áreas del conocimiento desconocidas todavía hace algunos años, en particular los campos de la tecnología, la genética, el comercio internacional, la energía, las telecomunicaciones y el medio ambiente, donde además las normas deben ser coherentes y consistentes con el conocimiento comúnmente aceptado en los avances científicos. Ante un reto de esta naturaleza, un menor formalismo jurídico permite cambios más rápidos y, por tanto, mayor adecuación a la realidad. En algunos países esto se ha logrado, como lo hemos mencionado, mediante la interpretación judicial.

La *capacidad explicativa* debe conducir a la teoría que se postula a una exposición detallada y sistemática de todas las ideas y propuestas, ya sea en el ámbito del planteamiento general de las hipótesis de trabajo como en su desarrollo y en la construcción de conceptos. Se trata de "llevar de la mano" al lector. Como dijimos, ya no es aceptable hoy en día la formulación de ideas o de propuestas de tal manera abigarradas o complejas que provoquen que el lector especializado deba esforzarse en "descifrar" lo que el autor quiso decir. También, dentro de la capacidad explicativa se incluye la descripción de los detalles indispensables y no abundar e ir más

[47] La epistemología es una parte importante en la ciencia, ya que se ocupa del conocimiento y de las creencias racionalmente justificadas; véase Rodolfo Vázquez, *Teoría del derecho*, p. 139. Para una breve cronología del proceso de codificación, p. 120.

[48] Gabriel Gutiérrez Pantoja, *op. cit.*, p. 133.

[49] En este sentido, consúltese Víctor Manuel Rojas Amandi, *El uso de internet en el derecho*, 2ª ed., Oxford University Press, México, 2000.

allá para evitar divagaciones innecesarias. Los párrafos breves, claros y concisos son lo que más contribuyen en este sentido.

En el derecho, la capacidad explicativa es imprescindible en un doble sentido: en el plano teórico, para una descripción más adecuada del fenómeno jurídico, y en el práctico, porque la norma debe dejar en claro cuál es su objetivo, cuál es la conducta humana que está prescribiendo, cómo se deben comportar los miembros de la sociedad a quienes va dirigida la normatividad, cuál es el cumplimiento esperado de esas personas. Sin embargo, no se pretende que las normas sean sólo un manual de instrucciones, ni que dichas normas resulten oscuras o ininteligibles, ya que ello daría lugar a múltiples interpretaciones, cuando el mandato contenido en esas normas debe ser unívoco.

La *capacidad predictiva* implica la posibilidad de interpretar hechos sucedidos para "inferir hechos nuevos e insospechados" a partir de ellos.[50] Es importante destacar que los requisitos epistemológicos exigen que la teoría que se postule reinterprete hechos o conceptos ya conocidos y dé nuevas luces sobre los mismos, para que no sea una simple repetición de ideas. De ser posible, se han de proponer nuevos enfoques para el análisis de los hechos o nuevas ideas acerca de la cuestión o el tema que se analice. De ahí que sea indispensable escudriñar en las "esquinas" del conocimiento aún no descubiertas, para lo cual se requiere una buena dosis de paciencia, persistencia, disciplina, capacidad de análisis, conocimiento y creatividad.

Para el legislador, la capacidad predictiva resulta indispensable. Su lenguaje es prescriptivo, está dirigido hacia el futuro y en el sentido en que deben cumplirse las conductas, por lo que resulta fundamental que esa capacidad predictiva de rumbo y de dirección sea clara y, sobre todo, que se perciba cuáles son los problemas y cuáles sus soluciones. Por su parte, los jueces también están obligados a esta tarea: no sólo deben limitarse a conocer y juzgar del caso concreto, sino que además, en las sentencias, sus decisiones deben señalar claramente en qué sentido debe ir el derecho en esa cuestión específica y evitar en lo posible interpretaciones y repeticiones estrechas del texto normativo. Habrá que predecir acontecimientos que se desprendan de la norma, pero lo más relevante es que esa norma se nutra de hechos ya acontecidos, los precedentes judiciales, la forma en que otros jueces resolvieron casos semejantes, en el caso que está por resolverse o en la jurisprudencia, junto con esos antecedentes, para que pueda dictarse una sentencia que indique nuevas consecuencias.

[50] Víctor Manuel Rojas Amandi, *El uso de internet en el derecho*.

Para la teoría jurídica la capacidad predictiva resulta un elemento de primera importancia, en la medida en que no sólo se trata de interpretar la realidad a través del fenómeno jurídico, sino que debe estar clara en la mente del autor la consecuencia que busca hacia futuro con la exposición de sus ideas.

La *profundidad*, otro requisito de la teoría, exige que ésta perciba, analice y describa acontecimientos que vayan más allá de lo cotidiano; cuestiones que estén en la realidad o en el conocimiento, pero que analizadas de manera diferente, desde una perspectiva distinta, permitan conocer los diversos ángulos del tema de que se trate, y que en el desarrollo de la explicación y de la interpretación se planteen y detallen nuevos elementos o bien, que muestren facetas novedosas del mismo.

Así, por ejemplo, si paseamos en un jardín, veremos flores de distintos colores; en cambio, un biólogo nos dirá que se trata de diferentes especies de flores, nos podrá describir el comportamiento de cada una de ellas, su origen, los cambios que han sufrido a través del tiempo, etcétera.

La profundidad en la argumentación sólo es posible cuando se ha reflexionado permanentemente sobre el objeto de conocimiento, cuando se le ha tenido en mente durante largos periodos, que permitan su contraste con otras ideas, ya sea en la lectura de nuevos textos o en la discusión con colegas. Para que el pensamiento profundo sea posible, es necesario que en esos largos periodos de reflexión y discusión las ideas se sedimenten, se clarifiquen y puedan ser expresadas con la máxima precisión posible.

En el ámbito del derecho la profundidad ha sido una constante. A pesar de los años y de los siglos todavía la mayoría de principios permanecen en el tiempo y son aceptables para el legislador, los jueces y los doctrinarios. Con frecuencia se dice que después del derecho romano la humanidad sólo ha generado instituciones jurídicas que son variaciones del mismo; que las instituciones creadas entonces siguen vigentes y que hoy son combinaciones de éstas lo que constituye el derecho moderno. Aunque un juicio de esta naturaleza quizá resulte demasiado general, tiene mucho de cierto y se puede constatar que en el pensamiento normativo hay una profundidad de tal magnitud, que algo que fue previsto e incluido como comportamiento humano en una norma hace 18 o 20 siglos, sigue todavía vigente. A esto lo llamamos la *naturaleza subyacente del derecho*, que se manifiesta en las normas jurídicas vigentes en tanto éstas son el fruto de un pensamiento profundo de los juristas a lo largo del tiempo. También debe decirse que el ser humano, a pesar de la variedad y la modernidad, continúa siendo, básicamente y en muchos casos, muy parecido a sus antepasados.

La profundidad en la doctrina jurídica revela en muchos casos la tradición de pensamiento que se ha desarrollado a través de los siglos entre los juristas; se trata de "las actitudes, convicciones y propósitos fundamentales de todos aquellos involucrados en la empresa, los juristas" y que se refleja en la obra escrita que constantemente revisa y propone nuevas lecturas a los principios fundamentales del derecho.

La *capacidad unificadora*, otro requisito de la teoría, puede entenderse como una calle de dos sentidos: en uno se explican y desarrollan las hipótesis o los postulados que se proponen y, en otro, ese pensamiento se nutre con las ideas y propuestas por la doctrina acerca del tema en un momento dado. Es decir, se trata de una labor discursiva pero, a la vez, incursiva al exponer, analizar y discutir las ideas actuales, contribuyendo así a consolidar el conocimiento que exista acerca del tema.

Por ejemplo, la tecnología es un producto típico de la capacidad unificadora. La investigación científica postula hipótesis de trabajo y su actividad se desarrolla en torno a diversos temas como la dinámica y desplazamientos de los cuerpos o su constitución y naturaleza, y como consecuencia de estos conocimientos adquiridos es posible el diseño y construcción de instrumentos y artefactos para la producción, elaboración o extracción de productos, sustancias, maquinaria o equipo necesarios para el desarrollo industrial en la sociedad. Esta última fase o capacidad es lo que llamamos comúnmente como *técnica moderna o tecnología*.

La capacidad unificadora también puede entenderse como el esfuerzo de integración del conocimiento jurídico en dos direcciones: en la permanente reflexión sobre los principios, conceptos e instituciones del derecho romano que, en sus aspectos fundamentales, plantearon las grandes respuestas jurídicas del ser humano; y en la propuesta para determinar la solución que requieren las nuevas situaciones, especialmente las que se derivan de fuentes de producción jurídica contemporánea: la genética, la energía, las telecomunicaciones, el comercio internacional y el medio ambiente, que ya mencionamos.

La *creatividad*, finalmente, es un elemento básico en la teoría; a través de la creatividad se plantean y analizan nuevas ideas y posibilidades de razonamiento. Se puede afirmar que esa capacidad aprendida nos permite observar desde otros ángulos un hecho, un problema o un fenómeno cotidiano; nos posibilita observar con conocimiento y espíritu sistemático;

es tener la capacidad de mirar "la cara oscura de la luna" cuando todos ven la cara iluminada. De esta manera, se estudian cuestiones ya discutidas, pero se analizan desde perspectivas diversas, de tal modo que se logre una nueva reformulación de un determinado concepto o, lo que es más posible, detectar algunos aspectos o ideas olvidados en los "bordes" de las cuestiones ya discutidas, de donde pueden surgir puntos de vista novedosos y, en ocasiones, inusitados. Aquí, la capacidad de asombro debe ser permanente, pues es el campo fértil que permite encontrar la riqueza en el análisis. La creatividad requiere una actitud de candidez: es indispensable dejar a un lado toda idea preconcebida para que se propicie que esa capacidad de asombro se explaye, pues es la única que permite, junto con el conocimiento y la experiencia, encontrar esos ángulos no vistos previamente. Así, en el arte ésta es la capacidad motora, la capacidad transformadora. Un ejemplo nos ayudará a comprender esta idea.

> Octavio Paz, al analizar la obra de Rubén Darío, nos muestra cómo a "la selva, sus animales y sus monstruos" Darío los transforma en su poesía en una "selva ideal o celeste (que) no está hecha de árboles sino de acordes". Nos dice Paz, de esta manera: "El arte tiende un puente entre uno y otro universo: las hojas y ramas del bosque se transforman en instrumentos musicales."[51]

En este sentido, la creatividad resulta el gran impulso del conocimiento científico y, al mismo tiempo, permite plantear propuestas sugestivas que, a su vez, sean detonadoras de nuevas ideas, inquietudes e investigaciones. Se afirma que la creatividad consiste en que la teoría haga aportaciones novedosas y acertadas respecto de las propuestas vigentes que la originan.[52]

En el campo del derecho, la creatividad es un factor muy importante. Con ella, los jueces y los legisladores pueden generar normas novedosas que sirvan para el adecuado desenvolvimiento del derecho. Pero el énfasis estará puesto tanto en el campo de la doctrina, que es fuente inagotable de creación, como en la actividad cotidiana de los abogados, quienes deben crear propuestas que ayuden a sus clientes en la realización de sus negocios o para contender en sus juicios.

[51] Octavio Paz, *Fundación y disidencia. Obras completas*, Fondo de Cultura Económica, 1995, t. III, p. 159.

[52] Víctor Manuel Rojas Amandi, *El uso de internet en el derecho*.

2.5.3 La teoría jurídica

Abordaremos ahora la teoría que se desarrolla en torno al tema del derecho o teoría del derecho, que es el que nos interesa en esta obra, con la advertencia de que esta exposición es tan sólo una aproximación y el estudiante de derecho volverá a abordar este tema, y examinará en detalle todas estas ideas y otras más.

De la misma forma que en la teoría general, los autores plantean sus ideas y hacen sus propuestas a partir de hipótesis y postulados. En el caso del derecho, la teoría es uno de los campos más fecundos para su desarrollo. En la teoría jurídica se contienen las posiciones o propuestas de una amplia gama de ideas; así, por ejemplo, hay teorías sobre el humanismo, basado en la ética valorativa "de Scheler y Hartman, que partiendo del método fenomenológico de Husserl señalaba rutas certeras para la vida emocional y sus proyecciones valorales en la sociedad". Es éste un derecho más apegado a la manera en que los seres humanos se expresan, cómo los jueces deciden conforme a la ley, aun cuando en ellos existen cargas emocionales que pueden moverlos a interpretarla en un sentido o en otro. Este pensamiento se encuentra —según la mayoría de los filósofos del derecho— en la base del análisis sociológico del derecho que, en el caso de México, está representado en la obra de Luis Recaséns Siches, quien, a su vez, siguió el humanismo del filósofo español José Ortega y Gasset. Uno de los exponentes modernos más claros de esta tendencia es Alf Ross, a quien García Máynez cataloga como "uno de los más destacados representantes del llamado *realismo jurídico sociológico* —acaso el más original".[53]

En el extremo opuesto, teorías positivistas, basadas en la aplicación de la lógica al estudio del derecho, son las que sostuvieron Rudolf von Ihering, Kirchmann, Hans Kelsen y Herbert L. A. Hart, pasando por posiciones como la teoría psicológica del derecho, de Bierling, y la teoría de la ciencia del derecho, de Stammler.

Otra corriente importante en el campo del derecho es la que se inicia con la teoría fenomenológica del derecho, sostenida por Reinach, Welzel y Husserl, corriente ampliamente difundida en el mundo anglosajón; y también cabe destacar el realismo jurídico —cercano y con frecuencia colindante con el análisis sociológico del derecho—, con una amplia gama de autores entre los que se incluyen ingleses, estadounidenses y escandinavos. No se puede olvidar mencionar la escuela del derecho económico, al menos como se ha planteado últimamente en la doctrina estadounidense. Por

[53] Eduardo García Máynez, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, Fontamara, Madrid, 2004, p. 65.

ello resulta difícil establecer denominadores comunes que nos den un tono preciso de los elementos que componen la teoría del derecho en la actualidad; sin embargo, existen principios de los cuales podemos partir y que sirven para describirla, así sea en sus aspectos más generales.

Las teorías jurídicas cumplen diversas funciones. Constituyen una explicación del fenómeno jurídico; así, a veces se trata de interpretaciones de ciertas normas o de la jurisprudencia, cuyos resultados luego sirven para que legisladores y jueces perfeccionen sus tareas. Se ha dicho que las teorías jurídicas cumplen dos funciones: "dar sustento justificatorio a los preceptos positivos y permitir derivar reglas para solucionar los casos no previstos por tales preceptos".[54]

Las teorías acerca del derecho requieren, como las teorías en otras disciplinas, un diseño claro, explícito y preciso de las hipótesis o de los enunciados y, después, un detallado desarrollo sistemático, deductivo o inductivo sobre la base de un método adecuado. Además, dependiendo de la naturaleza de la teoría que se plantee, debe existir una buena capacidad de abstracción o de representatividad. En el caso específico de las teorías jurídicas, la unidad conceptual es su estructura misma, aun en los casos de las tendencias realistas o de la *jurisprudence*, cuyos fundamentos parten del principio de la justicia, que es otra forma de entender al derecho.

En Latinoamérica, es común encontrarnos con profesores, abogados y jueces que miran al derecho como un sistema cerrado, hermético, como lo predicó Kelsen. Ese formalismo, aunado a deficiencias en la impartición de justicia y la corrupción en algunos niveles de gobierno, provoca que el legislador, o quien lo patrocine, se interese más en beneficiar sus propios intereses que al bien común. Esto es una realidad insoslayable que, precisamente, se agrava porque en un sistema formalista se pueden evadir con menos dificultad los desaciertos cuando no la corrupción de gobernantes. También con frecuencia es un sistema jurídico rígido, cuya normatividad en varios sectores de la vida social está desapegada de la realidad, cuando no es contradictoria o restrictiva o deficiente, a tal grado que frena la iniciativa individual y colectiva y con ello al Estado. Traducido esto en términos jurídicos, el camino a seguir en una realidad como la descrita es lograr normas jurídicas que como tales pertenecen al mundo del "deber ser" y, sin embargo, tener una relación aunque sea indirecta con los hechos empíricos.[55] Su conceptuación no es difícil: hemos mencionado el carácter de la norma, no obstante esta misma norma prescribe actos, la

[54] Carlos Santiago Nino, *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Fontamara, México, 1993, p. 17.

[55] *Ibídem*, p. 22.

realización de hechos empíricos (la redacción de una orden, el levantamiento del embargo, el uso de la fuerza pública, etc.). Es esta vinculación con la realidad la que decimos que es necesaria en Latinoamérica.

Dependiendo del enfoque de que se trate, la teoría permite explicar los principios y fundamentos del derecho, así como la determinación de su objeto que, junto al ámbito explicativo, deben quedar acotados. Otra labor indispensable de la teoría jurídica es la explicación de los conceptos jurídicos fundamentales y, a partir de ellos, el planteamiento y la explicación de las disciplinas jurídicas particulares.

Dos aspectos de primer orden que, como señalamos en su oportunidad, serán objeto de cursos posteriores, son el lenguaje y la interpretación. En cuanto al primero, se trata del medio por excelencia a través del cual se expresa el derecho. La discusión aquí está centrada en la mejor forma de dirigir el mensaje normativo a sus destinatarios para que éstos lo comprendan cabalmente y adecuen su comportamiento al contenido de las normas. Los legisladores deben emitir disposiciones jurídicas claras, lo que supone un dominio del lenguaje. Los jueces, por su parte, utilizan un lenguaje que les permite resolver ambigüedades en sus sentencias. A su vez, los abogados deben formular sus escritos en un lenguaje tal que sea comprendido por los jueces e incremente las posibilidades de lograr una sentencia favorable. En cuanto a la interpretación, es el método conforme al cual se significa el lenguaje normativo, cómo se perciben las ideas en él contenidas. Puede implicarse, y con frecuencia sucede, la ideología. Se trata, en última instancia, de la forma en que se analiza el derecho para resolver casos concretos, la función integradora que deben realizar los jueces en sus resoluciones. Ahí desempeña un papel de primer orden la argumentación jurídica.

Cabe dejar sentada una premisa de importancia: el lenguaje jurídico es diferente al lenguaje normal, común y corriente, con el que nos expresamos en la calle. En el lenguaje jurídico introducimos frases y palabras que no necesariamente se encuentran en el lenguaje natural. Por ejemplo "cosa juzgada", "litispendencia", "acusar la rebeldía", etc. A la vez, hay frases o palabras que en el lenguaje natural y en el jurídico tienen sentido diferente. *Domicilio*, por ejemplo, tiene asignado un sentido en el diccionario de la Real Academia, mientras que en el lenguaje jurídico se precisan varios significados y tipos de domicilio, con diversas consecuencias jurídicas.

Ahora que hablamos de esta diferencia de lenguajes es importante analizar "el hecho" que, en la vida cotidiana tiene un sentido muy preciso, por ejemplo: hoy fui a la universidad. Sé con precisión la hora que salí de mi casa, las actividades que desempeñé y la hora de regreso a mi casa. Son varios hechos los que realicé, se trata de hechos de la vida cotidiana. Sin

embargo, en el lenguaje jurídico el significado del hecho es, además, difícil de determinar. Como veremos más adelante, y con ese objetivo dedicaremos a su estudio un capítulo (el tercer capítulo), el hecho es una de las fuentes jurídicas más importantes, junto con el acto jurídico. El hecho jurídico, decíamos, tiene un significado diferente. Veamos unos ejemplos para precisar este concepto del hecho jurídico y en especial una cuestión de lenguaje.

> Si voy a la universidad y en el camino tengo un accidente con mi automóvil, se producirán diferentes versiones del hecho del accidente que traen como consecuencia que el otro conductor o yo debamos pagar el deducible del seguro, según quien haya tenido la responsabilidad. Cuando esto sucede en miles de ocasiones cada día en la ciudad de México, un agente de la compañía de seguros determina con cierta facilidad quién es el culpable. Las reglas de tránsito indican con cierta precisión cómo deben conducir los conductores de vehículos en la ciudad, aunque con frecuencia dichas reglas no se respeten. No habrá problema si, por el tipo de golpe que tengan los automóviles, se puede conocer quién dio una vuelta donde estaba prohibido hacerlo. Pero en el momento en que el hecho queda dependiente de versiones sobre el accidente, las cosas se complican, como pudiera ser que uno de los dos conductores se pasó una luz roja. Aquí, cada una de las partes dirá que respetó la luz roja. ¿Cómo saber quién dice la verdad? Éste es el primer problema y si hubo varios testigos del hecho, éstos darán cada uno su propia versión que, por lo general, no serán coincidentes. Como se ve, habrá una ambigüedad en la determinación del hecho. El hecho, en estas condiciones, cobra una dimensión de gran importancia para el derecho, como lo veremos enseguida.

Ya que lo ilustramos, vamos a ver brevemente algunos detalles del hecho jurídico, que tiene gran trascendencia con la aplicación del derecho, especialmente en los procesos. Se trata del tema de "la prueba de los hechos".[56] La forma como los hechos pueden ser probados. Veamos un ejemplo.

> Si decimos que habrá compraventa "cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho y el otro se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero" (art. 2248, CCF), la

[56] Como ha titulado su obra Michele Taruffo (trad. de Jordi Ferrer Beltrán), *La prueba de los hechos*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2005.

> norma sitúa al hecho en dos hipótesis principales: la transferencia de la propiedad y el pago del precio. Las dos conductas a que se obligan las partes. Aquí es muy importante distinguir que esas conductas se pueden resumir en hechos: ¿pagaste o no la mercancía?, ¿la recibiste o no?, etc. Cada una de las partes podrá afirmar que cumplió con su obligación. Si hay conflicto el juez habrá de determinar si en efecto se transfirió la propiedad y si realmente se pagó el precio. Como se trata de hechos complejos, el juez deberá conocer en qué condiciones se entregó la mercancía y si su entrega se puede entender como un hecho en el que se transfirió la propiedad (la mercancía fue entregada en mi bodega y yo no dije nada, mi silencio puede ser interpretado como la omisión de un hecho que es la aceptación), o bien, el pago fue realizado a través de medios electrónicos de pago y habrá que saber si éste se hizo, cómo se hizo, dónde se hizo, etcétera.

Las partes siempre afirmarán que su relato de los hechos es el verdadero. Los testigos tendrán su propia versión y entre lo que se dice y las pruebas periciales, si las hay, el juez debe encontrar la "verdad jurídica".[57] Para lograr ese objetivo —tarea nada fácil— es necesario que la prueba de los hechos se lleve a cabo durante el proceso, con las limitaciones en la admisión de pruebas. De ahí que se hable de "una verdad relativa", en la medida en que la interpretación de los hechos no podrá arrojar una "verdad absoluta". El mismo relativismo que en el ejemplo de los dos conductores que afirman haber respetado la luz roja.

Como se puede apreciar, el lenguaje común y el jurídico toman características específicas y diferentes. Cuando decimos que el cumplimiento de mi obligación como vendedor en la entrega de la mercancía no se cumplió debido a una causa de fuerza mayor, por ejemplo, una tormenta o una inundación, habrá que conocer con la mayor aproximación posible si yo tomé todas las medidas necesarias y en tiempo oportuno para que la mercancía no se perdiera. Estaremos dando así un significado diferente al hecho jurídico que se deberá probar. El huracán, la tormenta o la inundación son hechos que no ameritan prueba, son hechos de la naturaleza que suceden; sin embargo, si yo fui previsor y, al conocer de la inminencia del fenómeno natural, pude haber tomado o no las medidas adecuadas para proteger la mercancía. Esta conducta hay que probarla, y si aun así la mercancía se perdió, implica una conducta humana que se concreta en una acción que fue el hecho de haber protegido o no la mercancía (por ejem-

[57] Sobre este tema, apasionante en el derecho, se puede consultar Michele Taruffo, *op. cit.*, pp. 28 y siguientes.

plo, si la puse bajo techo, si la puse a salvo de la inundación, etc., son hechos que se deberán demostrar). Estos hechos requieren prueba porque es una acción humana en la cual deberá demostrarse si existió o no la voluntad de proteger la mercancía y, no obstante, la mercancía se perdió. La voluntad de la persona fue proteger la mercancía, no provocar su destrucción, y esta voluntad, insisto, habrá que probarla.

Un caso diferente es el de la persona que roba. El ladrón sólo pretende hacerse de un bien ajeno. Su voluntad es ésta, pero su proceder actualiza la hipótesis establecida en el Código Penal para el autor del delito de robo; es decir, la voluntad del ladrón no es actualizar la hipótesis del Código Penal y *menos aún ir a la cárcel*; sin embargo, la sanción se da. El ladrón, al robar (conducta humana), no lo hace con la voluntad de que se le aplique la ley y se le sancione. Por eso hablamos de una acción humana, que es robar.

En el ejemplo de la mercancía, se trata de una conducta y la voluntad fue la protección de la mercancía, no su destrucción. A diferencia del ejemplo del ladrón, en aquél debió haber una voluntad que se expresó en un deber de cuidado, con prudencia o como lo llama el CCF "como buen padre de familia"; sin embargo, efectivamente sucedió algo más allá de sus precauciones que provocó la destrucción de la mercancía. El hecho que la destruyó no es una acción humana, sino un fenómeno de la naturaleza. En el derecho ésta es una función esencial.

Además de encontrar diferencias entre el lenguaje natural y el jurídico, respecto de este último también es necesario hacer otras precisiones. Los juristas, los expertos en este tipo de lenguaje, lo emplean en diferentes contextos. No es lo mismo el lenguaje del legislador que el de los juristas que escriben sobre lo que se dice en el lenguaje del legislador. Éste es *prescriptivo*, mientras que el del jurista o del abogado sólo es *descriptivo, demostrativo* o *narrativo*. En el primer caso, la norma jurídica impone una obligación, *prescribe* que debe entregarse la mercancía y pagar el precio; en el segundo caso, el abogado presentará ante el juez un relato *narrando* hechos, *demostrando* que su cliente tiene la razón y lo que él considera es la verdad en el juicio.

Las leyes, las sentencias se producen en un lenguaje que se denomina *lenguaje objeto*, con lo que se quiere señalar al hecho que es el objeto de estudio, por ejemplo, que la ley se refiere a la regulación del mercado de valores o a la adopción de menores o que la sentencia declare la inexistencia del contrato o su nulidad. Por su lado, las teorías, las doctrinas, los libros de cualquier autor se escriben en un lenguaje que se denomina *metalenguaje jurídico*, lo que indica que en principio las opiniones y las críticas no cambian al mundo del sistema jurídico, donde sólo se puede

hablar con lenguaje jurídico. En términos más sencillos, los teóricos y filósofos se refieren a lo anterior como *lenguaje objeto* y *metalenguaje*. Es una forma común de conducirse en los discursos jurídicos.

2.6 Metodología y filosofía

FILOSOFÍA Y METODOLOGÍA SON DOS CONCEPTOS QUE ABORDAREMOS POR separado en este capítulo; por ahora nos limitaremos a mencionar algunas ideas generales sobre el tema.

En términos generales un método es un medio del que nos valemos para conocer un objeto de conocimiento. Si hablamos del derecho, hay diferentes formas de lograrlo, según el tipo de disposiciones jurídicas que utilizamos para acercarnos a su conocimiento. El método en la filosofía estuvo vinculado directa o indirectamente por dos de los filósofos modernos más importantes, Descartes y Kant, al método de las ciencias exactas y, con frecuencia, específicamente a las matemáticas; sin embargo, la influencia de estos dos autores más tarde tendió hacia la filosofía socrática, según la cual el razonamiento filosófico sólo conduce a conclusiones que en cierto sentido ya conocíamos: "Toda escuela filosófica ha aceptado este principio, reconociendo que la filosofía no nos procura, como sí lo hacen las ciencias exactas y las empíricas, el conocimiento de cosas que simplemente ignorábamos, sino que nos procura, de una manera diferente, el conocimiento de cosas que ya de antemano conocíamos de otra manera."[58] El contraste del método filosófico respecto de otras ciencias en las que para conocer el objeto se requieren pruebas que nos conduzcan a la conclusión de que lo que afirmamos es verdadero. En el método filosófico podemos llegar al conocimiento del objeto sin que medie prueba alguna, ya que no se trata de conocer el objeto en sí, "sino mostrarnos por qué es así, ayudándonos con ello a conocerlo mejor".[59]

De esta manera, el método en la filosofía se interesa en el estudio de la verdad en cuanto tal, no de aquella o esta verdad, y lo hace de manera semejante a la ciencia formal, que estudia en las matemáticas los números en su sentido abstracto y no en el concreto, y en ese proceso las premisas deben ser verdaderas respecto a los resultados. Sin embargo, la filosofía difiere de las ciencias exactas por la anticipación de sus conclusiones, "por una experiencia que las posee en sustancia antes de que comience su razo-

[58] Robin George Collingwood, *Ensayo sobre el método filosófico*, Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, México, 1965, p. 133.
[59] *Ibídem*, p. 134.

namiento". En la filosofía las conclusiones pueden ser verificadas comparándolas con las anticipaciones que constituyen sus postulados "y que mediante esta confrontación pueden verificarse los principios que operan en el razonamiento".[60]

Evidentemente, los métodos filosóficos son más amplios y más complejos; sin embargo, para los fines limitados que perseguimos en esta obra, tales ideas son suficientes pues, como lo dijimos, volveremos sobre el tema más adelante.

2.6.1 Ciencia y metodología

Introducción

Por *ciencia* entendemos la búsqueda siempre relativa, imperfecta e incompleta de la explicación y predicción de los sucesos que experimentamos y no de un conjunto de verdades definitivas y absolutas. Por *metodología* se ha entendido tradicionalmente la ciencia de hacer con orden una cosa: la ciencia del método. Pero hacer con orden una cosa no siempre es tarea fácil.

Para llevar a cabo un experimento, para postular y desarrollar una teoría, para hacer ciencia, el orden que sigamos es fundamental; de hecho, existen reglas mínimas que son propias de la metodología, como es el caso de la *escrutabilidad*, la *refutabilidad*, la *confirmabilidad* y la *simplicidad*. Antes de volver a estas reglas y explicarlas, veremos brevemente ciertos rasgos relevantes de la manera de pensar de algunos autores racionalistas cuyas teorías han tenido un significado especial en el mundo de las ideas; es decir, el orden que estos autores siguieron en la elaboración de sus postulados y en su desarrollo, y la medida en que esto puede mostrarnos una parte sustancial de su pensamiento y de su método.

Diferentes métodos

Charles-Louis de Secondat, barón de la Bréde y de Montesquieu, autor ampliamente conocido que ya mencionamos y a quien el derecho y en especial la teoría general del Estado deben una parte considerable de sus desarrollos, escribió su obra en el siglo XVIII y en uno de sus textos fundamentales, *Del espíritu de las leyes*,[61] refleja un método que estaba en boga en

[60] Varios autores, Colección Grandes Clásicos del Derecho, Oxford University Press, México, 1999, vol. 5.

[61] Charles-Louis de Secondat, Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Porrúa, México, 1992

una época en la que imperaban las ideas mecanicistas. De esta manera, el autor, guiado por la necesidad de encontrar leyes particulares a la ciencia política, planteó que para el equilibrio y control del poder del Estado éste debe dividirse en tres poderes que se sirvan entre sí de contrapeso: uno que elabore las leyes, otro que las ejecute y un tercero que juzgue acerca de la procedencia de las leyes hechas por el primero y de la forma como las aplique el segundo. Al incluir en su teoría esta idea del equilibrio, Montesquieu sigue un orden de exposición o un método mecanicista.

Así, cuando la potestad legislativa está reunida con la ejecutiva en una misma persona o cuerpo de magistratura, entonces no hay libertad, porque se puede temer que el mismo monarca o el mismo senado haga leyes para ejecutarlas tiránicamente.

Tampoco hay libertad si la potestad de juzgar no está separada de la legislativa y de la ejecutiva. Si estuviese anexa a la potestad legislativa, sería facultada de disponer arbitrariamente de la vida y de la libertad de los ciudadanos, puesto que el juez sería legislador. Si estuviese unida a la potestad ejecutiva, podría el juez tener la fuerza de un opresor.

Todo estaría perdido si un mismo hombre o un mismo cuerpo de los principales, de los nobles o del pueblo, tuviese el ejercicio de las tres potestades, la de hacer leyes, la de ejecutar las resoluciones públicas, y la de juzgar los delitos o las diferencias de los particulares.[62]

Otros autores modernos, Gastón Bachelard y Karl R. Popper, aplicaron en las ciencias sociales el método de las ciencias físico-químicas en el primer caso, y en el segundo, el de las matemáticas y la física. Ambos consideraron que el orden, el método por seguir debería ser conforme a dichas ciencias y de esa manera derivar un orden específico para las ciencias sociales.

Bachelard, matemático y profesor de física y química, se doctoró en letras y fue uno de los más esclarecidos críticos de la poesía de su época. Después se dedicó a la filosofía de las ciencias y buscó reivindicar el racionalismo. En sus propuestas señala que el método para la ciencia sólo puede apreciarse luego de haber llevado a cabo la investigación y, por tanto, constituirse como material de enseñanza a partir del cual cada uno aprenderá su propio método siguiendo siempre principios mínimos fundamentales, como el estar atento en todo momento a preservar la objetividad y "realizar una racionalidad dialéctica aplicada al objeto y un método particular para el objeto estudiado".[63] Es decir, se trata de efectuar una "ruptura" cada vez que haya problemas inmediatos del conocimiento y enlazar

[62] Gabriel Gutiérrez Pantoja, *op. cit.*, t. II, p. 95.

[63] Gastón Bachelard, *El nuevo espíritu científico*, Nueva Imagen, México, 1981, p. 14

a éste de manera constante y recíproca con el objeto que se encuentre bajo investigación. Con este propósito, resulta necesario analizar el objeto desde diferentes perspectivas, a fin de encontrar "un puente" que permita superar "la ruptura".

El pensamiento científico, dice el autor, "lee lo complejo en lo simple"; el que investiga debe derivar reglas de los hechos;[64] crear ciencia.

> El verdadero pensamiento científico —señala el autor citado— es metafísicamente inductivo; como mostraremos en repetidas ocasiones, lee lo complejo en lo simple, dice la ley a propósito del hecho, la regla a propósito del ejemplo. Veremos con qué amplitud las generalizaciones del pensamiento moderno terminan con los conocimientos particulares. Pondremos en evidencia una especie de generalización polémica que hace pasar a la razón del *por qué* al *por qué no*. Haremos lugar a la paralogía al lado de la analogía y mostraremos que a la vieja filosofía del *como si*, sucede en filosofía científica, la filosofía del *por qué no*. Como afirma Nietzsche: todo lo que es decisivo no nace sino *a pesar de*. Esto es tan cierto en el mundo del pensamiento como en el de la acción. Toda verdad nueva nace a pesar de la evidencia, toda experiencia nueva nace a pesar de la experiencia inmediata.[65]

Al margen de los conocimientos que se acumulan —señala Bachelard—, debemos encontrar razones para renovarlos. La geometría euclidiana parecía inamovible; sin embargo, sus bases empezaron a modificarse cuando se le analizó con precisión en los límites de este antiguo pensamiento. Así, la idea de la novedad "no es la de un hallazgo, sino la de un método". Para ello es necesario desarrollar una capacidad "de extensión, inferencia, inducción, generalización, complemento, síntesis y totalidad que se constituyan en 'sustitutos' de la novedad".[66] Todo método, por bien planteado que esté, termina por perder la fecundidad si no renueva su objeto, de tal manera que para no caer en un problema de este tipo, la ciencia moderna debe fundamentarse sobre un proyecto: "en el pensamiento científico, la meditación del objeto por el sujeto toma siempre la forma del proyecto".[67]

De ahí que, de acuerdo con Bachelard, todos nuestros proyectos de investigación deben ser meditados respecto de lo que queremos probar, demostrar o alcanzar. No es que requiramos una exactitud del objeto: eso lo iremos logrando a medida que nos documentemos, que contemos con

[64] Gastón Bachelard, *op. cit.*
[65] *Ibídem*, pp. 13 y 14.
[66] *Ibídem*, p. 104.
[67] *Ibídem*, p. 126.

la información necesaria, cuando hayamos avanzado lo suficiente en el proyecto de investigación que efectivamente nos permita una mayor determinación del objeto. Sin embargo, al principio sólo tendremos una idea quizá demasiado general o vaga de lo que queremos. La reflexión precisamente —que Bachelard llama *meditación científica*— será la que poco a poco nos irá desentrañando el camino en el conocimiento del objeto que pretendemos.

Todas las nociones básicas pueden, de algún modo, "ser desdobladas; pueden ser bordeadas con nociones complementarias",[68] de esta forma, el espíritu científico se constituye en "una ratificación del saber, un ensanchamiento de los marcos del conocimiento".[69]

Por su parte Karl R. Popper, que como dijimos tenía formación fisicomatemática, dedicó gran parte de su vida al estudio de la metodología. Para ese autor los enunciados son teorías y, por tanto, no dejan de ser meras conjeturas, de ahí que el método que propone para llevar a cabo cualquier investigación sea la verificación, paso por paso, de la solidez de la teoría propuesta (del enunciado) mediante "la contrastación deductiva"; es decir, a través de deducir comparaciones para determinar en qué casos sí y en cuáles no dichas comparaciones son verdaderas.[70] Se trata de un método que a partir del enunciado propuesto va eliminando el error, va despejando lo que en un principio no estaba claro, lo que estaba de más y no permitía una mayor precisión. Así, a medida que se avanza en el desarrollo del enunciado, la propuesta va tomando forma, se va definiendo. Pero al mismo tiempo, este desarrollo requiere una disciplina crítica que permita ese avance: enfrentar el enunciado a todo tipo de conjeturas. "En resumen, la metodología sólo será científica si el proceso de conocimiento se desarrolla en la tríada siguiente: problema-conjetura-refutación (crítica)."[71]

Entre los autores jurídicos, la gama de métodos empleados es muy amplia. Una de las escuelas más antiguas es la del método histórico.[72]

Rolando Tamayo, en una de las más bellas y ricas obras escritas en México sobre el derecho, *La ciencia del derecho y la formación del ideal*

[68] Gastón Bachelard, *op. cit.*, pp. 152 y 153.
[69] Gabriel Gutiérrez Pantoja, *op. cit.*, p. 101.
[70] Karl R. Popper, *op. cit.*, pp. 32 y siguientes.
[71] Uso el término *método histórico* de manera convencional y con el afán de dar una explicación sencilla. Parto del entendido de que este método fue utilizado por Savigny y comentaristas posteriores junto con el método "lógico" y el "gramatical". En mi exposición me limito única y exclusivamente a las explicaciones dadas por el profesor Tamayo en la obra de referencia.
[72] Rolando Tamayo y Salmorán, *La ciencia del derecho y la formación del ideal político*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1989.

político,[73] sostiene: "Los juristas escolásticos crearon una ciencia jurídica en un sentido contemporáneo, más que en un sentido clásico aristotélico como lo hicieron sus predecesores romanos."[74]

Tamayo distingue tres criterios determinantes de esta ciencia: el metodológico, el valorativo y el sociológico. En cuanto al primero, se puede constatar la existencia de un cuerpo doctrinario de derecho positivo —el *corpus iuris*— construido sobre la base de "pautas adecuadas de su aplicación y estándares de aplicación".[75] Como ya vimos, el elemento valorativo es descrito por el autor como "las actitudes, convicciones y propósitos fundamentales de todos aquellos involucrados en la empresa: los juristas".[76] No obstante que "el disentimiento de los dogmas" eclesiásticos significaba un crimen y por consiguiente la muerte, los juristas reclamaron y mantuvieron gran libertad para la ciencia jurídica, lo que significó "la fuerza de convicción en los valores y actitudes (ideología) de los juristas del siglo XII".[77]

Por lo que corresponde al elemento o criterio sociológico, Tamayo y Salmorán afirma: "La profesión jurídica formada predominantemente en las universidades produjo una ciencia del derecho de características específicas. Los juristas constituyeron una comunidad cuya ciencia fue su razón de ser: la jurisprudencia fue así, en primera instancia, una institucionalización del proceso para solucionar los conflictos sociopolíticos, sobre la base de textos jurídicos dotados de autoridad."[78]

Se trató en todo caso de una explicación razonable y sistemática del derecho, expresada en un conjunto de conocimientos (el *corpus juris*) en el que de forma metodológica y no contradictoria se expresaron las reglas y los principios que sirvieron en la época —y muchos siguen todavía vigentes— para explicar una realidad y, como dice el autor citado, para institucionalizar los procesos de solución de conflictos sociopolíticos "sobre la base de textos jurídicos dotados de autoridad", lo que constituyó en su momento la explicación científica de una realidad.

Hemos visto en este apartado el concepto tradicional de ciencia (formal y fáctica) y algunas propuestas en las que se amplía ese concepto tradicional para incluir el derecho como ciencia. No hay unanimidades en este campo, por lo que la discusión aún prevalece. Pasemos ahora a un terreno más firme en el campo del derecho: el de la teoría.

[73] Rolando Tamayo y Salmorán, *La ciencia del derecho y la formación del ideal político*, p. 85.
[74] *Ibídem*, p. 86.
[75] *Ibídem*, p. 88.
[76] *Ibídem*, p. 89.
[77] *Ibídem*, p. 90.
[78] Karl Larenz (trad. de Marcelino Rodríguez y Molinero), *Metodología de la ciencia del derecho*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1980, p. 28.

Savigny, a partir de quien se inicia propiamente "la moderna ciencia del derecho",[79] y la escuela del historicismo, señala:

> La misión de la interpretación es la reconstrucción de la idea expresada en la ley, en cuanto es cognoscible a partir de la ley. El intérprete tiene que colocarse en el puesto del legislador y, de este modo, dejar surgir artificialmente su veredicto. A este fin, la interpretación tiene que constar de tres elementos: el lógico, el gramatical y el histórico. Para poder conocer la idea de la ley deben tenerse en cuenta las circunstancias históricas de su génesis. La interpretación tiene, además, que conocer tanto la peculiaridad de un pasaje en particular del texto como su significado respecto al todo. Pero el todo del derecho sólo es visible en el sistema. Por consiguiente, en toda interpretación de una ley se manifestarían tanto el elemento histórico como el sistemático.[80]

Entre los métodos del derecho, Karl Larenz[81] distingue el *método histórico-natural* (también conocido como *jurisprudencia de los conceptos*) de Ihering:[82] "La ciencia puede formar nuevos conceptos y normas jurídicas: los conceptos son productivos, se emparejan y engendran otros nuevos." "El procedimiento de formación de los conceptos es exclusivamente inductivo, lo mismo que el de las ciencias naturales exactas."[83] También cabe citar el *método del positivismo legal racionalista*, de Windscheid, para quien la ley "no es simplemente el veredicto terminante del legislador, no es sólo un *factum*, sino la sabiduría de siglos que nos ha precedido; lo que en la ley se declara derecho, lo había antes reconocido como derecho la comunidad jurídica". El derecho es, en estas condiciones, susceptible de elaboración científica "no sólo histórica, sino también sistemática".[84]

Larenz destaca la teoría del derecho y la metodología que se desarrolla bajo la influencia del concepto positivista de la ciencia y dentro de esta corriente ubica, entre otras, la *teoría psicológica del derecho*, de Bierling, para quien la norma "es la expresión de un querer que espera ser realizado por otros. Las normas se dan con la indudable intención de ser comprendidas y observadas por aquellos a quienes se dirigen, precisamente tal como realmente fueron pensadas y queridas por los órganos que establecen las normas".[85] En cuanto a la *jurisprudencia de intereses*, de Heck, Stoll y Müller

[79] Karl Larenz, *op. cit.*, p. 32.
[80] *Ibídem*.
[81] *Ibídem*, p. 46.
[82] Para consultar las principales proposiciones de esta corriente, véase Rodolfo Vázquez, *Teoría del derecho*, p. 137.
[83] Karl Larenz, *op. cit.*, p. 48.
[84] *Ibídem*, p. 63.
[85] *Ibídem*, p. 72.

Erbach, puede decirse que "las leyes son las resultantes de los intereses de orientación material, nacional, religiosa y ética que se contraponen unos a otros y luchan por su reconocimiento".[86] Es decir, la lucha de intereses contrarios en la sociedad se refleja en las leyes, aunque en el fondo éstas son su síntesis y, por tanto, esos intereses logran finalmente su equilibrio social en el derecho.[87]

La *corriente sociológica del derecho* fue sostenida principalmente por Ehrlich, para quien el derecho no está constituido por normas, sino por reglas según las cuales se comportan efectivamente los hombres en su vida común. Estas reglas del actuar, las verdaderas normas jurídicas, no proceden de las fuentes tradicionales: leyes o jurisprudencia, sino "de los hechos originarios del derecho, es decir, de los usos, de las relaciones de dominio y de posesión y de las declaraciones de voluntad en sus formas más importantes como estatuto, contrato y disposiciones de última voluntad... La misión de la *sociología del derecho* es buscar las fuerzas propulsoras de las instituciones jurídicas."[88]

Hoy en día, la *corriente sociológica del derecho* tiene uno de sus mejores exponentes en el escandinavo Alf Ross, cuya obra fundacional es *Derecho y justicia*.[89] De acuerdo con este autor, la vigencia de la norma jurídica puede interpretarse a partir del "conjunto de ideas normativas que fungen como sistema de interpretación de fenómenos jurídicos concretos, cuando las normas relativas a éstos son efectivamente observadas y quienes las observan se sienten vinculados". No se necesita, por tanto, según Ross, recurrir a una teoría dogmática o a un planteamiento metafísico para conocer la naturaleza de la norma jurídica y su aplicación.

En una concepción actual, la idea anterior podría considerarse dentro de la definición de normas jurídicas reguladoras del intercambio de bienes y servicios en un mercado éticamente aceptable que opera eficientemente en la medida en que los destinatarios de las normas las cumplen.

Por último, es necesario volver sobre la *Teoría pura del derecho*, de Hans Kelsen, para mostrar una visión dogmática del derecho. Esta teoría se inició a principios del siglo XIX y como tal[90] tuvo repercusiones hasta mediados del siglo XX; aportó elementos importantes para la teoría general del

[86] Karl Larenz, *op. cit.*, p. 87.
[87] Sobre la jurisprudencia de intereses, Rodolfo Vázquez, *Teoría del derecho*, p. 141.
[88] Karl Larenz, *op. cit.*, p. 87.
[89] Alf Ross, *On law and justice*, Stevens & Son Ltd., Londres, 1958, trad. por Eudeba, col. Sobre el Derecho y la justicia, Buenos Aires,1970.
[90] Se le ubica a partir del primer escrito de Hans Kelsen en 1911 sobre los *Hauptprobleme der staatsrechtslehere*, más tarde por su *Teoría pura del derecho*, tiempo después, por su *Teoría general del derecho y del Estado* y muchos otros escritos importantes.

derecho contemporáneo, especialmente en sistemas de derecho codificado que tuvieron su origen en el derecho romano justinianeo. Se trata de una propuesta que se plantea en función de un modelo de ciencia dogmática que incluye en su fundamento principios e ideas formuladas por Kant y que retoma los planteamientos formalistas de finales del siglo XIX, a los que ya hicimos alusión, especialmente de la doctrina alemana. Esta teoría tuvo auge en los países latinoamericanos, donde se le utilizó —desafortunadamente— en algunos medios para legitimar un formalismo jurídico conservador y decadente. Sin embargo, los postulados de la teoría kelseniana han servido de base, en el plano científico, para que los juristas, incluso en el sistema del *common law* (específicamente en Inglaterra) hayan desarrollado una parte relevante de sus teorías.

Kant consideraba que el derecho se fundamenta en tres características: se trata de una relación externa, recíproca y formal,[91] y por lo que se refiere a esta última característica, el contenido de la relación queda en segundo plano, desplazado por la forma.[92] Por otro lado, un elemento de fondo está en la dualidad que Kant plantea en su obra *Crítica de la razón pura*: el *ser* y el *deber ser*; este último es el principio moral hacia el que la persona debe desplazarse o, al menos, aspirar.[93]

De acuerdo con esta concepción del derecho, "la ciencia jurídica, en tanto sistema de conocimiento, tiene que componerse, al igual que las ciencias naturales, de enunciados que sirvan para explicar y analizar su objeto".[94] Según Kelsen, éste es el caso del derecho, o más bien de la ciencia del derecho, y "permite mostrar que ésta, de la misma manera que el conocimiento científico natural, se compone de enunciados sistemáticamente relacionados".[95] Al igual que la ciencia formal, donde los entes ideales sólo existen en la mente humana y los objetos de estudio se construyen por los lógicos o los matemáticos, Kelsen propone una serie de enunciados jurídicos que permiten dotar del carácter de norma jurídica al comportamiento humano, haciendo abstracción de consideraciones de orden natural y social.

En la propuesta de Kelsen se trata de un sistema en el que "el comportamiento humano se encuentra formando normas jurídicas cuando se convierte, de acuerdo con un enunciado normativo, en antecedente o con-

[91] Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, Eudeba, Buenos Aires, 1965, p. 15.
[92] *Ibídem*.
[93] Immanuel Kant, *Crítica de la razón pura*, 13ª ed., Porrúa, México, 2005.
[94] Rolando Tamayo y Salmorán, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1976, p. 21.
[95] *Ibídem*, p. 22.

secuente de una relación normativa", pero cuya aceptación requiere previamente la aceptación de una serie de postulados teóricos que el propio autor propone. En esta teoría, el referente —comportamiento humano— existe en la realidad pero es traducido, mediante una operación de lógica formal, en normas jurídicas y éstas, a su vez, son integradas al sistema propuesto. Ilustremos con un ejemplo esta operación de lógica formal. Veamos un ejemplo.

> El comportamiento humano —el comercio, la industria, el Estado— se manifiesta en reglas para lograr un objetivo: que los acuerdos se cumplan, que la producción de bienes y servicios se incremente o que los funcionarios públicos cumplan con sus obligaciones. Ese objetivo sólo se alcanza en la medida en que el comportamiento humano es traducido en una norma jurídica, con las características de abstracción de estas normas a que ya hemos hecho referencia. Dicho en otras palabras, la norma jurídica general aplicable para regular que efectivamente los acuerdos se cumplan y que el desarrollo comercial e industrial prospere. La norma jurídica será expresada en los términos siguientes: si Crispín desaguó su jardín e interrumpió el camino público, se encontrará en la hipótesis normativa que sanciona esa conducta con la cárcel. Una conducta tal es el contenido de la norma jurídica que no solamente se le aplica a Crispín, sino a cualquier persona que tenga un comportamiento semejante.

Kelsen dice acerca de su planteamiento: "Al calificarse como teoría pura (del derecho) indica que tiende a construir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición."[96] La teoría pura del derecho propuesta por Kelsen es, de esta manera, una teoría de lo que *debe ser* jurídico-positivo, pero no de lo que es la realidad. Su objeto está constituido por normas y no por la realidad natural.[97]

En resumen, en su teoría Kelsen formula una serie de enunciados que, conforme a principios también establecidos en dicha teoría, constituyen un sistema "que no es una teoría del derecho a secas. Como (lo afirma Kelsen) se encontraba afiliado a la doctrina kantiana de la ciencia y, por tanto, no podía ser la suya una ciencia de un objeto determinado —en el caso, el derecho— que tuviera una dimensión filosófica, en la medida en

[96] Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1973, p. 15.
[97] Hans Kelsen, "Reine Rechtslehere", en *Demokratie und Rechtsstaat*, libro en homenaje al

que ello contradiría los postulados fundamentales de la filosofía trascendental kantiana".[98]

Se ha afirmado que la teoría pura del derecho representa la posición más desarrollada del positivismo normativista, o sea, de ese tipo de positivismo que reduce el objeto del derecho a las normas jurídicas en el que el mismo se encuentra expresado.[99] Indudablemente, las ideas de Kelsen son más ricas; sin embargo, este último planteamiento bastaría para otorgarle un lugar especial entre las teorías del derecho.

Desde la perspectiva teórica, las propuestas kelsenianas tienen aún hoy un valor especial y han contribuido a la comprensión de la ciencia jurídica. Pero como también señala Carlos Santiago Nino:

> La obra de Kelsen en el medio en donde la desarrolló en las últimas décadas de su vida, Estados Unidos, muchas de sus tesis resultan extravagantes, ya que se trata de un ámbito cultural que a diferencia de Europa continental, no se relacionan las elaboraciones iusfilosóficas con la metodología y esquema conceptual de una supuesta ciencia jurídica, sino con el análisis y valoración del proceso de decisión judicial.[100]

Como podemos observar, cada autor parte de determinadas ideas o postulados sobre los cuales construye sus enunciados y con base en ellos los desarrolla. La forma de desarrollar esos postulados y esas ideas exige ciertos requisitos a los que nos referiremos a continuación.

Metodología general

Como hemos señalado, los requisitos mínimos de la metodología son los de *escrutabilidad, refutabilidad, confirmabilidad* y el de *simplicidad*. Veamos brevemente en qué consiste cada uno de ellos.

Escrutabilidad indica la capacidad de búsqueda y control a fin de que las pruebas o los argumentos que se aporten para probar los postulados, los enunciados o las hipótesis sean congruentes con los mismos y se den acordes con las reglas de una determinada teoría previamente escogida o postulada. Al mismo tiempo, este control de presupuestos metodológicos, mediante "técnicas y contrastes y supuestos modos de conocer", debe conducirnos a los medios necesarios de verificación que nos permitan hallar respuestas objetivas.[101]

[98] Ulises Schmill Ordóñez, *op. cit.*, p. 13.
[99] Arthur Kaufman, *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*, C. H. Beck, Munich, 1994, pp. 15 y 16.
[100] Carlos Santiago Nino, *op. cit.*, p. 21.
[101] Gabriel Gutiérrez Pantoja, *op. cit.*, p. 133.

Por ejemplo, Albert Einstein, después de establecer diversas reglas sobre el efecto fotoeléctrico, lo que le valió el Premio Nobel, construyó la ecuación más famosa de la historia reciente: la energía de un cuerpo en reposo (E) es igual a su masa (M) multiplicada por la velocidad de la luz (C) al cuadrado: $E = MC^2$.

La *refutabilidad* de la que habló Miguel de Unamuno es el argumento o prueba cuyo objeto es destruir las razones del contrario. Se trata entonces del método para lograr este objetivo. Requiere "probar lo genuino de una teoría mediante la confirmación de sus postulados ante la confrontación antitética de los mismos".[102] Ninguna idea podrá considerarse totalmente acabada sin antes ser contrastada en todos y cada uno de sus aspectos; se requiere una verificación objetiva de los pros y los contras de los postulados, de ahí que el único criterio de prueba de una teoría sea la *confirmabilidad*, el corroborar la verdad o certeza de una cosa; un requisito metodológico de primer orden.

Finalmente, la *simplicidad metodológica* "es necesaria para las teorías complejamente elaboradas cuya contrastación empírica requiera que el fallo de la experiencia ... pueda darse inmediatamente".[103]

Metodología jurídica

La metodología jurídica es un instrumento de suma importancia en la formación del jurista. En sus estudios, le permite tomar el camino adecuado para el análisis y la sistematización de los materiales jurídicos. En la práctica profesional, le posibilita abordar el estudio de casos con sistema y precisión y revisar sus consecuencias. Como juzgador, le brinda la oportunidad de desarrollar procedimientos y dictar sentencias de manera adecuada. Por último, para el estudioso del derecho la metodología es el camino más recomendable para lograr los mejores frutos tanto en la investigación como en la redacción de informes y resultados. Sin embargo, es escasa la atención que se le ha prestado en los planes y programas de derecho en universidades y centros de estudio mexicanos y latinoamericanos, por lo que hemos considerado conveniente expresar unas ideas sobre el tema.

Método y metodología

Con el objeto de precisar los conceptos de *método* y *metodología* es necesario efectuar algunas consideraciones previas.

[102] Gabriel Gutiérrez Pantoja, *op. cit.*, p. 134.
[103] *Ibídem*.

El ser humano percibe la naturaleza como algo externo que requiere ser dominado y controlado para su provecho. La historia del hombre es también la historia de la construcción de herramientas para ese fin; cuanto más perfecciona sus herramientas, más puede imponerse a su medio y, con ello, no sólo asegurar su supervivencia, sino fortalecerla. A diferencia del resto de los animales que habitan el mundo, el punto de partida del hombre ha sido la razón, en la que encuentra la esencia de sí mismo. Es así que el ser humano ha podido reconducir la materia y desarrollarla como producto de las necesidades de dominación y control sobre la naturaleza. Éste es el significado del *logos* griego como esencial del ser. Según el pensamiento aristotélico, la razón se reduce a unidades de pensamiento, a símbolos, y de este modo las reglas de dicho pensamiento constituyen una técnica específica de formas de cálculo y manipulación.[104] Así, como se insistió en sus orígenes, la lógica aristotélica no constituye una ciencia, sino que es simplemente el instrumento de la ciencia, del que se vale para llegar a sus objetivos. Éste es el significado social de la lógica, que se conoce como *filosofía científica* y, en general, es toda reflexión sobre el trabajo científico.

El método como una forma de la lógica constituye una parte fundamental del trabajo científico. En este sentido, las técnicas de cálculo y manipulación expresadas como lenguaje, es decir, por medio de símbolos, aparecen como lógica. Si ésta no estuviera implícita en aquéllos, sólo podríamos llegar a constatar ruidos o simples garabatos sin sentido alguno. De esta manera, las técnicas de cálculo y manipulación son la actividad, en tanto resultado, que conforma al método. Es decir, éste no es un proceso en sí mismo, sino el resultado de una determinada actividad. Cuando las técnicas de dominio son sacadas de las formas rígidas simbólicas en que se suelen encontrar en la lógica, para convertirlas en actividad viva, en trabajo actual y concreto de dominación, la lógica se transforma en método y con ello en símbolo de observación, o sea, en conceptuación, en teorización, en trabajo real del pensamiento. Para la lógica, el trabajo del pensamiento es receptivo; para el método, el trabajo del pensamiento es activo.

La lógica se estructura en relación con la actividad del método y, a su vez, el método se perfecciona con los resultados obtenidos por el trabajo de la lógica. Ambos, método y lógica, son la misma y única cosa, pero con diferente objetivo: el primero como proceso, como actividad; la segunda como resultado, como símbolo, pero al final, complementarios.

En la medida en que la especialización científica se ha desarrollado de manera cada vez más rápida, las ciencias han tenido que separarse de la

[104] Herbert Marcuse, *Eros y civilización*, Ariel, Barcelona, 1981, pp. 22 y 110.

filosofía y de la lógica, incluido el estudio de los problemas del método. En el campo de las ciencias sociales existe la tendencia a plantear la problemática en conjunto, sin que necesariamente implique renunciar al planteamiento específico en cada una de ellas. En el caso del derecho, su método o su metodología se han planteado aparte del resto de las ciencias sociales. Más adelante retomaremos este tema; por el momento, baste decir que la metodología jurídica estudia la problemática inherente a los métodos de que se vale la ciencia jurídica para conocer su objeto.

Método y enseñanza

En la enseñanza científica, el estudiante conoce el objeto de su disciplina a través de teorías y, en seguida, mediante la práctica. La teoría es un resultado, una forma simbólica terminada ya sea porque alguien planteó los paradigmas o principios de tal o cual disciplina y éstos fueron constatados en los resultados que se pretendió obtener, o son teorías construidas a partir de descubrimientos en la práctica; sin embargo, la teoría, al ser producto de una forma simbólica terminada, no permite con facilidad conocer el tipo de investigaciones que fueron necesarias para llegar a ella.

El estudiante sólo recibe resultados, teorías ya hechas, lo que dificulta el aprendizaje activo para evaluar, criticar y desarrollar correctamente una teoría. Cuando así sucede, el aprendizaje se convierte en actividad pasiva y en memorización, que ha sido por muchos años la forma de enseñar al estudiante de derecho en la gran mayoría de los países latinoamericanos, donde hay con frecuencia un divorcio entre la teoría y la realidad.

En el campo del derecho y en especial en su enseñanza, la presentación sucesiva de teorías provoca, además de la natural apatía del estudiante, un profundo desinterés por la investigación metodológica, base fundamental de un aprendizaje adecuado de la materia. El resultado es sumamente desfavorable: entre otras cosas, la enseñanza y el aprendizaje se vuelven mecánicos y a la postre, dada la mala formación de los juristas, se propicia una lenta evolución de la disciplina en todas sus expresiones: legislación, jurisprudencia y doctrina, de ahí que la enseñanza en este campo debe cambiar. Una opción puede ser reconducir a la enseñanza a combinar la teoría con casos prácticos que le brinden al alumno diversas habilidades al analizar lo que sucede en la realidad. Así, ofrecerle la posibilidad de entender el porqué y para qué de la ley y de su aplicación, y de esa manera pueda estar en condiciones de redactar un proyecto de ley que modifique y mejore una determinada situación, un memorándum que analice ciertos aspectos del caso y aporte una opinión o también, que el caso pueda servir de sustento a un escrito ante un tribunal en un caso

distinto que presenta hechos y situaciones parecidas, y otras habilidades más de este tipo.

Como decíamos, la teoría es una estructura simbólico-lógico-formal, matemática, o conjunto de palabras que forman un lenguaje que da cuenta idealmente de ciertos temas considerados esenciales en el conocimiento. Esta teoría también sirve para el esclarecimiento de los problemas típicos de una determinada disciplina. Al conjunto de temas a que se refiere la teoría se le conoce como *dominio*.[105] Se trata del conocimiento actualizado que se tiene sobre el tema, por ejemplo, lo que conocemos hoy como normas sobre readaptación de delincuentes, en la que se tratan igual temas psicológicos, sociológicos, económicos y jurídicos sobre la posibilidad de que esa readaptación a la sociedad se logre por parte de esas personas.

La teoría nos proporciona un cuadro de la clase de fenómenos que cabe esperar en determinadas circunstancias. La teoría como objetivadora del conocimiento nos predispone a ver un determinado tipo de fenómenos. Es decir, por medio de la teoría captamos el mundo desde una perspectiva más precisa y, al mismo tiempo, más compleja; recordemos lo que vimos sobre el ejemplo que nos da el poeta Novalis (véase 2.5.1.) "las teorías son redes que lanzamos para apresar aquello que llamamos el mundo: para racionalizarlo, explicarlo y disminuirlo y tratamos de que aquella malla sea cada vez más fina". La teoría nos brinda el método, las reglas para lograr un determinado cometido. Ello nos obliga a estar atentos a la problemática más importante, de manera tal que ésta se pueda analizar y, eventualmente, solucionar con la aplicación de la misma teoría, así como mediante la aplicación de técnicas que pueden utilizarse para resolver dichos problemas. Tanto teoría como técnica requieren una permanente actualización para que puedan cumplir con su cometido. El tema del vínculo y la sinergia entre teoría y técnica es uno de los más destacados para lograr avances en la producción de bienes y servicios para beneficio de la sociedad.

De este modo, la teoría resulta una forma de comunicación, pero además constituye una forma de percepción. Se ha dicho en este sentido que la ciencia es una forma de "percepción-comunicación"[106] que se expresa mediante teorías, las que constituyen el *alfabeto científico*, al que necesariamente se reduce toda actividad científica. El grado de objetivación de la teoría es tal que cuando sus elementos, conceptos o partes se ponen en

[105] Dudley Shapere, "Teorías científicas y sus dominios", en Frederick Suppe, *La estructura de las teorías científicas*, Editora Nacional, Madrid, 1974, p. 580.

[106] David Bohm, "Ciencia como percepción-comunicación", en Frederick Suppe, *op. cit.*, p. 421.

práctica, su resultado aparece como algo independiente de quien la produce. Se habla entonces de un *autodesarrollo de la teoría*.

Una teoría no es simplemente un conjunto o listado de fenómenos; "una teoría no se ensambla a partir de fenómenos observados", sino más bien es lo que hace posible observar que los fenómenos son de cierto tipo que se relacionan con otros fenómenos, y en qué medida y en qué circunstancias lo hacen. Las teorías colocan los fenómenos dentro de sistemas, les adscriben reglas, predicen cómo reaccionarán o qué resultado tendrán en ciertas circunstancias. Las teorías son construidas *hacia atrás*, retroactivamente. Una teoría se compone de una serie de conclusiones en busca de una premisa.[107]

La teoría nos muestra las pautas o las reglas normales de conducta y las desviaciones posibles que la ciencia por su parte, considera normales. Todo el movimiento que tiene lugar dentro de un *dominio*, o sea, dentro de la variedad de temas a que se refiere la teoría, se explica por dos razones: por su conformidad con las expectativas y por la explicación de la desviación de esas expectativas. Dicho en otros términos: en la medida en que la teoría proporciona reglas, mediante éstas podemos saber de antemano qué puede acontecer con tal o cual fenómeno y en caso de que no suceda lo esperado, la misma teoría debe decirnos por qué. De más está decir que no existe fenómeno alguno que realice el ideal del orden natural, pues los fenómenos suelen desviarse de lo ideal de un modo o de otro.[108] Para explicar tales desviaciones, la teoría incluye varias reglas que explican el porqué de las desviaciones. Se dice que las reglas indican cómo realizar inferencias acerca de los fenómenos.[109]

Para que una teoría pueda aplicarse a un caso concreto es preciso que incluya varias directrices o instrucciones a fin de hacer identificables los componentes del caso o fenómeno referido —mediante símbolos— por las reglas de la teoría. Esto se logra mediante el uso de modelos, que indican al científico o al estudioso de un determinado fenómeno o problema lo que debe hacer para analizarlos y conocerlos. El modelo nos proporciona las bases de interpretación necesarias para que la regla o reglas sean susceptibles de aplicarse a los fenómenos concretos.[110] Se dice que aceptamos un dato como hecho porque éste se conforma a la ley para la cual cuenta con una instancia, así como podemos rechazar un argumento actual simplemente porque ya ha quedado excluido por una ley específi-

[107] N. R. Hanson, citado por Frederick Suppe, *op. cit.*, p. 194.
[108] Frederick Suppe, *op. cit.*, p. 158.
[109] *Ibídem*, p. 159.

ca.[111] Pensemos por ejemplo en un modelo matemático que utiliza instrumentos de la teoría matemática y en el que están incluidas variables y relaciones entre éstas, etc., para estudiar en abstracto sistemas complejos ante relaciones difíciles de observar en la realidad y luego traducir sus resultados en la realidad, como el cálculo de la estructura de un rascacielos o el lanzamiento de un cohete al espacio.

La hipótesis constituye un problema de la ciencia cuya solución no es aún precisa y sobre la que sólo se puede decir algo provisional, pues de lo que se trata es de conseguir los datos suficientes para su comprobación o refutación. De ahí que las leyes o las reglas de una teoría puedan ser puestas en duda, ya que con los adelantos de la ciencia o el desarrollo de nuevas teorías pueden encontrarse elementos que las desvirtúen. Este proceso de desvirtuar o *destruir* leyes, reglas y hasta teorías permite el avance en el conocimiento que el ser humano tiene de su entorno o de su sociedad. La ciencia representa así el mejor medio contra el dogmatismo. De esta manera, en el campo científico no se pueden presentar todas las afirmaciones como estables o inconmovibles, y tampoco hablar de todas ellas como provisionales.[112] El dogmatismo o la pretensión de verdades eternas queda únicamente para el ámbito personal del ser humano a través de las creencias o de las religiones, que en ningún caso deben ser confundidas con la ciencia.

En lo que corresponde al aspecto formal de las teorías, éstas se expresan mediante el lenguaje —ya sean palabras, signos matemáticos, lógicos, etc.—, constituyéndose así en la vía de comprensión de todo conocimiento científico. Mediante el lenguaje funciona todo el sistema de producción y reproducción de las ciencias. Es por ello que al lenguaje se le acepta como conocimiento y a éste, a su vez, se le admite como lenguaje.

En toda comunidad científica, los productores del conocimiento intercambian o comparan los resultados de sus investigaciones entre sí, sin que necesariamente estas investigaciones sean cambiadas y comparadas como elementos ideales por sus diversos poseedores dentro de sus relaciones científicas, con un complejo lingüístico, que es siempre el mismo. Por ello, ese complejo lingüístico se convierte en el equivalente general de cualquier investigación. El lenguaje científico es el elemento en el que se manifiesta la verdad como valor científico.

En un grado evolucionado del desarrollo científico, el lenguaje adquiere un nivel de abstracción tal que se vuelve necesario el uso de la de-

[111] Marcos Kaplan, citado por Milena Covo E., *Conceptos comunes en la investigación sociológica*, UNAM, México, 1973, p. 49.
[112] Stephen Toulmin, *Filosofía de la ciencia*, El Mirasol, Buenos Aires, 1964.

finición, como medio para hacer de dicho lenguaje un instrumento fácilmente utilizable. La definición comporta los elementos implícitos contenidos en el lenguaje, inferibles directamente de éste. Por medio de la definición se desarrolla el extremo de la inteligibilidad del lenguaje, al dotarlo de un contenido extensional preciso. Sin embargo, si la definición no se usa correctamente, hay el peligro de caer en círculos viciosos o alejarse del conocimiento real. Por esta razón, la definición no debe admitir circularidad, formulación en sentido negativo, o bien, ser expresada en lenguaje figurado.[113]

Hasta aquí nos hemos referido al trabajo científico como una actividad preponderantemente intelectiva, pero no hemos hecho alusión al trabajo científico como actividad sensorial.

En gran medida, el desarrollo científico se condensa en teoría; sin embargo, esto no hace que la actividad sensorial disminuya en su valor dentro del trabajo científico. La intuición y la agudeza del ser humano han conducido al logro de grandes éxitos en la ciencia. En buena medida esto se debe a que la actividad intelectiva del ser humano aparece como reflejo de las formas reales en virtud de las cuales se desarrollan la naturaleza y la sociedad. En este sentido, Friedrich Hegel sostuvo: "El conocimiento científico, en cambio, exige entregarse a la vida del objeto o, lo que es lo mismo, tener ante sí y expresar la necesidad interna de él."[114]

En un principio, la estructura de las teorías científicas se nos presenta de forma predeterminada por la realidad, y después, con la ayuda del lenguaje, la organizamos intelectualmente de manera que sea manejable y comunicable.

Sobre la forma en que se establece el puente entre la teoría y la realidad se puede decir mucho; sin embargo, dadas las limitaciones de este trabajo sólo cabe señalar que es mediante la percepción como la teoría cobra vida y aparece como fenómeno. A este respecto debemos tener presente que los hechos se sitúan en un plano diferente y autónomo de nuestro pensamiento; por ello, resulta importante la educación del pensamiento para poder captar la realidad con la mayor fidelidad posible.

A través de los sentidos captamos las propiedades de los objetos y de los fenómenos, con lo cual construimos un *dato sensorial*. Es decir, asimilamos "una imagen *fenoménica* que puede ser directamente percibida de tal forma que sus cualidades son conocidas de una vez por todas". Ese dato

[113] Morris Cohen y Ernst Nagel, *An introduction to logic and scientific method*, Harcourt, Flandes, 1934, pp. 40 y siguientes.

[114] Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Fenomenología del espíritu*, Fondo de Cultura Económica, México, 1982, p. 36.

debe ser apto para integrarse en un complejo de generalizaciones simbólicas constitutivas de la teoría. De esta manera, el *dato sensorial* es el producto necesario de cierta organización conceptual implícita en el conocimiento. Ésta es la forma en que la esencia de un fenómeno viene determinada por la organización intelectual en que el sujeto integra el fenómeno.[115] La observación es como la percepción educada por la teoría para representar en su imaginación lo que su experiencia visual y conceptual previa la han preparado para ver.[116]

Como hemos señalado, es la ciencia a través de las teorías la que permite al ser humano mirar los fenómenos del ambiente que lo rodea y a su sociedad con mayor precisión y profundidad. Como el ejemplo de un biólogo en un jardín.

De lo anterior se desprende que el método es el conocimiento mismo como actividad, como vida, como investigación; el método es así algo que forma parte indisoluble del conocimiento. Si en un momento dado es posible esquematizar el método de alguna actividad científica, ello se debe a que él mismo, como forma, es la expresión del contenido y de la actividad científica, y no porque exista previa e independientemente de la actividad científica como conjunto de reglas que garanticen el éxito de la investigación.

En este punto el estudiante debe reflexionar sobre el auténtico significado de la ciencia. Y quien no profundiza en las teorías que la enseñanza formal le presenta y no escudriña en ellas su significado y alcance, difícilmente será capaz de conocerlas y menos aún de manejarlas en términos de realidad, o sea, de aplicarlas o transformarlas; y se decepcionará cuando descubra que el saber no se deja traducir en acción sin más ni más.[117]

En el sentido antes apuntado, la teoría habrá de dotarnos del conocimiento necesario para comprender y poder explicar en términos científicos los diversos casos que se nos presenten en la realidad. Respecto al derecho, que es además, en su ejecución, una técnica, es requisito indispensable reconocer y aprender los diversos ejercicios y prácticas que esa ejecución implica.

El método es la base del conocimiento; siempre que pretendemos conocer más estamos frente a él. Aunque no de forma inmediata, su presencia siempre estará allí, y esto es precisamente lo que no debe olvidar el estudiante para no desperdiciar su esfuerzo describiendo círculos intermi-

[115] Frederick Suppe, *op. cit.*, pp. 184-187.

[116] Thomas Kuhn, *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1983, p. 179.

[117] Wilhelm Reich, *Estudios avanzados sobre la masturbación*, Eda, México, 1982, p. 2.

nables, cuando puede llegar directamente al objeto de conocimiento que se haya propuesto.

2.6.2 La importancia del método en el estudio del derecho

En un alto grado de evolución social, las normas jurídicas han tendido a condensarse en beneficio de la seguridad jurídica. Sus presentaciones lingüísticas son cada día más ordenadas, precisas y sistemáticas. Como hemos mencionado, el derecho se da a conocer a través de sistemas simbólicos (leyes, sentencias, etc.), en virtud de lo cual se establece que ciertas personas están obligadas frente a otras ciertas personas, o incluso frente al Estado o la autoridad, a responder a una determinada situación con una cierta conducta.[118]

La norma jurídica se estructura en forma de proposición normativa, en la que la obligatoriedad se fija abstractamente y el obligado jurídico adquiere la característica de persona. En virtud de esta representación, el problema del objeto del conocimiento jurídico se torna misterioso y complicado.

Con frecuencia se confunde la norma —conducta viva del hombre— con la proposición normativa —lenguaje formal en que se expresa la norma—, y por ello la doctrina jurídica suele desarrollarse en torno a un objeto que requiere pensar, hacer de él una abstracción, y no de un objeto que mediante la observación permite extraer datos fundamentales para la construcción de su normatividad. Al actuar de esa manera, gran parte de la doctrina no tiene en cuenta la realidad. Cuando se separa el *ser* del *deber ser* y éste se lleva a la especulación teórica, el derecho así formado resulta un derecho desapegado de la realidad. El caso de México, y en gran medida del resto de los países de Latinoamérica, constituye un claro ejemplo de ello. Hay leyes que no se aplican y la realidad con frecuencia va por su lado.

La doctrina jurídica proporciona vasta información sobre el contenido de significación racional implícita en las diversas proposiciones normativas de carácter jurídico, así como de la interrelación orgánica que existe entre éstas; pero no nos da información sobre el funcionamiento social de las diversas normas jurídicas. El estudiante se forma mirando únicamente a través del modelo teórico que sus profesores y la doctrina le brindan. Por esta vía, el jurista lleva a su conciencia la estructura racional del

[118] Theodor Geiger, *Estudios de sociología del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1983, p. 124.

orden jurídico que en sí es su esencia innata, pero en realidad lo que ha de ser la esencia o estructura de inteligibilidad del derecho aparece determinada por el complejo teórico adquirido. Por esta razón, resulta indispensable desentrañar las estructuras inconscientes de la actividad cognoscitiva a través de reflexiones metodológicas. Así, el objetivo debe ser entrar en contacto con la experiencia jurídica mediante el conocimiento, pues sólo de ese modo es posible adueñarse plenamente del derecho.[119]

Como hemos mencionado, el método es de suma importancia para el estudio de todas las disciplinas, incluido el derecho, ya que "cuando hacemos una pausa en nuestro estudio para reflexionar sobre la teoría y el método, el mayor beneficio es una reformulación de nuestros problemas"; de la misma forma, la objetividad en el trabajo de la ciencia social requiere el intento constante de llegar a saber explícitamente todo lo que va implícito en una empresa.[120] Albert Einstein comentó en una ocasión:

> Los ojos de los hombres de ciencia están dirigidos hacia los fenómenos accesibles a la observación y a la aprehensión conceptual de los mismos. En su empeño por lograr la aprehensión conceptual de la cantidad casi inconmensurable de material empírico, se sirve de un arsenal de conceptos absorbidos, por así decirlo, junto con la leche materna, y de cuyo carácter problemático nunca o sólo rara vez toma conciencia. Utilizar este material conceptual o —mejor dicho— estas herramientas conceptuales como algo inmutable y obviamente dado, acerca de cuyo valor como verdad objetiva difícilmente abriga dudas y, en todo caso, no las abriga en serio. ... Y, sin embargo, el interés de la ciencia requiere que esos conceptos fundamentales se sometan una y otra vez a crítica, para que no nos veamos inconscientemente dominados por ellos. Esto resulta de particular evidencia en aquellas situaciones del desarrollo en las cuales el uso consecuente de los conceptos fundamentales tradicionales nos conduce a paradojas difíciles de resolver.[121]

2.6.3 Problemas fundamentales en los métodos jurídicos

Es frecuente encontrar "doctrina jurídica" que carece de método. Se trata en esos casos del resultado de una falta de preparación metodológica adecuada en el jurista, que se refleja en sus escritos. En lugar de doctrina se trata de meras opiniones. Cuando así sucede, el lector no sabe cuáles fue-

[119] Víctor Manuel Rojas Amandi, *El método para el estudio del derecho constitucional*, tesis profesional, UNAM, México, 1986, pp. 2 y 3.

[120] Charles Wright Mills, *La imaginación sociológica*, Fondo de Cultura Económica, México, 1981, pp. 136 y 137.

[121] Werner Plum, *Revolución industrial*, Ildis, Bogotá, 1978, p. 133.

ron los supuestos y las hipótesis de las que partió el autor. Tampoco podrán definirse con claridad los diversos pasos que éste recorrió para sustentar las afirmaciones expuestas, etc. En estas ocasiones, los resultados no son del todo consistentes. Es por ello que la reflexión metodológica debe formar parte indisoluble del conocimiento sustantivo que el jurista tiene del derecho. De ahí la insistencia, en una obra introductoria como ésta, de que quien pretenda formarse en el derecho debe necesariamente partir de la reflexión metodológica.

Como su nombre lo indica, el método es el procedimiento que se utiliza para abordar e investigar un tema determinado. Ese mismo método sirve, además, para llegar a conclusiones o resultados previstos. En el caso de la doctrina, el propósito es exponer lo estudiado en forma escrita de tal modo que sea lo suficientemente lógico en sus fases expositivas que, con independencia de su verdad o falsedad, pueda aportar al lector los elementos necesarios para que forme su propio criterio al respecto. Como acabamos de mencionar, se puede distinguir de manera formal entre contenido sustantivo del derecho: norma jurídica, sanción, etc., y el proceso para llegar a conocer ese contenido: método. Sin embargo, ambos conocimientos no deben disociarse, ya que eso contribuye a facilitar el aprendizaje, forma un criterio y permite, a su vez, expresar de la manera más adecuada dicho contenido, sea a través de textos doctrinarios, leyes, sentencias, etcétera.

La indiferencia tradicional hacia el método en quienes preparan los planes y programas de estudios en el campo del derecho es una de las causas más importantes de la inexistencia o, en el mejor de los casos, de la insuficiencia de conocimientos en materia de metodología jurídica.[122] Lo mismo sucede en el campo no menos importante de la enseñanza del derecho, donde los conocimientos metodológicos son también escasos.[123]

Otro de los problemas básicos en los métodos que utiliza el derecho se encuentra en la tendencia a separar o dividir conceptos jurídicos fundamentales, a fin de explicarlos o para que éstos puedan ser bien comprendidos, sin reparar en que, con mucha frecuencia, ese tipo de divisiones artificiales provocan más problemas que los que se pretende resolver. Así, por ejemplo, la separación del *ser* y del *deber ser* [124] en el caso de la ense-

[122] Héctor Fix-Zamudio, *Ensayos sobre metodología, docencia e investigación jurídica*, UNAM, México, 1981, pp. 46 y siguientes.

[123] Leonel Pereznieto Castro, "Algunos apuntamientos de la metodología de la enseñanza en el derecho internacional privado", en *Lecturas Jurídicas*, núm. 75, Universidad Autónoma de Chihuahua, 1975, pp. 27 y siguientes.

[124] Jean Schapp, *Problemas fundamentais da metodologia jurídica*, Fabris, São Paulo, 1985,

ñanza jurídica en Latinoamérica, principalmente, provoca que el estudiante se forme en el *mundo del deber ser*, "mundo perfecto" donde todo tiene una causa y un efecto conocidos, o al menos con posibilidades de encontrarle solución a todo problema planteado en ese nivel, pero que *no corresponde necesariamente* con la realidad. A este respecto vale citar la crítica siguiente: "Las ciencias normativas no tienen nada que ver con aquellos propósitos prácticos. Su materia de estudio se circunscribe a describir y explicar los contenidos de los pensamientos normativos",[125] pero en todo caso orgullosamente inútiles y despreocupados.

De ahí, como ya lo hemos dicho, que sea indispensable la enseñanza por medio de ejemplos, casos prácticos, de clases prácticas y seminarios de redacción de material escrito, en los que se enseñe a los alumnos a identificar los aspectos relevantes de cada caso y cuyo análisis les ayude a redactar sus escritos y otra documentación que deben producir en su vida profesional. En este sentido, la enseñanza del derecho a partir de casos prácticos que se imparte en universidades del *common law* es muy importante, porque permite llegar de lo particular a lo general, y el sentido del derecho que también se enseña es el de la justicia que más tarde será aplicada en la interpretación de los casos concretos: ésta es la formación de esos juristas: del juez, del abogado y del funcionario público. Un método tal no siempre es eficiente en países latinoamericanos. Aquí debe haber una combinación de la teoría con el caso práctico, ya que de otra manera, dada la educación y formación previa de los estudiantes, se corre el riesgo de que el caso no sea entendido en su totalidad.

Un problema más en materia de método lo representan aquellos juristas cuya actividad se limita a comentar, glosar, interpretar e interrelacionar las diferentes proposiciones normativas a las que el Estado atribuye validez jurídica en forma *totalmente aislada de la realidad social*. Estas posiciones y actitudes ignoran el condicionamiento histórico social de la manera en que aparece la norma, lo que a su vez da como resultado una amplia serie de confusiones. Veamos un ejemplo.

> Con demasiada frecuencia en el campo jurídico se pretende explicar los fenómenos sociales en función de fenómenos normativos, siendo que la realidad demuestra que debe ser a la inversa. Además, esta pretensión ha dado lugar a otra confusión: al intentar deducir del conjunto de proposiciones jurídico-normativas la necesidad de la existencia de fenómenos sociales no implica —ni lejanamente— la posibilidad de repre-

[125] Francisco Larroyo y Miguel Ángel Cevallos, *La lógica de las ciencias*, Porrúa, México, 1985, p. 313.

sentar parcialmente los fenómenos sociales en función de fenómenos jurídicos.[126] Así, hay autores que pretenden deducir la existencia de diversas instituciones como *división de poderes, matrimonio, relación de trabajo*, etc., del conjunto de proposiciones jurídico-normativas que simbólicamente las regulan. Esta formación del jurista, que en sí es una malformación, le produce muchas y muy amplias consecuencias: además de las ya mencionadas, lo aísla del contacto y conocimiento necesarios con el resto de las ciencias sociales, generando una desvalorización intelectual. Por esta razón en particular, con frecuencia el jurista suele convertirse en un ignorante social. Conoce el derecho y desconoce las ciencias que rodean al derecho, que a menudo condicionan a éste.

Mencionamos el aislamiento del derecho del resto de las ciencias sociales y dijimos que ello provoca gran *pobreza intelectual* en el jurista, sin mencionar las pérdidas que sufren los estudiantes en su formación por no contar con los mecanismos mínimos de naturaleza interdisciplinaria.[127] Respecto del aislamiento en el que se forma y vive el jurista, el psicólogo estructuralista Jean Piaget ha escrito: "Los estudios jurídicos constituyen un mundo marginado, dominado por problemas de normas, más que de hechos o de explicaciones causales."[128]

Hay muchas formas de explicar el *aislamiento del derecho* respecto al resto de las ciencias sociales. Muchas de ellas, si no es que la mayoría, en diversos momentos se desprendieron del derecho, al menos en su estudio y tratamiento académico, y a partir de ahí se desarrolló una posición según la cual las ciencias sociales eran ciencias menores, carentes de un sistema y un objeto de estudio dignos para ser referidos en el estudio de la ciencia del derecho. Por otro lado, una manera distinta de explicar el aislamiento parte de la idea de que las ciencias sociales se han especializado conforme a un grupo de problemas y no de acuerdo con fronteras académicas.[129]

Esta posición explica también por qué en gran medida, en el campo de las ciencias sociales, la interdisciplinariedad no sólo es posible, sino necesaria. Para romper con este aislamiento al que Carnelutti calificó de *absurdo*, es indispensable que el jurista adquiera una cultura que no se restrinja a los límites del derecho, situación que se encuentra muy lejos de alcanzarse, como fuera de desear, porque como lo señala el propio Carnelutti, los juristas que no se cierran herméticamente dentro del recinto del derecho, se cuentan, por desgracia, en Italia y también fuera, sobre la punta de los dedos.[130]

Continuando con lo expuesto en párrafos anteriores, y a consecuencia de ello, surge un problema más para el jurista. Aunque íntimamente relacionado con lo dicho antes, el jurista constriñe su experiencia básica a una experiencia de tipo documental y, por tanto, no está en contacto con los fenómenos que debe observar, sino normalmente alejado de ellos.[131]

Esto se da de manera clara y precisa: la regularidad social ha sido objetivada y formulada como algo de carácter ideal-normativo que se materializa en documentos a los cuales el Estado atribuye validez jurídica (leyes, reglamentos, decretos, etc.) con vigencia ilimitada. Dicha regularidad social así expresada establece el orden social óptimo y, por tanto, lo primero que aparece ante los ojos del estudiante de derecho y más tarde ante el jurista es la norma plena de estructuras simbólicas detrás de las cuales y en forma mediata se esconde el derecho vivo, el derecho de lo cotidiano. En todo caso, su material es documental y está lleno de una serie de fórmulas que, por lo general, no se cumplen, al menos tal como están formuladas.

La insuficiencia de los métodos jurídicos tradicionales parece estar llegando a límites donde se produce la crisis. Aunque quizá demasiado lentamente, comienza a haber una toma de conciencia en favor de la metodología jurídica moderna. Los planes de estudios de un número cada día mayor de escuelas y facultades de derecho mexicanas así lo demuestran. Gracias al impulso que Luis Recaséns Siches[132] le dio en México a la sociología jurídica y a los escritos de quienes fueron sus discípulos, se ha podido avanzar en la búsqueda de la realidad del derecho en los hechos sociales, más que interpretar éstos únicamente a partir de aquél. Los intentos por vincular la problemática de las ciencias sociales con el derecho considerado como ciencia han sido muy escasos: casi se reducen a conferencias o mesas redondas de las que poco rastro queda. Como es natural, estos pronunciamientos, cuando se dan, son casi siempre en ámbitos académicos donde el derecho es sólo una parte del currículo.

[126] Víctor Manuel Rojas Amandi, *El método para el estudio del derecho constitucional*, p. 287.
[127] Ante el fraccionamiento de la ciencia se requiere la interdisciplinariedad para reconstruir su objeto final: el ser humano.
[128] Jean Piaget, *Psicología y epistemología*, Origen-Planeta, México, 1976, p. 158.
[129] Charles Wright Mills, *op. cit.*, p. 156.
[130] Francesco Carnelutti, "Nuove riflessioni in torno al metodo", en *Rivista di Diritto Processuale*, Milán, 1958, vol. XIII, p. 472.
[131] Francesco Carnelutti, *Metodología del derecho*, [Uteha], Madrid, 1962, p. 35.
[132] De la vasta obra de Luis Recaséns Siches, su *Tratado general de sociología*, editado por Porrúa, aún se publica con gran acogida y continúa siendo el libro tradicional en la materia.

En Latinoamérica hay antecedentes importantes de doctrinarios que han buscado el derecho a partir de la sociedad, desde el boliviano Bustillo en 1920, el paraguayo Cecilio Báez en 1929, y muy especialmente el brasileño Francisco Pontes Miranda en 1927, hasta contemporáneos como el también brasileño Gilberto Freyre. En este sentido, se ha propuesto abordar el derecho con la metodología que han desarrollado las ciencias sociales, lo que significa ir a una reelaboración de todo el instrumental conceptual de contenido del derecho, de sus patrones valorativos, de sus implicaciones recíprocas y necesarias con la dinámica de los cambios históricos que acontecen en nuestras sociedades periféricas.[133]

En una tendencia actual que parte de la interpretación de hechos sociales y económicos, y de manera específica del mercado de los intercambios de bienes y servicios, se pretende la definición normativa de la "justicia como virtud social", a fin de que ésta logre regular "los arreglos institucionales que confieren moral al instrumento del mercado".[134]

Para concluir, puede decirse que la metodología es inseparable del conocimiento sustantivo del derecho, tanto para lograr una adecuada enseñanza como un correcto aprendizaje y en el caso de este último, para una mejor comprensión del derecho; y, además, para poder expresar sistemática y racionalmente los principios fundamentales del derecho y los conocimientos jurídicos en general, ya sea el estudiante, el jurista, el juez o el académico.

2.7 Particularidades de la ciencia jurídica

EN ESTE APARTADO AGRUPAREMOS GRAN PARTE DE LOS CONCEPTOS ANALIZADOS anteriormente, para lo cual estudiaremos la ciencia jurídica o el derecho en su sentido más preciso. Aprovecharemos también para una mayor definición de esos conceptos y concluiremos con el tema de filosofía.

Según Manuel Atienza,[135] la filosofía del derecho se puede distinguir en tres sentidos: como una actividad "teorética (o teorética práctica) cultivada por filósofos que parten de una concepción general del mundo y con un instrumental metodológico que tratan de aplicar a un campo particular". Una segunda concepción describe a la filosofía del derecho como "un tipo de reflexión llevada a cabo esencialmente por juristas con intereses

[133] Michel Miaille, *El Estado de derecho*, UAP, México, 1985, p. 20.

[134] Ernesto Garzón Valdés, "Mercado y justicia", en *Isonomía*, ITAM, núm. 2, México, abril de 1995, pp. 7 y siguientes.

[135] Manuel Atienza, *Introducción al estudio del derecho*, Fontamara, México, 1998, pp. 327 y siguientes.

filosóficos que no tratan tanto de construir un sistema (las preocupaciones sistemáticas, totalizadoras, son propias, por el contrario, de los filósofos-juristas) como de analizar una serie de problemas típicos".

Finalmente, una tercera forma de entender la filosofía del derecho es como conocimiento residual: para "los juristas prácticos" como en el caso de "los científicos del derecho... la filosofía del derecho se resuelve en especulaciones mejor o peor construidas, pero no contribuyen en absoluto a la resolución de lo que ellos consideran como genuinos problemas jurídicos". Nosotros retomaremos para el desarrollo de esta exposición las dos primeras concepciones, y concretamente la parte de la filosofía del derecho que estudia los fines y valores que se buscan a través de la normatividad jurídica, por ejemplo: el bienestar de la sociedad, la justicia y otros más. Por su parte, la ciencia jurídica estudia las normas vigentes, las leyes (su creación, aplicación, interpretación), que constituyen al derecho positivo. Volveremos sobre estos conceptos a lo largo de la obra.

El objeto de la ciencia del derecho o ciencia jurídica, como ya lo hemos mencionado, es diferente del resto de las ciencias sociales; en éstas, el objeto puede ser analítico conclusivo, como sucede con la sociología jurídica, que estudia las normas jurídicas en la manera en que se cumplen por sus destinatarios, las instituciones que las crean y la metodología que emplea el derecho. La función del derecho es regular conductas, pero su objeto es describir las prescripciones jurídicas, los mandatos que se encuentran dentro de la norma jurídica. Con ese fin, la ciencia del derecho debe utilizar una serie de instrumentos, por ejemplo, construir conceptos, como sucede hoy en día con nuevas ramas del derecho (ambiental, de las comunicaciones, económico, etc.) teorías, mecanismos de interpretación, colmar lagunas, etc. La ciencia del derecho, a diferencia de otras ciencias, se encarga de elaborar o introducir al debate diversos dogmas a partir de los cuales el jurista lleva a cabo sus propios desarrollos, por ejemplo, el de la plenitud del derecho.

La sociedad espera que sus normas se cumplan, cuando esas normas son vigentes, de acuerdo con los procedimientos de cada sistema jurídico. Se trata del derecho vigente o de las normas vigentes que también conocemos como *derecho positivo*, que incluye asimismo el análisis de la validez de las normas jurídicas y el deber de su cumplimiento.

Nos referimos a normas prescriptivas cuyo fin es su cumplimiento, aunque eventualmente pueden llegar a no cumplirse porque interviene la voluntad humana, y entonces, las normas prescriben una sanción para el infractor. En cambio, en las demás ciencias sociales, como ya se ha mencionado, se parte de otro tipo de reglas, mediante las cuales se busca otro tipo de resultados. Su interés inmediato está centrado en la solución de

problemas tales como la definición del producto interno bruto o la identificación de las estructuras económicas mundiales que ayuden a solucionar el problema de la pobreza de los niños en el estado de Michoacán, por ejemplo.

La ciencia del derecho tiene, entre otros objetivos, la definición o precisión conceptual de las normas jurídicas. De acuerdo con una de las direcciones metodológicas, mediante el derecho se procura que el ser humano se comporte en sociedad y que ésta pueda crear ciencia, comercio e industria para su propio beneficio, a fin de que el ser humano desarrolle plenamente sus capacidades. Si el Estado y la sociedad lograron un sistema donde todos los individuos gozan de una buena educación y seguridad social, es porque el legislador de ese país enfocó sus normas jurídicas a crear un régimen de justicia social y bienestar común, como sucede en la mayoría de los países europeos.

Se pretende, por otro lado, que las normas jurídicas generadas por el grupo social no sean violadas por los individuos. Es un orden jurídico acordado por la sociedad, que debe cumplirse, situando a las normas jurídicas en un plano diferente de la realidad en la que ese ser humano se mueve, a fin de que las cumpla y no pueda modificarlas sino mediante un procedimiento colectivo complejo. Esta idea se expresó a través de la unión del *ser* y el *deber ser* en dos de las grandes corrientes contemporáneas, el iusnaturalismo y el positivismo jurídico.

El ser humano tiene el deber de cumplir con las normas jurídicas y con ello observar un determinado comportamiento en la sociedad, al igual que los países y organismos internacionales deben observar determinada conducta en las relaciones internacionales. Ese comportamiento está basado en normas jurídicas de cumplimiento obligatorio. Se espera así que tal o cual individuo o país u organismo internacional cumpla con las normas jurídicas establecidas; se trata, como lo hemos mencionado, de reglas que la comunidad nacional o internacional ha acordado. De ahí que en caso de desobediencia a las normas haya una sanción; por ejemplo, que el individuo que incumplió la ley deba pagar una multa o recibir otra sanción o que un país u organismo internacional sea amonestado por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), o bien, en el caso más grave de un ilícito internacional, el país infractor podrá ser sancionado con un bloqueo parcial o total por los demás países de la comunidad internacional.

La conducta esperada del ser humano es lo que se simboliza en el *deber ser*, en la forma en que el individuo debe comportarse; sin embargo, esto no sucede de manera invariable porque está de por medio la voluntad humana. En cambio, en la economía, a partir de las estadísticas, sus variables y cálculos matemáticos, se puede predecir cuál será el comportamiento de la sociedad en su consumo de bienes necesarios o bien, en la sociología y la antropología, a partir de determinadas pautas de conducta social y, de acuerdo con diversas mediciones, en esas ciencias se puede predecir el comportamiento de determinados grupos sociales con razonable certeza, según las temporadas de lluvia o de secas, etcétera.

En cambio, la ciencia jurídica se basa exclusivamente en las expectativas de que se cumplan las normas jurídicas acordadas por el legislador, de ahí que esta ciencia tenga una particularidad distinta del resto de las ciencias sociales. Sin embargo, en este aspecto se acerca más a algunas ciencias de la naturaleza, como las ciencias que permiten predecir el tiempo, por ejemplo, la climatología; ésta también tiene una base de expectativa: que el clima se comportará de tal o cual forma; sin embargo, esta ciencia tiene una serie de mediciones científicas que permiten que las predicciones sobre las expectativas del tiempo sean razonablemente acertadas. Mientras, en el derecho la voluntad humana es una variable que muestra que la predicción de que se cumplan las normas jurídicas no siempre sucede, al menos de una manera determinada: por ejemplo, quien debe pagar impuestos no los paga, o no paga la cantidad correcta; quien debe atender a sus hijos, no lo hace, etc. Independientemente de que el infractor pueda ser sancionado por su incumplimiento, la conducta del individuo puede ser contraria a la norma.

Cabe decir que al amparo del *common law*, los juristas que describen normas jurídicas lo hacen no de forma racional, sino predictiva, al pronunciarse sobre lo que el juez va a resolver, y una vez que el juez se ha pronunciado, analizar sus resultados para volver a predecir hacia el futuro. Los juristas del *common law* no atienden tanto a las razones del legislador, sino a las que utilizará el juez en la interpretación de la ley. En la tradición romano-germánica (que es donde se inserta el derecho mexicano) el jurista que hace ciencia la hace pensando, normalmente, en estructuras lógicas que se inician a partir de leyes o códigos escritos, mientras que del lado del *common law*, se hace a partir de realidades; esto es, uno sigue la corriente positivista, mientras que el otro, la realista.

Así, la ciencia jurídica, dada su naturaleza, debe estudiar una amplia serie de conceptos en los que basa sus expectativas de que las normas jurídicas sean cumplidas, en especial, a partir de los textos legislados.

El iusnaturalismo es ilustrativo en el sentido antes apuntado: la obligatoriedad en el cumplimiento de las normas jurídicas está íntimamente relacionada con las expectativas de que ese cumplimiento se realice para que el ser humano pueda ejercer sus derechos y, por tanto, tener acceso a los mecanismos para hacerlos valer, para que sus tareas como persona pueda realizarlas de manera cabal. Para el iusnaturalismo no sólo se trata

del ser, sino del ser valioso que significa "el ser en su perfección, el ser perfecto",[136] el ser ideal, como nos imaginamos una figura geométrica perfecta, pero que en la realidad se trata de una figura mal dibujada por nosotros. Esta corriente plantea que los valores de los que se ocupa la axiología jurídica sean aplicados a la conducta que ha de seguir el ser humano a fin de alcanzar su plena realización como persona en sociedad. Cabe recordar que para el iusnaturalismo el derecho no es precisamente escrito, como el que estudia el positivismo. En el iusnaturalismo se afirma la existencia de derechos innatos, inmanentes, apoyados todos en la idea de justicia. Los textos jurídicos escritos sólo son derecho en la medida en que se ajustan a ese patrón de justicia. En este sentido, el iusnaturalismo, por ejemplo, sostiene que los derechos humanos son previos al derecho y que éste tiene como misión su defensa. Concepción que ha tenido auge actualmente. Volveremos sobre este concepto (véase 5.2.1.)

El Estado, otro concepto creado por el derecho y que veremos más adelante (cap. 7), se pretende que también sea perfecto, para que atienda las necesidades de la sociedad, del pueblo que lo compone. El iusnaturalismo entra así en el estudio de los principios ético-sociales que deben regir la vida de toda sociedad y busca a través del cumplimiento de esos principios la perfección en el ser humano.[137] Para muchos autores, principios como la justicia, el bien común, etc., son inmutables. Una corriente de pensamiento de este tipo se aleja del resto de las ciencias sociales, ya que en éstas no se busca la perfección del ser humano y tampoco existen principios inmutables, y menos aún en las ciencias de la naturaleza.

El positivismo jurídico, por su parte, también nos brinda, desde otra óptica, un ejemplo de las particularidades de la ciencia jurídica respecto de las otras ciencias sociales, aunque en este planteamiento hay colindancias con estas últimas, por el método empleado.

Para algunos positivistas, el *deber ser* de la conducta humana no está sustentado en una consideración de valor, pues esta tendencia doctrinal rechaza la metafísica de los valores, sino que lo fundamentan en los hechos sociales; en los hechos del ser a partir de los cuales se elabora la ley. El *deber ser* debe estudiarse a partir de los hechos sociales de la persona humana; así, la ciencia jurídica se acerca a otras ciencias sociales.

Max Weber, el padre de la sociología moderna, afirmó, basado en la influencia de las ciencias físico-matemáticas de su época, que el bien co-

[136] Gregorio Robles, *Introducción al estudio del derecho*, Debate, México, 1998, p. 47.

[137] La premisa principal del iusnaturalismo en su vertiente ontológica señala que sólo la ley justa es ley. Para profundizar en el tema del iusnaturalismo y sus corrientes ontológica y deontológica, véase Rodolfo Vázquez, *Teoría del derecho*, pp. 17-25.

mún se alcanza a partir de la imposición del más fuerte sobre el débil en la lucha de las fuerzas e intereses económico-sociales de los individuos, y señala que "tal cosa sucede de manera aproximada en el proceso selectivo entre grupos étnicos y religiosos, sobre todo cuando tienden a la conservación de sus antiguas costumbres".[138] Serán las conductas más aptas las que prevalezcan. Con ello Max Weber nos dice que el proceso jurídico se puede observar en la realidad, lo que nos aproxima a un sistema más acertado de predicción basado en la observación de los intereses económico-sociales de los individuos. A partir de estos hechos se elaboran las normas jurídicas para alcanzar el bien común. En la medida en que las normas jurídicas que hayan prevalecido, las más aptas, sean las mejores para la sociedad, ésta podrá alcanzar un bienestar social.

Los positivistas de los primeros tiempos, sobre todo en el siglo XIX, reflejando ciertas ideas del racionalismo, tomaron su método de los desarrollos de las ciencias, por lo que intentaron acercar su metodología a los hechos sociales mediante su observación, como lo hace el método científico; es decir, de lo que se trataba era de constatar lo que se decía con los datos de la experiencia. Si un dato no se obtiene por medio de la experiencia, estamos entonces en el campo de la metafísica. Montesquieu, ya lo comentamos, propuso su teoría del equilibrio de los poderes sobre la base de un equilibrio físico-matemático, que encuentra su punto de equilibrio con el reparto de facultades entre los poderes del Estado: Ejecutivo, Legislativo y Judicial.[139]

Aparte de los hechos del ser humano puede suceder, por ejemplo, que si el legislador desea que en tal o cual grupo social se motive la honestidad o la solidaridad colectiva, las normas tendrán ese fin y se reprimirán severamente los incumplimientos a esas normas. En este sentido, casi un siglo después los positivistas vincularon el *deber ser* al debido cumplimiento de las leyes mediante la amenaza de una sanción. El *deber ser* se convierte así en la obligación de cumplimiento de la ley y su no cumplimiento provoca una sanción.

En el ámbito internacional esta doctrina influyó para afirmar que el Estado violador del derecho internacional debe ser sancionado, como sucedió con la primera guerra de Irak, en 1998, por la invasión de Kuwait que realizó ese país, en la que varias naciones de la comunidad internacional decidieron en la Asamblea General de Naciones Unidas y a través de su Consejo de Seguridad, establecer un bloqueo a Irak para la venta de su petróleo durante varios años.

[138] Max Weber, *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, 1974, t. I, p. 514.

[139] Manuel Atienza, *op. cit.*, p. 175.

Lo relevante para nosotros consiste en que los positivistas, si bien colindan con otras ciencias sociales en el método de observación de los hechos sociales (como es el caso de la sociología, de la economía o de la antropología), difieren de éstas en cuanto a su método de elaboración e interpretación de sus normas. La sociología y la economía, como ya mencionamos, a partir de la observación de los hechos sociales elaboran reglas que interpretan con base en cálculos estadísticos o cuantitativos, y llegan a sus conclusiones. En cambio, las leyes que elaboran los legisladores están hechas para que los individuos las cumplan. El derecho se basa en expectativas de que el comportamiento humano se dé en un determinado sentido, que las conductas se orienten en cierta dirección (comerciantes que celebren contratos de buena fe, padres de familia que atiendan a sus hijos, autoridades que velen por el respeto de las leyes, etc.) y en caso de incumplimiento, se repriman las conductas nocivas: el abandono, el fraude, la corrupción, el homicidio, etcétera.

Después de describir algunas particularidades de la ciencia jurídica en relación con las demás ciencias sociales, veamos ahora esas particularidades desde la perspectiva de la ciencia jurídica misma.

Tradicionalmente, la ciencia jurídica se ha estudiado desde tres perspectivas: el método histórico de los alemanes, el método de la exégesis propuesto por autores franceses y el método de la jurisprudencia analítica, que es el método iniciado en Inglaterra y transmitido a Estados Unidos de América y a los países de la Commonwealth, principalmente. Se trata de escuelas que ya hemos mencionado, pero ahora reagrupamos con fines estrictamente didácticos. De acuerdo con el enfoque de que se parta, tendremos una interpretación diferente, sin embargo, las tres corrientes coinciden en el concepto del derecho positivo.[140]

El método histórico desarrollado a finales del siglo XIX por autores alemanes se origina principalmente en un autor francés, Montesquieu, en el siglo XVIII: "el Derecho debe entenderse en la relación con las sociedades históricamente determinadas".[141] Se estudia la historia para explicar el presente. La historia es el modo como se han comportado nuestros antepasados y que los juristas han reflejado en el derecho, y esa tradición debe continuarse en el derecho positivo. Este derecho, que es obligatorio en una sociedad y tiempo determinados, se explica en función de la historia, cómo los juristas lo elaboraron y cómo fueron definiendo las normas.

[140] Manuel Atienza, *op. cit.*

[141] Para más información sobre este tema, véase Federico Carlos Savigny (trad. de Jacinto Maesia y Manuel Poley), *Sistema de derecho romano actual*, Centro Góngora, Biblioteca Universal, sección jurídica, Madrid, 1938.

Una forma de pensar de este tipo tiene mucho de realidad en la medida en que, en su esencia, el derecho moderno sigue fiel a sus orígenes, al menos a partir de los siglos XII y XIII con la escuela de los glosadores y posglosadores. Los conceptos de *contrato, matrimonio, adopción, crédito*, etc., son prácticamente los mismos que hace siete siglos; sin embargo, dichos conceptos han evolucionado, como sucede en el caso de los contratos con la introducción de la tecnología, en el matrimonio al otorgar igualdad de derechos al hombre y a la mujer, en la adopción con el principio del interés superior del menor y otorgándole a éste los derechos de un hijo biológico, con la adopción plena. Con la globalización, el crédito se ha desarrollado en campos en que anteriormente no se había previsto y en muchas ocasiones su naturaleza cambia por nuevas necesidades, aunque sus elementos básicos persisten.

Así, el historicismo alemán propugna que el derecho positivo es la ley hoy, pero siempre producto de la historia. Savigny, uno de sus fundadores, sostuvo que "el derecho es un hecho de formación espontánea y natural que vive en la conciencia popular y reviste el carácter particular de un pueblo al que pertenece, de la misma manera que el lenguaje, las costumbres, la constitución".[142] "El derecho está indisolublemente vinculado a esas tradiciones y por tanto arraigado en la común creencia del pueblo, en el igual sentimiento de íntimas necesidades que excluye toda idea de un origen accidental y arbitrario."[143] Es el derecho positivo, el derecho vigente, producto de esa misma tradición. Savigny, y luego Ihering, impulsores de la escuela de la jurisprudencia de conceptos, proveyeron "las bases teóricas para construir una ciencia puramente racional que tuviera, sin embargo, como único objeto al derecho vigente históricamente en cierto ámbito".[144]

Para la escuela de la exégesis el derecho es la norma vigente, y se hace especial énfasis en el "culto a la ley". La ley es el conocimiento supremo del derecho.[145] No existe una consideración que no esté plasmada en el texto de la ley. Esta manera de aproximación al derecho ha sido tan importante que marcó una de las líneas de ejercicio profesional de los juristas, los abogados para quienes la resolución de todo negocio jurídico se encuentra en la letra de la ley, y para ello hay que interpretar. Según se tenga cultura jurídica, la interpretación debe ser cada vez más sutil.

[142] Federico Carlos Savigny, *op. cit.*

[143] Carlos Santiago Nino, *op. cit.*, p. 15.

[144] Sobre este tema, véase Marcel Planiol y Georges Ripert (trad. de Leonel Pereznieto Castro). *Tratado de derecho civil*, Ediapsa, México, 1997, pp. 235 y siguientes.

[145] Manuel Atienza, *op. cit.*, p. 181.

La actitud de quienes plantearon esta doctrina se explica a partir de los acontecimientos políticos del siglo XIX en Europa, en particular, en Francia, lugar y época en los que esta doctrina tiene su origen. Había que proteger la ley de las influencias e interpretaciones políticas y de otras referencias que se encuentren fuera de lo establecido por la propia ley. El texto legal —como se ha dicho— para esta escuela es "sagrado". Únicamente lo que dice la ley es lo que debe leer el intérprete. Al estudiar así la ley, se reduce el fenómeno jurídico, objeto de estudio de la ciencia jurídica, al derecho positivo. Este método, como lo mencionamos, es un método de trabajo prevaleciente hoy en día en gran parte de los países que tienen un sistema jurídico basado en códigos, como es el caso de México y de la mayoría de los países latinoamericanos. No se trata de una Escuela de la Exégesis moderna, simplemente de quienes ponen en práctica el método a finales del siglo XIX. Una forma de leer el texto legal, de ir desgajando ideas y el sentido de la ley, lo que el legislador quiso decir en la norma. Este método resulta necesario para solucionar en la práctica los conflictos sociales y económicos. Se trata, en última instancia, de que la ley vigente y válida, el derecho positivo, sea el que se aplique.

Después del desarrollo de estas tres concepciones sobre el estudio del derecho, surgieron sus opuestos en la corriente conocida como *la revuelta contra el formalismo*. Ya se han mencionado estas corrientes, pero vale la pena ahora contraponerlas a los métodos formales citados. Por un lado, la jurisprudencia de intereses le otorga la preeminencia a la ley como fuente del derecho, pero sin caer en la pretensión, como lo hace la jurisprudencia de conceptos, de ser preciso, completo y coherente. Por otro lado tenemos el denominado *realismo jurídico* en contraposición a la *jurisprudencia analítica*, dejando atrás la concepción del derecho como "un sistema coherente de reglas de conducta", sino favoreciéndolo como "una visión más pragmática de lo que los jueces hacen y los abogados predicen".[146]

La jurisprudencia analítica, con una concepción diferente de las dos posiciones mencionadas, considera el derecho positivo representado por la ley, pero al mismo tiempo es flexible al aceptar que la ley puede ser interpretada por los jueces, de ahí las famosas frases anglosajonas: "la ley es lo que los jueces dicen" o "los jueces hacen la ley". Según esta concepción, "los conceptos jurídicos debían permitir, a su vez, deducir toda posible consecuencia jurídica, de manera [que] a partir de una serie de conceptos o principios fundamentales [se puedan] deducir nuevos conceptos, nuevas normas".[147] Las normas así creadas serían "un producto lógico" de interpretación de los tribunales de manera deductiva.

Se tratará —afirman los defensores de la jurisprudencia analítica, en este punto— de un derecho que tiene en cuenta realidades y que va cambiando, según ellas, mediante la interpretación y aplicación de la ley hecha por los jueces. Las decisiones, la jurisprudencia producida por éstos tiene el mismo valor que el del texto de la norma jurídica: ambos son derecho positivo cuyo objeto es regular adecuadamente las conductas de la sociedad ante los nuevos retos que ésta enfrenta.[148]

Como se advierte, la ciencia jurídica tiene sus propias particularidades, dependiendo de cómo se le analice: en el historicismo, el derecho de hoy tiene su explicación en las tradiciones que lo configuran, en la historia de cada sociedad. La escuela de la exégesis, cuyo enfoque consiste en reducir el objeto de la ciencia jurídica al estudio de fenómeno jurídico expresado en los textos "sagrados" de la ley, y la concepción de quienes defienden con mucho brío el método jurisprudencial, buscan por ese medio adecuar las conductas humanas a las nuevas realidades.

2.7.1 Dogmática o sistemática jurídica

Cuando hablamos de dogmática tratamos sobre ciencia; sin embargo, este último concepto es ambiguo y de él se ocupará el lector en sus cursos de Filosofía del derecho. Por el momento y con el fin de ilustrar nuestra exposición, la palabra ciencia aquí la tomamos como "conocimiento-producto", es decir, con ella nos estamos refiriendo a dos cosas a la vez: a la actividad misma del ser humano, la investigación, y al resultado de esa investigación, de ahí que la palabra sea ambigua;[149] no obstante, sirve de presupuesto para abordar la dogmática primero y, en seguida, la dogmática jurídica.

En temas tan complejos, lo mejor es ser breve. Cuando hablamos de *ciencia* nos referimos a un método para producir un resultado: el método científico de la química, para investigar y producir nuevos compuestos, y al resultado también le damos un especial énfasis; decimos que es ciencia lo que se produce: las medicinas, las aleaciones de metales, etc. A su vez, la enología estudia el método de producir mejores vinos y cuando tene-

[147] Sobre este tema y las corrientes jurídicas a que nos hemos referido, véase Karl Larenz, *op. cit.*, pp. 177 y siguientes.

[148] Carlos Santiago Nino, *Consideraciones sobre dogmática jurídica*, UNAM, México, 1989, pp. 9 y 10.

[149] *Ibídem*, p. 17.

mos una copa en las manos, decimos: ¡qué adelantada está la ciencia de los vinos! Ejemplifiquemos.

> En el método científico, "la aceptación científica de la verdad de una proposición empírica supone que se cuente con pruebas de validez intersubjetiva, [en cambio] la creencia dogmática se integra con la mera convicción subjetiva, la fe".[150] La aceptación científica no es discutida, por ejemplo, la existencia de la radiación que emiten los rayos X o los rayos ultravioleta que emite el Sol; sin embargo, en la dogmática cada individuo piensa de manera diferente y su opinión está sujeta a debate. No obstante, en la dogmática jurídica, en la convicción subjetiva, se le pide al individuo, y al jurista particularmente, que crean en el texto escrito de la ley sin otras consideraciones. Por ejemplo, en un país como Gran Bretaña, las leyes han sido creadas por un Parlamento que interpreta el sentir de su pueblo, la sociedad inglesa, por su parte, por lo general cree en la ley y la respeta, y así tenemos al derecho positivo inglés. Pero en la Alemania nazi no toda la sociedad creía ni respetaba las normas jurídicas establecidas que constituían al derecho positivo de la Alemania de esa época.

Así, el individuo puede no estar de acuerdo con determinada ley y con la forma de su creación, o con la justicia o injusticia de la misma, y puede impugnarla, pero debe cumplirla y al impugnarla deberá hacerlo mediante los procedimientos establecidos por el propio derecho.

La Iglesia católica ha instaurado una serie de dogmas sobre los cuales se sostiene una buena parte de su práctica y su doctrina; dogmas tales como "la Santísima Trinidad" "Cristo el hijo de Dios", etc. Se trata de afirmaciones que no requieren juicio o discusión. Son las "grandes verdades".

En el derecho se acuñó la palabra *dogma* principalmente al amparo del positivismo, donde se afirma que la ley no debe ponerse en entredicho, salvo que se trate de una crítica política. El dogma consiste en que las leyes deben ser acatadas por los individuos a quienes van dirigidas, ya sea la sociedad entera, los padres de familia, los comerciantes, etc. Pero a diferencia del sentido religioso, los dogmas jurídicos pueden ser discutidos, un impuesto excesivo o injusto, una limitación de la autonomía de la voluntad fuera del orden público. Esto no impide a los juristas encontrar las soluciones propuestas por la ley. De ahí que sea necesario para esos estudiosos de la ley llevar a cabo una serie de explicaciones en un intento de reinterpretar los textos legales para hacerlos más accesibles o, en la defensa de un caso, acordes a los intereses que esos juristas defienden. Para lograrlo se echa mano de reglas de interpretación extensiva o restrictiva, según se requiera o de criterios analógicos. Una regla de interpretación es la establecida en el art. 19 del CCF: "Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales de derecho."

[150] Carlos Santiago Nino, *Consideraciones sobre dogmática jurídica*, p. 17.

En la dogmática jurídica se pide al jurista que crea en el texto de la ley cuando la norma es vigente y eficaz.[151] El juez debe interpretar estos conceptos, que para la dogmática del derecho son principios en el sentido de si la ley es válida o inválida. En estas circunstancias, el criterio de aplicación del derecho por parte del juez está limitado a declarar la validez o no del texto de la ley, y si es válido deberá aplicarla. Cuando la ley, la norma jurídica, es válida, se aplica y así se procuran el orden, la seguridad, la certeza y la libertad, y se evitan la discriminación y la injusticia. Más adelante veremos estos objetivos del derecho. Por el momento y a fin de ilustrar la dogmática jurídica, tomemos un ejemplo significativo.

> Volvemos con un autor que ya habíamos mencionado, Hans Kelsen, quien en la primera mitad del siglo pasado[152] explicó que el sistema jurídico crea sus propias reglas para conocer la vigencia y validez de las normas jurídicas, independientemente de los objetivos de justicia que busque cada legislador en cada sistema jurídico. Para ese autor, el sistema jurídico es una parte de la estructura del Estado que sólo tiene por objetivo determinar la vigencia y validez de las normas susceptibles de ser aplicadas, su forma de interpretación y de aplicación. Kelsen se refiere a que el Estado y el derecho son lo mismo, lo que Rolando Tamayo interpreta en el sentido de que el Estado se integra con diversos funcionarios y que éstos son los agentes encargados de hacer cumplir y renovar los contenidos normativos.
>
> La dogmática kelseniana sostiene que, salvo excepciones, el sistema jurídico debe ser aceptado como tal, al margen de si se trata de un sistema justo o injusto o sujeto a las modificaciones que puede sufrir, pero lo importante es definir y aceptar el texto vigente y, por tanto, se estará hablando de normas jurídicas válidas. Este método, que empleó una gran riqueza de conceptos, ha provocado que sus ideas todavía se discutan a fin de conocer la manera para analizar la validez de la norma jurídica.

[151] Los conceptos de *vigencia* y *eficacia* en el derecho son muy importantes, y a ellos dedicaremos el capítulo 5.

[152] Karl Larenz, *op. cit.*

Se creó así un modelo explicativo convincente para muchos. Pero el aspecto que aquí nos interesa es el de la *dogmática jurídica*. La forma de crear un sistema abstracto y en su interior concatenar mediante reglas una serie de conceptos de modo tal que pueda tener sus propias explicaciones. En su interior es donde deben encontrarse todas las soluciones posibles. Es, así, un sistema hermético. En este sentido, Kelsen nos propone cadenas normativas que surgen a partir de la Constitución (incluso, antes de la norma fundamental hipotética) y se derivan hacia todas las normas del sistema. De la Ley Suprema, de la Constitución, se derivan leyes que si han sido creadas de acuerdo con aquélla, serán válidas. Se trata de dogmas en la medida en que es necesario aceptar los postulados para deducir de ellos las consecuencias. Por ejemplo, podemos llegar a la conclusión de que si la *Ley de Asentamientos Humanos* es válida, por esta razón debe ser aplicable por el juez al caso concreto. Con ese objetivo el juez deberá analizar si la emisión de esta ley se hizo conforme a las reglas de creación del sistema; si así sucedió, será una norma válida y si éste es el postulado, la consecuencia será que efectivamente se trata de una ley válida.

Puede concluirse también que los dogmas que estudia la dogmática jurídica son los del derecho positivo (el llamado *derecho objetivo*), que requiere que sus postulados sean previamente aceptados[153] (en el sentido de que sean válidos). La razón de la existencia de la dogmática jurídica (como disciplina) es que se trata de un sistema que facilita el análisis del funcionamiento de todo un orden jurídico. De esta manera, diferentes autores han propuesto sistemas distintos de interpretación. Siempre que se acepten sus postulados se podrán derivar consecuencias y así ayudar en la labor que tienen los juristas de interpretar la norma jurídica.

2.7.2 Filosofía

En este apartado plantearemos de manera general y breve algunos de los aspectos de la filosofía relacionados con la teoría del conocimiento, por ser ésta la que se encuentra principalmente en la base del pensamiento de los filósofos contemporáneos del derecho. De este planteamiento general

[153] Respecto al objeto de la dogmática jurídica, el derecho vigente, Rodolfo Vázquez señala: "las proposiciones de la dogmática jurídica se efectúan desde un punto de vista interno o normativo, en el sentido de que quien las emite se encuentra entre los mismos destinatarios de las normas y parte de la aceptación de las normas vigentes como criterio exclusivo de regulación del comportamiento, de modo que no las considera como simples medios que cabe utilizar y manipular para alcanzar un cierto fin". Rodolfo Vázquez, *Teoría del derecho*, p. 133.

intentaremos derivar elementos que nos permitan explicar la naturaleza de la reflexión jurídico-filosófica.

Filosofía general

Una parte significativa del pensamiento filosófico actual arranca en el siglo XVIII, en especial con la teoría del conocimiento,[154] entre cuyos principios se establece que no juzgamos al conocimiento pura y simplemente por los hechos de la ciencia, sino por los hechos de la existencia humana, como una de las múltiples funciones del ser humano. El conocimiento es la facultad que nos permite vincularnos con la realidad, identificar los objetos que nos rodean. "El conocimiento es —y esto resulta aquí fundamental— un acto que sobrepasa a la conciencia. El sujeto enfrenta al objeto que se presenta como especial, empírico, como cosa. El conocimiento no es nada más que la conexión, la relación, entre el sujeto y el objeto."[155] De tal manera que el conocimiento por una parte y el objeto por la otra son los dos elementos que constituyen la realidad del mundo; no hay nada fuera de ellos.

> Así, por ejemplo, cuando camino por el bosque y miro los árboles y las aves, éstos son objetos que están fuera de mí y que al igual que yo tienen un espacio y un tiempo. Sé por mi conocimiento y experiencia que ciertos objetos que veo son árboles y aves, y llego a esa conclusión porque en el pasado, a través de mi experiencia, he visto objetos parecidos que desde muy temprano en mi vida quedaron registrados en las categorías de mi conocimiento como "aves" y como "árboles"; que ahora simplemente identifico como tales y, por tanto, los reconozco como objetos fuera de mí y los adscribo a una categoría determinada.[156]

[154] Hay que recordar, que desde la sofística se plantearon las bases del conocimiento como percepción, las cuales Sócrates desarrolló a través del sujeto del conocimiento y más tarde Platón reformuló en su concepción moderna en torno al concepto de la idea. En la introducción a su obra *El problema del conocimiento*, Ernst Cassirer señala, refiriéndose a la teoría del conocimiento en Aristóteles: "Forma y movimiento, color y sonido, la ordenación de la coexistencia en el espacio, lo mismo que la sucesión en el tiempo: son todas características fijas y acabadas de los objetos mismos; todo el problema consiste, pura y simplemente, en marcar el camino por el que se opera la transformación de estas cualidades de las cosas en cualidades del espíritu" (Fondo de Cultura Económica, México, 1974, t. I, p. 57).

[155] Nicolás Hartmann, *Introducción a la filosofía*, Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, México, 1961, pp. 67 y 68.

[156] Para Platón la idea es un principio de unidad en donde la realidad se regula con sus propias reglas. Constantino Isatsos, *La filosofía de los antiguos griegos*, UNAM, México, 1982, p. 100.

Lo anterior no quiere decir que la persona no pueda imaginar; se puede imaginar algo que no exista en la realidad; esta función especulativa es propia de la poesía y, en general, del arte. Sin embargo, aquí nos referimos de manera específica —y éste es el tema que nos interesa— a la percepción que se encuentra vinculada a la presencia, al enfrentamiento de objetos. Así, "el conocimiento se diferencia, por ende, rigurosamente del acto de pensar, de la mera imaginación como de toda especie de representación de la fantasía".[157] A través del conocimiento ya sea personal o de la experiencia acumulada por otras generaciones, el ser humano ha definido las reglas que le permiten el aprovechamiento de los objetos que le rodean, del mundo real y, al mismo tiempo, ha definido y ordenado las reglas que le posibilitan sus relaciones con los demás seres humanos; en fin, su vida en sociedad.

En lo que toca al método, la filosofía se interesa en el estudio de la verdad en cuanto tal, no de aquella o esta verdad, y lo hace de manera semejante a la ciencia formal que estudia, en las matemáticas, los números en su sentido abstracto y no en el concreto, proceso en el cual las premisas deben ser verdaderas respecto a los resultados.

No obstante, una de las diferencias de la filosofía con la ciencia es que ésta se basa en hipótesis y aquélla en categorías, lo que no implica, por supuesto, que la ciencia no pueda usar de forma complementaria categorías, y a la inversa, la filosofía.[158] Lo relevante es que las hipótesis deben ser comprobadas, ya sea de manera abstracta como en el caso de las matemáticas, ya sea en la realidad como en el caso de las ciencias fácticas (la economía o la sociología). En la filosofía, en cambio, puede haber una conexión entre la categoría y su desarrollo y el resultado verdadero o falso, sin que se requiera su demostración del modo en que lo hace la ciencia. De hecho, una parte sustancial del pensamiento filosófico se basa en este tipo de propuestas que han realizado los filósofos, sin que necesariamente se acepten todas sus propuestas o teorías. Podemos estar de acuerdo con la teoría de tal o cual filósofo, pero no es el caso de la ciencia, en la que, por ejemplo, no debemos dudar que los objetos se desplazan a cierta velocidad cuando han sido impulsados por una determinada causa. En la filosofía siempre hay ideas y propuestas sujetas a discusión.

2.7.3 Filosofía jurídica

Para concretar las ideas anteriores, ahora nos asomamos a la filosofía del derecho, de la que se ha afirmado que "es preponderantemente un instrumento del conocimiento, no tanto su objeto, como es el caso de las disciplinas esencialmente filosóficas".[159] "Si la filosofía del derecho es una disciplina cognoscitiva, entonces su problema fundamental lo debe constituir el problema lógico, no en general como el de la filosofía a secas, sino el problema lógico en cuanto a lo jurídico." El conocimiento "de la lógica del derecho lleva implícito el conocimiento de la realidad del derecho. O bien, la realidad del derecho se puede tomar como materia encarnada de la lógica del derecho."[160] En estas condiciones, debemos comenzar "por considerar al derecho tal como se presenta a nuestra experiencia, como fenómeno irreductible y sustantivo de la vida social".[161]

[157] Constantino Isatsos, *op. cit*, p. 69.
[158] Robin George Collingwood, *op. cit.*, pp. 110 y 111.

La filosofía en general, como vimos, busca el estudio de la verdad en cuanto tal y no de una verdad especial; se trata de una disciplina meramente especulativa, mientras que la filosofía del derecho es una disciplina cuyo objeto de conocimiento fundamental es lo jurídico. De este modo, el conocimiento que se adquiere con base en la filosofía del derecho "es, en sí mismo, conocimiento jurídico", pero no como "representación de las instituciones jurídicas... sino como plano problemático sobre cómo el derecho puede ser entendido".[162] Si aceptamos la afirmación anterior, estaremos en posibilidades de aceptar también lo siguiente: lo que nuestro conocimiento tiene registrado en sus categorías como "lo jurídico" es todo aquello relacionado con las formas y características de cómo se regula la sociedad, de cuáles son las reglas de convivencia y cuáles son los fines a que dichas reglas deben conducir a los seres humanos y a su sociedad.[163] Sin embargo, ésta no es la única forma de describir a la filosofía jurídica. La filosofía del derecho analítica comienza por negar el carácter sustantivo a la filosofía y plantea no un sistema filosófico, sino "una serie de actitudes y de presupuestos metodológicos comunes".[164]

2.7.4 Sociología jurídica

"Puede afirmarse que la sociología del derecho tiene como objeto el estudio de las relaciones existentes entre el derecho y la sociedad."[165] De ahí

[159] Víctor Manuel Rojas Amandi, *Filosofía del derecho*, p. 58.
[160] *Ibídem*, p. 67.
[161] *Ibídem*, pp. 67 y 68.
[162] Stefan Smid, *Einführung in die philosophie des rechts*, p. 3.
[163] Platón se refirió al derecho como instrumento de control social, lo que al mismo tiempo implicaba la cuestión del problema de los fines del derecho. Huntington Cairns, Legal *Philosophy from Plato to Hegel*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1949, p. 37.
[164] Manuel Atienza, *op. cit.*, p. 261.
[165] *Ibídem*, p. 328.

que se analicen las normas jurídicas como las reglas que una sociedad determinada cumple cotidianamente y la forma de cumplirlas tanto por los aplicadores del derecho, los jueces y las autoridades, como por los individuos que componen el grupo social. El profesor Rémy Cabrillac sostiene que "para la escuela sociológica el derecho emana del grupo social; es decir, ya sea de grupos infra o supra estatales (comunidades religiosas, asociaciones, sindicatos...) más que de parte del Estado. Es la tesis del pluralismo jurídico llevada al extremo por Gurvitch."[166] Para los sociólogos, al derecho debe estudiársele como un fenómeno social más amplio que el solo fenómeno jurídico. En esta corriente del derecho se han identificado dos tendencias.

Una tendencia considera que el análisis de la sociedad moderna se debe hacer a partir de "la estructura industrial surgida del progreso científico (la que aspira) a un orden ideal que favorezca la actividad productiva y que asegure la coexistencia del orden con el progreso". En segundo lugar se encuentran quienes piensan que el derecho "es un producto de la sociedad, como un instrumento de la sociedad que debe tomarse de las manos de los hombres de leyes para confiarlo en las de los técnicos, productores e industriales".[167]

En el primer caso antes apuntado se pretende que el Estado tenga entre sus objetivos la creación de un derecho que lo lleve a su desarrollo (orden) y lo haga avanzar (progreso) a través de la actividad productiva. El legislador deberá tener siempre en cuenta los objetivos que el Estado busca. En el segundo caso, serán los padres de familia, los líderes de la industria, los productores, quienes por medio de sus cámaras o asociaciones deben indicar al legislador el camino por el que ha de desarrollarse en la práctica cotidiana el derecho, para que éste sea acorde con las necesidades que la sociedad requiere para su desarrollo. Una parte importante de la "apertura" mexicana permite hoy en día que las leyes sean ampliamente discutidas y debatidas con sus futuros usuarios.

Se ha caracterizado a la sociología del derecho con cinco finalidades: "el análisis del rol, el análisis de la organización, el análisis normativo, el análisis institucional y el análisis metodológico",[168] lo que en otras palabras equivale al papel que el derecho desempeña en la sociedad, es decir, a las interrelaciones de la sociedad con el derecho: la forma en que la sociedad se ha organizado y al hacerlo ha creado las instituciones y los procedi-

[166] Georges Gurvitch, *Introduction générale au droit*, Dalloz, París, 1999, p. 85.
[167] Renato Treves, *Introducción a la sociología del derecho*, trad. de Manuel Atienza, Taurus, Madrid, 1978, p. 32.
[168] *Ibídem*, p. 136.

mientos para la producción normativa, y el análisis normativo que se centra en la aplicación del derecho.

Para completar esta panorámica podemos decir que la sociología del derecho estudia con una perspectiva amplia no "sólo el derecho en acción, el derecho eficaz (el que se cumple en la sociedad) sino también el proceso de formación de tal derecho y los efectos que produce en la sociedad (eficacia social del derecho)".[169]

Resumen

La ciencia es uno de los productos culturales más importantes; se le ha dividido en dos grandes ramas: la ciencia formal y la ciencia fáctica. La primera trata de conceptos o de entes ideales, creaciones abstractas que no se ocupan de los hechos que se suceden en la realidad. Estos conceptos o entes tienen sus propios sistemas lógicos mediante los cuales son verificables. Las ciencias fácticas parten de una racionalidad previa, o sea, de un sistema de ideas y de conceptos previamente aceptados, producto de la experiencia, que tienen cierta coherencia entre sí; sin que tal experiencia previa implique necesariamente que un procedimiento de este tipo sea verdadero.

Las ciencias formales como las fácticas se fundamentan en sistemas racionales y ordenados. Las primeras tienen sus propios sistemas lógicos por medio de los cuales los conceptos que se utilizan pueden ser verificables; se trata, en todo caso, de una verificación conceptual: se postula un teorema y se lleva a cabo su verificación. En las segundas dicha verificación se da por medio de la experiencia. El derecho, por su parte, se compone de diversos conceptos; cuenta con diferentes sistemas lógicos; sus propuestas son racionales y sistemáticas; sin embargo, no es una ciencia cuyo objeto sea la búsqueda de la verificación de sus postulados ni en el plano conceptual o ni en la experiencia.

El derecho no es una ciencia de la misma naturaleza que las ciencias formales o las empíricas. No se puede considerar como ciencia formal ya que no todos los planteamientos, teorías o principios generales cumplen con los requisitos fundamentales de una ciencia formal: ser racionales, sistemáticos y verificables. En su mayoría son conceptos abstractos que no requieren ser verificados; a lo sumo necesitan ser congruentes y coherentes con los postulados o enunciados de donde parten. Tampoco es ciencia fáctica, ya que los enunciados que cada teoría plantea no requieren necesaria-

[169] Renato Treves, *op. cit.* Para una aproximación a algunas corrientes de sociologismo jurídico véase Rodolfo Vázquez, *Teoría del derecho*, pp. 146-149.

mente una verificación en la realidad social; en cambio, para el derecho es indispensable que una ley, elaborada conforme a cierto procedimiento, se cumpla. La ciencia fáctica se refiere a la realidad, a lo que es y acontece; el derecho, en cambio, está referido a lo que debe ser, a lo que se desea que acontezca; es decir, que una norma jurídica sea válida y se cumpla.

Para la teoría jurídica la verificación acerca de la verdad o falsedad de sus enunciados se produce de manera autosuficiente y hermética. Una teoría será aceptada por la doctrina jurídica en la medida en que exista correspondencia entre los enunciados y sus conceptos, aunque esto no quiere decir que ésta sea la única (verdadera o falsa) interpretación del derecho o de alguno de sus conceptos fundamentales.

El estudio del derecho planteado sugiere dos vertientes: la primera, la del método histórico, conforme a la cual el derecho puede ser considerado ciencia; la segunda, propuesta por Hans Kelsen, la teoría pura del derecho, conforme a la cual se construye una explicación científica y valorativa del derecho.

La teoría pura despeja a la ciencia jurídica de todo tipo de consideración valorativa, al colocar como su objeto de estudio uno puramente ideal. El énfasis está puesto en la distinción entre los conceptos de *norma jurídica* y *proposición jurídica* o *regla de derecho*, por lo que la importancia recae en la función de la lógica en el derecho. Una de las conclusiones fundamentales es que la validez de las normas jurídicas de un sistema se determina con base en el procedimiento creado a partir de la norma fundamental o fundante de dicho sistema (asimilable a la Constitución).

Para la construcción de una estructura sólida de los postulados base de una teoría es necesario cumplir requisitos tales como: unidad lógica, interpretabilidad, representatividad, simplicidad semántica, requisitos epistemológicos, capacidad explicativa, capacidad predictiva, profundidad, capacidad unificadora y creatividad.

La ciencia se auxilia de la metodología para su formación. Por *metodología* se ha entendido la ciencia de hacer con orden una cosa: la ciencia del método. Mientras que en términos generales un método es un medio del que nos valemos para conocer un objeto de conocimiento. Hacer con orden una cosa no siempre es tarea fácil. Para llevar a cabo un experimento, para postular y desarrollar una teoría, el orden que sigamos es fundamental; existen reglas mínimas que son propias de la metodología, como:

Escrutabilidad. Indica la capacidad de búsqueda y control a fin de que las pruebas o los argumentos que se aporten para probar los postulados, enunciados o hipótesis sean congruentes con ellos y se den acordes con las reglas de una determinada teoría previamente escogida o postulada.

Refutabilidad. Es el argumento o prueba cuyo objeto es destruir las razones del contrario.

Confirmabilidad. Se requiere una verificación objetiva de los pros y los contras de los postulados, de ahí que sea el único criterio de prueba de una teoría.

Simplicidad metodológica. Necesaria para las teorías que están complejamente elaboradas.

En sí, la metodología jurídica estudia la problemática inherente a los métodos de que se vale la ciencia jurídica para conocer su objeto.

El propósito de la doctrina es exponer lo estudiado en forma escrita, de tal modo que sea lo suficientemente lógico en sus fases expositivas y que, con independencia de su verdad o falsedad, pueda aportar al lector los elementos suficientes para que norme su propio criterio al respecto, pueda distinguir formalmente entre el contenido sustantivo del derecho: norma jurídica, sanción, etc., y el proceso para llegar a conocer ese contenido: la metodología. Es importante recordar que el estudio del derecho no se limita a la parte documental, sino que deberá ser complementado por una parte empírica, por medio de la comparación con la realidad social.

Por otro lado, la filosofía del derecho estudia los fines y valores que se buscan a través de la normatividad jurídica. La exposición de dichos fines y valores se ha plasmado en las distintas vertientes iusnaturalistas y positivistas del derecho. La dogmática jurídica es otro aspecto de la ciencia que determina los postulados del derecho, y los pone a discusión; por lo que es auxiliada de los distintos métodos de interpretación para alcanzar una reinterpretación de los textos legales.

Finalmente, tenemos a la filosofía jurídica y la sociología jurídica. La primera es la encargada del estudio del conocimiento de la realidad del derecho, mientras que la segunda se encarga del estudio de las relaciones existentes entre el derecho y la sociedad.

Cuestionario

1. ¿Cuál es el concepto de *ciencia*? Diferencie entre la ciencia formal y la ciencia fáctica.
2. ¿Cuáles son los rasgos que, como ciencia, pueden adscribirse al derecho?
3. ¿Existe alguna similitud entre la ciencia del derecho y la ciencia formal?
4. ¿Cuáles son las semejanzas y diferencias entre la ciencia del derecho y las ciencias empíricas?
5. ¿Se pueden aplicar herramientas de las ciencias formales en el derecho? ¿Cuáles y cómo sería su aplicación?

6. ¿En qué consiste el método histórico?
7. ¿Cuáles son los elementos centrales de las ideas de Hans Kelsen respecto al derecho como ciencia?
8. ¿Qué es la teoría?
9. ¿Cuáles son los requisitos mínimos de la teoría?
10. ¿Qué entiende por teoría jurídica?
11. ¿Cuáles son los elementos centrales de la teoría jurídica?
12. ¿Qué es la teoría del conocimiento?
13. ¿Cuáles son las conveniencias o inconveniencias de un sistema jurídico rígido según lo expuesto?
14. ¿Cuál es la relación entre teoría y realidad?
15. ¿Qué problemas provoca el aislamiento del derecho respecto al resto de las ciencias sociales?
16. ¿En qué consiste el problema lógico de la filosofía del derecho?
17. ¿Qué es la metodología?
18. ¿Cuáles son los elementos centrales de la metodología propuestos por Gastón Bachelard?
19. ¿En qué consisten los métodos histórico-natural, de Ihering, y el positivista legal racionalista, de Windscheld?
20. ¿Cuáles son y en qué consisten los requisitos mínimos de escrutabilidad, refutabilidad, confirmabilidad y simplicidad metodológica?
21. ¿Qué es el método?
22. ¿Cuál es la relación entre método y enseñanza?
23. ¿Qué importancia tiene el método en el estudio del derecho, y por qué?
24. ¿Cuáles son los problemas básicos en los métodos que utiliza el derecho?
25. ¿Cuáles son las similitudes y diferencias entre el lenguaje natural y el lenguaje jurídico?
26. ¿En qué consiste la metodología jurídica?
27. ¿En qué consisten la importancia y la utilidad de la metodología jurídica para el estudiante de derecho?
28. ¿Cuál es la relación entre lógica y método?
29. ¿En qué consiste y cuáles son las ventajas del método de enseñanza propuesto en este capítulo?
30. ¿Cuál es la diferencia entre dogmatismo y ciencia?
31. ¿Cuáles son las concepciones de filosofía que aporta Manuel Atienza?
32. ¿Por qué la corriente iusnaturalista afirma que los derechos humanos son previos al derecho y que éste tiene como misión su defensa?
33. ¿De qué tipo de herramientas se vale el derecho para superar la dogmática jurídica y reinterpretar los textos legales?

3 Definición del derecho

Objetivos

Se pretende que el alumno:

- Concluya en la definición del derecho a partir de los elementos que lo integran.
- Conozca las nociones de hechos y actos jurídicos como elementos productores del derecho.
- Distinga la diferencia entre unos y otros y sea capaz de discernir sus características generales y particulares.
- Conozca las distintas clases de actos y hechos jurídicos.
- Identifique los efectos de los actos y hechos jurídicos.
- Señale la diferencia entre inexistencia y nulidad de los actos jurídicos.
- Conozca la vigencia y validez de la norma jurídica.
- Distinga entre los conceptos de vigencia, validez y eficacia de la norma jurídica.

3.1 Análisis de los elementos que integran el concepto de *derecho*

AHORA NOS REFERIREMOS A VARIOS CONCEPTOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO, pero haremos énfasis especial en dos que son fuente de su creación: los *hechos* y los *actos jurídicos*. Su importancia deriva de que son conceptos que nos ayudarán a comprender cómo nace y se configura el derecho, la mane-

ra en que se estructuran sus normas y cómo se forman las obligaciones que, según hemos visto en capítulos anteriores, constituyen la columna vertebral del derecho. Por ello destinamos este capítulo principalmente a estos dos conceptos para que podamos analizarlos desde varios puntos de vista.

Con ese objeto primero definiremos los conceptos, para analizar después sus características y terminar con un comentario acerca de sus consecuencias jurídicas. Luego haremos referencia al tema de las solemnidades, íntimamente vinculado con los anteriores, y concluiremos con un tema de importancia trascendental para este curso: la vigencia y validez de la norma jurídica, que es la piedra angular del derecho positivo.

3.2 Definición de hechos y actos jurídicos

ABORDAR LA DEFINICIÓN DE ESTOS CONCEPTOS IMPLICA UN PRIMER DESLINDE. Cuando mencionamos los hechos jurídicos nos referimos a acontecimientos de dos tipos: de la naturaleza, que provocan consecuencias jurídicas, y los llamados *hechos del hombre*, en los cuales —"y ésta es una característica de este tipo de acontecimiento"— la persona no busca las consecuencias jurídicas previstas en la norma, pero su acción u omisión provoca consecuencias jurídicas. Veamos dos casos.

En el hecho de la naturaleza: un ciclón arrasa con la mercancía que se encontraba en puerto a punto de ser embarcada para su exportación. El exportador (vendedor), en consecuencia, no podrá cumplir con la obligación a la que se comprometió en el contrato de compraventa. El ciclón en sí es un hecho natural, pero tiene una consecuencia jurídica: impedir el cumplimiento de un contrato. *Fuerza mayor*, le llaman la ley y la doctrina.

En el segundo caso, un hecho del hombre: por el transcurso del tiempo, una persona cumple su mayoría de edad, se actualiza la hipótesis del art. 24 del CCF y se produce una consecuencia jurídica, que consiste en que esa persona adquiere la capacidad para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. Otro ejemplo es el del ladrón que vimos en el capítulo anterior (2.5.3). Un ejemplo más: un adulto se compromete a cuidar a un menor y, sin embargo, por un descuido suyo el menor fallece. No hay una voluntad en hacerle daño, pero su omisión tiene consecuencias jurídicas graves.

Así, se puede decir que entre los hechos de la naturaleza y los hechos del hombre hay diferencias que el lector seguramente ha encontrado. El

hecho de la naturaleza, la fuerza mayor es, como su nombre lo indica, una fuerza irrefrenable por el ser humano. La doctrina anglosajona los llama *actos de Dios*. En cambio, en los hechos del hombre hay una relación con la persona, con lo que le acontece por razón natural (mayoría de edad): no hay intervención alguna de la voluntad. Por el contrario, cuando hay una conducta ilícita (robar) no hay una voluntad que busque específicamente la aplicación de la ley y la sanción; estos hechos (de la naturaleza y del hombre) tienen consecuencias jurídicas y se convierten en hechos jurídicos. Lo mismo sucede con el adulto que se descuidó de la guardia del menor.

De esta forma, el *hecho jurídico* en los ejemplos anteriores implica la ausencia de la voluntad de la persona en cuanto a buscar las consecuencias jurídicas en el hecho que se produce. Como no hay voluntad es necesario interpretar la naturaleza del hecho o cómo sucedieron los hechos, si efectivamente el comprador pagó el precio y si lo hizo por tal o cual medio de pago, o bien si el comprador aceptó la mercancía por el solo hecho de haber consentido que se depositara en sus bodegas, etc. Y ésta es una tarea sumamente delicada para el juzgador.

En el capítulo anterior (2.5) mencionamos que el hecho jurídico difiere en cuanto a su concepto del hecho en el lenguaje común. Aprovecharemos ahora para ahondar más en el concepto de *hecho jurídico* a fin de entenderlo como se debe entender en el derecho y en especial en el proceso, que es en última instancia el momento de la aplicación del derecho.

Como afirma Taruffo,[1] "es útil entender que cada vez que una norma hace depender un efecto jurídico de una premisa fáctica, la norma no se aplica correctamente si el hecho no se ha producido, es decir, si no se dispone de una determinación verdadera de las circunstancias empíricas que integran el 'hecho' previsto por la norma". Lo que nos dice el autor es que la decisión que deba tomar el juez sobre los hechos tiende siempre a establecer la verdad sobre los mismos. Con este fin, una vez identificadas las circunstancias y que éstas corresponden con la hipótesis normativa (transferir la propiedad, entregar la mercancía o pagar su precio), sobre ellas debe formularse "una decisión verdadera como condición necesaria para que la norma pueda aplicarse correctamente al caso concreto".[2]

Como puede apreciarse, el concepto de *hecho* tiene un significado muy importante en el derecho, pues con base en éste se determina si se trata de un hecho previsto por la ley, en qué medida sucedió en la realidad y cómo este suceso se vincula con la norma jurídica que lo prevé. Se trata de

[1] Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, p. 67.
[2] *Ibídem*, p. 68.

cómo los jueces deben pronunciarse en caso de un conflicto sucedido entre las partes contratantes y que será objeto de estudio en la materia de Derecho procesal.

En el *acto jurídico*, por otra parte, la diferencia estriba en que la persona o personas que lo realizan buscan la consecuencia jurídica de ese acto. Se dice que se trata, en este caso particular, de "hechos voluntarios ejecutados con la intención de realizar consecuencias de derecho, y esto los define como una manifestación de la voluntad que se hace con la intención de originarlos".[3]

En el acto jurídico, el motivo que anima la voluntad es la realización de las consecuencias de derecho. Por ejemplo:

> En un contrato de arrendamiento se acuerda que Waldo, el arrendatario, arrendará a Crispín, el arrendador, el bien inmueble (el departamento, la casa, el local comercial, etc.) por un plazo y una cantidad determinados.
>
> En un acto jurídico se busca voluntaria e intencionalmente la realización de consecuencias de derecho y, en nuestro ejemplo, el arrendatario desea habitar el departamento o la casa o alquilar un local para su negocio, y el arrendador, que le sea pagada una renta por el uso que el arrendatario hará del bien inmueble. En ambos casos, el arrendamiento se producirá por voluntad de las partes, durante el plazo y por la cantidad que ambas han convenido por concepto de pago de renta.

De esta forma diferenciamos en primer lugar los hechos de la naturaleza de los hechos del hombre y a ambos podemos definirlos como el acontecimiento en el cual no hay una voluntad humana y, sin embargo, se producen consecuencias jurídicas. En el acto jurídico esas consecuencias jurídicas son voluntarias e intencionalmente buscadas.

3.3 Características generales

YA DISTINGUIMOS Y DEFINIMOS HECHOS Y ACTOS JURÍDICOS. AHORA ANALIZAREMOS sus características, con objeto de lograr un mayor deslinde en los conceptos y, por consiguiente, mayor precisión conceptual.

Los *hechos jurídicos* son sucesos o acontecimientos que se producen en un lugar y tiempo determinados y al acontecer modifican una realidad,

[3] Rafael Rojina Villegas, *Compendio de derecho civil*, 7ª ed., Porrúa, México, 1972, t. 1, p. 116.

sin que en ellos medie una voluntad humana que pretenda una determinada consecuencia jurídica.[4] Veamos varios casos.

> Si una tormenta produce inundaciones en una zona totalmente deshabitada, será un simple hecho de la naturaleza que no provocará consecuencias jurídicas; este hecho no es relevante para el derecho. Sin embargo, si ese fenómeno natural se produce en una zona donde hay siembras y las destruye, causará daños que pueden ser de diverso tipo; por ejemplo, el dueño de las tierras pierde sus siembras y habrá una primera consecuencia jurídica, que es la afectación del patrimonio del agricultor. Pero si las siembras, además, se encontraban aseguradas, ese hecho de la naturaleza va a provocar un siniestro que estaba previsto en el contrato de seguro y, por tanto, el asegurador deberá indemnizar al agricultor que perdió sus cosechas. Asimismo, si el agricultor es un aparcero (la persona que alquila las tierras para sembrar y cosechar) y pierde su cosecha, no podrá cumplir con el contrato que celebró con el dueño de las tierras, y su obligación era darle una parte de esa cosecha.

En el último ejemplo el *hecho jurídico* modifica la realidad existente, que consistía en que el agricultor y el aparcero pudieran cosechar sus siembras con las consecuencias jurídicas naturales que, en este caso, representaban un beneficio económico para ambos y un beneficio de sus productos para la sociedad, y ahora, en cambio, el hecho jurídico implica que uno reciba una indemnización por el asegurador y que el otro no cumpla con el contrato de aparcería.

En lo que atañe a los actos jurídicos, que veremos a continuación, sus características son tres principalmente:

1. Manifestación de voluntad.
2. Intención de producir consecuencias de derecho.
3. Reconocimiento, por el ordenamiento jurídico, de dichas consecuencias jurídicas.

En ese orden, la persona que de manera voluntaria manifiesta su intención deberá exteriorizarla, y tanto su voluntad como su intención constituirán una acción o una omisión prevista por la ley.

Nótese que mencionamos *intención* y ésta puede ser reconocida. En efecto, en la medida en que el derecho otorga reconocimiento jurídico a la intención del padre de querer heredar a sus hijos cuando no existe testamento. Veamos.

[4] Patrick Courbe, *Introduction générale au droit*, 6ª ed., Dalloz, París, 1999, p. 101.

La ley considera que los hijos tendrán derecho a los bienes del padre y, para asegurar la unidad del patrimonio familiar, en estos casos el legislador estableció la institución de la sucesión *ab intestato* o sucesión intestamentaria. También mencionamos una *omisión* que en el ejemplo que nos ocupa sería que el padre, aun habiendo hecho un testamento, dejó fuera a un hijo mayor de edad. De ahí que se hable de la *intención del testador*, aunque en este último caso esa intención se haya manifestado en una omisión en el testamento.

León Duguit sostiene: el acto de voluntad desempeña un papel capital en el derecho. "El primer momento del acto voluntario es la concepción, no de un solo acto, sino de uno o varios actos por efectuar o por no efectuar."[5]

También, la intención puede encontrarse en el acto jurídico mismo. Un caso:

Crispín puso a disposición de Waldo la mercadería que tenía en su bodega y así se lo informó. Un juez podría interpretar esa intención diciendo que Crispín tenía la intención de vender la mercancía a Waldo y éste, al quedarse con la mercancía y no rechazarla, ni devolverla, tuvo la intención de adquirirla.

Desde otra perspectiva, con un ejemplo, las tres características del acto jurídico arriba apuntadas pueden explicarse de la manera siguiente: el derecho, la norma jurídica, establece supuestos y, una vez cumplidos, atribuye a ellos consecuencias jurídicas.

En el art. 2248 del CCF, referente a la compraventa, se establece que cuando uno de los contratantes se obligue a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho y el otro, a su vez, se obliga a pagar por ella un precio cierto y en dinero habrá, en ese instante, compraventa.

En este ejemplo podemos ver con relativa facilidad los tres elementos: *a)* la voluntad de transferir una cosa o un derecho de parte del vendedor, y la voluntad del comprador de adquirir la cosa o el derecho y pagar un precio cierto y en dinero; *b)* la intención de que ese acto voluntario se convierta en una compraventa para que uno reciba una cantidad cierta y en dinero (vendedor) y otro reciba la cosa o el derecho (comprador), y *c)*

[5] León Duguit, *Teoría general del acto jurídico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1922, p. 5.

que se encuentre establecido en una norma jurídica, en este caso en el art. 2248 del CCF, que reconoce la voluntad y la intención en los sentidos antes mencionados y les asigna consecuencias jurídicas: el que su acuerdo se constituya en una compraventa.

Los *hechos* y *actos jurídicos* quedan así descritos en sus aspectos generales. Sin embargo, se requiere mayor precisión en cada uno de los conceptos expuestos.

3.4 Características particulares

AQUÍ VEREMOS CIERTAS CARACTERÍSTICAS DE LOS HECHOS Y LOS ACTOS JURÍDICOS, que ayuden a su mejor conocimiento. Con este fin, examinaremos la realización de los hechos y la celebración de los actos, y sus consecuencias jurídicas en ambos casos.

3.4.1 Hechos jurídicos

Se ha clasificado a los *hechos jurídicos* en dos grandes ramas: los *positivos* y los *negativos*.[6] A su vez, según la repercusión que tengan en el orden social se subdividen en *naturales*, *involuntarios* y *voluntarios*.[7] Veamos a continuación cada uno de ellos.

Hechos positivos naturales

Son el resultado de fenómenos de la naturaleza que, a diferencia de los que vimos antes, afectan o destruyen mercancía o siembras, aportan algo o enriquecen a una persona. El ejemplo típico es el acrecentamiento de un predio mediante el aluvión, o sea, por una avenida de agua que arrastra con ella tierras que deposita en un determinado predio y aumenta su extensión. En este sentido, el art. 908 del CCF establece: "El acrecentamiento que por aluvión reciben las heredades (los predios) colindantes con corrientes de agua pertenecen a los dueños de las riberas en que el aluvión se deposite."

Se trata de un suceso o acontecimiento, o modificación de la realidad social o de la naturaleza, en cuya realización no existe la voluntad de un

[6] Miguel Villoro Toranzo, *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, México, 1966, pp. 336 y ss. Este autor los clasifica en hechos jurídicos edificadores del orden social y en destructores del orden social.

[7] *Ibídem*.

ser humano,[8] pero que sin embargo aporta al dueño del predio en el cual se ha depositado el aluvión una parte que su predio no tenía con anterioridad. Así, hay un acrecentamiento de su propiedad.

Hechos positivos involuntarios

Son aquellos sucesos o acontecimientos que aunque vinculados en alguna forma con la voluntad humana, no fueron realizados con el propósito de producir las consecuencias jurídicas resultantes de ellos.[9]

Se les ha denominado con el nombre equívoco de *cuasicontratos* porque no hay en ellos una voluntad cierta. Y dado que sólo si hay voluntad cierta podemos hablar de contrato, no cabe en este sentido la suposición del "casi". Hay o no hay contrato. El CCF contempla dos casos: el enriquecimiento ilegítimo (también llamado *enriquecimiento sin causa*) y la gestión de negocios. Respecto del primero, el art. 1882 dispone lo siguiente: "El que sin causa se enriquece en detrimento de otro, está obligado a indemnizarlo de su empobrecimiento en la medida en que él se ha enriquecido."

Planiol y Ripert lo llaman *enriquecimiento a costa ajena sin causa legítima* y estiman que las condiciones para el ejercicio de una acción de esta naturaleza son las siguientes: *a)* que la persona se beneficie mediante un valor que ingrese en su patrimonio, que se transmita ese valor de un patrimonio a otro; *b)* que el enriquecimiento se haya producido sin una causa justa, y *c)* no es necesario que el valor se haya transmitido del patrimonio del actor al patrimonio del demandado, ya que podrían haber existido intermediarios. De estos tres elementos, el que tiene mayor importancia es el segundo, ya que el origen de la obligación de restituir es consecuencia del hecho ilícito del enriquecimiento a costa ajena.[10]

En este sentido, el art. 1887 del CCF dispone: "El que de buena fe hubiere aceptado un pago indebido de cosa cierta y determinada, sólo responderá de los menoscabos o pérdidas de ésta y de sus accesiones en cuanto por ellos se hubiere enriquecido..."

Por ejemplo, si Waldo está obligado a hacerle un pago a Crispín y por equivocación se lo hace a Juan, habrá una acción en contra de Juan para que lo restituya, con lo cual restablecerá la situación jurídica previa.

[8] Ignacio Carrillo Zalce, *Introducción al estudio del derecho*, reimp. de la 8ª ed., Banca y Comercio, México, 1987, p. 158.

[9] *Ibídem*, p. 160.

[10] Marcel Planiol y Georges Ripert, *Derecho civil* (trad. de Leonel Pereznieto Castro), Oxford University Press-Harla, Colección Clásicos del Derecho, vol. 8, México, 1998, pp. 812 y siguientes.

La Suprema Corte de Justicia ha dispuesto que los elementos del *enriquecimiento ilegítimo* son los siguientes:

a) Enriquecimiento del demandado, quien obtiene algo que no estaba en su patrimonio.
b) Empobrecimiento del actor, al perder algo que estaba en su patrimonio, o dejar de recibir aquello a lo que tenía derecho.
c) Que exista vínculo de causalidad entre los dos elementos anteriores, es decir, deben ser recíprocos y correlativos, de tal manera que haya enriquecimiento y su efecto es que también haya empobrecimiento y a la inversa.
d) Que el desplazamiento patrimonial carezca de causa jurídica, contractual o extracontractual, de modo que la persona empobrecida no tenga otro medio para obtener la indemnización.[11]

Algo semejante ocurre en el caso de la *gestión de negocios*, de acuerdo con la cual el que sin mandato y sin estar obligado a ello se encarga de un asunto de otro, debe obrar conforme a los intereses del dueño del negocio (art. 1896, CCF). Un ejemplo:

Supongamos que, en ausencia de Waldo, Crispín paga una determinada cantidad de dinero para evitar que un acreedor embargue la casa de Waldo. En este acto no habrá mediado voluntad de Waldo y Crispín sólo está actuando por un principio de amistad, salvar del embargo la casa de Waldo o sea, en ningún momento actuó con la intención de crear consecuencias jurídicas; no obstante, su acción ha favorecido a Waldo. La ley establece que dicho beneficio ha sido producido en favor de Waldo, aun a pesar de que éste no haya manifestado su voluntad para recibirlo, por lo que Crispín debe ser recompensado. De esta forma, surge una consecuencia de derecho a cargo de Waldo, consistente en la obligación que tiene frente al gestor (Crispín) para recompensarle todos los gastos que él mismo hubiera tenido la obligación de hacer en el ejercicio de la gestión, más intereses legales. Esto es así de acuerdo con el art. 1904 del CCF, que dispone: "Deben pagarse al gestor los gastos necesarios que hubiere hecho en el ejercicio de su cargo y los intereses legales correspondientes, pero no tiene derecho de cobrar retribución por el desempeño de la gestión."

[11] Jurisprudencia 182, sexta época, p. 572, sección primera, Tercera Sala, Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965.

La Suprema Corte de Justicia se ha pronunciado respecto de la gestión de negocios en los términos siguientes:

> Si en el documento base de la acción el demandado no se obligó a entregar el dinero personalmente sino a que un tercero lo abonara, tercero de quien se dijo endosatario en procuración, o sea apoderado, y no demostró que éste le hubiera facultado para celebrar el convenio en esos términos, o que posteriormente hubiera ratificado el pacto, el actor tuvo el derecho de exigir al demandado el pago del dinero prometido, en los términos que dispone el artículo 1630 del Código Civil de Chihuahua, que establece en lo conducente que los contratos celebrados a nombre de otro por quien no sea su legítimo representante serán nulos, a no ser que el presunto representado los ratifique; pero que si no se obtiene la ratificación, el otro contratante tendrá derecho de exigir daños y perjuicios a quien indebidamente contrató.[12]

Como se advierte, en esta ejecutoria la Suprema Corte de Justicia condiciona además la validez de la gestión de negocios de alguien que actuó como representante de otro, a que este último ratifique los actos realizados por aquél y, a falta de esta ratificación, quien actuó sin el mandato expreso de aquel a quien representó y sin su ratificación será susceptible de ser demandado por esa responsabilidad mediante una acción por los daños y perjuicios provocados por la indebida representación. Dicho en otras palabras: el demandado se obligó por otro, el que abonaría o depositaría el dinero; éste se dijo representante y celebró un convenio ostentándose como tal. El tercero actuó sin verdadera representación legal, su actuación fue entonces una gestión de negocios a favor del demandado.

Para Patrick Courbe existe otro tipo de hechos jurídicos involuntarios: los eventos de la vida cotidiana de las personas físicas, que son los hechos jurídicos que crean, transmiten o integran derechos subjetivos:

a) *El nacimiento*. Fuente de la personalidad jurídica (desde la misma concepción), con la cual se adquieren derechos de personalidad, derechos de familia y de patrimonio.
b) *La salud*. El estado de salud físico y mental de la persona repercute en la ejecución de sus obligaciones y, sobre todo, en su capacidad para ejercer derechos.
c) *El deceso*. Los derechos de la personalidad y los derechos de la familia del difunto; y la transmisión del patrimonio del difunto a personas, que la ley llama la sucesión.[13]

[12] Jurisprudencia y tesis sobresalientes 1955-1963, mayo, 1965, Civil, Tercera Sala, p. 512.
[13] Patrick Courbe, *op. cit.*, p. 101.

Hechos positivos voluntarios

Se trata de actos jurídicos de los que, por su importancia, nos ocuparemos más adelante (3.4.2), los cuales, en su sentido amplio, consisten en "todo suceso o acontecimiento... que debe su existencia a la intención libre y consciente del hombre".[14] Y que, por supuesto, ese hecho tenga consecuencias jurídicas, que son las que nos interesan. Los hechos positivos voluntarios son el género de los actos jurídicos y tal como éstos se entienden son la fuente principal del derecho.

Hechos jurídicos negativos

Estos hechos, que subdividimos en *naturales, involuntarios* y *voluntarios,* son aquellos que causan daños o perjuicios a alguien.[15] Tienen una repercusión importante en el campo del derecho, en la medida en que las leyes suelen establecer montos de pago a causa de los daños o perjuicios que aquéllos provoquen o la sanción del Estado si la consecuencia es la violación de una ley.

Hechos negativos naturales

La doctrina distingue dos: la *fuerza mayor* y el *caso fortuito*. En ambos las consecuencias son las mismas: impiden a la persona que se había obligado a una acción o a una omisión que la cumpla. Se trata, en ambos casos, de una eximiente de responsabilidad.

El caso fortuito, o fuerza mayor, exonera la responsabilidad del deudor porque el incumplimiento no proviene de su culpa, sino de un hecho ajeno que no puede resistir; no hay voluntad del deudor. En rigor, más que una excluyente de responsabilidad civil que deriva del incumplimiento de la obligación, de lo que se trata es del hecho negativo que se genera a consecuencia del incumplimiento de la obligación, porque falta el elemento de culpa.[16]

Éste es el sentido del art. 1847 del CCF cuando establece: "No podrá hacerse efectiva la pena cuando el obligado a ella no haya podido cumplir el contrato por hecho del acreedor, caso fortuito o fuerza insuperable."

[14] Miguel Villoro Toranzo, *op. cit.*, pp. 362 y 363.
[15] *Ibídem*, pp. 336 y 337.
[16] Manuel Bejarano Sánchez, *Obligaciones civiles*, 6ª ed., Oxford University Press, México, 2010.

Como hemos visto, se identifica a la fuerza mayor con *hechos de la naturaleza* que impiden o retardan el cumplimiento de la obligación: una tempestad que destruye las mercancías que el vendedor está obligado a entregar o impide que lo haga. Por su parte, al caso fortuito se le identifica con *hechos del hombre*, por ejemplo, una disposición gubernamental en materia de control de cambios que impide o retarda el pago que el comprador está obligado a hacer en una divisa distinta a un vendedor residente en el extranjero, por la mercancía que ha recibido. Aunque esta diferencia no es aceptada generalmente, lo importante son las consecuencias indicadas. Sin embargo, éstos no son principios que siempre hayan sido diferenciados como lo hacemos nosotros, y tampoco son principios absolutos, puesto que pueden tener diferentes graduaciones con base en la realidad.

Así, por ejemplo, en materia de posesión el CCF establece en el art. 812 el caso de la existencia de la culpa en la conducta de quien actúa y que, por tanto, estas eximientes de responsabilidad no se aplican:

> El que posee por menos de un año, a título traslativo de dominio y con mala fe (aquí la conducta culposa es la clave), siempre que no haya obtenido la posesión por un medio delictuoso, está obligado:
> I. A restituir los frutos percibidos;
> II. A responder de la pérdida o deterioro de la cosa sobrevenidos por su culpa o por caso fortuito o fuerza mayor...

Lo mismo sucede según el art. 2111: "Nadie está obligado al caso fortuito sino cuando ha dado causa o contribuido a él (aquí la conducta culpable está en haber dado esa causa o contribuido a ella), cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad o cuando se la impone." Un ejemplo:

> Sabiendo que hay una gran tormenta en el puerto llevo allá la mercadería para embarcarla con destino al comprador y la mercancía se pierde, o contrato un transporte que no es el adecuado cuando la naturaleza de la mercancía lo requiere: carne fresca u otros perecederos, y la mercancía se echa a perder en el camino.

Veamos ahora dos casos que nos brinda la jurisprudencia y en los que podremos observar la dificultad para diferenciar entre los conceptos que nos ocupan respecto del caso fortuito.

> El demandado sostuvo que en los años de 1948 a 1954, la región norte del estado de Coahuila había sufrido una fuerte sequía, que había producido una baja de más de sesenta por ciento en el ganado, y que no estando obligado a responder del caso fortuito debía hacerse la reducción correspondiente. El tribunal *ad quem* (el que se ocupó del caso) fijó el 45% de pérdidas en el ganado arrendado, de conformidad con el dictamen emitido por el perito de la parte demandada; y aun cuando no obran en autos los demás peritajes y dicho Tribunal no expresó por qué tomaba como base dicho dictamen, cabe advertir que el quejoso no reclamó la violación que pudiera derivarse de esa apreciación, sino la existencia de la sequía.
>
> Ahora bien, no siendo fundadas las razones aducidas por el quejoso para demostrar que no existió sequía, debe estimarse que ésta quedó debidamente probada en autos con los documentos aludidos, y que asimismo quedó debidamente fijado el porcentaje de la pérdida con apoyo en el mencionado dictamen. En tal virtud, no existe violación del artículo 2005 del Código Civil del Estado, porque en el contrato de arrendamiento no se estableció que el arrendatario se hubiera obligado a responder del caso fortuito; y como la pérdida de referencia se produjo sin culpa de parte del demandado debe quedar a cargo del arrendador, de conformidad con el artículo 2362 del citado ordenamiento.[17]

Como se observa, en esta jurisprudencia la Suprema Corte de Justicia está llamando *caso fortuito* a un acontecimiento de la naturaleza (la sequía) y como veremos a continuación, en una segunda jurisprudencia, hay cierta similitud con lo que la propia jurisprudencia denomina *fuerza mayor*, aunque se agrega un elemento más:

> No obstante que un barco puede ser considerado un objeto o máquina peligrosa cuando funciona o camina normal o anormalmente, por la velocidad, energía o fuerza que desarrolla, si cuando se causaron los daños no navegaba, sino que era arrastrado por el viento o huracanes y las corrientes impetuosas; y no ejecutaba, por lo mismo, sus maniobras ordinarias, no puede decirse que "una persona hacía uso", en los términos del artículo 1913 del Código Civil, de tal embarcación, y esa situación es equivalente a la prevista por el artículo 1914 del mismo código, ya que el empleo del mecanismo, instrumento, etc., no debe ser obligado por una fuerza mayor.[18]

En otros términos, lo que esta jurisprudencia establece es que el barco es en sí "un objeto o máquina peligrosa" y de ahí se deriva que por su naturaleza crea un riesgo, como en el ejemplo del conductor del vehículo que atropella a un peatón sin la intención de hacerlo, pero el hecho es que

[17] Jurisprudencia y tesis sobresalientes 1955-1963, mayo, 1965, Civil, Tercera Sala, pp. 245 y 246.
[18] Tercera Sala, sexta época, vol. III, cuarta parte, p. 105.

conduce un vehículo que crea un riesgo; sin embargo, en el caso a que se refiere la jurisprudencia, no fue a causa de la fuerza creada por los motores del barco, sino por la fuerza del "viento o huracanes y las corrientes impetuosas" y así, el daño que causó ese barco no puede ser atribuido a ninguna persona: la *fuerza de la naturaleza* fue una "fuerza insuperable", como lo califica el art. 1847 del CCF, pero por el solo hecho de que el barco es una máquina, no exime totalmente de responsabilidad al dueño.

Hemos hecho énfasis en estas jurisprudencias para poner de relieve la dificultad que existe en la distinción de los términos *caso fortuito* y *fuerza mayor*, a los que ya nos referimos antes.

Tratemos ahora de perfilar una diferencia, que habíamos esbozado al inicio de esta sección. En el caso de la fuerza mayor no parece haber confusión: se trata de un fenómeno de la naturaleza que es irresistible y el daño que provoca exime de responsabilidad al deudor (destrucción de las mercancías).

El caso fortuito, como lo dijimos, es un hecho provocado por el hombre, como el que se apruebe una ley de no convertibilidad de la moneda nacional en divisa internacional; o sea, un control de cambios que impida la obligación de pago. Rafael de Pina define el caso fortuito como el "acontecimiento que no ha podido ser previsto, pero que aunque lo hubiera sido, no habría podido evitarse". Con el ejemplo siguiente ilustraremos este concepto.

> Waldo envía a Crispín la mercadería que le vendió y con ese fin va a una compañía de transporte acreditada en la localidad, pero el camión de transporte sufre un accidente y se pierde la mercancía. Crispín no podrá alegar que Waldo puso en manos inexpertas el transporte de la mercancía.
>
> Si, por el contrario, Waldo puso la mercancía en manos inexpertas y no tomó las medidas razonables para que la misma llegara en buenas condiciones a manos de Crispín, no se considerará que hubo caso fortuito y Waldo será responsable por la pérdida de la mercancía.

Hechos negativos involuntarios

Se trata de sucesos o acontecimientos vinculados a la voluntad humana que se realizan sin la intención de producir las consecuencias jurídicas que acarrean; pensemos en el ejemplo que hemos mencionado, del conductor de un vehículo que, sin proponérselo, atropella a un peatón. Se trata de un caso de responsabilidad civil. En materia de obligaciones, este tipo de responsabilidad se distingue con el concepto del *riesgo creado*, o sea, "la utilización de un objeto peligroso que crea riesgo de daños y realización de un siniestro",[19] en este caso el automóvil del conductor.

En el ejemplo que nos ocupa, se trataría de la utilización del automóvil en tanto máquina o mecanismo con cuya fuerza, peso y movimiento se puede causar un daño.

El criterio de la *responsabilidad objetiva* vincula, incluso, a aquellas personas que son propietarias de máquinas e instrumentos peligrosos, aunque no sean ellas mismas quienes los conduzcan u operen, sino un empleado. A este respecto, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia nos dice:

> El caso queda comprendido en lo previsto por la fracción VI del artículo 1932 del Código Civil Federal la cual previene que los propietarios responden de los daños causados "por el peso o movimiento de las máquinas, por las aglomeraciones de materiales o animales nocivos a la salud o por cualquiera causa que sin derecho origine algún daño". En efecto, Elías Alvarado Carmona era empleado de la empresa demandada, por descuido del chofer encargado de llevar a cargar y recoger los camiones, y del despachador de la fábrica de hielo, el mencionado machetero pudo llevarse el camión de referencia, fuera de sus funciones y de sus horas de trabajo. También es aplicable al caso el artículo 1913 del referido Código Civil, porque el vehículo citado es un mecanismo peligroso por la velocidad que puede desarrollar y se encontraba en uso de la demandada cuando uno de sus empleados lo sacó de la fábrica de hielo propiedad de la misma. Los citados artículos 1932, fracción VI, y 1913, imponen a los propietarios y a quienes hacen uso de cosas peligrosas, la obligación de responder del daño que causen, por el riesgo objetivo que se crea con la posesión y uso de tales cosas.

Como podemos observar, el riesgo creado se presume desde el momento en que ponemos en marcha mecanismos o artefactos que por su fuerza, desplazamiento o velocidad constituyen un riesgo potencial hacia las demás personas. Quizá estamos acostumbrados, "muchas veces demasiado", a los automóviles, pero si reflexionamos que un automóvil común y corriente, de los miles que transitan por nuestras calles, puede pesar hasta media tonelada; que se trata de un vehículo que está construido de acero, lámina y otros materiales sólidos y que a una velocidad permitida por el Reglamento de Tránsito de 80 kilómetros por hora se convierte en un proyectil que puede provocar un daño de consecuencias impredecibles, entonces comprenderemos el concepto del *riesgo creado*. Esto sin hacer referencia a las fábricas y refinerías, o plantas termonucleares, cuyo riesgo es enorme, como demuestran varios acontecimientos en nuestra historia

[19] Manuel Bejarano Sánchez, *op. cit.*, p. 197.

reciente, en los que el daño a personas y al medio ambiente ha sido muy costoso para la humanidad.

Hechos negativos voluntarios

También conocidos por *hechos ilícitos*, en el CCF se establecen en los términos siguientes: "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo..." (art. 1910).

Se trata de "una conducta antijurídica, culpable y dañosa, la cual impone a su autor la obligación de reparar los daños y engendra a su cargo una responsabilidad civil. O dicho de otra manera: *hecho ilícito* es la violación culpable de un deber jurídico que cause daño a otro y que responsabiliza civilmente".[20] Pensemos en el caso siguiente:

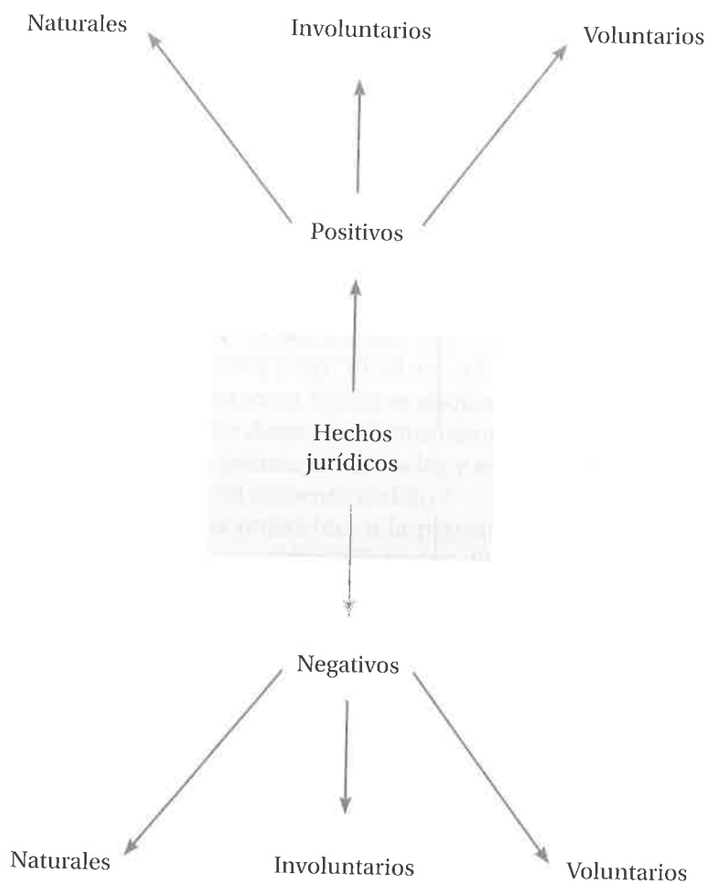
> Conducir un automóvil es un acto lícito, siempre que se conduzca de acuerdo con el Reglamento de Tránsito; sin embargo, si una persona conduce un automóvil en estado de ebriedad está actuando ilícitamente, su conducta es culpable y dañosa, y si causa un daño estará en la hipótesis señalada por la ley y, por lo mismo, deberá responder de su conducta, que implica una responsabilidad civil. Si además hiere o mata a una persona, cometerá un delito.

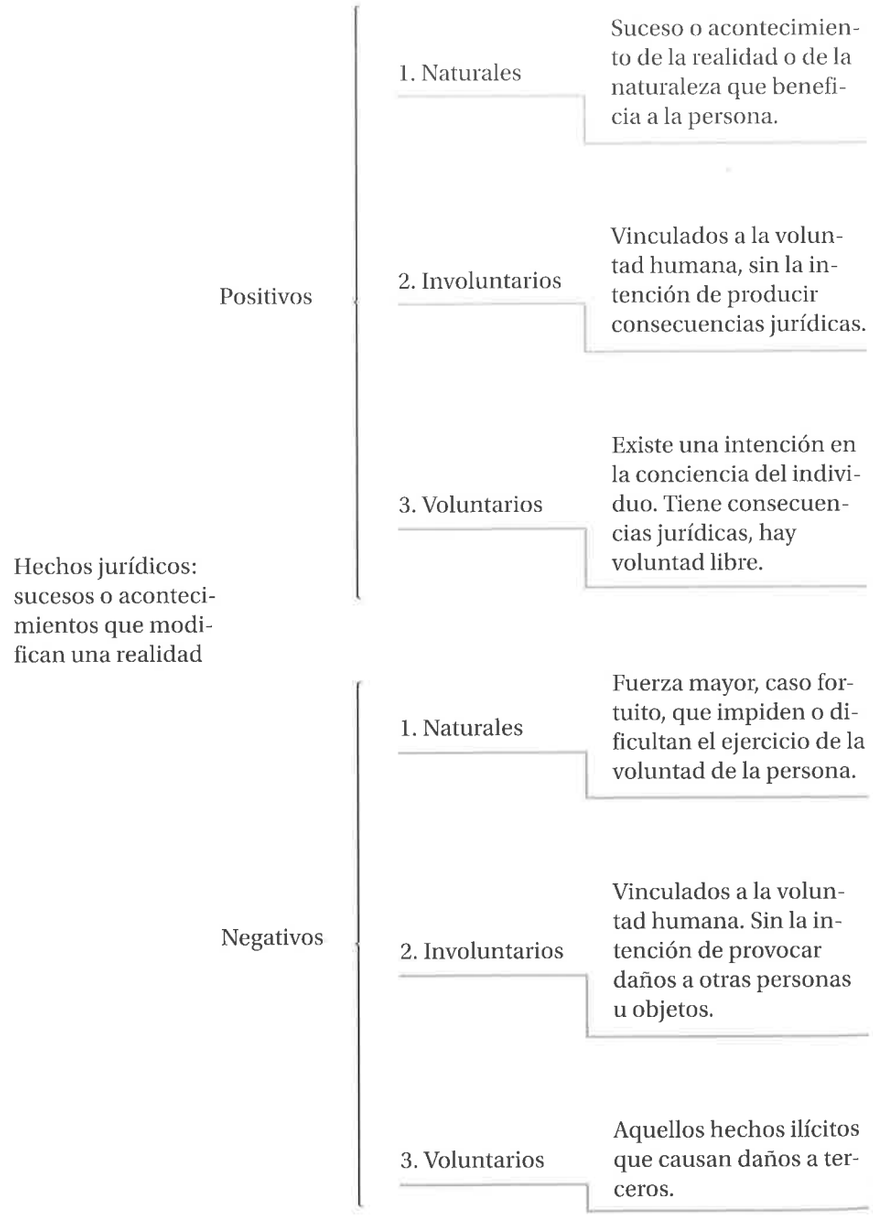
En la jurisprudencia de la Suprema Corte encontramos un caso en el que se establece la diferencia entre la *responsabilidad objetiva* y la *reparación del daño* causado por un delito:

> La responsabilidad objetiva que consagra el artículo 1810 del Código Civil de Nuevo León, difiere sustancialmente de la obligación de reparar el daño causado por un delito. La responsabilidad objetiva se origina por el solo hecho de usar un mecanismo o instrumento peligroso, sin atender a la naturaleza de ese hecho, y obliga al sujeto a responder del daño que cause. En cambio, la reparación del daño causado por un delito presupone la existencia de un hecho punible, tiene por tanto el carácter de pena pública, cuando debe hacerse por el delincuente, y comprende la restitución de la cosa obtenida por el delito, o el pago del precio de la misma cuando ello no es posible, así como la indemnización del daño material y moral causado a la víctima o a su familia.[21]

Veamos a continuación unos cuadros para recordar la clasificación que acabamos de hacer.

[20] *Ibídem*, pp. 221 y 222.
[21] Tercera Sala, Boletín, 1955, p. 171.





3.4.2 Actos jurídicos

Hemos señalado que el *acto jurídico* se define como una manifestación de la voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico.[22]

Así, para que exista un *acto jurídico*, es indispensable que haya una voluntad libre, una intención cierta y que voluntad e intención encuentren su realización conforme al supuesto que la ley establezca. A continuación vamos a examinar tres aspectos: la capacidad, la voluntad libre y su exteriorización y, si la ley lo dispone, que se cumpla con las solemnidades exigidas por ella.

Capacidad

Con objeto de conocer si la voluntad libre se expresa adecuadamente, es requisito indispensable determinar si quien la expresa tiene capacidad para emitirla. En otras palabras, si existe por parte de dicha persona aptitud para ser titular de derechos y de obligaciones.[23] Por ejemplo, con referencia a la personalidad jurídica (cap. 4), el art. 22 del CCF establece: "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero después del momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código."

Así, la ley le otorga al individuo, a la persona física, una amplia protección de sus derechos, entre los que pueden distinguirse los derechos de goce y los derechos de ejercicio.[24] Los primeros los tiene la persona desde que nace y aun antes de nacer; así, por ejemplo, el mismo código reconoce el derecho a heredar cuando se trate de un hijo póstumo (arts. 1638 y ss.), y esos derechos de goce se tienen toda la vida. Los derechos de ejercicio se adquieren, de acuerdo con el derecho mexicano, a los 18 años; o menos de esta edad cuando dicha persona contraiga matrimonio antes de los 18 y, por tanto, se emancipe (art. 641). Mayor de edad o emancipada, la persona adquiere los derechos de ejercicio siempre que no se trate de un

[22] Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 325.
[23] Ignacio Carrillo Zalce, *op. cit.*, p. 187.
[24] Al respecto Rodolfo Vázquez señala: "En el derecho civil la capacidad se define como la aptitud de una persona para ser titular de derechos y contraer obligaciones —capacidad de goce—, o la aptitud para poner en práctica esos derechos y obligaciones —capacidad de ejercicio—". Véase Rodolfo Vázquez, *Teoría del derecho*, p. 109.

incapaz[25] y, en consecuencia, tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley.[26] Tendrá entonces tanto derechos de goce como derechos de ejercicio.

En cuanto a las personas morales, o sea, las sociedades, las asociaciones, etc., la ley[27] dispone que pueden ejercitar todos los derechos que sean necesarios para realizar su objeto social y lo hagan, obligándose, por medio de sus representantes. Los límites de su ejercicio son los que establecen la ley y los estatutos, específicamente su objeto social, en los que conste la constitución de la sociedad o asociación.

De acuerdo con lo anterior, las personas en uso de su capacidad de ejercicio son hábiles para contratar;[28] sin embargo, esta regla general tiene algunas excepciones: por ejemplo, que el marido y la mujer menores de edad requieran autorización judicial para contratar entre sí.[29] En el caso de personas extranjeras (físicas o morales), no tienen capacidad para adquirir el dominio sobre tierras y aguas dentro de la "zona restringida".[30]

De esta forma sabemos que, en principio, una persona mayor de edad tiene capacidad para celebrar cualquier acto jurídico. Ahora veremos cómo expresa esa capacidad por medio de la voluntad.

Voluntad

Para saber si la voluntad se expresa libremente, es necesario examinar lo que pueda afectarla y, por tanto, disminuirla hasta el punto de provocar la inexistencia o la nulidad del acto respecto del cual se ha manifestado. En este sentido, hay que considerar dos aspectos de la voluntad: "uno interno y otro externo, su manifestación por medios sensibles que la hagan patente al otro interesado. Para proteger la existencia del primer elemento, el derecho ha construido la teoría de los vicios de la voluntad; para la protección del segundo elemento, la de las formas solemnes".[31]

[25] Persona privada de la inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aun cuando tenga intervalos lúcidos; sordomudos que no saben leer ni escribir; ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas y enervantes.
[26] Artículo 24.
[27] *Código Civil Federal*, arts. 26-28.
[28] *Ibídem*, art. 1798.
[29] Artículo 173.
[30] Artículo 27 constitucional, fracc. I: por zona restringida se entiende "una faja comprendida de cien kilómetros a lo largo de sus fronteras y de cincuenta en las playas".
[31] Miguel Villoro Toranzo, *op. cit.*, p. 382.

Tradicionalmente se han distinguido tres vicios de la voluntad: el *error*, el *dolo* y la *violencia*. En cuanto al primero, se trata de una creencia contraria a la realidad; es decir, un estado subjetivo que está en desacuerdo con la realidad o con la exactitud que aporta el conocimiento científico.[32]

De esta suerte, quien expresa su voluntad con error la vicia, pues se parte de una creencia falsa o erróneamente se pretende crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones.[33] Veamos un ejemplo:

> Waldo desea adquirir un vehículo para transitar por todo tipo de terreno y, por desconocimiento, adquiere un automóvil que sólo sirve para transitar por la ciudad; o bien, Crispín contrae matrimonio con una persona creyendo que era otra.

Según el CCF, hay "dolo en los contratos cuando existe cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes"; y se entiende "por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido" (art. 1815). Para ilustrar lo anterior:

> Waldo desea adquirir una casa con una serie de características y Crispín (el vendedor) afirma que tal o cual casa tiene todas las características que aquél le ha solicitado. Crispín conoce de casas y sabe que la que le está vendiendo a Waldo no tiene las características que éste le ha solicitado; no obstante, se la vende y Waldo la adquiere. Crispín habrá actuado con dolo.

Finalmente, la *violencia* es descrita por el propio ordenamiento: "Cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado" (art. 1819).

> Así por ejemplo, alguien me amenaza con hacerme daño o dañar a mi esposa si no firmo un contrato; firmo éste, pero como lo hago bajo esa amenaza, yo no habré expresado libremente mi voluntad.

Cualquiera de estos vicios de la voluntad afecta en mayor o menor medida la validez del acto jurídico que se celebre. En el caso del *error*, el

[32] Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, pp. 371 y siguientes.
[33] *Ibídem*.

CCF establece: "Invalida el contrato cuando recae sobre motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan..." (art. 1813).

Como afirma Miguel Villoro Toranzo:

> No puede haber negocio jurídico si no hay una verdadera voluntad de transformar el orden jurídico. Por consiguiente, si el error es de tal consideración que afecta lo esencial de las reformas que se pretendían introducir en el orden jurídico, es evidente que no hay negocio jurídico y que la construcción jurídica no tiene por qué proteger unos efectos jurídicos que en realidad no fueron queridos.[34]

El propio código distingue dos grados de error: "el que recae sobre motivo determinante de la voluntad", como ya se expresó, y el "error de cálculo", que sólo da lugar a que el acto jurídico se rectifique (art. 1814). Hice un mal cálculo de la cantidad de trigo que podía entregar. Hay lugar para que yo sea demandado para el pago de daños y perjuicios, pero ese error no invalida el acto.

Veamos un caso en el cual la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia matiza lo que puede considerarse un *error* sobre la persona y lo que no debe considerarse como tal. Además, en esta decisión judicial se aclara que el error sólo puede ser resultado de una confusión externa; en este caso dice la Corte "error en la entidad física" y no de posiciones valorativas de la persona, lo que otorga un elemento de certeza jurídica.

> Aunque el matrimonio es un contrato, regula no solamente cuestiones económicas sino que constituye también la base de la familia y es fuente de derechos y de deberes morales. Por tanto, estando la sociedad interesada en la estabilidad y solidez del vínculo matrimonial, las reglas generales de anulabilidad de los contratos no son aplicables enteramente a él y solamente constituyen causas de nulidad del matrimonio aquellas que taxativamente están señaladas en el artículo 235 del Código Civil. Ahora bien, el artículo 235 dice: son causas de nulidad de un matrimonio: "I. El error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiendo un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra; II. Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo algunos de los impedimentos enumerados en el artículo 156; III. Que se haya celebrado en contravención a lo dispuesto en los artículos 97, 98, 100 y 103." Por lo que si la quejosa se refiere a la fracción I del artículo transcrito, relativo al error sobre la persona con quien se contrae el matrimonio, el problema de la interpretación de esta fracción legal surge porque a pesar de que literalmente su significado se refiere al error en la identidad física de la persona, se sustenta también la tesis de que ese error puede referirse a la identidad, "civil", de la persona, o sea, sobre la filiación y su origen, como cuando una persona lleva un nombre falso; o también se sustenta que incluye el error sobre una cualidad moral sustancial de la persona. Sin embargo, en nuestro derecho las causas de nulidad del matrimonio deben entenderse en la forma limitativa o restrictiva. Por eso debe interpretarse el artículo 235 del Código Civil, fracción I, como aludiendo exclusivamente al error en la entidad física de la persona, no incluyendo el error en cuanto a las cualidades morales o intelectuales de ella. Esto se deriva del texto mismo de dicha fracción legal. Aceptar el error sobre las cualidades morales o intelectuales conduciría a establecer matices muy imprecisos, que debilitarían seguramente la estabilidad del matrimonio. Por tal virtud, si la demanda de nulidad se basó en un juicio sobre las cualidades morales del cónyuge demandado, la demanda fue correctamente declarada improcedente.[35]

[34] *Op. cit.*, p. 386.

El *dolo*, que el Código Civil equipara a la mala fe, pertenece a la esfera de conceptos jurídicos que han sido construidos para proteger a aquel contratante que puede ser víctima de la injusta astucia de su contraparte o de un tercero,[36] y es precisamente la víctima la que puede invocar la invalidez del contrato así celebrado (art. 2230).

En la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia encontramos una amplia explicación del concepto de *mala fe*:

> Si el demandante se limitó a confeccionar el título de crédito base de la acción, aprovechando una firma en blanco de su padre (autor de la sucesión demandada), seguramente sin el conocimiento de éste, es obvio que obró de mala fe, o sea, con ánimo de obtener un lucro indebido; mala fe que el orden jurídico de ningún modo debe proteger. Según Agustín Vicente y Gela... "el acreedor puede reclamar la prestación del deudor, al tenor de lo que resulta del título de crédito, salvo si lo hubiera adquirido con mala fe". La forma de enunciar esta solución parece indicar que se intenta construirla con carácter excepcional; nada más inexacto. La regla en sí es: que el acreedor de buena fe puede ostentar, en sentido literal, los derechos derivados de los documentos que estudiamos; la norma es de orden afirmativo; lo es, porque la exigencia de la buena fe para el ejercicio de todos los derechos es un postulado del orden jurídico. No puede concebirse una regla del derecho que proteja situaciones objetivas creadas con mala fe por parte de quien trata de ampararse en ellas.[37]

Villoro Toranzo afirma que el consentimiento arrancado por *violencia* produce efectos jurídicos. Sin embargo, atendiendo a que la voluntad no

[35] Tercera Sala, sexta época, vol. XX, cuarta parte, p. 158.
[36] Miguel Villoro Toranzo, *op. cit.*, p. 388.
[37] Informe 1979, Tercera Sala, núm. 76, p. 65.

fue completamente libre, el legislador permite a quien sufrió la *violencia*, y sólo a él (art. 2230), que en los seis meses contados desde que cesa ese vicio del consentimiento (art. 2237) pueda pedir la nulidad del acto celebrado.[38]

En cuanto al concepto de *violencia por vía de las amenazas*, la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal presenta un ejemplo:

> Si los acusados, en escritos que enviaron al ofendido, le exigieron dinero, amenazándolo con secuestrar a su hijo si no se los proporcionaba, pero no llegó a efectuarse la entrega del dinero, por tanto, la conducta de los acusados no encuadra en la figura específica a que alude el artículo 411, fracción I, del Código Penal del Estado de Chiapas. En efecto, la pena que estatuye el artículo 411 sólo resulta aplicable cuando mediante la amenaza se logra el provecho, en virtud de que el sujeto pasivo se desprende de dinero, documento o alguna cosa estimable en dinero, en virtud de la amenaza, configurándose una figura específica, de características estructurales diversas a la simple amenaza, cuya sanción está prevista en el artículo 410 del preinvocado código.[39]

La medida en que estos vicios de la voluntad afectan el acto jurídico será en la forma que exista una mayor o menor voluntad de transformar el orden jurídico. En el caso del error, si es sobre el motivo determinante, es indudable que no habrá siquiera acto jurídico. El derecho es el principal interesado en no proteger efectos jurídicos que no fueron queridos. Si el *error* es *de cálculo*, hay el interés de proteger el acto jurídico y por ello se abre la posibilidad de que dicho error se rectifique.

Por ejemplo, pensemos que Crispín vende a Waldo cinco toneladas de hortalizas creyendo que eran seis. Cuando Waldo reclame el faltante, Crispín podrá rectificar y entregar la tonelada restante.

En los casos de *dolo* y *mala fe* y de la *violencia*, el derecho está interesado en proteger solamente a la víctima, ésta será la única que pueda pedir la anulación del acto, porque ella sabrá en qué medida se ha afectado su voluntad y, por tanto, los efectos queridos o no del acto jurídico.

En la materia Derecho civil se estudiará lo relativo a la teoría de la inexistencia y nulidades de los actos jurídicos; nosotros abordaremos a continuación el tema de manera breve y en seguida nos referiremos a los efectos de los actos jurídicos y, después, a las solemnidades.

[38] *Op. cit.*, p. 383.
[39] Boletín, año II, julio, 1975, núm. 19, Tribunales Colegiados de Circuito, p. 93.

Algunas consideraciones en torno a la inexistencia y nulidad de los actos jurídicos

Hemos señalado que el acto jurídico es una manifestación de voluntad que se realiza con la intención de producir consecuencias jurídicas, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico. También indicamos que esa expresión de voluntad puede verse afectada hasta el grado de quedar anulada, al igual que sus efectos. Dijimos asimismo que no puede haber un acto jurídico sin transformar el orden jurídico. Todo acto jurídico debe tener un efecto, ya sea con la persona que lo emite o respecto a las partes que lo celebran; sin embargo, conforme al tema de las nulidades y las inexistencias, la doctrina ha desarrollado una graduación de acuerdo con la cual un acto jurídico puede no tener efectos o tenerlos parcialmente o esos efectos parciales desaparecer, de ahí que el acto jurídico pueda ser declarado por la autoridad judicial: *inexistente*, *con nulidad absoluta* o *con nulidad relativa*, según la gravedad del vicio en que se haya incurrido en el momento de su formación.

Como veremos a continuación, se trata de un planteamiento en el que la dogmática jurídica es llevada al extremo, sobre todo porque se pretende hacer encuadrar en conceptos y principios generales previamente establecidos, conductas que por su naturaleza son específicas y diferentes en cada caso y cuyos efectos deben ser analizados en cada caso y *a posteriori*. Asimismo, se trata de un problema de prueba en el proceso: en qué medida se pueden probar los hechos que se alegan como causas de nulidad.

Un tema que por las razones expresadas se presta a tal ambigüedad puede plantear, en una obra introductoria como la presente, más interrogantes que respuestas, lo cual en última instancia podría confundir al lector. A riesgo de incurrir en dudas y ambigüedades propias del tema, consideramos que es mejor abordarlo así sea brevemente.

La postura doctrinaria que propone establecer principios y conceptos generales en esta materia ha sido criticada porque pretende *etiquetar* determinados efectos que aún no se producen y, al hacerlo, intenta que se delimiten fronteras, entre uno y otro caso, fronteras o precisiones que no son más que especulación. Sin embargo, la doctrina ha discutido estos conceptos, por lo que a continuación examinaremos algunos de sus aspectos más generales y con esa finalidad vamos a referirnos a uno de los autores tradicionales de la doctrina mexicana, que en gran medida resume el pensamiento prevaleciente sobre el tema.

Rafael de Pina distingue entre inexistencia, nulidad (absoluta) y nulidad relativa (anulabilidad de los actos jurídicos).[40] Un acto es *inexistente*,

[40] Rafael de Pina, *Derecho civil mexicano*, Porrúa, México, 1983, pp. 284 y siguientes.

señala el autor, cuando carece de algún elemento esencial en su formación. Ese elemento esencial puede ser la falta de voluntad o consentimiento o la falta del objeto porque éste sea física o jurídicamente imposible o prohibido. En algunos actos jurídicos, concretamente en el testamento y en el matrimonio, la falta de la solemnidad también provoca su inexistencia. Veamos algunos ejemplos para ilustrar lo anterior.

De acuerdo con Rafael de Pina, tendríamos inexistencia de un acto jurídico cuando uno de sus elementos esenciales no pudiera darse: en un contrato (de cualquier tipo), la falta de capacidad de una de las partes que lo otorgan; una persona menor de edad que disponga de bienes que son de su propiedad (celebra un contrato de compraventa); sin embargo, esa inexistencia desaparecería en el momento en que esa persona fuera mayor de edad y ya con plena capacidad ratificara el acto jurídico. Pero si antes de que esto sucediera el acto fuese declarado inexistente por un juez, ya no lo podría refrendar esa persona que lo celebró siendo menor de edad. En todo caso tendría que celebrar un nuevo contrato.

Respecto de la falta de objeto podemos citar como ejemplo el de dos contratantes cuyo objeto es que uno transporte al otro a Venus. El objeto del contrato de transporte de personas a Venus es todavía un objeto imposible, por lo que estaríamos hablando de un acto que daría como resultado un contrato inexistente; o bien, que el vendedor en un contrato de compraventa se obligue a entregar armas destinadas exclusivamente al uso del ejército. Tales armas están fuera del comercio; por tanto, el contrato de compraventa habrá tenido como objeto bienes que se encuentran fuera del comercio y, en consecuencia, el contrato también sería inexistente.

Hasta aquí, según lo que hemos dicho, todo parece estar claro. Son casos evidentes donde puede verificarse que hay una inexistencia del acto jurídico. Pero no todos los casos de este tipo son tan claros.

Las *nulidades* tienen otros matices que no son tan claros. Comencemos por el caso de las *solemnidades* al que se refirió De Pina en el texto que citamos, tema que volveremos a tratar al final del capítulo.

La Suprema Corte de Justicia estableció: "El cumplimiento voluntario de un contrato no solemne surte efectos de ratificación y extingue la acción de nulidad por falta de forma."[41] Es decir, a pesar de que el contrato era nulo (y en la terminología de Rafael de Pina, inexistente), el obligado de cumplirlo por voluntad propia le otorgó la validez de la que carecía; sin

[41] Sentencia 274, sexta época, cuarta parte, Apéndice de 1975, p. 788.

embargo, esto no sería posible si previamente un juez hubiera declarado su nulidad.

El art. 1794 del Código Civil establece que para la existencia del contrato se requiere: "I. Consentimiento, y II. Objeto que pueda ser materia del contrato."

Rafael de Pina sostiene que la nulidad se produce por la ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición, y puede ser absoluta o relativa.[42] En términos generales, el autor afirma que la nulidad absoluta no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos; sin embargo, el juez que pronuncia la nulidad puede destruirlos aun de manera retroactiva (hacia atrás). Esta nulidad no desaparece por prescripción o por confirmación y de ella puede prevalerse todo interesado.[43]

Esta forma de entender la nulidad absoluta no es del todo precisa, debido a la dificultad que esta materia presenta. Nulidad —dice Rafael de Pina— se presenta cuando hay ilicitud en el objeto; sin embargo, al no poder realizarse el objeto por la ilicitud del mismo, porque el objeto no pueda ser materia del contrato (compraventa de narcóticos), ¿cuál es la diferencia respecto a la inexistencia? Lo que sucede es que en este caso no hay un límite preciso entre inexistencia y nulidad y menos aún ese límite puede ser determinado con anterioridad al caso que se requiere juzgar. Excesos de la dogmática.

El mismo autor sostiene, como ya se dijo, que la nulidad absoluta no desaparece por prescripción ni por confirmación. En el primer caso, puede ser la regla general, aunque la realidad nos muestra casos de excepción, como la prescripción adquisitiva de un bien inmueble que fue poseído por la violencia. Veamos.

Una persona invadió un terreno por la fuerza (destruyó la cerca que lo protegía) y estableció en él su casa habitación, a sabiendas de que otra persona era la propietaria de ese bien. Si el invasor después de la invasión violenta poseyó el terreno de forma pacífica y continua durante 10 años, la ley establece que la propiedad del terreno puede ser demandada y adquirida por el invasor. Se dice que ha habido una *prescripción positiva* en favor del invasor (art. 1154, CCF).

Lo sucedido en este caso es que la prescripción es una institución que se resuelve en el tiempo. A pesar de que el bien fue invadido con violencia, y por ese motivo el acto original es nulo por su ilicitud, el transcurso del tiempo subsana esa nulidad adquisitiva que pudo darse al inicio.

[42] *Op. cit.*, p. 285.
[43] *Ibídem.*

En cuanto a la confirmación a que se refiere De Pina, sobre la que dice que tampoco desaparece con la nulidad absoluta, también tiene excepciones muy importantes. Hemos hecho referencia líneas atrás al caso del menor de edad que dispone de sus bienes. Aquí, como lo mencionamos, el contrato puede ser confirmado a la mayoría de edad y, por tanto, la nulidad absoluta desaparece siempre que no haya sido declarada previamente por el juez.

No puede hablarse propiamente de nulidad si no existe una declaración previa en este sentido por el juez; ésta será la única persona que de acuerdo con las pruebas que se hayan presentado puede decidir acerca de la nulidad de un acto. Cuando De Pina afirma que la nulidad absoluta no desaparece por confirmación, seguramente se está refiriendo a que el juez declaró nulo el acto jurídico previamente a que fuera confirmado por el obligado, ya que si éste lo hubiera confirmado antes, no habría ya materia para declarar la nulidad.

En el caso de la nulidad relativa, el acto viciado de nulidad en parte, no es totalmente nulo si las partes que lo forman pueden legalmente subsistir separadas, a menos que se demuestre que al celebrarse el acto se quiso que éste sólo subsistiera íntegramente.[44]

Por ejemplo, en un contrato se prevé la venta de determinada maquinaria. Sin embargo, una parte de esa maquinaria no es propiedad del vendedor ni éste tiene facultades legales para venderla. El contrato puede ser considerado nulo respecto a esta parte de la maquinaria y declararse válido con relación a la maquinaria que sí era propiedad del vendedor. Pero si esta última parte de la maquinaria no puede funcionar sin la primera, entonces el contrato será declarado nulo en su totalidad porque al celebrarse las partes pretendieron que el contrato subsistiera íntegramente: lo que acordaron fue que la maquinaria funcionara y sirviera para lo que iba a ser destinada.

El Código Civil establece en su art. 1795 que el contrato puede ser invalidado por cuatro causas. La primera es la incapacidad legal de las partes o de una de ellas. Ya hemos visto que la línea divisoria entre la inexistencia y la nulidad absoluta es difícil de determinar; no obstante, si partimos de la idea de que estamos en presencia de una nulidad absoluta, podría ser el caso al que hicimos referencia en el ejemplo del menor que dispuso de sus bienes y, una vez declarada la nulidad por un juez, el acto ya no es confirmable. Como puede observarse, se trata de un ejemplo es-

[44] Rafael de Pina, *Derecho civil mexicano*.

pecífico, con características particulares, de las cuales podemos derivar la conclusión de que el acto es nulo. No obstante, la doctrina en este tema se empeña en establecer principios generales que finalmente, de acuerdo con las circunstancias, serán siempre relativos.

Las otras causas que señala el art. 1795 son: que haya habido vicios en el consentimiento o que el objeto, motivo o fin sea ilícito, y que el consentimiento no se haya manifestado de la forma que la ley establece. Galindo Garfias sostiene que en estos últimos casos, y cuando sólo afecte el interés privado de los particulares, podrá hablarse de *nulidad relativa*.[45]

En cuanto a que haya habido vicios en el consentimiento, estamos en presencia de una amplia gama de situaciones que habría que analizar caso por caso para determinar cuándo son subsanables mediante prescripción o confirmación, y entonces poder conocer si estamos en presencia de una nulidad absoluta, de una inexistencia o de una nulidad relativa. Por tanto, como lo hemos sostenido, no es posible partir de un principio general cuando estamos frente a cuestiones tan relativas. Si hablamos de que el fin u objeto sea ilícito, nos encontraremos con un problema semejante. Si no hay objeto, el acto es inexistente; si el objeto es ilícito, y en nuestro ejemplo se trata de bienes fuera del comercio (armas destinadas al ejército), no hay diferencia respecto al primer caso y, por lo mismo, estaríamos más en el caso de la inexistencia que de la nulidad absoluta. Entonces, ¿qué razón tiene que hablemos de una y otra, y menos aún de nulidad relativa, en cuyo caso estaríamos en el ejemplo de una mercancía (objeto del contrato) que era ilícita en el momento de la celebración y que después se volvió lícita?

No obstante esta dificultad en establecer principios generales en una materia que por su propia naturaleza no los admite, la Suprema Corte de Justicia resolvió a este respecto en el sentido siguiente: "La nulidad absoluta y la relativa se distinguen en que la primera no desaparece por confirmación ni por prescripción; es perpetua y su existencia puede invocarse por todo interesado. La nulidad relativa, en cambio, no reúne estos caracteres. Sin embargo, en ambas el acto produce provisionalmente sus efectos, los cuales se destruyen retroactivamente cuando los tribunales pronuncian la nulidad."[46]

Como se advierte, el Máximo Tribunal distingue una nulidad de otra en que, en el caso de la nulidad absoluta, no desaparece por prescripción ni confirmación. Ya vimos que en el primer caso hay excepciones y en el segundo, confusión, entre lo que debe considerarse inexistencia o nulidad

[45] Ignacio Galindo Garfias, *Derecho civil*, Porrúa, México, 1983, p. 247.
[46] Sentencia 270, sexta época, cuarta parte del Apéndice de 1975, p. 771.

absoluta. Y cabría preguntarse hasta qué punto se pueden destruir retroactivamente todos los efectos de un acto declarado nulo, cuando esos efectos ya se consumaron, como podría ser el caso del arrendamiento en el que el arrendatario ya gozó del local arrendado.

La cita de la jurisprudencia anterior muestra, por otro lado, las dificultades que hemos revisado brevemente. Uno de los juristas mexicanos más claros, Villoro Toranzo, criticó esta posición al afirmar que lo poco fundado de tal teoría equivale a pensar que los actos jurídicos ya estaban divididos, antes de la decisión constructora del juez, en *inexistentes*, *nulos* o *anulables*,[47] que es precisamente la función de todo sistema judicial. Por esta razón, el autor citado afirma: "Creemos que la teoría de las nulidades que tradicionalmente se ha presentado en forma negativa (considerando los efectos inexistentes, nulos o anulables) debe presentarse en forma positiva. Lo que interesa al orden jurídico no son propiamente las sanciones legales por las que se declare inválido el efecto de un acto, sino el alcance que tiene un acto jurídico en el orden jurídico."[48]

Como puede observarse, Villoro Toranzo propone el análisis desde el punto de vista práctico: un acto puede tener determinados efectos, ya sea provisionales o definitivos; por tanto, hay que saber hasta qué punto pueden darse esos efectos y en qué medida modifican la realidad o hasta dónde sus efectos van a ser suspendidos o anulados. La cuestión es difícil, sobre todo cuando hay afectación de terceros de buena fe. Esta perspectiva salva indudablemente el problema de una conceptuación *a priori* y, al mismo tiempo, plantea el problema en los términos que la realidad requiere: saber hasta dónde tal o cual contrato generó derechos y obligaciones.

La doctrina en el terreno de las inexistencias y nulidades ha expuesto una amplia gama de conceptos que en muchos casos no se corresponden con la realidad; sin embargo, el Código Civil establece, en materia de contratos, las bases a partir de las cuales el juez, en cada caso concreto y de acuerdo con las circunstancias del mismo, puede declarar que el acto jurídico es inexistente o nulo.

Para concluir este tema y con el ánimo de enfocarlo desde otra perspectiva, resumiremos las ideas de un autor argentino, Julio B. J. Maier, que aborda el problema a partir de lo que él llama la *función normativa de la nulidad*.[49] En efecto, desde una perspectiva de la teoría del derecho colindante con las ideas de Hans Kelsen, ese autor define el derecho como "una suma de reglas fundantes de un deber, es decir, obligantes, que contienen la mayoría de las veces las condiciones para el ejercicio del poder de coacción estatal".[50]

[47] *Op. cit.*, p. 385.
[48] *Ibídem*, p. 381.
[49] Julio B. J. Maier, *Función normativa de la nulidad*, Depalma, Buenos Aires, 1980. Hay, sin embargo, otros autores que plantean ideas interesantes sobre el tema y entre ellos se puede consultar a Georges Lutzesco, *Teoría y práctica de las nulidades*, Porrúa, México, 1993; o bien, Lucrecio Jaramillo Vélez, *Estudio sobre la nulidad en derecho privado*, Señal Editora, Medellín, Colombia, 1991.

De este modo, "todas las reglas jurídicas que no concuerdan con ese esquema son simplemente reducidas a él diciendo: ellas conforman una descripción más fina del tipo de una norma de deber, son, así, partes componentes de una norma, miembros secundarios o dependientes de aquéllas".[51]

Todas las normas jurídicas, dice Maier, "exhortan a los individuos a emprender u omitir ciertas acciones, amenazando el comportamiento contrario con pena".[52] De esta manera, puede ser restringido el límite de lo jurídico y de lo antijurídico, de lo permitido y de lo prohibido. Para ello es necesario distinguir las acciones que las normas jurídicas mandan o prohíben. En este último caso, cualquier comportamiento puede ser calificado de antijurídico. "Quien lesiona estas reglas, lo que ya es una manera incorrecta de referirse al fenómeno (porque quizá lo correcto sería decir quien no las observe) no comete ningún ilícito, sino a lo sumo, lleva a cabo una acción inválida que no puede alcanzar su finalidad."[53] Enfocar de esta forma el tema de las nulidades tiene dos bondades: *a)* que se trata de un planteamiento estrictamente normativo, y *b)* que queda desprovisto de la enorme carga dogmática que se ha creado a partir de la doctrina clásica.

Además, examinar el tema desde esta perspectiva nos permite analizar con mayor precisión la cuestión entre lo prohibido, lo válido y lo permitido, y distinguir los casos en que se cruzan los campos de lo obligatorio y lo permitido. Transcribimos, para concluir, un ejemplo del autor ya citado:

> Es concebible que un matrimonio sea válido y produzca las consecuencias jurídicas previstas para él, pese al incumplimiento de la obligación de obtener la venia paterna que acarrea como sanción, por ejemplo: la pérdida del derecho a la dote (se trata de un acto que resulta ser) en confrontación con las normas de deber y con las normas potestativas, a la vez prohibido y válido. En cierta manera esta tensión se diluye si pensamos que ambos cónyuges están facultados a contraer matrimonio aun sin la venia paterna.[54]

[50] Julio B. J. Maier, *op. cit.*, p. 113.
[51] *Ibídem*.
[52] *Ibídem*, p. 114.
[53] *Ibídem*, p. 118.
[54] *Ibídem*, pp. 126 y 127.

Es decir, en un solo acto, en este caso de matrimonio, se da la posibilidad de que dos personas mayores de edad puedan decidir libremente contraerlo y actúen en consecuencia, y su actuación será válida conforme al derecho. Sin embargo, como señala Maier, en el derecho argentino se requiere el permiso paterno para que los padres de la novia procedan a entregar la dote y este permiso no se obtuvo. Entonces, señala el autor, los contrayentes, al decidir contraer matrimonio, actuaron en contra de la voluntad paterna, con lo cual perdieron el derecho a la dote, aunque su matrimonio resultó jurídicamente válido. Observamos así cómo en un determinado acto jurídico pueden presentarse las dos variables básicas de todo acto jurídico: la validez y la prohibición. Resulta, en suma, una manera menos compleja de plantear el tema que nos ocupa y que será objeto de estudio en el derecho civil, por lo que examinaremos otro tema íntimamente vinculado: el de los efectos jurídicos del acto.

En un caso que veremos más adelante (3.5) con motivo de las solemnidades, una ley impone a las sociedades constituidas en México inscribirse en el Registro Público del Comercio, so pena, de no hacerlo, de que el acto jurídico (constitución de la sociedad), si bien seguirá siendo válido, no tendrá efectos jurídicos en contra de terceros y, por tanto, habrá responsabilidad personal de los representantes que hayan actuado por una sociedad irregular (art. 2°, LGSM); en esta disposición tenemos validez y sanción.

Efectos de los actos jurídicos

Los efectos de los actos jurídicos pueden analizarse desde dos perspectivas: la del sujeto o sujetos vinculados con el acto y la del acto mismo. Aunque este tema también es objeto de estudio del derecho civil, dejaremos aquí planteadas algunas ideas generales que ayuden a su comprensión.

1. Efectos jurídicos respecto de la persona o personas vinculadas con el acto. Si el acto emana de una sola persona, como sería el caso de la declaración unilateral de la voluntad, regulada por los arts. 1295 y 1860 a 1881 del CCF, por ejemplo el testamento, la oferta o la donación, la persona expresa en un determinado sentido su voluntad y al hacerlo se le considera la *autora* del acto. En cambio, cuando el acto ha sido celebrado por dos o más personas, como sería el caso de la celebración de un contrato, cada persona que interviene en el mismo toma el nombre de *parte* en el acto. En principio, un acto jurídico produce efectos sólo para la persona o personas que en él han intervenido. Hay casos excepcionales en los que los terceros, o sea las personas que no han concurrido a la celebración de un

acto jurídico, adquieren derechos que se derivan del mismo; el ejemplo ya lo mencionamos: en el caso de una donación, el donatario tiene derecho a aceptar o no la donación, pero si la acepta estará aceptando los efectos de un acto unilateral de voluntad. Lo mismo sucede con la oferta o el testamento en el caso del heredero o el legatario.

La oferta de venta al público, que tiene su origen en un acto unilateral de voluntad que emana de una sola persona, hace surgir derechos en favor de terceros que cumplan las condiciones que en el ofrecimiento se establezcan. Ya nos hemos referido al art. 1861 del CCF, que dispone: "El que por anuncios u ofrecimientos hechos al público se comprometa a alguna prestación en favor de quien llene determinada condición o desempeñe cierto servicio, contrae la obligación de cumplir lo prometido."

Otra modalidad de los actos jurídicos es cuando surten efecto en favor de terceros, lo que se conoce como *estipulación en favor de terceros*. Los arts. 1868 y 1869 del CCF establecen las características de esta figura:

> **Artículo 1868.** En los contratos se puede hacer estipulación en favor de tercero, de acuerdo con los siguientes artículos.
> **Artículo 1869.** La estipulación hecha a favor de tercero hace adquirir a éste, salvo pacto escrito en contrario, el derecho de exigir del promitente la prestación a que se ha obligado.
>
> También confiere al estipulante el derecho de exigir del promitente el cumplimiento de dicha obligación.

El contrato de seguro de vida es el típico ejemplo de un contrato con estipulación en favor de tercero. En él, el estipulante "persona física" contrata con el promitente "compañía de seguros" que cuando el primero fallezca, dicha compañía le entregará cierta cantidad de dinero a un tercero que el estipulante haya determinado (el beneficiario). Éste, aunque no haya sido parte del acto jurídico, cuando fallezca el estipulante adquiere el derecho de reclamar al promitente el pago de la cantidad acordada.

2. Efectos jurídicos respecto del acto mismo. Por lo que se refiere al acto jurídico propiamente dicho, existen efectos que le son propios y que genéricamente se conocen como las *modalidades* de los actos o de los negocios jurídicos.[55] Por su importancia, tanto en el ámbito de la doctrina como sobre todo en el de la práctica, tienen un gran desarrollo. Estas modalida-

[55] Sobre el concepto de negocio jurídico véase Leonel Pereznieto Castro, "El negocio jurídico en el derecho internacional privado en México", en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Iprolex, Madrid, 2006, pp. 39 y siguientes.

des pueden ser resumidas en las siguientes: término o plazo, condición y modo. Veámoslas brevemente.

TÉRMINO O PLAZO. Por lo general, todo acto jurídico está sometido a una fecha de inicio y a una fecha de terminación. Ejemplifiquemos:

> Si celebro un contrato de arrendamiento, en él habrá una fecha de inicio a partir de la cual puedo ocupar el inmueble arrendado, y otra fecha en que concluirá el contrato y, por tanto, deberé desocupar el inmueble arrendado. Si lo que celebro es un contrato de transporte, se fijará la fecha en la cual el transporte debe efectuarse, y realizado éste concluirá el contrato. En este último caso, lo que habrá sucedido es que desde el momento en que adquirí mi boleto de transporte en autobús o en avión sabía que en una fecha futura y cierta realizaría mi viaje y, al mismo tiempo, el transportista se obligaba a transportarme en esa fecha. Sin embargo, desde el momento de adquirir mi boleto se inicia la vigencia del contrato de transporte que estoy celebrando, ya que la obligación de pago de mi parte es exigible y la obligación del transportista de trasladarme de un lugar a otro ha nacido en tal o cual fecha, pero insistimos: tendrá que ser en la fecha y en las condiciones pactadas. También puede suceder que en tal fecha o dentro de tal o cual plazo me obligue a entregar un objeto o mercancía o a llevar a cabo un servicio, etcétera.

LA CONDICIÓN. También es un acontecimiento futuro, pero a diferencia del anterior el acontecimiento es incierto, por lo que puede llegar a realizarse o no. Un ejemplo:

> El art. 1938 del CCF establece a este respecto: "La obligación es condicional cuando su existencia o su resolución dependen de un acontecimiento futuro e incierto." Hay dos tipos de condición: la que prevé el art. 1939 y la prescrita en el art. 1940 del mismo código. En la primera, "la suspensiva", su cumplimiento depende de la existencia de la obligación, por ejemplo, la compra de bienes futuros; si hay cosecha, repartiré los frutos. En la segunda, "la resolutoria", cuando es cumplida, resuelve la obligación, volviendo las cosas al estado que tenían, como si esa obligación no hubiera existido.
>
> Yo me obligo a ejecutar un concierto en tal fecha, si se obtienen de las autoridades los permisos correspondientes para realizar tal concierto. Esto quiere decir que desde un principio se creará una relación jurídica entre el empresario que me contrata y yo que soy el pianista; sin embargo, la obligación que nace desde que se celebró el contrato se convalida a partir del momento en que se obtenga la autorización de las autoridades. En caso de que dicha autorización no pueda obtenerse y, por tanto, el acontecimiento previsto, el concierto, no se pueda llevar a cabo, los efectos del acto jurídico (el contrato) previamente celebrado cesarán y las cosas volverán al momento previo a la celebración del contrato.

MODO. Se trata aquí de la carga que deja una persona a otra como condición para que acepte un beneficio. El lugar común es la donación. Un caso:

> El donante ofrece entregar al donatario una cantidad de dinero si, a la muerte del primero, el segundo se ocupa de cuidar su biblioteca y mantenerla en estado de consulta para el público. Si el donatario acepta la donación, aceptará también la obligación de cuidar la biblioteca. Esta obligación podrá ser demandada por los herederos del donante fallecido o por alguna institución cultural vinculada al uso de la biblioteca; es decir, por quien tenga interés jurídico en que la obligación de cuidado se cumpla.

Hemos visto muy brevemente las modalidades de los actos jurídicos y cuáles son los efectos que en cada caso pueden tener. Para concluir este capítulo examinaremos los aspectos más relevantes de otro elemento que ya habíamos mencionado y que está vinculado con la validez de los actos jurídicos: el de las solemnidades.

3.5 Solemnidades[56]

DIJIMOS QUE LA VOLUNTAD PUEDE SER ANALIZADA DESDE DOS PERSPECTIVAS: la *interna*, donde la voluntad debe ser plena y libre, y para ello ya referimos los casos de la capacidad y de los vicios de la voluntad; y su aspecto *externo*, la forma en que esa voluntad se manifiesta. Éste es el tema de las *solemnidades*.

El principio general en el derecho mexicano es el *consensual*, o sea, basta que se manifieste la voluntad de celebrar un acto jurídico para que éste se pueda crear. El art. 1832 del CCF establece: "En los contratos civiles

[56] El derecho formulario que se desarrolló en los procedimientos romanos y, sobre todo, las *legis actiones*, fueron los precursores del desarrollo de las solemnidades en el derecho español que nos fue transmitido y sobre el que se basó el derecho mexicano. En este sentido véase Guillermo Floris Margadant, *El derecho privado romano*, pp. 444 y siguientes.

cada uno se obliga en la manera y términos que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley." Lo mismo establece el art. 78 del CC para los contratos mercantiles.

Dicho en otros términos, *las solemnidades son la excepción a la regla general de la consensualidad*. Villoro Toranzo ha afirmado con sencillez y precisión:

> Existen dos especies de actos solemnes: unos en que la solemnidad es elemento esencial para la existencia del negocio jurídico (el caso del testamento y del matrimonio) y otros en los que la solemnidad es una mera condición para que el negocio surta sus efectos frente a terceros, como es el caso del registro de actos y contratos ante el Registro Público; o bien, el hacer constar tal o cual contrato por escrito, etcétera.[57]

En los casos en los cuales la ley establece que el acto debe cumplir con una solemnidad específica y ésta no se cumple, ese acto carecerá de validez jurídica. Por ejemplo:

> En el matrimonio, si no se cumplió con las solemnidades legales, ese acto no puede validarse con el cumplimiento posterior de las solemnidades que no se satisficieron en el momento de la realización de dicho acto; se trata, en este ejemplo, de un acto personal que los contrayentes en un momento de su vida han decidido celebrar y, por su enorme trascendencia en la sociedad, en casos como México, el Estado desea participar y con ese efecto prevé a través de la ley una ceremonia propia del acto solemne donde el juez, frente a los testigos, los exhorta a apoyarse mutuamente, etc. Si no se cumplieran las reglas de la ceremonia no habría acto; tendría que volver a celebrarse. Si el testamento no cumplió con las solemnidades legales necesarias y su autor fallece, se considerará que no emitió testamento alguno; es decir, el testamento no habrá sido válido. En este último caso, el Estado estará salvaguardando la seguridad de quien desea emitir su testamento, para que lo haga conforme a determinados requisitos.

En otros casos, cuando la ley obliga al registro de ciertos actos a fin de que sean válidos respecto de terceros, en cuanto a sus efectos, los actos sólo se producirían si se lleva a cabo el registro como lo previene la ley. Tomemos un ejemplo que nos brinda la *Ley General de Sociedades Mercantiles* (LGSM) y al cual ya habíamos hecho alusión anteriormente. El art. 2º de dicha ley dispone:

> **Artículo 2º.** Las sociedades mercantiles inscritas en el Registro Público de Comercio, tienen personalidad jurídica distinta de la de los socios.
>
> Salvo el caso previsto en el artículo siguiente, no podrán ser declaradas nulas las sociedades inscritas en el Registro Público de Comercio.
>
> Las sociedades no inscritas en el Registro Público de Comercio que se hayan exteriorizado como tales frente a terceros, consten o no en escritura pública, tendrán personalidad jurídica.
>
> Las relaciones internas de las sociedades irregulares se regirán por el contrato social respectivo y, en su defecto, por las disposiciones generales y por las especiales de esta ley, según la clase de sociedad de que se trate.
>
> Los que realicen actos jurídicos como representantes o mandatarios de una sociedad irregular, responderán del cumplimiento de los mismos frente a terceros, subsidiaria, solidaria e ilimitadamente, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que hubieren incurrido, cuando los terceros resultaren perjudicados.
>
> Los socios no culpables de la irregularidad, podrán exigir daños y perjuicios a los culpables y a los que actuaren como representantes o mandatarios de la sociedad irregular.

Como se advierte, en esta disposición se prevén los dos supuestos: que se haya procedido al registro de la sociedad mercantil, en cuyo caso hay una diferenciación entre la sociedad y sus miembros, que es uno de los objetivos que se persigue con este tipo de sociedades; y que si no hay registro, frente a terceros existe responsabilidad de los representantes o mandatarios de la sociedad de forma subsidiaria, solidaria e ilimitada. En otras palabras, el acto jurídico, el contrato de sociedad, será válido a pesar de que no se haya registrado; sin embargo, en cuanto a sus efectos jurídicos, tiene una sanción y consiste en esa amplia responsabilidad personal de mandatarios y de representantes que, por otro lado, es natural, porque su falta de registro implica que la sociedad no se haga pública a través del registro. Antes vimos este tipo de actos jurídicos cuando mostramos que hay normas jurídicas en las que coexisten la validez (constitución de la sociedad) y la sanción (la pérdida de efectos jurídicos en contra de terceros de la sociedad).

La falta de cumplimiento del registro de los actos jurídicos que así lo requieren tiene en el derecho una amplia gama de efectos. El estudiante de derecho verá a lo largo de su carrera cómo el registro de actos jurídicos tiene una importancia cada día más grande. Por ejemplo, un efecto primordial del registro es el que el acto jurídico tiene frente a terceros. Una cesión de derechos, una garantía otorgada por un deudor para el cumpli-

[57] *Op. cit.*, p. 394.

miento de una obligación y muchos actos más de gran relevancia en las relaciones jurídicas contemporáneas sólo pueden ser oponibles frente a terceros si previamente fueron registrados. Se puede mencionar un caso extremo que por absurdo nos ilustra al respecto.

> De acuerdo con el art. 161 del CCF, si dos personas (en la hipótesis dos mexicanos, o un mexicano o mexicana con extranjero o extranjera) celebran su matrimonio fuera de México; para que dicho matrimonio tenga efectos en México deben registrarlo dentro de los tres meses posteriores a que hayan ingresado en el país. Si no lo registran dentro de este plazo, los efectos del matrimonio tendrán validez a partir de la fecha en que se registre. Y ¿los hijos no serán reconocidos por el derecho mexicano como nacidos dentro del matrimonio?, ¿la viuda no tendrá derecho a reclamar la herencia?, etc. Como se advierte, por la falta de registro tenemos aquí una serie de consecuencias graves.

3.6 Norma jurídica

AQUÍ ESTUDIAREMOS OTRO CONCEPTO FUNDAMENTAL DEL DERECHO: LA NORMA JURÍDICA. Se trata de un concepto polémico porque no hay acuerdo entre los juristas para su definición. Con cierta frecuencia se le confunde con el artículo de una ley o como una estructura sintáctica compuesta por un sujeto y un predicado, que también es abordada de diversas formas por los juristas. Tal vez en lo que hay mayor acuerdo es en que no debe confundirse a la norma con una simple disposición jurídica. Los artículos de una ley no suelen ser normas, sino sólo apartados a tomar en cuenta para la construcción de la norma.

La disposición que dice que la mayoría de edad se alcanza a los 18 años, por ejemplo, no es una norma, sino una parte a tomar en cuenta al configurar la norma (la norma que regula al contrato presupone la capacidad de ejercicio). Algunos le llaman *norma incompleta*; otros, *retazos de norma*.

Para quienes estiman que la norma es una estructura, las propuestas son diferentes; por ejemplo, para Kelsen la norma establece sanciones. Esto es congruente con su forma de pensar, ya que estima al derecho como un orden coactivo. Otros colocan en primer lugar los derechos y las obligaciones y dejan en segundo lugar la sanción.[58]

[58] Como el caso de Von Right, que se refiere a seis tipos de normas diferentes, sin que en algunas de ellas exista el elemento de sanción como rasgo definitorio, G. H. von Right, *Norma y acción*, Tecnos, Madrid, 1970.

En términos generales podemos decir que las normas jurídicas son reglas de conducta que confieren facultades o imponen deberes u otorgan derechos para que los individuos en sociedad puedan comportarse de manera adecuada, vivir en armonía y asegurar sus intercambios. Ésta es una forma de ver la norma en el pensamiento de Rolando Tamayo, esto es, establecer un supuesto normativo y, luego, una modalidad deóntica (prohibido, permitido, obligado).

En términos de hecho, si examinamos las normas jurídicas notaremos que, en su mayoría, tienden a favorecer conductas útiles a la sociedad. Así, por ejemplo:

> En un contrato de compraventa dos individuos, un vendedor y un comprador, se ponen de acuerdo en el precio y en la cosa y, al hacerlo, la norma jurídica que regula la compraventa establece que el resultado del acuerdo sea la existencia de un contrato de compraventa. Dicho en otras palabras, la norma jurídica otorga el derecho para que, con libertad, esos individuos puedan contratar o no, pero si lo hacen, por su acuerdo quedan obligados a cumplir con lo que han pactado: el vendedor, a entregar la cosa que haya vendido, y el comprador, a pagar el precio que haya pactado con el vendedor. De esta manera, el intercambio de mercancía habrá quedado asegurado, al menos jurídicamente.

La transacción comercial que las partes han celebrado con su contrato de compraventa, por otra parte, es una conducta útil para la sociedad y, al mismo tiempo, la norma jurídica habrá facilitado y otorgado certidumbre a las partes (vendedor y comprador); por tanto, el costo de la transacción resulta bajo porque las partes han sabido en todo momento a qué atenerse: el vendedor recibirá el precio por la cosa que ha vendido y el comprador recibirá el bien que ha comprado. En la medida en que disminuye el factor del riesgo que siempre encarece las transacciones comerciales, éstas se realizarán a menor costo y con mayor fluidez, lo que, por ende, incrementará los intercambios para beneficio de la sociedad.

Sin embargo, si una de las partes no cumple con la obligación que ha asumido en el contrato de "entregar la cosa o pagar el precio", dará lugar a que la parte acreedora pueda reclamar ante los tribunales el cumplimiento de la obligación por la parte incumplida, y en caso de que la parte demandada no quiera o no pueda cumplir, se podrá demandar que los tribunales la obliguen a pagar daños y perjuicios. En este último caso, podemos decir que el costo de la transacción habrá aumentado porque el resultado final fue diferente y más costoso de lo originalmente previsto y acordado por las partes; sin embargo, aun en este caso la norma jurídica

garantiza al acreedor el derecho de reivindicar ante tribunales el cumplimiento del contrato o el pago de los daños y perjuicios.

Retomando el ejemplo anterior, la norma jurídica que regula la compraventa otorga libertad a las partes para que celebren o no su contrato; además, las normas jurídicas en materia de contratos especifican que éstos se deben celebrar guardando equilibrio entre las partes, o sea que en el acuerdo se preserve el principio de igualdad, como sería, por ejemplo, que la cosa, el bien, guarde proporción respecto al precio. O bien, lo que dispone el art. 1797 del CCF: "la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes". De este modo, si hay una desproporción evidente entre lo que se vende y el precio, por un error en el comprador o por fraude del vendedor, el contrato puede ser anulado. De ahí que las partes conozcan qué es lo que han acordado y qué es lo que esperan recibir de su contrato; entonces, los principios de certeza y seguridad estarán presentes para ambas partes en el acuerdo.

Hemos señalado que la mayoría de las normas jurídicas están formuladas con el fin de propiciar conductas útiles a la sociedad; sin embargo, existen otras normas cuyo objeto es impedir conductas indeseables. Por ejemplo:

> En la compraventa, el incumplimiento de la obligación es sancionado por los tribunales ya sea obligando a la parte incumplida a llevar a cabo la obligación contraída, a cumplir con el contrato o a pagar daños y perjuicios como consecuencia del incumplimiento. En este caso, el incumplimiento de las obligaciones es una conducta socialmente indeseable y, por lo mismo, se sanciona jurídicamente. Existe otro tipo de normas que directamente reprimen conductas indeseables, como las normas penales; conforme a éstas, toda conducta antisocial será penalizada, como en el caso del robo, el homicidio, el fraude, etc. Esta normatividad va más allá al restablecer el equilibrio entre el Estado, la sociedad, el inculpado y el ofendido, cuando se ha cometido un ilícito que los ha afectado.

Analizadas en estos términos, la certeza y la seguridad jurídicas hacen que el costo de toda transacción pueda ser definido desde sus inicios. Cuando esto sucede de manera generalizada en una sociedad, podemos decir que se trata de una sociedad que garantiza que las transacciones que se dan en su interior estén aseguradas, ya que hasta cierto punto los acuerdos se cumplen y, por tanto, en dicha sociedad el riesgo de incumplimiento es menor. En caso de que éste llegue a existir, los tribunales estarán expeditos para sancionar al incumplido. Al disminuir el riesgo de las transacciones, éstas son de más bajo costo, hay mayor fluidez económica y, en consecuencia, esa sociedad tiene más posibilidades de evolucionar regularmente y aportar mayor bienestar a todos sus integrantes.

A las normas que regulan *directamente* la conducta de las personas en sociedad se les conoce como *normas sustantivas*. Un ejemplo típico de ellas es el que hemos mencionado de las normas jurídicas en materia de compraventa, las cuales otorgan derechos y obligaciones directas a las personas para realizar sus actos jurídicos. Otro tipo de normas diferentes de las anteriores son las que denominamos *normas adjetivas* y que, en su oportunidad, describimos como las normas que definen facultades y procedimientos para la creación de nuevas normas. Veamos dos ejemplos para ilustrar este tipo de normatividad.

La *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* es la norma suprema del sistema jurídico mexicano y en ella se establecen los procedimientos para que el Presidente de la República pueda enviar iniciativas de ley al Congreso de la Unión. Asimismo, se definen los procedimientos que este órgano debe seguir para el estudio, la discusión y aprobación de esas iniciativas para que más tarde, una vez aprobadas, sean remitidas al Presidente de la República a fin de que éste proceda a publicar dichas leyes y sean obligatorias para la sociedad mexicana. Aquí, las normas jurídicas establecen las facultades del Presidente de la República y del Congreso de la Unión, en relación con los procedimientos que deberán seguir uno y otro; se trata de procedimientos de los órganos de gobierno donde no se regulan de manera directa las conductas de quienes integran la sociedad, sino que sólo se establecen los procedimientos que los funcionarios gubernamentales deben cumplir.

Otro ejemplo de normas adjetivas lo constituyen las leyes orgánicas de los tribunales y las leyes de procedimientos judiciales, que establecen la forma en que deben constituirse esos tribunales, cómo se debe nombrar a los jueces y la jurisdicción que deben tener, así como el procedimiento que han de seguir para dictar sus sentencias. Lo mismo que en el caso anterior, no hay una regulación directa para todos los individuos de la sociedad, sino que se definen los procedimientos que deben seguir los encargados de impartir justicia y aquellos individuos que someten sus litigios al conocimiento de los tribunales. Mediante el cumplimiento de este tipo de normas, los encargados de impartir justicia dictan una sentencia que es, como hemos mencionado, una nueva norma jurídica, que en este caso consiste en una norma individual dirigida a una persona. En cambio, cuando las normas regulan directamente la conducta de los individuos en sociedad estamos hablando de *normas sustantivas*; cuando estamos en presencia de normas que regulan procedimientos nos referimos a

las *normas adjetivas*. En ambos casos se trata de prevenir conflictos, y cuando éstos han surgido, las normas se aplican para dirimirlos y, con ello, asegurar los intercambios.

Uno de los exponentes con mayor influencia en la exposición de las normas es H. L. Hart. Este autor está en desacuerdo con Kelsen, dado el enfoque represivo que le impone a su definición y porque no tomó en cuenta otro tipo de normas. Para Hart, las normas son primarias y secundarias. Las primarias son las que prescriben derechos y obligaciones. Hart descubre que Kelsen no tomó en consideración las normas secundarias. En estas últimas encuentra tres tipos: las de reconocimiento, las de cambio y las de adjudicación. En gran medida, la teoría del derecho actual parece seguir estos parámetros, aunque con algunos ligeros ajustes, dependiendo del autor.

En las reglas de reconocimiento se comprenden aquellas normas que identifican cuáles normas pertenecen al sistema. Qué disposiciones son parte del ordenamiento jurídico y cuáles no. Con esta distinción Hart va más allá de la teoría de la norma fundamental hipotética de Kelsen.

Con las reglas de cambio se regula lo que Kelsen denominó la parte dinámica del sistema. Aquí caben aquellas normas que indican cómo modificar el ordenamiento, ya sea introduciendo normas o suprimiendo las existentes. Quedan tanto las normas que acoge el legislador como las que acoge el juez. Una sentencia, por ejemplo, es una norma que enriquece el sistema. Una sentencia de amparo que declara inconstitucional una ley es una norma que hace a un lado una ley, la desplaza, la deja sin aplicación.

En las reglas de adjudicación (o aplicación) tenemos las que prescriben cómo introducir una norma primaria a un caso concreto. Por ejemplo, al sentenciar. Asimismo, estas normas establecen quiénes pueden juzgar, legislar, etcétera.

Veamos ahora dos conceptos fundamentales en la definición de las normas jurídicas: *vigencia* y *validez*.

3.6.1 Vigencia y validez

La *validez de la norma jurídica* es un elemento esencial cuya condición es que la norma jurídica que se deriva de las normas jurídicas básicas u originarias haya sido expedida conforme a criterios establecidos por éstas. En otras palabras, las normas básicas u originarias son el fundamento de *validez de las normas creadas* a partir de ellas. Este planteamiento nos permite establecer la diferencia entre dos conceptos jurídicos más, que son de gran trascendencia para nuestro estudio, como dijimos: *vigencia* y *validez*.

Hay *vigencia* cuando las normas jurídicas son observadas y cumplidas de manera generalizada por la sociedad, y hay *validez* cuando las normas han sido expedidas conforme a procedimientos previamente establecidos, característica definitoria de las normas jurídicas, pues ellas sólo pueden existir cuando tienen validez. Es decir, a diferencia de otras normas o reglas que hemos visto, se dice que las normas jurídicas "reclaman validez", ya que sin ésta no tienen existencia. Este aspecto, por otro lado, nos sirve para señalar que ya volvimos a los terrenos de la lógica formal del derecho, en la construcción de conceptos formales y abstractos y, en esa medida, nos separamos de la realidad y nos adentramos en la dogmática. Veamos esta idea con más detenimiento.

Un hecho social, "llámese acuerdo, revolución, conquista o transcurso del tiempo", dio lugar a una norma o a varias normas básicas u originarias. Se partió de hechos sociales: los acuerdos, los procesos, en los que se definió quién o quiénes serían los órganos encargados de expedir las nuevas normas. Se trata de procesos lentos, a veces centenarios. La extensión de los poblados y luego de las ciudades provocó una visión diferente del fenómeno jurídico. La necesidad de normas claras que pudieran ser comprendidas por una población mayor condujo a la definición de conceptos generales y abstractos y al formalismo del derecho. Es a partir de este momento cuando se inicia un proceso de creación de conceptos, incluida la norma jurídica, sobre la que se ha dicho que estamos en presencia de un juicio normativo que se encuentra parcialmente fundamentado en un hecho social.[59]

Se trata de un procedimiento que está presente durante la vida de todo sistema jurídico: las normas jurídicas se basan en hechos sociales y son, a la vez, producto de diversos hechos sociales que previamente quedaron plasmados en otras normas jurídicas o en la experiencia de la sociedad, como las discusiones y aprobaciones de las leyes por los órganos legislativos; los procesos seguidos ante jueces, que implican para éstos la valoración de las pruebas, los alegatos de las partes y la elaboración de sentencias; las negociaciones y celebraciones de convenios y contratos donde se hacen obligatorios los usos de comercio; la elaboración de todo tipo de negocio jurídico, etc. Sin embargo, una vez producida la norma jurídica, ésta se nos presenta (con frecuencia) como un concepto formal y abstracto que contiene un deber, un derecho o una facultad, como es el caso de una ley aprobada por el Congreso, pero también, como una nor-

[59] Joseph Raz, *La autoridad del derecho*, UNAM, México, 1982, pp. 195 y 196. La cuestión de la legalidad y de la legitimidad es, sin embargo, compleja. Véase Ignacio Carrillo Prieto, *op. cit.*, pp. 71 y siguientes.

ma concreta, como en el caso de una sentencia expedida por el juez o un contrato firmado por las partes. En todas estas normas se definen derechos y obligaciones de personas, se crean instituciones, etcétera.

Finalmente, las normas jurídicas son *enunciados prescriptivos* porque indican cómo debe ser una conducta, es decir, no describen cómo es que algo es en la realidad, en cuyo caso se trataría de *reglas descriptivas*, como en el caso de las leyes de la naturaleza. Dicho en otros términos, las *normas prescriptivas* contienen un dispositivo que nos dice cuáles deben ser los derechos y las obligaciones del comprador y del vendedor, y a partir de qué momento habrá quedado celebrado su contrato. En este caso, la prescripción normativa nos indica cómo deben ponerse de acuerdo las partes para que se produzca la compraventa. Veamos un ejemplo.

> Cuando dos personas están discutiendo sobre un negocio que planean realizar, en su conversación no emplean ningún concepto jurídico, por lo que no nos proporcionan dato alguno que podamos traducir en normatividad jurídica. A partir del momento en que estas mismas personas, en su conversación, se ponen de acuerdo en cuanto a la cosa y al precio, producirán un contrato de compraventa, de manera que la plática cobra un significado preciso que está definido por el derecho. Las personas se habrán referido en sus acuerdos a la hipótesis normativa que establece los requisitos para que exista un contrato de compraventa.

Por lo que corresponde a las normas *descriptivas* o *explicativas*, las examinaremos más adelante (véase capítulo 4).

3.6.2 Validez de la norma

En la vida social, como ya hemos visto, existe una serie de reglas que, en diversos momentos, nos indican cómo actuar o qué conducta debemos adoptar: la fila que debemos hacer para abordar el autobús, el orden que debemos guardar por respeto a nuestros maestros, la indicación que nos da quien se encarga del estacionamiento de los automóviles, etcétera.

Sin embargo, cuando nos referimos a las normas jurídicas estamos analizando reglas diferentes. En tal caso, es requisito indispensable que se trate de normas expedidas de conformidad con criterios y procedimientos previamente establecidos por otras normas que, a su vez, son válidas. Las *normas jurídicas válidas* son expedidas por el legislador (leyes) o por el juez (sentencias), o acordadas por las partes (los contratos) o emitidas por el órgano administrativo del Estado (reglamentos, acuerdos, etc.). Decir que una norma es válida significa que derivó de procedimientos de creación establecidos por la norma superior. Lo válido no significa que "vale" o tiene importancia en una teoría de valores. No es que sea "valioso" lo que se reglamenta. Con esto se atiende al elemento formal.

En relación con el tema de la validez de las normas, García Máynez concluía que el *derecho formalmente válido* es el conjunto de reglas bilaterales de conducta que el poder público considera obligatorias en un determinado país y en una cierta época. El reconocimiento oficial puede ser expreso o tácito. El primero consiste en la declaración hecha en un texto legislativo de que, en las condiciones indicadas por la propia ley, se expide tal o cual norma. El segundo caso es la costumbre, fuente de nuevo derecho que se manifiesta en la aplicación, por parte de los jueces, de reglas consuetudinarias a un caso en el que participen particulares.[60]

La corriente iusnaturalista vincula el concepto de *validez del derecho* con la obligatoriedad moral; así, una norma es solamente válida cuando se ajusta a valores morales. En este sentido, Rodolfo Vázquez señala que, de acuerdo con esta concepción: "existe compatibilidad entre el deber prescrito en la norma y la concepción del deber, como categoría moral..."[61] De esta forma tenemos que el concepto de *validez* es tratado desde dos perspectivas, la positivista, apegada al criterio formal de emisión de normas —un órgano creador competente que sigue el procedimiento establecido— y la iusnaturalista, como una norma apegada a valores morales establecidos.

Finalmente, cabe señalar que el concepto *validez* también es usado para establecer los distintos ámbitos de aplicación de una norma —ámbito de validez espacial, temporal y territorial—.[62] Este aspecto será tratado en el capítulo siguiente (véase 4.5); por el momento basta mencionarlo.

3.6.3 Eficacia de la norma

Además de la *validez*, la norma tiene otro elemento fundamental: la *eficacia*. Es eficaz una norma que se cumple.[63] Los individuos en la sociedad

[60] Eduardo García Máynez, *La definición del derecho*, Universidad Veracruzana, Jalapa, México, 1960, p. 25.

[61] Rodolfo Vázquez, *Teoría del derecho*, p. 55.

[62] *Ibídem*, p. 57.

[63] Una forma distinta de aproximación al estudio del concepto de eficacia es expuesta por Rodolfo Vázquez, quien trata dicho concepto a partir "de los tipos específicos de relaciones entre normas y conductas", por lo que expone tres acepciones de la eficacia según tres tipos de relaciones: "*a)* el grado de adecuación que hay entre las prescripciones establecidas en normas jurídicas y las conductas que los individuos

deben obedecer u observar las *normas jurídicas válidas*. Sin embargo, se trata de un deber dirigido a personas libres, lo que significa que éstas pueden obedecer o no las normas jurídicas, a pesar de que conozcan cuáles son las consecuencias jurídicas de su desobediencia. Así, podríamos estar en presencia del incumplimiento de la norma jurídica, de que un determinado acto jurídico no sea válido o que al desobediente en el pago de sus impuestos se le imponga una sanción.

No obstante, por el hecho de que un individuo o varios individuos no cumplan con el deber establecido en la norma no se sigue que la norma deje de tener tal carácter; por ejemplo, las normas jurídicas que prohíben el robo y el homicidio no dejan de ser eficaces aun cuando diariamente muchos individuos roben o cometan homicidios y muchos de ellos escapen a la acción de la justicia. Por su propia naturaleza, la norma jurídica está elaborada para que permanezca en vigor en una sociedad específica durante un periodo determinado y con validez para ser aplicada a la sociedad y que se aplique efectivamente, aunque existan algunos individuos que la evadan.

En la teoría del derecho se afirma que si una norma jurídica (el núcleo de la norma) se cumple sin excepción, entonces el *deber ser* se transforma en *ser*, en una coincidencia de *validez* con *efectividad* que los sociólogos denominan *normalidad*. Un caso:

> Si la norma jurídica válida establece que "todos los automovilistas deben respetar las señales de tránsito" y en la realidad llegara a suceder que "todos los automovilistas respetan las señales de tránsito", se diría que la *norma jurídica válida* es también *efectiva* y se daría, como dicen los sociólogos: una *normalidad*. Es importante destacar que el derecho se vale de un enunciado normativo: "todos los automovilistas *deben...*", etc., sin que esto tenga más relación con la realidad que el deseo del legislador de querer ordenar el tránsito de automóviles, lo que jurídicamente se conoce como el *deber ser*. Ahora bien, quien no respeta las señales de tránsito será sancionado y éste es otro aspecto de la *efectividad de las normas jurídicas*, no obstante que muchos automovilistas escapen a la sanción establecida por la norma. Aun cuando hay quienes no obedecen las señales de tránsito para los vehículos, la mayoría sí lo hace y por tanto podríamos decir que la norma jurídica tiene eficacia, ya que se aplica con normalidad.

despliegan en los hechos; *b)* la aplicación efectiva de las consecuencias formativas previstas en reglas de derecho; y *c)* la incidencia de las normas jurídicas en la determinación del comportamiento de las personas". Véase Rodolfo Vázquez, *Teoría del derecho*, p. 49.

3.7 Valor

EN EL CAPÍTULO 1 VIMOS LOS VALORES DEL DERECHO: IGUALDAD, LIBERTAD Y JUSTICIA. Estos valores, por otro lado, deben ser la guía en la creación de las normas jurídicas. Veámoslos reflejados en la normatividad.

Cuando pensamos en el valor de la igualdad imaginamos diferentes normas jurídicas: las que protegen los derechos humanos y evitan conductas de segregación, discriminación, esclavitud, etc. Una norma constitucional que ya hemos mencionado establece: "En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución..." (art. 1°). Es decir, el principio de protección de las garantías individuales se sustenta sobre la base del valor de la igualdad, que a su vez legitima como debida esa conducta. En las sociedades occidentales puede verse cierta relación entre una aceptable igualdad de derechos entre los ciudadanos y un desarrollo social y económico como sucede en Europa, Estados Unidos y Canadá. En cambio, en los países latinoamericanos, aunque la igualdad está consagrada en las leyes, en la realidad y la práctica su carencia es producto de la desigualdad económica y social.

En efecto, todos los individuos están protegidos por las garantías individuales, y aunque jurídicamente existe igualdad de los derechos, en la práctica pocos son los que disponen de recursos económicos para hacer valer esos derechos. También la desigualdad social en nuestros países se debe al gran déficit de educación básica que no le permite al individuo ejercer sus derechos como se establecen en las leyes. O bien, quien tiene acceso a la justicia muchas veces encuentra limitados sus derechos cuando trata de ejercerlos en contra del Estado o en contra de quien tiene mayores recursos económicos. Los tribunales enfrentan un sinnúmero de problemas: además de la saturación de trabajo, algunos jueces no están suficientemente bien pagados y suelen tener limitaciones profesionales.

La libertad, que debe expresarse en las normas jurídicas, es otro valor del derecho. El sistema jurídico es un medio para que el individuo pueda desarrollar sus relaciones con otros individuos y pueda ejercer plenamente sus capacidades. El desarrollo de esas capacidades sólo se logra en un ambiente social que fomente la expresión individual de sus miembros. La Constitución brinda varios ejemplos normativos en este sentido: "la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial y administrativa" (art. 6°) o "No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito..." (art. 9°). También: "todo hombre (y por supuesto se comprende que las mujeres) tiene dere-

cho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar su residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes" (art. 11).

Hemos tomado tan sólo algunas normas que promueven la libertad, ya sea en el derecho a expresar libremente las ideas, asociarse, desplazarse, etc. Se trata de conductas que la norma jurídica protege y promueve. Sin embargo, la libertad también es un valor que requiere que el individuo cuente con los medios necesarios para gozar de esa libertad. Libertad que debe ser entendida con ciertos límites para no entorpecer los derechos de terceros, a fin de que esa libertad colectiva se logre.

La justicia es uno de los valores más importantes del derecho. Se ha escrito sobre el tema una amplia bibliografía a lo largo de la historia. Con objeto de abreviar, ya que el estudio detallado de este concepto se llevará a cabo en cursos posteriores, referiremos el concepto de *justicia* propuesto por John Rawls,[64] por tratarse de un concepto moderno que muchos autores señalan como sustento de la nueva concepción del derecho y la economía[65] (*Law and Economics*), desarrollado principalmente en Estados Unidos y que en México José Ramón Cossío ha descrito con mucha claridad.[66]

Según Rawls, "se requiere un conjunto de principios para escoger entre las diferentes disposiciones sociales que determinan esta división de ventajas [para los distintos núcleos de la sociedad] y para suscribir un convenio". Este autor plantea que la justicia se fundamenta en la posibilidad que tienen los ciudadanos para convenir en que "las participaciones distributivas" sean correctas, lo cual seguramente implica, entre otros elementos, un aparato estatal eficiente. El convenio social, y aquí Rawls, junto con otros autores, parte de un pacto social, debe ser "un conjunto de principios para escoger entre las diferentes disposiciones sociales que determinan esta división de ventajas [para los distintos miembros de la sociedad]".

Se trata, según el autor, de los principios de la justicia social que sirven para asignar derechos y deberes en "las instituciones básicas de la sociedad y esos principios, por otro lado, definen la distribución apropiada de los beneficios y cargas de cooperación social".

Rawls considera que debe distinguirse entre lo que significa una sociedad igualitaria, bien ordenada y organizada para el bien de sus miembros,

[64] Sobre todo en su obra fundacional, *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.

[65] Sobre el tema, véase: "Mercado y justicia", de Ernesto Garzón Valdés; también: Michael Sandel, *El liberalismo y los límites de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 2000.

[66] José Ramón Cossío Díaz, *Derecho y análisis económico*, ITAM-FCE, México, 1997.

de una sociedad que se encuentre "eficazmente regulada" por una "concepción pública de justicia". Los requisitos para lograrlo los plantea el autor en dos hilos centrales de pensamiento: "cada cual acepta y sabe que los demás aceptan los mismos principios de justicia" y "las instituciones sociales básicas satisfacen generalmente estos principios y saben generalmente lo que hace".[67]

Los miembros de la sociedad tienen la suficiente información para saber hasta qué punto y en qué condiciones los demás aceptan los mismos "principios de justicia social". El individuo tendrá en estas condiciones una educación suficiente que le permita discernir correctamente a favor de sus intereses y de la sociedad, que al fin deben ser los mismos.

El segundo requisito de Rawls tiene que ver con la democracia y el desarrollo de cada sociedad. Las instituciones sociales básicas deben satisfacer los principios de "justicia social" y, para lograrlo, la participación de la sociedad en la selección y votación de sus gobernantes debe seguir este mismo sentido de "justicia social"; en términos de Rawls, deben "saber lo que hacen", es decir, cumplir con una sociedad "eficazmente regulada" para alcanzar los objetivos que esa misma sociedad se propone.

Este amplio sentido de una justicia distributiva es el contenido de varios preceptos constitucionales en los que se ve claramente: "Todo individuo tiene derecho a recibir educación" (art. 3º). Es decir, la riqueza del Estado debe satisfacer esta necesidad: en términos de Rawls, se estarían "distribuyendo apropiadamente... los beneficios y las cargas de cooperación social" y en este caso específico, la educación. El mismo precepto constitucional dispone que esta educación (a la que tiene derecho todo individuo) contribuirá (y éste es el mandato) a robustecer en el individuo "los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos los hombres, evitando los privilegios de razas, de religión, de grupos, de sexos o de individuos" [párrafo *c*)]. Esta norma jurídica no sólo otorga un derecho (el de la educación), sino que también obliga al Estado a impartir educación que robustezca la formación del individuo y permita que ese sistema de distribución funcione. Evidentemente, en México aún no alcanzamos ese ideal, pero no deja de ser un valor "de la justicia distributiva" que debe instruírseles a los futuros ciudadanos.

Otro precepto constitucional que refleja lo que Rawls denomina *reglas de participación distributiva* es el 123: "toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social para el trabajo, conforme a la ley". Es el potencial

[67] John Rawls, *A theory of justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1971, pp. 11 y siguientes.

económico el que resulta garante de este derecho. Debe el gobierno propender a una "división de ventajas": por un lado impulsar el desarrollo del país y, por el otro, la satisfacción de ese trabajo "digno y socialmente útil".

En resumen, el valor o los valores del derecho deben ser la guía de las normas jurídicas y de esa forma crear las instituciones que la sociedad requiere para alcanzar un bien completo no sólo en la organización "bien ordenada" de la sociedad, sino, además, una sociedad "eficazmente regulada" que lleve en la realidad a una justicia distributiva. Es el *deber ser* de la norma jurídica.

Otro enfoque del concepto de *justicia* es el tratado por Rodolfo Vázquez. En efecto, este autor se basa en las teorías de justicia de Carlos Santiago Nino, de acuerdo con las cuales se define la justicia a partir de dos posturas. La primera, con base en las teorías teleológicas, juzga "la justicia de las acciones en razón de la contribución que prestan a la consecución de ciertos fines". Mientras que las segundas, basadas en las teorías deontológicas, establecen que "la justicia de una acción no depende de los fines a los que conduce, sino tan sólo que se ajusten a los valores que las distintas teorías deontológicas postulan".[68] Es decir, si una conducta es encaminada a la consecución de un fin "bueno", dicha conducta será justa desde una perspectiva teleológica; mientras que para las teorías deontológicas, la conducta en sí misma también debe ser "buena", al igual que el fin que pretende conseguir.

Resumen

Las fuentes principales de creación del derecho son los *hechos jurídicos* y los *actos jurídicos*.

Los hechos jurídicos son sucesos o acontecimientos que se producen en un lugar y tiempo determinados y al acontecer modifican una realidad, sin que en ellos medie una voluntad humana que pretenda una determinada consecuencia jurídica.

Los hechos jurídicos negativos se subdividen en tres: *naturales, involuntarios* y *voluntarios*, y son aquellos que causan daños o perjuicios a alguien. Estos hechos tienen una considerable repercusión en el campo del derecho en la medida en que las leyes tienden a establecer mayores montos de pago por causa de los daños o perjuicios que se provoquen.

Entre los hechos negativos naturales, la doctrina distingue dos: la *fuerza mayor* y el *caso fortuito*. En ambos las consecuencias son las mismas:

[68] Rodolfo Vázquez, *Teoría del derecho*, p. 60.

impiden a la persona que se había obligado a una omisión o a una acción, que la cumpla. El caso fortuito, o fuerza mayor, exonera la responsabilidad del deudor porque el incumplimiento no proviene de su voluntad, sino de un hecho ajeno que no puede resistir.

Los hechos negativos involuntarios son sucesos o acontecimientos vinculados a la voluntad humana, aunque se realizan sin la intención de producir las consecuencias jurídicas que acarrean.

Los hechos negativos voluntarios, también conocidos como *hechos ilícitos*, en el CCF se establecen en los términos siguientes: el que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo (art. 1910).

Por otro lado, los hechos jurídicos también pueden ser positivos, los cuales a su vez se subdividen en: *naturales, voluntarios* e *involuntarios*. Los primeros son el resultado de fenómenos de la naturaleza que otorgan algo o enriquecen a una persona. Los segundos son los sucesos o acontecimientos que deben su existencia a la intención libre y consciente del hombre. Mientras que los últimos son aquellos sucesos o acontecimientos que, aunque ligados de alguna forma con la voluntad humana, no fueron realizados con el propósito de producir las consecuencias jurídicas resultantes de ellos.

Los actos jurídicos se definen como una manifestación de la voluntad que se realiza con la intención de producir consecuencias de derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico. Es indispensable que haya una voluntad libre aunada a la capacidad legal para emitirla, una intención cierta y que dicha voluntad e intención encuentren su realización conforme al supuesto que la ley establezca; es decir, cumpliendo las formalidades establecidas por la ley.

Se verá afectado de *nulidad* el acto si falta alguno de los elementos mencionados. Dicha nulidad puede ser absoluta o relativa; la primera no desaparece por confirmación ni por prescripción, es perpetua y su existencia puede invocarse por todo interesado; mientras que la segunda sólo puede ser invocada por la parte involucrada.

Los actos jurídicos pueden ser sometidos a las modalidades siguientes: *término* o *plazo*; *condición* o *modo*.

Otro concepto fundamental tratado en el presente capítulo es el de *norma jurídica*. En términos generales podemos decir que las normas jurídicas son reglas de conducta que confieren facultades o imponen deberes u otorgan derechos para que los individuos en sociedad puedan comportarse de manera adecuada, vivir en armonía y asegurar sus intercambios.

Dos elementos esenciales de las normas jurídicas son la *vigencia* y la *validez*, conceptos que a veces pueden llegar a confundirse. Se dice que una

norma jurídica es *vigente* cuando es observada y cumplida de manera generalizada por la sociedad; se dice que es *válida* cuando la norma ha sido expedida conforme a procedimientos previamente establecidos.

Finalmente, se señaló que las normas jurídicas, así como el ordenamiento jurídico en general, contienen valores de suma importancia para el desarrollo de la vida en sociedad, como la libertad y la igualdad.

Cuestionario

1. ¿Qué es el hecho jurídico?
2. ¿Qué es el acto jurídico?
3. Enumere las características de los hechos jurídicos.
4. Mencione las características de los actos jurídicos.
5. Clasifique los hechos jurídicos.
6. Clasifique los actos jurídicos.
7. ¿Qué es la capacidad?
8. ¿Qué es la voluntad?
9. ¿Qué es el error?
10. ¿Qué es la mala fe?
11. ¿Qué es el dolo?
12. ¿Qué son las solemnidades?
13. ¿Hay diferencia entre inexistencia y nulidad de los actos jurídicos?
14. ¿En qué consisten las modalidades de los actos jurídicos?
15. ¿Cuál es la importancia de las solemnidades para la existencia de los actos jurídicos?
16. Proporcione una definición de norma jurídica.
17. ¿Cuándo se dice que una norma jurídica es vigente y válida?
18. Explique la clasificación de normas jurídicas propuesta por Hart.
19. Contraste la clasificación de normas jurídicas propuesta por Kelsen con la de Hart.
20. ¿En qué difiere la concepción de validez positivista de la iusnaturalista?
21. ¿El derecho refleja algún tipo de valor? ¿Cuál o cuáles?

4 Órdenes normativos

Objetivos

Se pretende que el alumno:

- Comprenda el origen y el sentido del derecho.
- Conozca la naturaleza y la estructura de la norma jurídica.
- Entienda los diferentes ámbitos de la norma jurídica.
- Distinga los distintos tipos de normas jurídicas.
- Conozca diversos conceptos jurídicos fundamentales.
- Explique el nexo contingente y su función en las normas primaria y secundaria.
- Entienda la incidencia de conceptos reales en el derecho.

4.1 Introducción

EN EL CAPÍTULO 3 ESTUDIAMOS LOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN AL DERECHO, entre ellos la norma jurídica en su fase de creación, y nos referimos a sus efectos. También analizamos la norma jurídica como concepto fundamental del derecho, lo que nos dio la oportunidad de observarla en su estructura. Ahora distinguiremos por un lado la norma jurídica de otras reglas; este deslinde que ya esbozamos al inicio del primer capítulo nos permitirá aclarar ahora cuál es el papel que desempeña la norma jurídica en las relaciones sociales; por el otro analizaremos la norma jurídica en sus diferentes ámbitos de aplicación y en su vínculo en relación con su jerarquía, para finalizar con el examen de otros principios fundamentales del derecho.

4.2 Conceptos genéricos de regla, norma y ley

EL DERECHO ESTÁ FORMADO POR UN CONJUNTO DE NORMAS JURÍDICAS QUE contienen prohibiciones, imponen deberes y otorgan derechos y facultades, que tienen como fin estabilizar la intención de las conductas humanas; por tanto, constituyen las bases de la convivencia social cuyo objeto es garantizar los intercambios y dotar a todos los miembros de la sociedad de los mínimos de seguridad, certeza, igualdad, libertad y justicia. De esta manera se fortalece el tejido social con una estandarización de conductas en todos aquellos aspectos que hacen de la vida social un proceso más armónico que, a su vez, provoca que la atención y el esfuerzo se centren en el desarrollo de la comunidad para provecho de todos. Analicémoslas ahora con más detalle.

De acuerdo con García Máynez, el término *norma* se usa en dos sentidos: uno amplio y otro estricto. En el primero, norma es "*toda regla* de comportamiento obligatoria o no"; en sentido estricto, norma es la *regla* "que impone deberes o confiere derechos".[1] A las *reglas* de conducta que son obligatorias o que conceden facultades se les llama *normas* y a las regulaciones cuyo cumplimiento es potestativo se les conoce como *reglas técnicas*. Tanto las normas como las *reglas técnicas* son *reglas de conducta*. Las primeras conceden derechos o prescriben obligaciones; las segundas establecen medios para alcanzar un fin. El cumplimiento de las *reglas técnicas* es potestativo, vale decir, queda a voluntad del individuo cumplir o no con la *regla*. En cambio, en las *normas jurídicas* el cumplimiento es obligatorio.

Recordemos algunas ideas expresadas anteriormente respecto de la norma jurídica para retomar su concepto preciso e iniciar su comparación. Villoro Toranzo afirma que una *norma* debe ser "general", esto es, que se debe dirigir a un número indeterminado de personas y que debe haber sido emitida por "quien tiene autoridad para regular la conducta de otros".[2] Ya vimos que la ley es una *norma jurídica* cuando es creada por la autoridad competente, es vigente y válida y, por tanto, obligatoria. La ley es general y rige la conducta de las personas en sociedad.

La ley es: "Norma jurídica obligatoria y general dictada por legítimo poder para regular la conducta de los hombres o para establecer los órganos necesarios para el cumplimiento de sus fines."[3]

[1] Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, p. 4.
[2] Miguel Villoro Toranzo, *Introducción al estudio del derecho*, p. 465.
[3] Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, *Diccionario de derecho*, 13ª ed., Porrúa, México, 1985.

En México, el poder denominado *Congreso de la Unión* (órgano legislativo federal) es el facultado, por disposición de los arts. 50, 71, 72 y 73 constitucionales, para crear las leyes que son aplicables en toda la República. Por lo que hace al Distrito Federal, los órganos legislativos competentes son el propio Congreso de la Unión y la Asamblea Legislativa.[4] En cuanto a los estados, son sus propias constituciones las que establecen el procedimiento de creación de las leyes locales, por medio de sus congresos locales.

También crean leyes con las características antes descritas de obligatoriedad y generalidad, la jurisprudencia, los principios generales de derecho, los tratados internacionales celebrados por el Presidente de la República, ratificados por el Senado y que estén de acuerdo con la Constitución; los usos y costumbres mercantiles, los reglamentos, decretos y acuerdos ministeriales. Los convenios o contratos obligatorios, pero sólo entre las partes que los celebran. De igual manera, las sentencias son normas individualizadas que sólo afectan a las partes en el proceso.

4.3 Clasificación de las normas: orden jurídico, moral, religioso y reglas de trato social

YA HABLAMOS DE LAS REGLAS QUE EXISTEN COMÚNMENTE EN CUALQUIER SOCIEDAD (véase inicio del cap. 1); ahora las retomaremos para hacer un deslinde lo más preciso posible respecto de la norma jurídica, frente a otro tipo de normas o reglas, con el objeto de ver algunas similitudes.

Para que el ser humano pueda vivir en sociedad es necesario que su conducta sea regulada. Pero su conducta no sólo es regulada por normas jurídicas, sino también por *normas morales*, *religiosas* y por los llamados *convencionalismos sociales*.

Las normas enunciadas no tienen el mismo origen, naturaleza, ni objetivos, aunque con frecuencia coinciden, ya que todas regulan la conducta de los individuos desde diferentes ángulos.

4.3.1 Normas jurídicas

Las *normas jurídicas* son reglas de conducta bilaterales o imperativo-atributivas, exteriores, coercibles y heterónomas. Es decir, que sean bilaterales o

[4] Por Diario Oficial de 25 de octubre de 1993 se reformaron varios artículos de la Constitución para definir el nuevo estatuto jurídico del Distrito Federal, crear la Asamblea Legislativa y otorgarle diferentes funciones, guardando la Federación otras funciones.

imperativo-atributivas significa que las normas tienen expresamente establecida en su texto una obligación a cargo de determinadas personas y, por lo general, traen aparejados derechos en favor de otras personas o del Estado para exigir el cumplimiento de dichas obligaciones. Se dice, tratando de ilustrar su naturaleza, que las obligaciones "constituyen deudas, toda vez que su observancia puede ser exigida en *ejercicio de un derecho*, por un sujeto distinto del obligado".[5]

Villoro Toranzo afirma que en virtud de que la finalidad de las normas jurídicas es coordinar las conductas de los miembros de una sociedad conforme al bien común, es claro que esa coordinación no podrá hacerse sin una distribución de tareas complementarias entre sí, cuyo cumplimiento pueda ser exigido por los demás cuando no se realice en forma voluntaria.[6]

Debido a su carácter bilateral, las normas jurídicas establecen relaciones entre diversas personas. Al obligado se le llama *sujeto pasivo* de la relación. Se le denomina también *deudor de la obligación*; a la persona facultada para exigir de aquél el cumplimiento de la obligación se le nombra *sujeto activo, facultado, acreedor, derechohabiente* o *pretensor*.[7] Como se observa, en ambos casos se encuentra prevista una conducta propia de cada persona: para el acreedor es el ejercicio de sus derechos; para el deudor es el cumplimiento de sus obligaciones.

Existen diferentes formas en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones, aparte de las que ya distinguimos como obligaciones de dar o no dar o de no hacer. Por ejemplo:

> En el caso de la alimentación, el menor tiene derecho de demandar, a través de su representante legal, el crédito por los alimentos que tiene frente al deudor alimentario; en el caso de un crédito mercantil, el acreedor crediticio tendrá el derecho para exigir del deudor el pago del crédito en la forma y fecha en que se ha comprometido. En el caso del arrendador, tendrá un derecho para exigir que el inquilino le pague la renta y, al final de su contrato, que desocupe el local. El inquilino, por su parte, tendrá derecho frente al arrendador a exigirle que el local se encuentre en condiciones para su uso o habitación y a no ser molestado en su posesión del inmueble durante la vigencia del contrato. Pero, al mismo tiempo, ese arrendatario tendrá la obligación de conservar el local arrendado en las condiciones en que lo recibió y, por tanto, tendrá la obligación de no hacer modificaciones sustanciales en el local arrendado a menos que así lo haya acordado con el arrendador. En este sentido, el arrendatario tendrá una *obligación de no hacer*. El propietario de un bien inmueble exigirá que su derecho de propiedad no sea interrumpido; sin embargo, aquí no hay un obligado en particular, por lo que se dice que su derecho lo ejerce frente a toda la sociedad: nadie debe ser interrumpido en el disfrute de su derecho del inmueble de su propiedad.

[5] Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, p. 15.
[6] Miguel Villoro Toranzo, *op. cit.*, p. 481.
[7] Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, pp. 16 y 17.

Como podemos apreciar, las modalidades en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones varían en cada caso.

Las normas jurídicas son *exteriores*, lo que significa, como su nombre lo denota, que "exigen una conducta fundamentalmente externa... Sin embargo, también es cierto que en muchos casos atribuyen consecuencias jurídicas a los aspectos íntimos del comportamiento individual".[8] Es decir, las normas jurídicas primordialmente sancionan las *conductas externas* de los individuos, y de manera secundaria, el aspecto íntimo o interno de las mismas. Veamos un ejemplo.

> La norma prohíbe actuar ilícitamente en los contratos. Una conducta ilícita es el dolo, la mala fe, de manera que si adeudo determinada suma de dinero, la conducta a que estoy obligado es el pago de esa cantidad de dinero, conducta externa. Pero si tal deuda es consecuencia de un contrato, podría suceder que el contrato hubiera sido obtenido por dolo. En materia de contratos, el dolo, que se equipara a la mala fe, es causa de invalidez de los mismos: el dolo o la mala fe, que hacen víctima de la injusta astucia a uno de los contratantes, es sancionado por la norma jurídica. Sin embargo, se trata de una *conducta íntima* o *interna, de una determinada actitud* que sólo el juez puede calificar y declarar (sobre este tema, véase el capítulo 3). Lo mismo sucede con el fraude y con otras conductas ilícitas de este tipo.

En su sentido tradicional, se califica de *coercibles* a las normas jurídicas porque, si no son cumplidas voluntariamente por los obligados, el acreedor puede solicitar al Estado su cumplimiento, incluso por la fuerza. La *coercibilidad* es, pues, la posibilidad de la autoridad pública de imponer el cumplimiento de la norma, incluyendo el recurrir a la violencia o fuerza pública para hacer cumplir un deber jurídico. Al referirse al concepto de la *coercibilidad*, Villoro Toranzo afirma: "Ésta es necesaria para poder obtener

[8] Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, p. 33.

una pacífica convivencia ordenada al bien común. No se puede abandonar a la espontaneidad de los súbditos el cumplimiento de algo que interesa a todos, sino que de grado o por fuerza éstos deberán someterse al orden."[9] Es tan importante la sanción que Kelsen define al derecho a partir de esta característica.

Cabe aclarar que *coercibilidad*, en el sentido en que se usa aquí el término, no significa necesariamente la existencia de una sanción, en su sentido tradicional. La norma jurídica instituye una sanción, la cual puede consistir en que la autoridad nos obligue a su cumplimiento (es obligatorio pagar impuestos), pero también puede ser explicada dentro del proceso lógico de la norma como sigue: si la conducta coincide con el tipo descrito en la norma, la sanción podrá consistir en que el derecho ha sido adquirido por haberse realizado el acto conforme a los supuestos normativos, y éste es el caso más frecuente (matrimonio, compraventa, crédito, etc.); sin embargo, si la conducta no se adecua al tipo descrito en la norma, no produce el efecto deseado: si no cumplo con lo establecido por el Código Civil, no habrá compraventa, testamento o matrimonio.

De esta manera, la *coercibilidad* debe ser entendida como un efecto típico de la norma jurídica, ya sea castigando al infractor, obligando al deudor o inhibiendo los efectos del acto. Si bien es cierto que la *coercibilidad* tiene la función de castigar al infractor, obligar al deudor o inhibir los efectos del acto, no es la única razón por la cual una norma jurídica será acatada.

Podemos considerar que existen dos tipos de motivación principalmente para cumplir lo ordenado por la norma: "la motivación directa [que] consiste en enunciar la norma con el fin de que el destinatario, una vez que desentrañe su sentido, la obedezca porque lo prescrito en la norma se adecua a sus convicciones, valores y sentido común". Mientras que la motivación indirecta consiste en que "a ciertas conductas o hechos, se les enlaza una o varias consecuencias..." (sanción).[10]

La *heteronomía* de las normas jurídicas significa que el creador de ellas es un ente distinto al destinatario de las mismas, y éstas le obligan aun cuando no sean reconocidas por tal destinatario. El ente creador de la norma puede ser el legislador, el juez o la autoridad administrativa.

Cuando la norma jurídica es creada por convenio o por contrato entre las partes, la voluntad de los contratantes se complementa recíprocamente y, por tanto, hay una voluntad propia y una ajena para cada uno de los contratantes. En el convenio o contrato existen derechos y obligaciones

[9] Miguel Villoro Toranzo, *op. cit.*, p. 480.
[10] Rodolfo Vázquez, *Teoría del derecho*, p. 37.

recíprocas; sin embargo, las partes, a través de su voluntad, han creado derechos y obligaciones que están por encima de esa voluntad original de creación; es decir, ninguna de las partes puede modificarlos de forma unilateral. Se dice que en estas circunstancias existe *heteronomía* en esos derechos y obligaciones.

Con este breve repaso de las características más relevantes de la norma jurídica estamos en posibilidades de abordar el estudio de otro tipo de normas de conducta que nos permitan hacer un deslinde lo más preciso posible.

4.3.2 Normas morales

Las normas morales son unilaterales e imperativas en la medida en que, frente al sujeto a quien obligan, no hay otro autorizado para exigirle el cumplimiento de sus deberes; se trata de un tipo de normas que imponen deberes, pero no conceden derechos.

A diferencia de la externalidad de las normas jurídicas, las normas morales son internas, ya que es el propio individuo quien decide cumplirlas o no, como un acto de decisión personal basado en sus creencias o valores. Es decir, que la interioridad en tales preceptos constituye "una modalidad o atributo de la voluntad".[11] Recaséns Siches y Del Vecchio coinciden en señalar que la característica central de las normas morales "es el campo de las intenciones, el ámbito de la conciencia o sea, la cara interna del obrar".[12]

Las normas morales son incoercibles porque su cumplimiento es espontáneo,[13] es decir, estos preceptos no establecen el empleo de la fuerza para el logro de su cumplimiento. Dice Recaséns Siches: "La moral no queda cumplida [por el hecho de] que sucedan de *facto* en el mundo los hechos externos [los deberes] por ella prescritos, sino para que quede cumplida es de todo punto necesario que sus normas sean realizadas por el sujeto libremente, libre de toda coacción irresistible, como actos palmariamente suyos."[14]

[11] Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, pp. 15 y 16.
[12] Luis Recaséns Siches y Giorgio del Vecchio, *Filosofía del derecho*, UTHEA, México, 1946, t. 1, p. 200.
[13] Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, pp. 21 y 22.
[14] Luis Recaséns Siches, *Introducción al estudio del derecho*, 7ª ed., Porrúa, México, 1985, p. 90.

Las normas morales son autónomas porque tanto el obligado como el creador de dichas normas son la misma persona; por ejemplo, yo considero que debo obrar en el sentido de ayudar a mi prójimo porque previamente tengo o he aceptado determinados valores: ser caritativo, solidario con los demás, respetar la propiedad ajena, respetar al prójimo, etc. Así, *autonomía* significa autolegislación, reconocimiento espontáneo de un imperativo creado por la propia conciencia.[15]

Con frecuencia escuchamos que tal *ley* es *moral* o *inmoral*, y lo que sucede en estos casos es que existe en la persona que así se pronuncia una calificación de dicha ley de acuerdo con sus convicciones o principios internos. Hay quienes consideran que una ley que establece la pena de muerte como castigo por un homicidio con todas las agravantes es una ley inmoral, porque va en contra de la vida humana. En una posición parecida están quienes condenan las leyes que permiten el aborto y, por supuesto, también hay quien no discute la "moralidad" de dichas leyes y las analiza desde una perspectiva práctica: eliminar de la sociedad a un sujeto que la ha agraviado con un homicidio sin ninguna justificación o dejar que cada mujer decida sobre el número y espaciamiento de sus hijos.

El problema de la moral y el derecho tiene hoy en día planteamientos más complejos como son, entre otros, la polémica entre vinculación o separación de ambos conceptos, donde los partidarios de la separación aceptan que los sistemas jurídicos "son el reflejo más o menos fiel de las convicciones morales de quienes detentan el poder en una sociedad determinada. La discusión se centra en la posibilidad o imposibilidad de establecer una relación conceptual entre derecho y moral."[16]

En otro plano, el debate se plantea hoy igualmente, por ejemplo, en el tema de la ecología. Los mares, las aguas, el aire no son patrimonio de ninguna persona ni de ningún país; son patrimonio de la humanidad. Contaminar los ríos o los mares o afectar la capa de ozono puede o no estar prohibido por las leyes de los Estados. En este último caso, un acto de tal naturaleza que no esté prohibido por una ley específica en un Estado determinado, en el sentido formal del derecho no sería delito o, por lo menos, calificada como una conducta ilícita; sin embargo, debido a que ese acto puede afectar a otros seres fuera de ese Estado o de otros países (como un derrame nuclear o la contaminación de un río que irriga a varios países), se trata de un acto en contra de la humanidad, inmoral, y ahí

[15] Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, p. 22.

[16] Sobre este tema y otros que se plantean en la teoría del derecho, véase Ernesto Garzón Valdés, "Derecho y moral", en Rodolfo Vázquez (comp.), *Derecho y moral, ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa, Barcelona, 1998.

es difícil determinar cuál es la frontera entre la norma jurídica y la norma moral. Veamos unos ejemplos de esta dificultad en el deslinde.

Los países que han ratificado convenios para combatir la contaminación ambiental estarán actuando en contra del derecho internacional si contaminan; si han firmado una declaración (el Protocolo de Kioto) y contaminan estarán vinculados por el derecho internacional en la medida en que faltan a su propósito, pero el Estado que no se haya adherido a tratados internacionales ni firmado declaraciones internacionales a favor de preservar el medio ambiente y contamine, aunque de acuerdo con su sistema jurídico interno no habrá cometido un ilícito, desde la perspectiva internacional esta conducta es ilegal, porque a pesar de todo los Estados tienen una obligación recíproca con los otros Estados para preservar el ambiente. Lo relevante aquí es distinguir que el deber jurídico coincide con unos países (los que han ratificado un tratado o se han adherido a una declaración) y con otros no (los que no han asumido ningún compromiso internacional), sin embargo, todos tienen un deber moral. En el ámbito internacional, la norma jurídica suele estar impregnada de un sentido moral que es el que comparten los países que firman un tratado, muchas veces sabedores de que sus respectivos sistemas jurídicos internos son diferentes. Para todos aquellos países (principalmente europeos) que asumen al derecho nacional como parte del internacional, el deber moral de conservar el medio ambiente coincide con la norma jurídica.

Lo mismo ha sucedido en el ámbito de los derechos humanos. Con motivo de la detención en Inglaterra del ex dictador chileno Augusto Pinochet, a petición de un juez español, quedó en evidencia que los delitos en contra de la humanidad cometidos durante la dictadura en Chile podían ser sancionados en otros países conforme a los tratados y las convenciones internacionales. Se puede decir que existe una norma genérica de reconocimiento universal que condena como inmoral, injusta y contraria al derecho la violación de los derechos humanos, al margen de los acuerdos internacionales en la materia y, sobre todo, al margen de los derechos nacionales.

Nótese cómo el derecho moderno en estos ámbitos se acerca al iusnaturalismo que, como recordaremos, se fundamenta en valores universales tales como un mundo limpio de contaminantes o el respeto a los derechos humanos, en tanto valores que hay que preservar. En todo caso, la norma estaría en función de valores que constituyen su propio ámbito de validez material.

4.3.3 Normas éticas

Las normas morales y las normas éticas suelen tener el mismo origen y la misma naturaleza.[17] Es más, se hallan tan entrelazadas[18] que difícilmente podríamos decir que tal o cual persona no es moral, pero es ética, o viceversa. La moralidad en la persona es un actuar de acuerdo con los valores que reconoce la sociedad en donde esa persona vive; es una calidad personal que envuelve al individuo en toda su actuación y en su actuación frente a otros, ya sea en su ejercicio profesional o en su trabajo, en su familia u otra actividad cotidiana. Será por lo común una persona que actuará de acuerdo con las reglas que su trabajo, profesión, familia o actividad establecen. Esa persona que actúa con base en los valores establecidos es, además de su actuación moral, probablemente una persona ética.

Sin embargo, cabe distinguir entre la actuación moral y la actuación ética. Actuar moralmente es el género y actuar éticamente es la especie. Veamos por qué. En toda sociedad hay valores que deben ser respetados. En las sociedades occidentales la buena fe, la prudencia, el respeto a las personas, la caridad hacia el prójimo, etc., son valores admitidos; quien actúa conforme a esos valores puede considerarse una persona moral. En cambio, la ética hoy en día está referida de forma más específica a la actuación de las personas, al desarrollo de las actividades cotidianas o profesionales, y así podemos decir que un médico actúa con ética si atiende oportuna y correctamente a sus pacientes; que un funcionario público actúa con ética si desempeña de manera eficaz y honrada sus funciones.

La ética es de gran importancia en el desempeño de la abogacía. Desafortunadamente, en las facultades y escuelas de derecho de México y de algunos países latinoamericanos no se insiste lo suficiente en enseñar a los alumnos los principios de la ética de los abogados. De ahí que aprovechemos este momento para ampliar el tema.

Entre las reglas más reconocidas están los famosos *Mandamientos del abogado*, de Couture, que entre ellos establece un principio ético fundamental: "Sé leal para con tu cliente al que no debes abandonar hasta que

[17] En el plano descriptivo que mantenemos en esta obra, esa afirmación puede ser cierta; sin embargo, hay una polémica entre la ética y la moral y la relación de esta última con las visiones religiosas del mundo. Sobre este debate se puede consultar: Enrico Zoffoli, "Jürgen Habermas: entre hechos y normas", en *Isonomía*, ITAM, núm. 32, México, abril de 2010, pp. 69 y siguientes.

[18] Aristóteles se refirió "a la rectoría incontrastable de las virtudes intelectuales sobre las virtudes morales", Antonio Gómez Robledo, *Estudio preliminar a la ética nicaragüense*, Biblioteca Scriptorum Graecorum et Romanorum mexicana, UNAM, México, 1983, p. XXXIV.

comprendas que es indigno de ti. Leal para con el adversario aun cuando él sea desleal contigo, leal para con el juez que ignora los hechos y debe confiar en lo que tú dices; y que, en cuanto al derecho, alguna que otra vez debe confiar en el que tú invocas."

De esta idea podemos derivar cuatro elementos: lealtad con el cliente, con el adversario, con el juez y creer en el derecho, que es una forma de lealtad.

Cuando Couture se refiere a la lealtad con el cliente abre una gama muy amplia de actitudes en las que la ética del abogado debe mostrarse con claridad y honestidad. El cliente requiere nuestro auxilio para solucionar su problema. Debemos hacerlo con entrega y ésta quizá sea una de las partes más bellas de la profesión del abogado: estudiar con mucho cuidado los antecedentes del caso, entender los diferentes elementos que están involucrados y que nos puedan llevar a conclusiones; formular los escritos necesarios con todo conocimiento y pulcritud (demanda, contestación a la demanda, impugnaciones), poniendo nuestro conocimiento jurídico a favor del cliente, y representarlo con firmeza, convicción y honradez.

La lealtad hacia el adversario siempre es un reto a la ética del abogado. A pesar de que el adversario en el litigio no se comporte como es debido, el abogado ético siempre tendrá que comportarse conforme a sus valores. En medios legales como los latinoamericanos, con frecuencia encontramos abogados sin escrúpulos, pero el conocimiento del derecho a la larga sirve más que las argucias.

Respecto de la lealtad hacia el juez, es un perfil muy delicado: por una parte, pesa la defensa del cliente y, por la otra, la posibilidad de presentar pruebas que puedan ser engañosas con el único objeto de fortalecer la defensa. Una conducta ética exige que el abogado sea objetivo y valore en todo momento y siempre con cuidado la defensa de su cliente.

Por su parte, la Barra Mexicana-Colegio de Abogados ha establecido normas de ética que resumen y amplían lo que acabamos de decir y que por su claridad e importancia todo estudiante de derecho debe conocer.

Reglas de Ética de la Barra Mexicana-Colegio de Abogados

Artículo 1º. Esencia del deber profesional.

El abogado ha de tener presente que es un servidor del derecho y un coadyuvante de la justicia; y que la esencia de su deber profesional es defender diligentemente y con estricto apego a las normas morales, los derechos de su cliente.

Artículo 2º. Defensa del honor profesional.

El abogado debe mantener el honor y la dignidad profesionales; no solamente es un derecho, sino un deber, combatir por todos los medios lícitos la conduc-

ta reprochable de jueces, funcionarios públicos y compañeros de profesión, y hacerla conocer, sin temor, a las autoridades competentes o a los Colegios de Abogados, apartándose de una actitud pasiva.

Artículo 3º. Honradez.

El abogado debe obrar con probidad y buena fe. No ha de aconsejar actos dolosos, afirmar o negar con falsedad, hacer citas inexactas, mutiladas o maliciosas, ni realizar acto alguno que estorbe la buena y expedita administración de justicia.

Artículo 4º. Abusos de procedimiento.

El abogado debe abstenerse del empleo de formalidades y recursos innecesarios, de toda gestión puramente dilatoria que entorpezca injustamente el normal desarrollo del procedimiento y de causar perjuicios injustificados, aunque sea con pretexto de escrupulosa observancia de reglas legales.

Artículo 5º. Cohecho.

El abogado que en el ejercicio de su profesión coheche a un funcionario público o auxiliar de la administración de justicia, faltará gravemente al honor y a la ética profesionales. El abogado a quien conste un hecho de esta naturaleza, tiene el deber de hacerlo saber a su Colegio de Abogados, a fin de que éste proceda en la forma que corresponda.

Artículo 6º. Aceptación y rechazo de asuntos.

El abogado tiene libertad para aceptar o rechazar los asuntos en que se solicite su patrocinio, sin necesidad de expresar los motivos de su resolución, salvo el caso de nombramiento de oficio, en que la declinación debe ser justificada. Al resolver, debe prescindir de su interés personal y cuidar que no influyan en su ánimo el monto pecuniario del negocio, ni el poder o la fortuna del adversario. No aceptará un asunto en que haya de sostener tesis contrarias a sus convicciones, inclusive las políticas o religiosas, y cuando no esté de acuerdo con el cliente en la forma de plantearlo o desenvolverlo, o en caso de que pudiera ver menoscabada su independencia por motivos de amistad, parentesco u otros. En suma, no deberá hacerse cargo de un asunto sino cuando tenga libertad moral para dirigirlo. Los abogados que reciban una iguala, que presten servicios en virtud de un contrato de servicios exclusivos o que ejerzan la profesión como funcionarios públicos, estarán obligados en principio a aceptar todos los asuntos que se les encomienden, de la clase comprendida en el contrato que hayan celebrado o en el cargo o empleo que desempeñen; pero deberán excusarse de atender un asunto concreto cuando se encuentren en los casos de prohibición del párrafo anterior. Si el cliente, patrón o superior jerárquico no admitiere la excusa y el abogado confirmare, después de un sereno examen, que es fundada, deberá sostener enérgicamente la independencia que constituye un rasgo distintivo de la abogacía.

Artículo 7º. Defensa de indigentes.

La profesión de abogado impone defender gratuitamente a los indigentes, así cuando lo soliciten como cuando recaiga nombramiento de oficio; el incumplimiento de este deber, si no median causas justificadas y suficientes de excusa, relacionadas con la actividad profesional que se cultive, el lugar de prestación de los servicios u otras circunstancias semejantes, es falta grave que desvirtúa la esencia misma de la abogacía.

Artículo 8º. Defensa de acusados.

El abogado tiene derecho de hacerse cargo de la defensa de un acusado, cualquiera que sea su opinión personal sobre la culpabilidad de éste; y, habiéndola aceptado, debe emplear en ella todos los medios lícitos para el mejor resultado de su gestión.

Artículo 9º. Acusaciones penales.

El abogado que tenga a su cargo la acusación de un delincuente, ha de considerar que su deber primordial es conseguir que se haga justicia, y no obtener la condenación.

Artículo 10º. Secreto profesional.

Guardar el secreto profesional constituye un deber y un derecho del abogado. Es hacia los clientes un deber que perdura en lo absoluto aun después de que les haya dejado de prestar sus servicios; y es un derecho ante los jueces y demás autoridades. Llamado a declarar como testigo, debe el letrado concurrir a la citación y, con toda independencia de criterio, negarse a contestar las preguntas que lo lleven a violar el secreto profesional o lo expongan a ello.

Artículo 11º. Alcance de la obligación de guardar el secreto.

La obligación de guardar el secreto profesional abarca las confidencias hechas por terceros al abogado en razón de su ministerio y las que sean consecuencias de pláticas para realizar una transacción que fracasó. El secreto cubre también las confidencias de los colegas. El abogado no debe intervenir sin consentimiento del cliente que le confió un secreto, en algún asunto con motivo del cual pudiera verse en el caso de revelar o de aprovechar tal secreto.

Artículo 12º. Extinción de la obligación de guardar el secreto.

El abogado que sea objeto de un ataque grave e injustificado de su cliente, estará dispensado de la obligación de guardar el secreto profesional y podrá revelar lo indispensable para su defensa. Cuando un cliente comunicare a su abogado la intención de cometer un delito, tal confidencia no quedará amparada por el secreto profesional y el abogado deberá hacer las revelaciones necesarias para prevenir un acto delictuoso o proteger a personas en peligro.

Artículo 13º. Formación de clientela.

Para la formación decorosa de clientela, el abogado debe cimentar una reputación de capacidad profesional y de honradez y evitar la solicitación directa o indirecta de clientes mediante publicidad o gestiones excesivas o sospechosas. Así, el reparto de tarjetas meramente enunciativas del nombre, domicilio y especialidad, o su publicación en directorios profesionales o en revistas especializadas, no suscita objeción; en cambio, la solicitación de asuntos por avisos o circulares o por entrevistas no basadas en previas relaciones personales, es contraria a la ética de la profesión. Toda publicidad provocada directa o indirectamente por el abogado con fines de lucro o en elogio de sí mismo, menoscaba la tradicional dignidad de la profesión.

Artículo 14º. Publicidad de litigios pendientes.
El abogado no debe usar la prensa para discutir los asuntos que se le encomienden, ni publicar en ella piezas de autos, salvo para rectificar cuando la justicia o la moral lo exijan. Aunque no es recomendable como práctica general mientras no esté concluido el proceso, podrá publicar folletos en que se exponga el caso, con apego a las constancias de autos, guardando siempre el respeto debido a los tribunales y funcionarios, a la parte contraria y a sus abogados, y usando el lenguaje mesurado y decoroso que exige la dignidad de la profesión. Si la publicación puede perjudicar a una persona, como cuando se tratan cuestiones penales o de estado civil que afecten la honra, los nombres se omitirán cuidadosamente.
Artículo 15º. Empleos de medios publicitarios para consultas.
Falta a la dignidad profesional el abogado que habitualmente dé consultas o emita opiniones por conducto de periódicos, radio o cualquier otro medio de publicidad, sobre negocios jurídicos concretos que se le planteen, sean o no gratuitos sus servicios.
Artículo 16º. Incitación directa o indirecta a litigar.
No va de acuerdo con la dignidad profesional el que un abogado espontáneamente ofrezca sus servicios o dé opinión sobre determinado asunto, con el propósito de provocar un juicio o granjearse a un cliente; salvo cuando lazos de parentesco o íntima amistad lo induzcan a obrar así.
Artículo 17º. Puntualidad.
Es deber del abogado ser puntual en todos sus actos profesionales.
Artículo 18º. Alcance del código.
Las normas de este código regirán todo el ejercicio de la abogacía. Por consiguiente, serán aplicables cualquiera que sea la forma que revista la actividad del abogado; la especialidad que cultive; la relación existente entre el abogado y el cliente; la naturaleza de la retribución; y la persona a quien se presten los servicios.
Artículo 19º. Aplicación del código.
En la observancia y aplicación de este código se atenderá el espíritu de elevada moral y superior justicia que lo inspira. En consecuencia, al resolver sobre las quejas o acusaciones que se presenten por infracción de sus preceptos, se tomarán en cuenta todas las circunstancias del caso para determinar, en conciencia, si se ha violado dicho espíritu.[19]

Como puede observarse, se trata de normas éticas precisas sobre la actuación de los abogados y tienen varios efectos prácticos. En primer lugar, su cumplimiento por parte de los miembros de ese colegio hace que dicha institución tenga un amplio prestigio nacional e internacional y sus integrantes sean ampliamente reconocidos. Al mismo tiempo, el incumplimiento de estas reglas trae aparejada una sanción que consiste en una

[19] Texto tomado de la sección primera del Código de ética, www.bma.org.mx

amonestación o en la exclusión del miembro del colegio. No es el caso de la norma jurídica, en la cual la sanción corre a cargo del Estado.

En el caso de la ética como en el de la moral, el debate en el ámbito de la teoría del derecho es muy importante,[20] pero ese tema será objeto de cursos superiores para el estudiante de derecho.

4.3.4 Normas religiosas

En lo que corresponde a las *normas religiosas*, hay dos maneras de abordar el tema: con el estudio de las reglas internas de una religión que se refieren a la organización interna de esa Iglesia y las normas sustantivas de esa misma religión mediante las que se predica un credo. A estas últimas nos referiremos a continuación. Se trata de normas establecidas por una determinada religión o creencia cuyos principios acepta una persona, o bien, una creencia que esa persona comparte y cuyas normas acata y acepta como parte fundamental del desarrollo de su vida. Son normas internas que la persona acepta, en las que cree y tiene fe y, por tanto, esas normas conforman su actuación en todos los aspectos de la vida.

> El ser humano no solamente necesita participar y comunicarse con sus semejantes, sino que también suele requerir el apoyo y la guía de entes superiores a él, tales como Dios. Según la doctrina cristiana, si el ser humano se comportara de acuerdo con los postulados de esa doctrina y con fe en la existencia de Dios, recibiría como premio la vida eterna. Para alcanzar ésta, el medio idóneo sería precisamente el cumplimiento de los postulados mencionados a través de las normas religiosas, las cuales son inspiradas por la idea suprema de Dios, y tienen por principal objeto ayudar al hombre a lograr un fin último en una vida que no es la terrena. Consideran la conducta del hombre no sólo en sus relaciones con sus semejantes, como el derecho, sino en sus actos para con Dios y para consigo mismo... [21]

En cuanto a las normas religiosas, sabemos que también son de carácter interno y que auxilian al individuo para acercarse a Dios y de esta manera alcanzar la vida eterna (cap. 1); asimismo, quien cumpliera con ellas tendría un buen comportamiento social, sería una persona justa, caritativa y probablemente ética. Éstas son manifestaciones externas, producto de una *decisión individual* y de un *cumplimiento espontáneo*.

[20] En este sentido véase Norbert Hoerster, *Problemas de ética normativa*, Fontamara, México, 1992.
[21] Trinidad García, *Apuntes de introducción al estudio del derecho*, 28ª ed., Porrúa, México, 1986, p. 11.

El pensamiento religioso y sus reglas, concretamente el cristianismo, han sido por otra parte de profunda influencia en el derecho. Un gran número de sus preceptos fueron incorporados en el derecho romano a partir de las *Institutas* de Justiniano. Las reglas religiosas se transmitieron a través del derecho canónico en las primeras codificaciones europeas de la Edad Media, como fue el *Código de las Siete Partidas* de Alfonso X el Sabio (1252-1284).

San Agustín, a quien se conoce como *Padre de la Iglesia*, de gran trascendencia en la historia del pensamiento universal, dejó un legado muy importante en sus escritos al trasladar el pensamiento platónico y, en consecuencia, el aristotélico, al tema de la justicia.[22] El derecho occidental actual contiene una parte sustancial del derecho canónico, especialmente en el campo de la familia. El derecho de la Iglesia fue una parte fundamental de los estudios de derecho en muchas de las universidades europeas, que todavía hasta el siglo XVIII otorgaban a los juristas el título de *Juris Utriusque Doctor*, que significaba doctor "en ambos" derechos: en derecho común, que era derecho civil romano, y en derecho canónico. El estudio de ambos derechos a lo largo de los siglos tuvo efecto de influencia recíproca.[23]

4.3.5 Reglas del trato social

Las reglas del trato social son las reglas de cortesía, de etiqueta, también llamadas *convencionalismos sociales*. Éstas nos permiten llevar a cabo una vida social más amena y cordial (cortesía); es decir, conducirnos de acuerdo con ciertas reglas establecidas para circunstancias y momentos determinados: darles preferencia a las damas, no interrumpir la conversación de los demás, comportarnos con recato durante una ceremonia o un funeral, etc. Como señala Óscar Morineau, los convencionalismos adquieren carta de ciudadanía cuando se convierten en costumbre o práctica generalizada en los grupos sociales que los practican.[24]

Si no respetamos estas reglas nos haremos acreedores a una sanción: que la sociedad nos margine, pero tal sanción no tiene las características señaladas en el caso de las normas jurídicas; por eso se ha dicho que los

[22] Principalmente en sus obras: *De Trinitate*, libro IX, párrafo 13, *Beata Vita*, libro 2, párrafo 10; *De Libero Arbitrio*, libro III, párrafos 1 y 2, y *De Civitate Dei*, libro V, versículo 12.

[23] John Henry Merryman, *La tradición jurídica romano-canónica*, p. 33.

[24] Óscar Morineau, *El estudio del derecho*, p. 57.

convencionalismos sociales son reglas de conducta exterior, incoercibles, heterónomas y unilaterales.[25]

Cabe apuntar también que los *convencionalismos sociales* tienen diferentes graduaciones. En una sociedad primitiva hay cierto grado de convencionalismos; sin embargo, en una sociedad desarrollada los convencionalismos existen con mayor grado de complejidad y se consideran esenciales en el trato cotidiano. Dependiendo de esta mayor o menor necesidad de uso y respeto de convencionalismos en una sociedad y época determinadas, los individuos tendrán una mayor o menor obligación de cumplir con ellos. En todo caso, se trata de una obligación social cuya sanción es la marginación para quien no los cumpla.

Existe cierto tipo de convencionalismos que son más cercanos a las normas jurídicas y que también hay que deslindar. Se trata de las *reglas de protocolo*, que pueden ir desde el orden y la precedencia en que se deben sentar los invitados en una cena familiar, hasta ese orden y precedencia a que están obligados los gobiernos cuando tienen visitas de representantes de un gobierno extranjero. En este último caso, una violación a las reglas básicas del protocolo puede considerarse una violación al derecho internacional y, por tanto, dar lugar a una nota de protesta e incluso al deterioro de las relaciones entre países; sin embargo, a pesar de estas posibles consecuencias de su violación, las reglas del protocolo oficial que constituyen los convencionalismos más formales no son normas jurídicas en el sentido que antes hemos apuntado; el tipo de sanción es diferente.

4.4 Criterios de analogía y distinción entre diferentes normas

A PARTIR DE LOS CONCEPTOS VERTIDOS EN LOS APARTADOS ANTERIORES PODEMOS hacer un breve análisis de analogía y distinción entre las normas jurídicas, morales y sociales a fin de precisar conceptos.

Las normas jurídicas se asemejan a las normas morales porque ambas tienen como finalidad regular las conductas de los individuos. Asimismo, existe coincidencia porque en muchas normas morales se establece la obligación de un adecuado comportamiento para con el prójimo, lo que ayuda a tener mejores relaciones sociales y, en general, contribuye a desarrollar conductas útiles a la sociedad.[26] Al mismo tiempo, las diferencias entre este tipo de normatividad consisten en que las normas jurídicas son bilaterales o imperativo-atributivas, exteriores, coercibles y heterónomas,

[25] Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, pp. 26 y 31-33.

[26] Al respecto, véase Patrick Courbe, *Introduction générale au droit*, pp. 5 y 6.

mientras que las normas morales son unilaterales, internas, incoercibles y autónomas.

Las normas jurídicas se asemejan a las reglas de trato social en que ambas son exteriores y heterónomas y tienen como finalidad regular el comportamiento social. Se distinguen en que las normas jurídicas son bilaterales y coercibles, en tanto que las reglas sociales son unilaterales e incoercibles.

Por su parte, las normas morales se asemejan a las reglas sociales en que ambas tienen como finalidad regular las conductas de los individuos; además, son unilaterales e incoercibles y se distinguen en que las reglas de trato social son exteriores y heterónomas, mientras que las normas morales son internas y autónomas.

El común denominador de estas normas es la regulación de la conducta de los individuos que, en el caso de las normas jurídicas y de las normas de trato social, es más parecida; sin embargo, estas últimas valen normalmente dentro de un grupo social determinado y tienen por objeto "hacer más previsible y humana la convivencia y asimilar las naturales asperezas que se pueden seguir de lo insólito, de lo tosco o grosero o simplemente de lo incivilizado".[27]

4.5 Ámbitos de validez de las normas jurídicas

YA HICIMOS UN DESLINDE DE LA NORMA JURÍDICA RESPECTO A OTRAS NORMAS sociales. Ahora procederemos al análisis de los diversos planos de aplicación de las normas jurídicas. Este nuevo enfoque es un ejercicio de reflexión que nos permitirá observar un aspecto diferente de la normatividad jurídica y, al mismo tiempo, nos va a dar la oportunidad de analizar una parte considerable de su funcionamiento.

4.5.1 Ámbito espacial de la norma

Las normas jurídicas son elaboradas para aplicarse en una sociedad determinada. Hemos indicado que el derecho es un producto cultural y, por tanto, relativo a una sociedad específica. El legislador, el juez y el Poder Ejecutivo expiden leyes, sentencias y reglamentos, respectivamente, para ser aplicados en su sociedad y con ese objeto tienen en cuenta una serie de factores culturales. Por ejemplo:

[27] Miguel Villoro Toranzo, *op. cit.*, p. 468.

> No es lo mismo expedir un reglamento que prohíbe a las personas dormir en la calle en la ciudad de Estocolmo, donde prácticamente no hay gente que viva en las calles, y de llegar a hacerlo, en el invierno se moriría por congelación, a que en la ciudad de Calcuta, en la India, se expidiese un reglamento semejante, donde decenas de millones de personas viven en calles, plazas y parques.

Debido a que las normas jurídicas se elaboran para ser aplicadas a una realidad determinada, se pretende que su aplicación sea espacialmente limitada. Ningún legislador elabora leyes con la intención de que sean aplicables en el mundo entero. Cualquier ley que se tratara de hacer aplicable fuera del territorio nacional perdería *eficacia*, ya que la autoridad extranjera no estaría dispuesta necesariamente a sancionar las conductas con base en esa ley. Sin embargo, hay excepciones y las veremos más adelante. Lo que aquí debe quedar claro es que el principio general es la limitación espacial que existe en la expedición y en la aplicación de las normas jurídicas, de ahí que se afirme que la norma jurídica tiene un ámbito espacial de validez.

4.5.2 Ámbito temporal de la norma

Así como la norma jurídica sólo tiene *validez* y *eficacia* en un ámbito *espacial* determinado, también la *norma* tiene otra limitación: la del tiempo. Con excepción de la costumbre y los usos mercantiles, que no tienen una fecha de inicio ni una fecha de terminación precisas, las normas jurídicas entran en vigor a partir de una fecha cierta, que puede ser la fecha de entrada en vigor de una ley que se publica en el diario o periódico oficial, la fecha en la que se dicta una sentencia, la fecha en la que las partes han convenido que entre en vigor su contrato, etc. De la misma manera, estas normas jurídicas tienen una fecha en la que dejan de estar en vigor; por ejemplo:

> En el caso de las leyes, cuando la misma ley fije su temporalidad: la *Ley de Ingresos de la Federación* tiene vigencia anual; o que otras leyes posteriores expresa o implícitamente la deroguen (*Lex posterior, derogat priori*), o bien, que la sentencia haya sido cumplida o que el contrato deje de estar en vigor entre las partes por haber transcurrido el plazo establecido, o simplemente porque el contrato quedó resuelto por el cumplimiento del mismo por las partes, o que la sentencia dictada por el juez fue cumplida.

Lo importante es destacar que las normas jurídicas tienen una vigencia que se inicia en una fecha y termina en otra, independientemente de que tal vigencia sea larga como el caso del *Código de Comercio* que, en varios de sus capítulos, aún está vigente a pesar de que se expidió en 1887. En todo caso estamos hablando del *ámbito temporal de validez* de la norma jurídica.[28]

4.5.3 Ámbito personal de la norma

La norma jurídica tiene *validez* para toda la sociedad o para parte de ella. El art. 1° de la Ley Fundamental establece: "todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución". Esto quiere decir que la norma se aplica a todos los individuos que se encuentren dentro del país: mexicanos, extranjeros, mujeres, hombres, cristianos, judíos, estudiantes, comerciantes, etc. Asimismo, es importante aclarar que esta norma, al referirse a todos los individuos que se encuentren dentro del país, alude a un grupo pequeño de individuos, los que se encuentren en territorio mexicano, respecto a los que habitan en el resto del mundo, ya que de otro modo sería una norma destinada al género humano. En este último caso, se trataría de una *norma jurídica no eficaz* por no estar limitada espacialmente y, en consecuencia, no haber quien la haga cumplir.

Continuando con la idea de la aplicación personal de la norma, el *Código de Comercio* establece que sus normas "son aplicables sólo a actos comerciales" (art. 1°) y en seguida define quiénes son comerciantes para los efectos de ese código (art. 30). Es decir, existe en la norma una definición del ámbito personal que, en principio, es aplicable a los comerciantes y a los actos comerciales que éstos realizan y que son, a su vez, un universo limitado de individuos respecto del total de individuos que habitan el país. Lo mismo sucede con las leyes de impuestos, que se refieren a las personas que reciben un ingreso, de ahí que no se apliquen a todas aquellas que no reciben ingresos, como es el caso de los estudiantes, las amas de casa, etc. De manera menos amplia, en su ámbito de aplicación personal están las leyes relativas a los extranjeros, que constituyen un sector reducido de los habitantes del país, como sucede con la *Ley General de Población* [próximamente en el Reglamento de la Ley de Migración], que establece las calidades y características migratorias y, además, la normatividad que

[28] Sobre el derecho temporal, véase Leonel Pereznieto Castro, "Comentarios a la ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera", en *El Foro*, Barra Mexicana-Colegio de Abogados, quinta época, núm. 30, México, 1973, pp. 47 y siguientes.

los extranjeros deben cumplir a fin de ingresar y permanecer legalmente en el territorio nacional. En estos casos hablamos del *ámbito personal* de validez de la norma jurídica.

4.5.4 Ámbito material de la norma

Se trata de la materia que la norma regula. Así, tenemos normas administrativas que regulan la naturaleza y las funciones de los órganos encargados de la administración pública. Otras normas determinan la forma en que se constituyen y funcionan las sociedades mercantiles; unas más se refieren a las relaciones civiles y familiares de las personas y regulan todo lo relativo a su nacimiento, nombre, relaciones de parentesco, matrimonio, adopción, divorcio y muerte. Otro tipo de normas jurídicas tienen ámbitos materiales diferentes de los anteriores, como es el caso de las normas laborales o de las referidas a la protección del medio ambiente, etc. En todos los supuestos nos estamos refiriendo a la materia que se regula, y así podemos decir que una ley tiene como *ámbito material de aplicación* las relaciones de familia, las relaciones de trabajo o la regulación administrativa del Estado, etcétera.

Sin embargo, hay cierto tipo de reglas que por su naturaleza su ámbito material es complejo. Un par de ejemplos nos ayudarán a aclarar esta idea.

> Las normas en materia de ecología son exclusivamente materia administrativa, pero se derivan de ellas aspectos civiles de responsabilidad; las normas en el derecho de la competencia económica son materialmente administrativas, pero no de manera exclusiva, ya que en ellas hay procedimientos de análisis económico que deben cumplirse.

A medida que la sociedad crece en complejidad, así también se refleja en el contenido material de sus normas y, consecuentemente, de su ámbito material de aplicación. Decimos que la norma tiene un *ámbito material de validez*.

En conclusión, las normas jurídicas tienen cuatro ámbitos principales de aplicación: el espacial, el temporal, el personal y el material.

4.5.5 Las normas jurídicas en relación con su jerarquía

En cada sistema jurídico existe una norma jurídica fundamental u originaria, surgida de la revolución, de la conquista, de la independencia, del

consenso, del pacto social, etc. A esta norma por lo general se le denomina *Ley Fundamental* o *Constitución*. Su característica es que se encuentra en la base de todo sistema jurídico —o en la cúspide, como se prefiera— y de ella se deriva el resto de las normas del sistema. Por lo general, la Ley Fundamental o Constitución tiene previstas las reglas y los procedimientos conforme a los cuales deben ser elaboradas y expedidas el resto de las normas del sistema jurídico. En términos de jerarquía, esta Constitución o Ley Fundamental se encuentra en el plano más alto del sistema y define cuál es la jerarquía que las demás normas de ese sistema deben tener.

En el caso de México, el art. 133 constitucional establece el orden de *jerarquía normativa* en el sistema jurídico:

> 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 en toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados.

Analicemos esta disposición para conocer los elementos básicos de jerarquía en el sistema jurídico mexicano.

La Constitución está compuesta por 136 artículos dispositivos y 17 transitorios. Para regular la vida nacional se requiere derivar de estas disposiciones básicas, que son la Ley Suprema, leyes más específicas: unas destinadas al trabajo, otras a la actividad mercantil, otras más a la cuestión penal, otras a la inversión, la industria, la regulación del campo, etc. La propia Constitución establece la competencia federal y la competencia para los estados. La primera es regulada por leyes federales y la segunda, por leyes que los estados expidan. Dentro de la primera —las leyes federales— se ha hecho una distinción: las leyes que desarrollan o reglamentan disposiciones constitucionales y las leyes que no lo hacen. Las primeras se denominan *leyes federales orgánicas* o *leyes constitucionales*;[29] las segundas, *leyes ordinarias*.

Se trata, en todo caso, de las leyes que expide el Congreso de la Unión y que el art. 133 ubica debajo de la Constitución, ya que de ésta se derivan y son consideradas leyes supremas en toda la Unión, o sea, leyes que en sus diferentes ámbitos y materias están o deben estar por encima de las leyes que los estados expidan; de ahí que el art. 133 constitucional disponga que los jueces de cada estado se deberán ajustar a dichas leyes "a pesar

[29] Jorge Carpizo, "La interpretación del artículo 133 constitucional", en *Estudios constitucionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1980, p. 33.

de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados".

Por otra parte, el art. 133 constitucional distingue aparte a los tratados (internacionales) "celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con la aprobación del Senado", en cuyo caso también serán, junto con la Constitución y las leyes federales, leyes supremas en toda la Unión.[30]

Es evidente que la complejidad de las relaciones sociales y económicas de una sociedad como la mexicana requiere una regulación extensa y precisa, y para ello es necesario que se expidan leyes, sean federales o estatales. Estas leyes que tienen por objeto regular áreas específicas de la vida social y económica, ya sea en el ámbito federal, como es el caso del comercio, o bien en el plano estatal o del Distrito Federal, si se trata de materias civiles o penales, son leyes aprobadas por el Congreso de la Unión, si son federales, o por las legislaturas de los estados, si son locales, o por la Cámara de Diputados o la Asamblea Legislativa, si son para el Distrito Federal. Pero en todo caso son leyes de un rango jerárquico inferior a las comprendidas en la Ley Fundamental. A estas últimas se les denomina *leyes secundarias*. En esta jerarquización tradicional hay que agregar el nivel que les corresponde a los tratados internacionales celebrados por el Presidente de la República y aprobados por el Senado de acuerdo con el art. 133 constitucional que, de conformidad con nuestros más altos tribunales, se encuentra por encima de las leyes federales y por debajo de la Constitución.[31]

Hemos mencionado que las leyes requieren una reglamentación. En efecto, aunque se trate de leyes destinadas a una actividad o un sector determinado de la sociedad (civil, laboral, comercial, etc.), son disposiciones generales que muchas veces exigen mayor especificidad, y para lograrla se expiden los *reglamentos*. Éstos pueden ser aprobados por el Congreso de la Unión, expedidos por el Presidente de la República, por las legislaturas estatales, por la Cámara de Diputados o por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, según sea el caso; o bien, expedidos por el titular del Poder Ejecutivo en uso de la facultad reglamentaria que le otorga el art. 89, fracc. I, de la Constitución. En estos casos, los *reglamentos* tienen un nivel inferior, en términos de jerarquía, respecto de las leyes que reglamentan.

[30] Para mayor información sobre el art. 133 constitucional y en especial en materia de tratados, véase Leonel Pereznieto Castro, "El artículo 133 constitucional, una relectura", en *Jurídica*, Universidad Iberoamericana, t. 11, 1995.

[31] *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, t. XX, septiembre de 2004, p. 1896, y *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, t. XXI, mayo de 2005, p. 1586.

En un nivel jerárquico inferior a los *reglamentos* se encuentran una serie de disposiciones de carácter administrativo, que son materialmente legislativas pero formalmente administrativas.[32] La facultad reglamentaria conforme al art. 89, fracc. I, corresponde única y exclusivamente al titular del Poder Ejecutivo y no a los secretarios de Estado; sin embargo, éstos expiden de manera constante gran cantidad de disposiciones con el carácter de acuerdos, circulares, resoluciones, etc., cuyo objeto es dar cumplimiento a leyes o a reglamentos que afectan la administración pública. Independientemente de la consideración sobre el carácter jurídico de estas disposiciones, que en muchos casos son inconstitucionales, tanto por la forma de emisión como por su contenido, representan la jerarquía más baja dentro del sistema jurídico en términos de jerarquía.

"De acuerdo con la investigación realizada en el periodo 1993-2003, se estima que a la fecha se han publicado 371 resoluciones misceláneas (únicamente en materia fiscal). De lo anterior se deduce que anualmente se publican en promedio 37 resoluciones o reglas de carácter general. Resulta indudable que la producción de estas normas gubernamentales va en aumento."[33] Lo complejo de la sociedad y de sus actividades lo requiere.

En el ámbito municipal, esa jerarquía la tienen los bandos de policía y buen gobierno, aunque en este caso la fuente es constitucional (art. 115).

Adolfo Merkl, un discípulo del jurista vienés Hans Kelsen (a quien ya nos hemos referido), ilustraba la jerarquía normativa con una metafórica pirámide, en cuyo vértice colocaba a la Ley Fundamental, seguida por las leyes secundarias, luego por los reglamentos; en la base de dicha pirámide se hallaban las demás disposiciones. En el sistema propuesto por Kelsen, la jerarquía de las normas aparece en forma de "una concentración escalonada de diversos estratos de normas jurídicas",[34] donde "su unidad está configurada por la realización de que la validez de una norma producida conforme a otra reposa en esa otra norma, cuya producción a su vez está determinada por otra".[35] De acuerdo con el modelo de Kelsen, la *jerarquía normativa* es necesaria, ya que la validez de las normas inferiores se determina conforme a las normas de superior jerarquía. Como también mencionamos, el propuesto por este autor fue un modelo ideal que desde el punto de vista científico ha servido, aparte de la doctrina del derecho, para analizar la coherencia del sistema jurídico y la validez de sus normas.

[32] Los actos jurídicos pueden clasificarse de acuerdo con dos tipos de criterio: el primero formal, en cuanto al tipo de órgano que lo emite, por ejemplo un órgano legislativo; el segundo es el material y atiende al contenido del acto. De esta forma, podemos tener un acto formalmente legislativo, pero materialmente administrativo, como en el caso citado.

[33] Gabriela Ríos Granados, "Naturaleza jurídica de las reglas misceláneas y de reglas generales", en *El Foro*, Barra Mexicana-Colegio de Abogados, 13ª época, t. XVI, núm. 1, primer semestre, México, 2003, p. 71.

[34] Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, p. 232.

[35] *Ibídem*.

4.5.6 Normas individuales y normas generales

Antes de seguir adelante es fundamental mencionar una distinción que la doctrina establece respecto a las *normas jurídicas generales* y las *normas jurídicas individuales*, que tiene relación estrecha con el ámbito personal de validez de las normas jurídicas a las que nos referimos antes.

Cuando una norma jurídica alude a una conducta atribuible a un número indeterminado de individuos, estamos en presencia de una *norma jurídica general*. Así, por ejemplo, el art. 4º constitucional, segundo párrafo, establece: "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos." En este caso, se trata de todos aquellos individuos que se sitúen en el supuesto actual o futuro de tener hijos. En cambio, una norma jurídica es *individual* cuando está dirigida a uno o a varios individuos de forma personal.

Así, por ejemplo, el art. 33 constitucional, último párrafo, establece: "Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país." Es decir, sólo se refiere a ese grupo perfectamente delimitado de individuos que se encuentran en el país y que no poseen la nacionalidad mexicana. Sin embargo, a pesar de ser un grupo pequeño, la norma sigue teniendo un rasgo de generalidad, pues se aplica a *todos* los extranjeros. De otra manera, habría un sesgo de segregación al referirse la norma sólo a los guatemaltecos o a los salvadoreños o a individuos de otra determinada nacionalidad y darles un trato discriminatorio. Conforme a la norma: son todos los extranjeros.

Otro es el caso de las sentencias donde se individualiza la aplicación de la ley. Cuando el juez dicta su sentencia y condena al pago de una indemnización a Crispín, la aplicación de la ley se hace totalmente personal. Podemos observar la graduación de una norma general: un universo determinado de individuos, la población de México, o bien un grupo bien definido de personas (los extranjeros) o, mejor aún, un individuo específico (Waldo o Crispín).

4.5.7 Normas sustantivas, adjetivas, descriptivas o explicativas y conflictuales

Toda norma jurídica tiene una estructura diferente de acuerdo con el fin al que está destinada. En términos generales, podemos distinguir cuatro grandes grupos de normas jurídicas en un sistema: las *normas jurídicas sustantivas* o *sustanciales*, las *normas jurídicas adjetivas* o *procesales*, las *normas jurídicas descriptivas* y las *normas jurídicas conflictuales*. A las dos primeras ya nos hemos referido en varias ocasiones, por lo que la siguiente exposición servirá de recordatorio y de síntesis; al mismo tiempo, aprovecharemos para explicar las dos últimas.

4.5.8 Normas jurídicas sustantivas

Las *normas jurídicas sustantivas* constan de un supuesto o condición de hecho y de una consecuencia jurídica. El supuesto o condición en estas normas representa una condición de hecho o conducta humana. Citemos tres casos:

"Si el hijo fue reconocido por el padre", o bien, "cuando los contratantes se pongan de acuerdo", o si, "el que posee en concepto de dueño por más de un año (lo que constituye el hecho) pacífica, continua y públicamente, aunque su posesión sea de mala fe, con tal de que no sea delictuosa, tiene derecho (la consecuencia jurídica)" a "los frutos industriales que haga producir la cosa poseída", etc.; y la consecuencia jurídica es una permisión y, en algunos casos, una prohibición o un mandato; en nuestro ejemplo: "si el hijo fue reconocido por el padre, habrá un acto con todos los efectos de la filiación", en el segundo caso, "cuando los contratantes se pongan de acuerdo en la cosa y el precio", habrá compraventa, y en el tercer caso, la posesión de un bien inmueble continua y pacífica da lugar a determinados derechos.

En otras palabras, en estas normas jurídicas la regulación de la conducta es de tal forma que si se realiza de acuerdo con lo establecido por la norma (supuesto o condición), la consecuencia será que el derecho reconozca lo realizado de conformidad con esa norma (consecuencia jurídica: reconocimiento de hijo, compraventa, posesión, etc.). Éste es el tipo más frecuente de normas jurídicas en todo sistema. Otro tipo de normas sustantivas son aquellas en las que el supuesto o condición constituye una

condición o conducta humana, pero la consecuencia jurídica es una prohibición o un mandato.

Por ejemplo, el art. 289 del CCF establece en su segundo párrafo: "El cónyuge que haya dado causa al divorcio no podrá volver a casarse, sino después de dos años..." El supuesto o condición fue la conducta culposa del cónyuge que dio lugar al divorcio y la consecuencia jurídica, una sanción que se manifiesta en una prohibición. Todavía dentro del derecho de familia, el mismo código establece un mandato en su art. 192: "Todo pacto que importe cesión de una parte de los bienes propios de cada cónyuge, será considerado como donación..." Es decir, la norma establece que no importa la voluntad de los cónyuges de celebrar tal o cual tipo de convenios: si es de la naturaleza a que se refiere la ley, ésta previene que siempre serán considerados como donación.

Para concluir, veamos dos ejemplos relacionados con los anteriores, pero ahora en otros campos del derecho donde la norma jurídica establece un *mandato* que, de no cumplirse, acarrea una sanción, y otra norma donde ante una *prohibición*, quien la viola también será sancionado. Se trata en el fondo del mismo caso normativo, aunque con diferencias que nos servirán para mostrar su naturaleza diversa y su forma de aplicación.

El art. 106 de la *Ley del Impuesto sobre la Renta* nos obliga a pagar impuestos siempre que nos ubiquemos en la hipótesis que la misma ley señala; es decir: que residamos en México y que obtengamos ingresos. Si nos ubicamos en la hipótesis y no cumplimos con este mandato o con esta obligación, el art. 76 del *Código Fiscal de la Federación* establece, entre otras sanciones: "Cuando la comisión de una o varias infracciones origine la omisión total o parcial en el pago de contribuciones [entre ellas los impuestos] incluyendo las retenidas o recaudadas... y sea descubierta por las autoridades fiscales mediante el ejercicio de sus facultades de comprobación, se aplicará una multa..." (y en el mismo artículo se establecen los diferentes porcentajes de aplicación de multas conforme al impuesto omitido).

Estas disposiciones muestran dos aspectos importantes en el tema que nos ocupa: que la ley establece un mandato para las personas de pagar sus impuestos y éstas pueden, eventualmente, desobedecer el mandato y no pagarlos; y que si la persona que desobedeció el mandato es "descubierta" por la autoridad, entonces se le aplicará la sanción, que es la multa.

El segundo caso es el siguiente.

Como hemos visto, el Estado a través del derecho penal tutela los valores fundamentales de las personas, de la sociedad y del propio Estado, y esta protección o tutela la instrumenta por medio de normas jurídicas en las que se definen las conductas que dañan o pueden dañar esos valores protegidos; por tanto, en caso de que así suceda, en las propias normas se establece una sanción. Así, en el art. 123 del *Código Penal para el Distrito Federal* se define la conducta siguiente: comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro que debe considerarse delito, de acuerdo con el art. 7° del *Código Penal Federal*, se define como "el acto u omisión que sancionan las leyes penales". De ahí que al tipificarse como delito la conducta por la cual una persona priva de la vida a otra, se trata de una acción que sancionan las leyes penales. El Código Penal establece las diferentes penalidades que se aplican a este tipo de conductas. En este ejemplo, a diferencia del anterior, la comisión del delito se considera sancionable desde el momento en que se cometa, y no se requiere que la persona sea "descubierta" por la autoridad. Es decir, la persona que comete este delito, quienquiera que sea, es susceptible de ser castigada a partir del momento mismo en que lo cometió, aunque puede huir e incluso no ser sancionada.

Es importante señalar una diferencia en los dos tipos de normas citadas en los ejemplos. En la primera se establece una obligación unida a una prevención. Al fisco no le interesa que los causantes morosos sean sancionados, lo que le interesa es que paguen sus impuestos y de ahí la advertencia "persona que sea descubierta". Por otro lado, en una norma bicondicionada como ésta, se establecen dos supuestos distintos pero vinculados. En el primero la ley prescribe una obligación: todos los individuos deben pagar sus impuestos, no pagarlos es infringir la obligación y, por tanto, es caer en el supuesto del incumplimiento. Dicho supuesto está vinculado al primero. Se trata de un supuesto dependiente o accesorio del anterior. La norma establece una condición para que los causantes morosos —los que incumplieron la obligación— sean sancionados: "que sean descubiertos". La razón es muy sencilla: existe efectivamente el incumplimiento en el pago de los impuestos, pero éstos pueden pagarse en cualquier momento posterior, siempre y cuando el individuo no sea descubierto. Con este segundo supuesto se presiona al contribuyente para que cumpla con su obligación.

En cambio, en la violación a la norma que prohíbe el homicidio el supuesto de la prohibición se encuentra vinculado directamente con la sanción. "Los homicidios deben ser sancionados", nos dirá el legislador. A diferencia de la norma fiscal, lo que le interesa al Estado es reprimir los

homicidios y de ahí su prescripción perentoria. En el caso de que la persona presuntamente culpable sea detenida, tendrá derecho de defenderse en un juicio y será condenada por el juez si se le encuentra culpable. Pero lo que nos interesa es el mecanismo normativo y en éste, al establecerse que la conducta de privar de la vida a otro es un delito, se nos está diciendo que ésta es una *conducta prohibida* y su violación, sancionable.

4.5.9 Normas jurídicas adjetivas

Las *normas jurídicas adjetivas* indican, como hemos visto, los procedimientos que deben seguirse para producir nuevas normas; de esta manera, tales normas indican cuáles son los procesos que deben seguirse para que el legislador analice, discuta y apruebe nuevas leyes (leyes orgánicas) y los jueces o aplicadores del derecho decidan cuál es el juez competente para conocer de tal o cual caso, cuál es el procedimiento que hay que seguir para definir jurídicamente una situación, cómo debe desarrollarse todo proceso, cómo deben dictarse las sentencias, etc. En suma, normas procesales. Dicho en otros términos, se trata de normas jurídicas que prescriben y ordenan cómo y de qué manera deben llevarse a cabo los actos para que puedan producirse nuevas normas jurídicas. En cuanto a normas procesales, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto lo siguiente:

> Tesis jurisprudencial 274. NORMAS PROCESALES. TIENEN ESE CARÁCTER CUANDO SU OBJETO SEA EL MISMO QUE EL DEL PROCESO. Las normas procesales son todas aquellas relacionadas con el desarrollo del proceso que va desde la iniciación, tramitación y la terminación de un proceso jurisprudencial, definiendo tanto los conceptos procesales más importantes, como son la acción legal, el interés, la relación jurídica, la jurisdicción, la competencia y la constitución de los órganos jurisdiccionales, como los distintos elementos que constituyen los procedimientos y formalidades tales como las notificaciones y actuaciones judiciales.[36]

En esta tesis se distinguen dos tipos de normas procesales: las que rigen las actuaciones (actos procesales) de quienes intervienen en el proceso (el juez y las partes) a fin de que pueda desarrollarse convenientemente y las reglas de procedimiento para la búsqueda de la verdad procesal,

[36] AR 2508/87, Esthela Moreno Juárez, 23 de octubre de 1987, unanimidad de cuatro votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón; Secretaria: Concepción Martín Argumosa. Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por su presidente, año 1987, vol. II, segunda parte, tercera sala, p. 202.

como las que se refieren a evaluación por el juez de los escritos de demanda y contestación, la valoración de las pruebas y los alegatos, etc. Las primeras, en un sistema formalista como el mexicano, son rígidas (formato en el que deben presentarse los escritos, fechas inamovibles en que deben presentarse éstos). En cambio las segundas, las reglas de valoración, dejan al juez cierto margen de apreciación y de decisión.

4.5.10 Normas jurídicas descriptivas o explicativas

Otro tipo de normas jurídicas que ya mencionamos son las que denominamos *descriptivas* o *explicativas* y que, como veremos más adelante, no son, en sentido estricto, normas jurídicas propiamente dichas, ya que no regulan u ordenan conductas. Son reglas que le sirven al legislador para explicar o describir el tipo o la naturaleza de las normas jurídicas que ha expedido.

> Un ejemplo de estas normas es el art. 1º de la *Ley de Inversión Extranjera*: "La presente ley es de orden público y de observancia general en toda la República. Su objeto es la determinación de reglas para canalizar la inversión extranjera hacia el país y propiciar que ésta contribuya al desarrollo nacional." Como se advierte, en la segunda parte de esta regla, su parte explicativa, no existe supuesto o condición ni consecuencia jurídica, y tampoco la prescripción de las normas adjetivas o procesales; tan sólo se está refiriendo a las normas que deben contribuir a canalizar la inversión extranjera. La función de este tipo de normas es de gran utilidad en las legislaciones, ya que ubica al objeto al que va dirigida la ley y, al mismo tiempo, describe o explica su naturaleza.

Por lo general, la teoría jurídica actual no admite que existan normas meramente explicativas o descriptivas. Una disposición como la del ejemplo representa una excepción a esa regla, ya que podría ser vista como prescriptiva en la medida en que establece que es de "orden público y de observancia general", pero la segunda parte, como lo hemos visto, sigue siendo explicativa de su objeto: "entiéndase que si es de orden público, deberá acatarse con todos los efectos que su significado incluye".

4.5.11 Normas jurídicas de conflicto

A estas normas les destinaremos una sección especial en el apartado 5.4; no obstante, las describiremos brevemente.

En la norma de conflicto, el supuesto o condición es un concepto o categoría jurídica (forma de los actos, capacidad de las personas, etc.) y la consecuencia jurídica, el señalamiento del derecho susceptible de ser aplicado, derecho que nos dará la respuesta directa. Veamos un ejemplo.

> La norma jurídica de conflicto indica al juez la aplicación de una norma que pertenece a otra entidad (Distrito Federal o estado de la República) o de una norma jurídica extranjera. El art. 13, fracc. IV, del CCF establece: "La determinación del derecho aplicable se hará conforme a las siguientes reglas: ...IV. La forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebren."

Es decir, en materia federal, como lo son los actos de comercio, se aplicará la norma jurídica que rige la forma de los contratos o convenios, de conformidad con el lugar en donde el contrato o convenio se ha celebrado (en Sonora, Zacatecas, o en Panamá, Honduras, etc.). Así, la norma de conflicto está remitiendo al juez para que consulte otra norma jurídica que le dará la respuesta directa, en nuestro ejemplo: la ley del lugar de celebración del acto jurídico. Retomaremos este tema más adelante.

4.6 Otros conceptos jurídicos fundamentales

4.6.1 Nexo de imputabilidad

Éste es un tema típico de la lógica formal y aprovecharemos su exposición para analizar el comportamiento humano desde esta perspectiva, que es inherente al derecho. Se trata del análisis de un fenómeno de la realidad a partir del conocimiento normativo.

El comportamiento humano es un hecho real, que se describe en la norma como relación condicional de imputación ("si el hijo fue reconocido por el padre" o "cuando los contratantes se pongan de acuerdo"); es decir, el comportamiento de una o más personas se describe como condición conforme a la cual esa conducta puede ser imputable. Lo más importante es que en estas condiciones el comportamiento humano (hecho real) se convierte en la norma, en condición o consecuencia de lo prescrito por la propia norma jurídica. En este sentido Rodolfo Vázquez señala que "respecto a los fenómenos normativos la explicación causal resulta insuficiente, pues en el mundo del deber ser que algo deba ser no implica necesariamente que ocurra... Las normas enlazan artificialmente condiciones y consecuencias que no guardan entre sí relaciones necesarias sino

contingentes..."[37] Dicho en otras palabras, se habrá llevado a cabo la transformación de un hecho real en un concepto normativo. De este modo, todo comportamiento humano incluido en la norma se convertirá en materia del conocimiento normativo. Al respecto, Rolando Tamayo afirma: "La norma jurídica no es más que conducta humana imputativamente vinculada."[38]

De manera más concreta y relacionándolo con el nexo o vínculo de imputación o imputabilidad, el propio Tamayo observa: "El comportamiento humano aparece como objeto propio del conocimiento jurídico, gracias a la relación de imputación que hace posible su interpretación normativa."

Por ejemplo, el comportamiento humano puede ser analizado por otras ciencias sociales con reglas y objetivos distintos, como es el caso de la sociología: el estudio del comportamiento de ciertos grupos sociales y sus consecuencias puede llevar a los sociólogos a formular determinadas predicciones acerca de cómo esos grupos pueden reaccionar en lo futuro, ante circunstancias definidas. En el caso de la psicología, el comportamiento anormal de una persona puede ser catalogado como esquizofrénico. En antropología, el comportamiento de grupos humanos puede llevar a identificar ciertas costumbres, e incluso a predecir ciertos comportamientos, etc. Pero cuando se analiza desde la perspectiva de la ciencia jurídica, el comportamiento humano tendrá que serlo mediante su abstracción formal en una norma jurídica: si dos personas se ponen de acuerdo en la cosa y en el precio (relación de imputación) "habrá compraventa" o "el que cometa homicidio (relación de imputación) será castigado", etc. En todo caso estaremos hablando de una *relación de imputación*, como vínculo o nexo del comportamiento humano que es, a su vez, supuesto o condición de la norma jurídica.

En la ciencia jurídica, "el comportamiento humano —dice Tamayo— no puede ser considerado más que como condición o consecuencia de una norma jurídica". O sea, esta forma de estudiar el comportamiento humano "a través de lo jurídico" nos lleva a la consecuencia de que todos los actos humanos son actos jurídicos o, si se quiere, los actos humanos analizados a través de la ciencia jurídica tienen el carácter de norma jurídica y, por tanto, serán jurídicos. Tamayo concluye: "Ahora bien, si la norma jurídica es sólo *conducta humana imputativamente vinculada*, entonces, la norma jurídica no puede ser ontológicamente distinta de las conductas humanas que la constituyen."[39]

[37] Véase Rodolfo Vázquez, *Teoría del derecho*, p. 31.

[38] Rolando Tamayo y Salmorán, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, pp. 33 y ss. En una obra posterior, este autor desarrolla el concepto normativo desde el enfoque de su creación. Véase *Introducción al estudio de la Constitución*, UNAM, México, 1989, pp. 263 y siguientes.

El *nexo* o *vínculo de imputabilidad* es la relación que existe cuando el comportamiento humano se analiza como supuesto o condición de la norma jurídica.[40] Es decir, cuando ese comportamiento implique un delito, una acción censurable, el cumplimiento o incumplimiento de formalidades o condiciones establecidas por la ley. Detengámonos en un par de ejemplos.

Primero. Un comportamiento humano que llamaremos *simple* o *natural* es que aborde mi automóvil y con él vaya a mi casa y lo guarde en la cochera. En cambio, si abordo un automóvil que no es de mi propiedad y sin autorización de su propietario lo llevo a mi casa y lo guardo en la cochera, entonces ese comportamiento humano se encontrará imputativamente vinculado. La razón es que en el segundo caso mi comportamiento se tipifica en el supuesto de la norma jurídica que establece: "el que sustrae un bien del patrimonio de otra persona, sin el consentimiento de ésta, realiza un delito (el de robo). Por tanto, al vincularse mi conducta de esta manera con el comportamiento o conducta humana descrita en la norma habrá un nexo de imputación y, en consecuencia, seré susceptible de que se me sancione".

Segundo. Un hombre y una mujer, mayores de edad en pleno uso de sus facultades, deciden vivir juntos. Se trata de un comportamiento humano simple o natural; sin embargo, si esas mismas personas continúan viviendo juntas por más de dos años, por el simple paso del tiempo la conducta se considerará imputativamente vinculada en la medida en que la ley los considera concubinos y de esa relación se deriva una serie de consecuencias jurídicas, como pueden ser derechos sucesorios, de pensión, sobre los bienes comunes, etc. Más aún, si esas mismas personas deciden cumplir con las formalidades (condiciones) establecidas por la ley para la celebración del matrimonio, su comportamiento se considerará imputativamente vinculado, ya que por el cumplimiento de esas condiciones habrán celebrado un contrato, en este caso el de matrimonio, y el comportamiento o conducta humana de ambas personas estará descrito en la norma; por tanto, se deberán entre sí la obligación de prestarse ayuda mutua, de vivir juntas en el domicilio conyugal, de contribuir económicamente al sostenimiento del hogar, de formar y educar de manera conjunta a los hijos, etcétera.

[39] Rolando Tamayo y Salmorán, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, p. 40.

[40] Véase Rodolfo Vázquez, *Teoría del derecho*, pp. 30-32.

En conclusión, el *nexo* o *vínculo de imputabilidad* existe en la medida en que el comportamiento humano es analizado como supuesto o condición de la norma jurídica. Como dijimos, habrá operado un procedimiento de lógica formal mediante el cual un hecho real, "el comportamiento humano", fue traducido en conducta humana incluida en la norma, o comportamiento imputativamente vinculado.

No es ocioso reiterar que un planteamiento de este tipo exige un esfuerzo de abstracción por parte del lector, capacidad que debe desarrollar conforme se adentre en conceptos cada vez más complejos que le presenta el derecho. Es esencial para el jurista tener una actitud abierta que le permita relacionar hechos con normas y viceversa.

4.6.2 Personalidad jurídica

En términos prácticos, decir que el comportamiento humano se encuentra *imputativamente vinculado* significa que el objeto de estudio de la ciencia del derecho consiste en los derechos, los deberes y las facultades de la persona, y todos ellos se relacionan estrechamente con el tema que nos corresponde examinar; es decir, los derechos, deberes y facultades que, en conjunto, constituyen la *personalidad jurídica*.

Dicho de otra manera: así como la antropología física se dedica al estudio de las características físicas de los individuos, la arqueología al estudio de las actividades, modos de vida y de sociedad del hombre antiguo, *el derecho tiene por objeto el estudio de los derechos, deberes y facultades del o de los individuos y de las personas jurídicas*.

Si esos derechos, deberes y facultades son adscritos o imputados a un individuo, estamos hablando de una *personalidad* o *persona física*, de ahí que podemos derivar que la persona está protegida respecto a sus derechos humanos y al mismo tiempo tiene deberes que cumplir. Si la adscripción o imputación la hacemos a los derechos, deberes y facultades de varios individuos que actúan en conjunto o de forma unitaria, jurídicamente podríamos estar hablando de una *persona colectiva*, "una asociación o una sociedad", que son las personas morales o personas jurídicas creadas por los individuos.[41] En otras palabras: para el derecho la *persona física* es el individuo o la persona humana sujeta de derechos, deberes y facultades.

El profesor Rolando Tamayo se refiere a la *persona jurídica* en los términos siguientes: "los atributos de la persona jurídica no son predicados

[41] Existen diversas teorías acerca de la naturaleza de las personas morales. Véase Rodolfo Vázquez, *Teoría del derecho*, pp. 111-113.

propios o exclusivos de los seres humanos. Los predicados de 'persona jurídica' son modalidades jurídicas, conductas permitidas, ordenadas o prohibidas que se traducen en derechos, facultades y obligaciones".[42]

La persona moral o persona jurídica es un producto típico de la abstracción jurídica; es el ente al que se le adscriben determinados derechos, deberes y facultades distintos de aquellos que se les adscriben a los miembros que la componen. Se trata de una figura jurídica que se crea a partir de un determinado estadio del desarrollo económico, cuando el individuo requirió de otros para acometer empresas comunes.

> Por ejemplo, es el caso en nuestro derecho de la época en que las flotas bianuales zarpaban de Sevilla al inicio de la Colonia para traer mercancías al Nuevo Mundo y llevarse metales y otros bienes,[43] y más tarde, el caso de la flota conocida como la *Nao de China*, que en realidad navegaba de las Filipinas y traía productos del Oriente.[44] Allí concurrían varios mercaderes españoles y criollos y las participaciones de cada uno estaban bien determinadas, de modo que el patrimonio que se formaba con ese objeto era distinto de los patrimonios de los participantes en la aventura de lo que hoy llamamos *una sociedad*.

Las relaciones de las personas físicas que integran una persona moral, así como el límite de derechos, deberes y facultades de ésta, se hallan establecidos en la ley (en este caso en la *Ley General de Sociedades Mercantiles*) y en los estatutos que componen a la sociedad, que es el contrato social. Se trata de los derechos, deberes y facultades que tienen los socios al interior de la sociedad y respecto a los demás socios. El contrato que celebran los socios crea un nuevo ente que el derecho conoce como *personalidad jurídica* de una *persona moral* o *legal*; es decir, se reconoce la capacidad de actuar de los socios colectivamente.

Una persona física tiene los derechos, deberes y facultades que establece la ley. Así, en un orden progresivo tenemos al individuo concebido, aunque aún no haya nacido (al feto en el vientre de la madre), al que el *Código Civil Federal* le imputa capacidad jurídica: "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados

[42] Rolando Tamayo y Salmorán, *Introducción analítica al estudio del derecho*, p. 131.

[43] Sobre el tema véase Oscar Cruz Barney, *Historia del derecho en México*, Oxford University Press, México, 2004, pp. 473 y siguientes.

[44] En este sentido: Chantal Cramaussel, *Rutas de la Nueva España*, Colegio de Michoacán, Zamora, 2006, pp. 215 y siguientes.

en el presente código." La capacidad implica entonces la existencia de una personalidad.

Se trata de una *capacidad* de *goce* de derechos que el individuo tiene a partir del momento de su concepción biológica hasta que adquiere la mayoría de edad. Cumplida ésta, el individuo adquiere además la *capacidad de ejercicio*, salvo que se trate de un incapacitado (débil mental o quien haya sido declarado en estado de interdicción). En este sentido, la ley (art. 24, CCF) establece que el mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes. O sea, por el hecho de llegar a la mayoría de edad el individuo entra en pleno uso de sus derechos y facultades, y es sujeto de deberes. Decimos entonces: tiene *capacidad jurídica*.

En tanto la *capacidad de goce* implica aptitud para ser titular de derechos o para ser sujeto de obligaciones, la *capacidad de ejercicio* supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer y cumplir obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales. Si todos los seres humanos son personas físicas y la persona física es el ente capaz de derechos y obligaciones, es obvio que todos los seres humanos tienen capacidad. Así, en este aspecto, la dogmática ha distinguido entre *capacidad de goce* y *capacidad de ejercicio*.[45]

En cuanto se refiere a las *personas físicas*, la *personalidad jurídica* es amplia, pues les permite realizar innumerables actos jurídicos, todos aquellos que no vayan en contra de las normas de orden público o de los derechos de terceros; sin embargo, esa gama de actos es limitada para el caso de las *personas morales*, pues éstas tienen asignadas únicamente las facultades y deberes que, en cada caso, permite la ley y que han sido acordados por los socios o asociados.

Un ejemplo de esta última limitación la tenemos en lo que se denomina *el objeto social* de una sociedad o asociación, en el que se establece que el ente social se dedicará a la fabricación de maquinaria o a la industria de la construcción, o bien a recolectar fondos para la protección de la niñez, pero no se puede dedicar a todos a la vez. Su objeto debe estar limitado.

Finalmente, cabe hacer una distinción más. No es lo mismo la *capacidad* que la *personalidad jurídica*, aunque la primera presupone a la segunda. La primera es el género; la segunda, la especie. La capacidad admite grados

[45] Javier Esquivel Pérez, "La persona jurídica", *Conceptos dogmáticos y teoría del derecho*, UNAM, México, 1979, p. 40.

(de goce y de ejercicio) y la personalidad es igual para todos los sujetos. Los atributos de las personas físicas son *capacidad, estado civil, patrimonio, nombre, domicilio* y *nacionalidad*. Para las personas morales valen los mismos atributos, con excepción del *estado civil*. En el caso de las personas físicas, se llama genéricamente *estado* y *capacidad de las personas*, para las personas morales, *facultades* y *obligaciones determinadas por la ley*, y los *estatutos*, que son los incluidos en el *contrato social de los socios*.

4.6.3 Objeto de la ciencia jurídica y del derecho

El objeto de la ciencia jurídica, como hemos señalado, es el comportamiento humano *imputativamente* vinculado y no el comportamiento simple o natural de la persona en tanto realidad psicobiológica. La ciencia jurídica estudia el comportamiento humano en la medida en que está contenido en normas jurídicas, es decir, en tanto *comportamiento humano imputativamente vinculado*. De forma más concreta, el objeto de estudio son los derechos, los deberes y las facultades tanto de las personas físicas como de las personas morales. En otro plano, la ciencia jurídica también se ocupa del estudio de los derechos, los deberes y las facultades de los Estados y de los organismos internacionales. Aquí estamos frente al derecho internacional.

Veamos ahora el objeto del derecho. Al definir el derecho señalamos que tiene como fin regular la convivencia social para la prevención de conflictos o su resolución, con base en criterios de certeza, seguridad, igualdad, libertad y justicia. Esto significa que el derecho es una técnica de regulación de conductas cuyo objetivo es prevenir que los miembros de la sociedad entren en conflicto, y si éste se produce, el derecho indicará cuáles son las normas conforme a las cuales se debe resolver. Así, al ser el objeto del derecho la regulación de conductas, la prevención de conflictos y su resolución, estos fines se alcanzarán sobre la base de criterios de certeza, seguridad, igualdad, libertad y de justicia, a los que ya nos referimos en su oportunidad. Sin embargo, este tema, de gran importancia para el estudio del derecho, se trata con profundidad en las disciplinas de teoría del derecho y de filosofía del derecho.

4.6.4 Derecho subjetivo y deber

Se trata de dos conceptos complementarios y, a la vez, contrapuestos y que nos ilustran respecto de la dinámica normativa.

En sí, el *derecho subjetivo* es la autorización de la conducta a un sujeto por parte de la norma. La conducta autorizada puede consistir en una prohibición, autorización o exigencia de un deber. A su vez, el *deber jurídico* es la restricción de la libertad exterior de una persona, derivada de la facultad, concedida a otra u otras por la ley (el deber de los padres respecto al hijo, o entregar la mercancía conforme al contrato), de exigir de la primera cierta conducta, positiva o negativa. "Tenemos el deber de hacer (o de omitir algo) si carecemos del derecho de optar entre hacerlo o no."[46] Veamos un ejemplo.

El art. 2384 del CCF establece: "El mutuo es un contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuatario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad."

Estas obligaciones (deberes) recíprocas llevan implícitos los derechos correspondientes: del mutuante, a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles, y del mutuatario, a devolverlas. Llevado este ejemplo al campo del derecho mercantil, el art. 291 de la LGTOC define el contrato de apertura de crédito como aquel mediante el cual el acreditante (un banco) se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado (el cliente), quedando éste obligado a restituir dicha suma dentro del término pactado. El banco, con base en el contrato de apertura, tiene una obligación (poner a disposición del cliente una suma de dinero) y a la vez un derecho (reclamar la devolución de esa suma de dinero en el plazo pactado); y el cliente, frente al banco, tendrá el derecho y la obligación recíprocos. Ambos tienen un deber, pero al mismo tiempo, de manera complementaria y contrapuesta, tienen recíprocamente un derecho subjetivo.[47]

4.6.5 Sanción o coacción

Villoro Toranzo afirma que "influenciados por Kant y por Kelsen, los autores modernos tienden a identificar la idea de 'sanción' con la de castigo, como si sólo se dieran sanciones ante actos desordenados".[48] En la doctrina kelseniana la coacción es una parte esencial de la norma y no la distingue de la sanción. En ese pensamiento, *sanción* y *coacción* son términos equivalentes. Esta tendencia ha provocado confusión entre los dos términos, por lo que vamos a intentar un breve deslinde.

[46] Óscar Morineau, *op. cit.*, p. 144.

[47] La importancia de esta relación la señala Rodolfo Vázquez en los términos siguientes: "Gracias a la relación derecho subjetivo-deber es posible esclarecer la diferencia entre derecho subjetivo y los demás términos con los que suele confundirse (privilegio, potestad o inmunidad)." Véase *Teoría del derecho*, p. 107.

[48] Miguel Villoro Toranzo, *op. cit.*, p. 451.

Sanción, en su sentido estricto, proviene del acto solemne del rey por el que otorgaba validez a una ley, la sancionaba. En la terminología moderna, *sancionar* se entiende en el mismo sentido: la ley crea una nueva situación jurídica que antes no existía, le otorga validez. Este acto es permanente en la vida de las personas: todos los días abordo un transporte público, adquiero comida, pago los servicios de luz y gas. Es decir, todos los días hay una *sanción* a los contratos de transporte, nutrición, gas y luz que yo celebro. Sin embargo, el concepto de sanción se emplea tanto para estos actos como para los casos en que hay un incumplimiento que da lugar al pago de daños y perjuicios o al pago de una multa, incluyendo, cuando es necesario, el empleo de la fuerza pública: el incumplido y el delincuente serán sancionados, se dice.

Cuando hablamos de *coacción*, en cambio, el término inmediatamente nos refiere al uso de la fuerza pública, en el sentido que Kelsen le dio a ese concepto. El derecho, decía este autor, es un sistema básicamente coactivo. Como si cada acto de nuestra vida cotidiana necesitase de esa fuerza pública. La realidad es que el Estado no sólo emite normas jurídicas con el fin de desalentar conductas, sino que emite otras —la gran mayoría— a fin de alentar las conductas benéficas para la sociedad y crear nuevas situaciones jurídicas: un matrimonio, la adopción de un menor o la conclusión de un contrato. Un recuento de las normas de cualquier sistema jurídico revela que en general confieren facultades o potestades que promueven las conductas benéficas para la sociedad.

Cuando empleamos el concepto de *coacción* nos estamos refiriendo a normas que *reprimen conductas* que no están apegadas a la norma: es necesario reprimir conductas nocivas para la sociedad. En este sentido, son desalentadas aquellas conductas mediante la amenaza del empleo de la fuerza pública o mediante un castigo ejemplar en caso de que se lleven a cabo. Esta última idea de represión de conductas nos lleva al concepto de la coacción. Afirmar que la norma jurídica tiene como parte esencial la coacción significa que la violación de la norma trae aparejada una sanción. Se producen efectos como consecuencia de las condiciones que la norma misma determina. Si se comete un homicidio, quien lo cometió será sancionado; si el deudor no cumple con su obligación, será obligado a su cumplimiento incluso mediante la fuerza pública.

Como conclusión, podemos decir que la sanción es genérica porque puede estar referida a la creación de nuevas situaciones jurídicas y tam-

bién a los actos de coacción.[49] Para hacer otro deslinde, se ha afirmado que en el caso de las conductas antisociales, *pena* o *castigo* se conocen técnicamente con el nombre de *sanciones*.[50] Habiendo marcado las diferencias anteriores, veamos ahora algunos ejemplos en los que los conceptos referidos se usan indistintamente.

En el art. 273 (ya derogado) del *Código Penal Federal* se establecía una norma conforme a la cual se pretendía evitar, desalentándola, una conducta ilícita: "Se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años, a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo." En este caso, la conducta ilícita que se pretendía evitar era la del adulterio cometido con las características señaladas en la norma, porque no sólo se estaba violando el contrato de matrimonio por el que los cónyuges se deben fidelidad, sino que además se penaba el que se cometía en el domicilio conyugal, que es el hogar de la familia, lo que agravaba lo anterior; o cuya comisión provocaba un escándalo que en cualquiera de los casos necesariamente causaba un mayor daño para el cónyuge engañado, afectaba a la familia y, consecuentemente, alteraba el orden social.

Óscar Morineau presenta una clasificación de las normas de acuerdo con sus sanciones:

> Se da el nombre de *leyes perfectas* a aquellas cuya sanción consiste en la inexistencia o nulidad de los actos violatorios.
>
> Al no ser posible restituir las cosas al estado que guardaban antes de la violación, en estos casos la sanción consiste en un castigo y en la reparación pecuniaria. Los preceptos sancionados en esta forma se denominan *leges plus quam perfectae*.
>
> Son *leges minus quam perfectae* las que declaran ilícita la violación, pero no sancionan el acto violatorio. Un ejemplo podría ser el del ejercicio del voto. Los ciudadanos estamos obligados a concurrir a las urnas para elegir a nuestros gobernantes, si no lo hacemos, estamos violando el deber que tenemos para con la sociedad —que necesita que todos los ciudadanos voten— pero si no votamos no somos sancionados.

[49] Al respecto Rodolfo Vázquez señala los tres sentidos que se le pueden atribuir a la expresión sanción jurídica, según Manuel Atienza: "1. En sentido estricto, supone la consecuencia negativa de una conducta ilícita...; 2. En un sentido más amplio, equivale a la consecuencia negativa de una acción ilícita (reprimir)...; 3. En un sentido amplísimo, significa la regulación de cualquier conducta... intenta prevenir o reprimir... promocionar o premiar." Véase *Teoría del derecho*, pp. 97-100.

[50] Rolando Tamayo y Salmorán, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, p. 64.

> Finalmente, son *leges imperfectae* las que no plantean una sanción. Estas normas son frecuentes en el derecho internacional y tratándose de los deberes de los altos funcionarios del Estado y de las llamadas *obligaciones naturales*.[51]

Hay normas que establecen una graduación de sanciones, como en el caso del art. 386 del *Código Penal Federal*, el cual prevé el delito de fraude y señala una graduación de las penas conforme al monto de lo defraudado. Dicho artículo establece:

> Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido.
>
> El delito de fraude se castigará con las penas siguientes:
>
> I. Con prisión de tres días a seis meses o de treinta a ciento ochenta días multa, cuando el valor de lo defraudado no exceda de diez veces el salario;
>
> II. Con prisión de seis meses a tres años y multa de diez a cien veces el salario, cuando el valor de lo defraudado excediera de diez, pero no de quinientas veces el salario;
>
> III. Con prisión de tres a doce años y multa hasta de ciento veinte veces el salario, si el valor de lo defraudado fuere mayor de quinientas veces el salario.

Como se advierte, en el delito de fraude se determina el tipo y luego la sanción en relación con el daño, que se define a partir del monto de lo defraudado.

Por su parte, el art. 198 de la LGSM establece: "Es nulo todo convenio que restrinja la libertad del voto de los accionistas." En este caso la sanción es diferente de los ejemplos anteriores: se trata de la nulidad de un acto jurídico, un convenio, por haber sido realizado en contra de la libertad de los accionistas que se expresa en su voto.

Las multas también son sanciones que se imponen a las personas que han desobedecido lo establecido por una ley o un reglamento; en relación con ellas, la Suprema Corte de Justicia ha sostenido:

> TESIS 26. MULTAS. REQUISITOS QUE DEBEN CUMPLIRSE PARA SU IMPOSICIÓN. La autoridad hoy recurrente al imponer la multa reclamada fue omisa en señalar las razones que demostraran que la falta hubiera sido intencional, no precisó tampoco en qué consistió la gravedad de la misma, y tampoco determinó cuál es la capacidad económica de la empresa quejosa, ni mucho menos conforme a qué datos lo habría hecho. En efecto, no basta con afirmar lisa y llanamente que se tomó en cuenta el carácter intencional de la falta, la capacidad económica de la negociación y la gravedad de la infracción, sino que es necesario acreditar la

[51] Óscar Morineau, *op. cit.*, p. 205.

actualización de dichos supuestos, mediante los razonamientos que así lo demuestren, que expliquen cómo y por qué la falta se considera intencional; cuál es y cómo, con base en qué elementos se determinó la capacidad económica del infractor; y en qué consiste y con base en qué se determinó la gravedad de la infracción; requisitos que no cumplió la autoridad hoy recurrente, por lo que el proceder del juez federal se ajustó estrictamente a derecho.[52]

Como se observa en este ejemplo, el Máximo Tribunal toma en consideración una amplia gama de elementos para determinar la procedencia de la multa; es decir, para definir la sanción.

Las sanciones jurídicas, además de constituir un ejemplo público, representan dos posibles funciones. Por un lado pretenden que la norma de conducta efectivamente sea acatada, porque de otra manera vendrá la sanción; en este caso se habla de una *amenaza del uso de la fuerza* en caso de que se transgreda la norma. Por otro lado, existen las sanciones, que consisten en una compensación del daño o perjuicio que se ha causado mediante la transgresión normativa. Este tipo de sanciones tiene una función únicamente compensatoria. Por ejemplo: [53]

Una norma represora se aplicaba en el caso del adulterio cometido en el domicilio conyugal, o con escándalo, al que nos hemos referido, ya que el objetivo de dicha sanción era evitar que se repitiera, más que reparar de alguna manera el daño que hubiere causado el cónyuge culpable.

Sin embargo, si el cónyuge afectado reclamaba en un juicio civil reparación por daño moral, ya que con la verificación de dicho delito había resultado afectado en su persona, decoro, honor, reputación, sentimientos y vida privada, la sanción que eventualmente hubiera concedido el tribunal de la causa, consistente en una indemnización en dinero por el daño moral causado, tendría el carácter de sanción restitutoria o compensatoria (art. 1916, CCF).

4.6.6 Responsabilidad jurídica

La *responsabilidad* es un concepto normativo vinculado con el concepto de *sanción*. La teoría kelseniana señala que la responsabilidad surge cuando

[52] AR 175/86, Almacenes Hacienda, S. A., 21 de mayo de 1986, unanimidad de votos. Ponente: Luis Tirado Ledesma. Secretario: Jorge Higuera Corona. Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por su presidente, año 1986, tercera parte, Tribunales Colegiados de Circuito, pp. 59 y 60.

[53] Hans Kelsen, *Recht und gesellschaft*, Leske, Opladen, 1984, p. 104.

existe la posibilidad de sancionar a un individuo. Esto es, si un individuo comete un ilícito la consecuencia normativa será la aplicación de una sanción, por lo que se considera a dicho individuo responsable. Al respecto, Rodolfo Vázquez señala al plantear la postura de Kelsen sobre este punto:[54] "es responsable por una conducta quien en virtud de una norma puede ser sancionado por la realización de dicha conducta".

Rolando Tamayo, siguiendo a Hart, encuentra diversos significados de la palabra *responsabilidad*: *a)* como deberes de cargo, "es responsabilidad del presidente", "es responsabilidad del congreso", "es responsabilidad del capitán del barco"; *b)* como causa de un acontecimiento, "la tormenta fue responsable de los daños...", "la sequía fue responsable de la hambruna"; *c)* como merecimiento, reacción respuesta, "verse expuesto a...", "fue encontrado responsable por...", "el que cause un daño es responsable por..."; *d)* como capacidad mental, "fue encontrado responsable de sus actos". El tercer significado es el de interés para lo jurídico. Responsabilidad presupone un deber jurídico previo. No siempre el responsable de un hecho ilícito es su autor, por ejemplo, en ocasión de un ilícito internacional, a veces un Estado no sólo sanciona al Estado que realizó el ilícito, sino a todos sus nacionales (represalias, por ejemplo). En la responsabilidad objetiva no se toma en cuenta la culpa del autor; basta que se realice el hecho ilícito.[55]

El tema de la responsabilidad jurídica será estudiado en el último año del derecho civil, cuando se aborde la materia de las obligaciones civiles. Es un tema que en México, en la práctica, ha tenido muy poco progreso, porque las normas que regulan la responsabilidad civil son idénticas en este punto a las del Código Civil francés de 1804, mientras que las diversas formas de responsabilidad de la vida moderna se han ampliado considerablemente, en buena parte por la tecnología. El art. 2110 del CCDF establece: "Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deben causarse."

En la comisión de aquellos actos que puedan llevar a una responsabilidad jurídica y por tanto al otorgamiento de daños y perjuicios, probar una "consecuencia inmediata y directa" entre la falta de cumplimiento de la obligación, que en nuestro tema sería la comisión de un acto ilícito, y los daños y perjuicios consecuencia de éste, ha provocado que las deman-

[54] Existen diversos criterios y clasificaciones de "responsabilidad", como en directa o indirecta; objetiva y subjetiva (Kelsen); exigibilidad y sancionabilidad (Alf Ross). Véase Rodolfo Vázquez, *Teoría del derecho*, pp. 102-104.

[55] Rolando Tamayo y Salmorán, *Introducción analítica al estudio del derecho*, pp. 153-155.

das por responsabilidad civil sean escasas, aunado a que nuestros tribunales son restringidos en los montos que otorgan como resultado de esos juicios. Esta disposición en el Código francés, como lo veremos más adelante (4.7), viene de una influencia mecanicista del siglo XVII, la causalidad: causa-efecto de las ciencias de la naturaleza que hoy no tiene ya una aplicación tan tajante en el mundo moderno, donde no hay necesariamente una relación de este tipo o, cuando la hay, no es fácil asimilar todos los hechos que llevan a ella.

> Por ejemplo, en una catástrofe nuclear como la que sucedió hace varios años en Chernobyl, antigua Unión Soviética, es evidente que la causa fue una negligencia del Estado soviético en el mantenimiento de esa planta nuclear, negligencia que se incrementó aún más por tratar de mantener en "secreto" lo que había sucedido en los días que siguieron a ese accidente; pudiendo haber aminorado los efectos, por falta de una reacción oportuna, todo tuvo consecuencias mayores. Los efectos de una catástrofe de esta naturaleza se dejaron sentir en lo inmediato, que sería, de acuerdo con el art. 2110 del CCF, la "causa-efecto"; sin embargo, en los años siguientes los efectos de ese acontecimiento se siguieron sintiendo de manera indirecta: ya no se pudo sembrar en un diámetro de cientos de kilómetros, los niños nacieron con deformidades, hubo severa afectación en la vida de las comunidades aledañas, etcétera.

Hemos puesto un caso extremo para ilustrar cómo un criterio del siglo XIX resulta en la actualidad, en algunos sentidos, inoperante.

4.6.7 Antijuridicidad

Éste es un término cuyo significado y uso han sido mayormente relegados al derecho penal. En este ámbito, la doctrina define el delito como una conducta típica, *antijurídica*, culpable y punible. En la teoría general del derecho este concepto ha sido sustituido por el de *ilicitud*.

Antijuridicidad se ha entendido tradicionalmente como contrario o violatorio del derecho, pero con un contenido ideológico que indica que lo *antijurídico*, al ser contrario al derecho, revela una conducta mala en contraposición con las conductas buenas, que son acordes con el derecho. Esta posición iusnaturalista ha sido superada y se refleja, entre otras cosas, en el uso del término *ilícito*, que al ser jurídico, en nada se relaciona con la moral, sino que únicamente se trata de una conducta que es contraria a

la ley y, por tanto, susceptible de ser sancionada.[56] Asimismo, el término *antijurídico* que es empleado por la dogmática penal hace alusión a la fórmula: "Una conducta lesiona un bien jurídico cuando esa conducta es antijurídica."[57]

La relación entre *antijuridicidad o ilicitud* con la validez de la norma ha sido apuntada en los siguientes términos: "El *ilícito* no ataca la *validez*, el vigor imperativo de la ley. La violación no es otra cosa más que inaplicación; en sentido estrictamente subjetivo, falta de respeto, no observancia, desobediencia."[58]

4.7 Definición de la causalidad y su función en la ley física

PARA ABORDAR EL TEMA RECORDEMOS QUE EL INDIVIDUO SE DESARROLLA EN dos mundos diversos: uno *natural*; el otro, *normativo*, conceptos que tratamos en el capítulo 1.

El primer mundo —el natural— está integrado por fenómenos interrelacionados (naturaleza). Este mundo se rige por el principio de causalidad, que no es otra cosa que el nexo entre el motivo o causa y las consecuencias producidas por los fenómenos naturales.

El segundo —el normativo— se integra con normas creadas por los órganos estatales facultados para ello, por las partes cuando celebran un convenio o un contrato, o por la costumbre y los usos mercantiles.

Tanto en el mundo natural como en el normativo se habla de leyes. Así, la ley física o natural constituye "un juicio que expresa relaciones constantes entre fenómenos...",[59] y es precisamente a través del principio de causalidad como el motivo de tales fenómenos se relaciona con los efectos producidos por los mismos.

Karl Popper, un autor que ya hemos citado (véase 2.5.1) nos dice sobre el principio de la causalidad: se trata de la certidumbre de que cualquier acontecimiento puede ser explicado causalmente y por tanto puede prede-

[56] Al respecto Rodolfo Vázquez señala: "la corriente iusnaturalista supone que hay actos que son malos en sí mismos (*mala in se*) y por lo tanto deben sancionarse. Kelsen objeta... y propone la relación inversa: un acto es antijurídico cuando la norma le imputa una sanción por ejecutarlo... sólo existe un acto ilícito cuando es condición para una sanción, no hay *mala in se*, sino *mala prohibita*." Véase *Teoría del derecho*, pp. 100-102.

[57] Carlos Santiago Nino, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, UNAM, México, 1979, p. 69.

[58] Biagio Petrocelli, *La antijuridicidad* (trad. José Pérez Fernández), UNAM, México, 1963, p. 20.

[59] Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, p. 5.

cirse deductivamente.[60] Llevada la causalidad al mundo de las ciencias sociales produjo muchos errores teóricos, el más famoso fue el de Karl Marx, quien predijo que con base en el fenómeno causa-efecto se produciría "un salto de la necesidad a la libertad" por parte del proletariado. Sin embargo, el derrumbe de los países del Este probó el desacierto de trasladar una lógica natural a lo social, sin un fundamento lo suficientemente sólido. De ahí que el término *causalidad* haya sido sustituido en las ciencias sociales por los de *causación social, correlación, serie de fenómenos,*[61] etcétera.

En el mundo normativo el tema de la causalidad tiene importancia porque se trata de un sistema lógico, lejano a la realidad social y, por tanto, en el nivel normativo es un instrumento útil. En este mundo de la abstracción la causalidad tiene aparente similitud con el mundo físico o natural. En el mundo normativo, como hemos señalado, las normas jurídicas constan de un supuesto o condición y de una consecuencia jurídica, por lo que si un sujeto se coloca en el supuesto jurídico podrá sufrir o beneficiarse de las consecuencias. El derecho pertenece al ámbito de la especulación y, por ende, la relación causa-efecto no siempre se produce como en el mundo físico o natural.

> Así, por ejemplo, si los contratantes acuerdan sobre la cosa y el precio, se sucederá una compraventa; sin embargo, pudo haber error en la cosa o en el precio, que la cosa haya sido un objeto fuera del comercio o que el precio pactado se hubiera entendido por uno de los contratantes en un tipo de moneda y resultó en otro, etc. En otras palabras, en el mundo de lo social hay una amplia serie de contingencias que no existen en el mundo físico o natural y, por consiguiente, las relaciones de causalidad no son las mismas.

Por los motivos antes apuntados y como ya lo vimos (4.6.6), en un sistema como el mexicano, fuertemente influido por el Código Civil francés, en donde se plasmaron muchas ideas de la Ilustración (entre ellas las ideas mecanicistas), en la determinación de la responsabilidad civil que nuestros códigos "reconocen como riesgo creado y responsabilidad objetiva los daños que se causan por estas acciones deben tener relación directa entre el perjuicio sufrido y el vínculo de causa-efecto entre ese perjuicio y el hecho en cuestión".[62]

[60] Karl Popper, *The logic of scientific discovery*, Basic Books, Nueva York, 1961, pp. 59 y siguientes.

[61] Sobre este tema, véase la voz **causalidad** en el *Diccionario UNESCO de Ciencias Sociales*, Planeta Agostini, vol. 1, pp. 357 y siguientes.

[62] Manuel Borja Soriano, *Teoría general de las obligaciones*, Porrúa, México, 1994, pp. 381 y 382.

En otras palabras: tendrá que haber un vínculo causa-efecto para que el juez llegue a sus conclusiones. Se trata de una reminiscencia del mecanicismo que impide que el juez en la actualidad, con la complejidad de los daños que se producen constantemente por una amplia serie de causas directas e indirectas, pueda salirse de los estrechos límites de la apreciación del daño y quién lo causó. Este tema de la causa-efecto, que influyó a través de Hegel principalmente en los autores positivistas, se ha desarrollado en varios campos del derecho y ha permitido acuñar conceptos que contienen esta idea, como veremos en el tema que abordaremos a continuación.

4.8 El nexo contingente y su función en la norma primaria y en la secundaria

EN EL PRESENTE TEMA PODREMOS REEXAMINAR ALGUNAS IDEAS YA EXPRESADAS. En efecto, se trata de lo que se ha dado en llamar *nexo contingente* y su *función en la norma primaria* y en la *norma secundaria*.

La norma jurídica es una regla de regulación de conductas. Para que esta regla resulte efectiva, debe ser imperativa, ya sea que su incumplimiento no produzca los efectos jurídicos que se buscan, o bien, que haya un castigo. En ambos casos, se puede decir que hay una sanción.

Sabemos que el derecho está formado por normas de conducta que rigen la vida en sociedad. A la norma jurídica puede considerársele como la formulación imperativa de lo que debe acontecer; la fórmula sintética que expresa: "supuesto un determinado hecho, debe producirse otro como efecto o consecuencia del mismo [así, tal norma puede expresarse] si *A* es, debe ser *B*..."[63] La cópula "debe ser *B*" es lo que "se denomina *nexo contingente*; éste, como su nombre lo indica, vincula a la norma primaria con la secundaria. A través de la primera, se exige de los seres humanos que hagan o se abstengan de hacer ciertas acciones, lo quieran o no. Las normas del otro tipo son en cierto sentido derivadas... respecto a las primeras".[64]

En otros términos, la norma secundaria sólo puede entenderse a través de la norma primaria. Así, para que tenga sentido la sanción (norma secundaria) respecto del incumplimiento de la norma primaria, ya sea por falta de producción de los efectos jurídicos deseados, o bien, por haberse cometido un ilícito tal como un delito, primero debe darse el hecho (ya sea de incumplimiento de lo prescrito por la ley o el privar de la vida a

[63] Luis Legaz y Lacambra, *Filosofía del derecho*, 5ª ed., Bosch, Barcelona, 1978, p. 362.

[64] John Finch, *Introducción a la teoría del derecho*, p. 130.

otro u otros) que contempla la norma primaria. Dicha sanción puede darse o no (contingencia), ya que el contrato puede ser cumplido voluntariamente por las partes sin que deba ser llevado ante los tribunales que lo sancionen, o bien, que el homicida puede, con alguna maniobra (huir, esconderse, suicidarse), evitar el castigo. En estas condiciones, "la necesidad de la norma no implica la ejecución material de la producción del hecho exigido, ya que la norma se dirige a la voluntad libre y la presupone, lo cual implica cabalmente la posibilidad de su infracción, es decir, de escapar a la exigencia de la norma..."[65]

En resumen, la contingencia del nexo nos muestra que pese a la imperatividad de la norma jurídica y de que ésta se da en abstracto, se trata en todo caso de una norma dirigida al comportamiento humano, el cual es libre, autónomo e imprevisible y que si bien puede llegar a producirse la hipótesis prevista en la norma primaria, esto no implica necesariamente, en la realidad, que deba darse de manera automática la aplicación de la norma secundaria, aunque formalmente dicha norma esté prevista para ser aplicada a consecuencia de la norma primaria. Es decir, en el derecho hay puntos claros en los que ese formalismo se enfrenta a la realidad y a los casos concretos en los que la contingencia resurge.

Esta reflexión es importante para mostrar que los planteamientos de una dogmática exagerada, tan frecuentes todavía en los sistemas jurídicos latinoamericanos, suelen ser formulaciones mecánicas alejadas de la realidad que, por su formalismo, impiden o retrasan, en ciertos sectores, el desarrollo del derecho.

4.9 Conceptos de carácter real

DISTINGUIMOS ENTRE CONCEPTOS JURÍDICOS ESENCIALES: FORMALES Y REALES. Estos últimos se originan en la realidad social, mientras que los primeros son producto de la especulación jurídica. En esta sección nos referiremos a los conceptos jurídicos fundamentales de carácter real, no sin antes hacer una breve alusión al formalismo en el derecho que nos sirva de recordatorio de lo que ya hemos estudiado sobre ese tema.

El derecho, ya lo hemos visto, se plantea en un lenguaje formal. Paralelamente al mundo real se crea un mundo formal. Este proceder es propio y natural en el derecho. Lo ha sido desde sus orígenes; es su forma de expresión. A través del formalismo se crean conceptos, instituciones y categorías necesarias e indispensables para la vida jurídica. Tal formalismo

[65] Luis Legaz y Lacambra, *op. cit.*, p. 362.

ha dado lugar a la creación de grandes cuerpos jurídicos, de codificaciones elaboradas a lo largo de la historia —y a las que hemos aludido—. Incluso, esta forma de proceder dio lugar al surgimiento del dogmatismo a finales del siglo XVIII, que duró hasta entrado el siglo XX y que sirvió para explicar y ordenar el pensamiento jurídico en sistemas jurídicos como los latinoamericanos y especialmente en el derecho mexicano. Sin embargo, a menudo esas tendencias se llevan a límites exagerados, desde cuya perspectiva el derecho se distancia con facilidad de las necesidades sociales.

En el derecho, el lenguaje normativo se manifiesta de acuerdo con una lógica formal que parte de una causalidad que sigue sus propias reglas.[66] Lo importante aquí es tener claro que, si bien en su expresión el derecho debe usar ese lenguaje formal, tiene que hacerlo sin excesos y sobre todo de manera tal que no se desapegue de la realidad que está regulando. Precisamente en este apartado nos referiremos a algunos ejemplos en los cuales hay una construcción formal, al lado de conceptos que nos ofrece la realidad, y a la relación recíproca entre ambos.

Algunos estiman que el dogmatismo no es absolutamente necesario para el derecho en todas las circunstancias. En este sentido, hay quienes desde el siglo XIX y hasta la actualidad[67] consideran el derecho como producto de la sociedad y, por consiguiente, parten del supuesto de que el mismo no queda necesariamente limitado a la experiencia normativa y a la noción del *deber ser*. Quienes así piensan sostienen que el objeto de la ciencia del derecho es mucho más amplio que las normas jurídicas, porque la conducta humana relacionada con lo jurídico desborda lo simplemente normativo. Al respecto, André Hauriou afirmaba que las tendencias del conocimiento jurídico que se basan en la proposición normativa "no son suficientes para definir la situación del derecho en el universo social, porque dejan a un lado todo aquello que en la vida política, o también en las relaciones entre los individuos, sobrepasa al encuadramiento estable, a las formas jurídicas durables".[68]

Así, esta tendencia, además de los conceptos jurídicos fundamentales de carácter formal, otorga valor jurídico a otros conceptos que son producto de la realidad social y que sirven para el estudio de la ciencia del derecho. Entre los conceptos jurídicos fundamentales de carácter real se

[66] José María Martín Oviedo, *Supuestos filosóficos del método puro del derecho*, Reus, Madrid, 1986, p. 27.

[67] Savigny, Girke, Weser, Duguit, Hauriou, Gurvitch, Recaséns Siches, Friedman, Treves, etcétera.

[68] "Recherches sur une problématique et une métodologie applicables à l'analyse des institutions politiques", en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, núm. 2, 1971, p. 328, citado por Víctor Manuel Rojas Amandi, *Filosofía del derecho*, p. 57.

incluyen, por ejemplo, la *sociedad*, la *persona como entidad real* y la *autoridad política*.

4.9.1 Sociedad

Para Federico Carlos de Savigny, el derecho es "un sistema dependiente de la sociedad, y con mayor precisión, un conjunto de reglas producidas espontáneamente por la sociedad".[69] Es decir, la sociedad es el principio fundamental original, ya que sin él no podría explicarse el derecho, que es consecuencia de aquél.

Recaséns Siches afirma que el conjunto de normas "no se hallan flotando, desconectadas de la realidad: en primer lugar han surgido del seno de dicha realidad; y en segundo lugar, son normas cuyo propósito es precisamente ordenar esa concreta realidad social".[70] Aunque la sociedad en tanto fenómeno no es objeto de estudio del derecho, constituye un concepto jurídico fundamental de carácter real por esa íntima vinculación que en todo momento mantiene con la experiencia jurídica.

El concepto de *sociedad* se ha utilizado en el más amplio sentido, "para incluir toda clase y grado de relaciones en que entran los hombres, sean ellas organizadas o desorganizadas, directas o indirectas, conscientes o inconscientes, de colaboración o de antagonismo. Ella incluye todo el tejido de las relaciones humanas y no tiene límite o fronteras definidas".[71]

Cuando el derecho utiliza el concepto de *sociedad* dentro de su aparato formal existe una correspondencia directa entre el concepto y la realidad. Así, por ejemplo, las normas establecen que se sancionará el "daño social" o la "afectación a la sociedad", como sería el caso de las leyes en materia ecológica, por la comisión de determinados delitos.

De esta manera, el derecho se está refiriendo a la necesaria protección que debe brindarse a la sociedad en su medio ambiente, que es el bien jurídico protegido, entendiendo cómo la sociedad sufre un daño y cómo se refleja en el lenguaje natural en que puede ser referida la sociedad —el conjunto de los individuos—, que en este caso es el sujeto que sufre el daño o, cuando se prescribe que la autonomía de la voluntad no irá en contra del "orden público" que es el bien común, jurídicamente protegido. Se tratará, entonces, del uso de un concepto jurídico fundamental que, en estas circunstancias, es de carácter real.

[69] Renato Treves, *Introducción a la sociología del derecho*, p. 25.
[70] Luis Recaséns Siches, *Sociología*, p. 579.
[71] Jay Rumney y Joseph Maier, *Sociology. The science of society*, Schumann, Nueva York, 1953, p. 74, citado por Ely Chinoy, *La sociedad* (trad. Francisco López Camarena), Fondo de Cultura Económica, México, 1981, p. 45.

4.9.2 Persona como entidad real

Hemos mencionado que uno de los objetos de estudio del derecho está constituido por los derechos, deberes y facultades de la persona, pero no del individuo o de la persona en sí, de la que se ocupan otras ciencias como la psicología, la antropología o la arqueología. Sin embargo, la persona humana entendida como ente psicobiológico es la base de la ciencia jurídica, ya que de otra forma ésta y las demás ciencias sociales no tendrían razón de existir.

Ahora bien, la consideración de la persona como entidad real, en una primera instancia carece de relevancia para el derecho, pero adquiere su connotación cuando se considera desde el punto de vista de su personalidad, como centro de imputación normativa. Lo que al derecho le preocupa "y más específicamente a la ciencia jurídica, dogmática o técnica" es "indagar los derechos y deberes de una persona, hallar la solución para un problema práctico, decidir acerca de una controversia o conflicto".[72]

Al margen de la *persona moral* o la *jurídica* (sociedades o asociaciones), que son creaciones derivadas de la especulación jurídica y que como conceptos formales no tienen vinculación con la realidad, el concepto de *persona* al que nos referimos tiene una trascendencia total en la realidad.

Por más especulación jurídica que pueda haber, por más que nos esforcemos en encasillarla dentro del aparato formal jurídico y le adscribamos derechos, obligaciones, capacidades de goce y de ejercicio, en el fondo estamos aludiendo a una *persona humana*, a un ente psicobiológico con una existencia histórica, e independientemente de que el derecho mexicano o cualquier otro derecho le reconozca o no tales o cuales derechos, éste tiene el reconocimiento, en la actualidad, de su persona y de los *derechos humanos* que le son inherentes. Esta mezcla de formalismo y realidad son indiscutibles ante la evidencia de un concepto fundamental en el derecho como es el concepto real de la *persona*, que se rescata a partir de sus derechos humanos fundamentales.

4.9.3 Autoridad política

De acuerdo con Rolando Tamayo, "el significado jurídico de la noción de autoridad presupone la idea de una investidura (por ejemplo, potestad, función) y gira alrededor del concepto de la facultad, la cual indica el poder o capacidad de un individuo (o grupo) para modificar la situación

[72] Luis Recaséns Siches, *op. cit.*, p. 580.

jurídica existente. El concepto jurídico de *autoridad* indica que alguien está facultado jurídicamente para realizar un acto válido; presupone la posesión de capacidad o potestad para modificar válidamente la situación jurídica de los demás". Definido así el concepto de autoridad, pasemos ahora a desarrollar el concepto de *autoridad política*.

El derecho constitucional es el punto de entronque entre el derecho y la política. En algunas escuelas o facultades de derecho de Centro y Sudamérica al derecho constitucional se le conoce como *derecho político*. Por lo general, muchas decisiones políticas tienen una implicación normativa. Dos casos.

> Hace unos años, tuvimos en la Ciudad de México el desafuero de su jefe de Gobierno, el señor Andrés Manuel López Obrador, que se perfiló como candidato a la Presidencia de la República, y el gobierno federal, producto de un partido político opositor a ese funcionario, aprovechó una violación a una orden de juez cometida por esa autoridad política para fincarle un proceso con base en la decisión judicial desacatada. Otro ejemplo es el cambio de gobierno en un país: si el entrante sostiene tesis políticas o ideologías diferentes del anterior, desembocará en una modificación o, al menos, en reformas al sistema, que se harán a través de las normas jurídicas en las que se contengan esas tesis o ideología en el poder.

Si bien *política* y *derecho* son conceptos diferentes, "no son conceptos separados y no pueden sobrevivir el uno sin el otro".[73]

Desde otra perspectiva, el derecho constituye, organiza, legitima y limita el poder político que es el Estado. El poder político como expresión del Estado se manifiesta a través de la *autoridad política*, y toda esta posibilidad real se encuentra plasmada en la Constitución y en las leyes reglamentarias de ésta. Así, un concepto jurídico fundamental de carácter real lo constituye esa fuente de poder y de decisión que el derecho requiere para cumplir con sus propios fines. Es el entronque —podríamos decir— entre el derecho y la realidad: la autoridad política es autoridad ejecutora, finalmente, de gran parte de la normatividad.

Para concluir, cabe destacar dos cuestiones. La *autoridad política*, como gran parte de los conceptos que son objeto de la ciencia política, es de carácter real. El pensamiento político puede ser especulativo y en muchos casos lo es, pero como es pensamiento político tarde o temprano debe

[73] Carl Joachim Friedrich, "Law and politics: constitutional reform", en *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*, UNAM, México, 1980, p. 356.

manifestarse en la acción; sus conceptos deben corresponder a la realidad, pues de otra manera podrían fracasar las tesis políticas correspondientes. Pensemos en lo que aconteció en el pasado con varias tendencias socialistas, entre ellas el marxismo.

Una conclusión general se refiere al planteamiento entre formalismo y realidad. Dijimos que las formas simbólicas son parte sustantiva del lenguaje jurídico. Así ha sido desde los orígenes del derecho que, como hemos visto (cap. 1), estaba más ligado a la magia y a los rituales.

Más tarde las grandes construcciones jurídicas del derecho romano, del derecho canónico y de las codificaciones provocaron un mayor énfasis en la teorización que en la realidad y de ahí que en la actualidad se preserve la exposición magistral en muchas escuelas de derecho de Latinoamérica.

Afortunadamente, derivado de la experiencia anglosajona, un número cada vez mayor de docentes latinoamericanos y mexicanos estiman que una forma alternativa para la enseñanza del derecho consiste en reducir la especulación teórica y poner énfasis en la discusión de los casos prácticos, donde se puede encontrar, de manera objetiva y directa, una más cabal comprensión de los problemas que presenta la realidad.

Resumen

El término *norma* se usa en dos sentidos: uno amplio y otro estricto. En el primero, norma es "toda regla de comportamiento obligatoria o no"; en sentido estricto, norma jurídica es la regla "que impone deberes o confiere derechos". A las reglas de conducta que son obligatorias o que conceden facultades se les llama *normas*, mientras que a las reglas cuyo cumplimiento es potestativo se les conoce como *reglas técnicas*. Tanto las normas como las reglas técnicas son reglas de conducta. Las primeras conceden derechos o prescriben obligaciones; las segundas establecen medios para alcanzar un fin. El cumplimiento de las reglas técnicas es potestativo, vale decir, queda a voluntad del individuo cumplir o no con la regla. En cambio, en las normas jurídicas su cumplimiento es obligatorio.

La *ley* se define como la norma jurídica obligatoria y general dictada por el poder legítimo en la que se ha cumplido con todos los requisitos para su creación y que tiene como fin regular la conducta de los hombres o establecer los órganos necesarios para el cumplimiento de sus fines.

Las normas jurídicas en relación con otro tipo de normas son reglas de conducta bilaterales o imperativo-atributivas, exteriores, coercibles y heterónomas. Que estas normas sean bilaterales o imperativo-atributivas significa que una obligación jurídica a cargo de determinada persona trae

aparejado un derecho en favor de otra persona para exigir el cumplimiento de la misma; son exteriores porque sancionan las conductas externas de los individuos y, secundariamente, el aspecto íntimo o interno de las mismas; son coercibles, ya que la autoridad pública puede recurrir a la violencia para hacer cumplir un deber jurídico; y la *heteronomía* significa que el creador de la norma es un ente distinto del destinatario de la misma, y ésta le obliga aun cuando no sea reconocida por dicho destinatario.

Las normas morales son unilaterales o imperativas porque frente al sujeto a quien obligan no hay otro autorizado para exigirle el cumplimiento de sus deberes; o sea que las normas morales imponen deberes, pero no conceden derechos; son internas, lo que significa que el individuo ha de cumplirlas únicamente con el propósito de acatar dichas normas; son incoercibles porque su cumplimiento es espontáneo, es decir, estos preceptos no admiten el empleo de la fuerza para el logro de su cumplimiento; y son autónomas porque tanto el obligado como el creador de dichas normas son la misma persona.

Las normas religiosas son normas internas establecidas por una determinada religión o creencia cuyas normas acepta una persona, o bien, una religión o creencia en que la persona participa y cuyas normas acata y acepta como parte fundamental en el desarrollo de la vida. Dichas normas son de carácter interno porque auxilian al individuo para acercarse a Dios y de esta manera alcanzar la vida eterna; asimismo, quien cumpliera con ellas tendría un buen comportamiento social, sería una persona justa, caritativa. Son, a la vez, manifestaciones externas, producto de una decisión individual y de cumplimiento espontáneo.

Las reglas del trato social son las reglas de cortesía, de etiqueta, también llamadas *convencionalismos sociales*. Éstas nos permiten llevar a cabo una vida social más amena y cordial (cortesía), o bien, conducirnos conforme a ciertas reglas establecidas para circunstancias y momentos determinados: darles preferencia a las damas, no interrumpir la conversación de los demás, comportarnos con recato durante una ceremonia o un funeral, etc. Si no respetamos estas reglas tendremos una sanción: que la sociedad nos margine, pero tal sanción no tiene las características señaladas en el caso de las normas jurídicas; por eso se ha dicho que los convencionalismos sociales son reglas de conducta exterior, incoercibles, heterónomas y unilaterales.

En lo que toca al ámbito espacial de la norma, las normas jurídicas son elaboradas para aplicarse en una sociedad determinada. El derecho es un producto cultural y, por tanto, relativo a una sociedad específica. Así, el ámbito espacial de la norma se identifica con el territorio en el cual se aplica.

En el ámbito temporal de la norma, las normas jurídicas entran en vigor a partir de una fecha cierta, que puede ser la fecha en que se publica en el diario o periódico oficial, la fecha en que se dicta una sentencia, la fecha en que las partes han convenido que entre en vigor su contrato, etcétera.

En el ámbito personal de la norma, la norma jurídica tiene validez para toda la sociedad o para parte de ella.

En el ámbito material de la norma, se trata de la materia que regula la norma.

De acuerdo con el nivel jerárquico de las normas, en cada sistema jurídico existe una norma jurídica fundamental u originaria, surgida de la revolución, de la conquista, de la independencia, del consenso, etc. A esta norma por lo general se le denomina *Ley Fundamental o Constitución*. Su característica es que se encuentra en la base de todo sistema jurídico y de ella deriva el resto de las normas del sistema.

La Constitución está compuesta por 136 artículos dispositivos y 16 transitorios. La propia Constitución establece la competencia federal y la competencia para los estados. La primera es regulada por leyes federales y la segunda, por leyes que los estados expidan. Dentro de la primera o las leyes federales se ha hecho una distinción: las leyes que desarrollan o reglamentan disposiciones constitucionales y las leyes que no lo hacen. Las primeras se denominan *leyes federales orgánicas* o *leyes constitucionales*; las segundas, *leyes ordinarias*.

Cuando una norma jurídica alude a una conducta atribuible a un número indeterminado de individuos estamos en presencia de una norma jurídica general, y una norma jurídica es individual cuando está dirigida a uno o varios individuos de manera personal.

Las normas jurídicas sustantivas constan de una condición o supuesto y de una consecuencia jurídica. En estas normas jurídicas la regulación de la conducta se da de tal forma que si se realiza de acuerdo con lo establecido por la norma (supuesto o condición), la consecuencia será que el derecho reconozca lo realizado de conformidad con esa norma.

Las normas jurídicas adjetivas indican los procedimientos que deben seguirse para producir nuevas normas; nos indican quiénes son jueces o aplicadores del derecho, cuál es el procedimiento que hay que seguir para definir jurídicamente una situación, cómo debe desarrollarse todo proceso, cómo deben dictarse las sentencias, etcétera.

Otro tipo de normas jurídicas son las que denominamos *descriptivas* o *explicativas*; se trata más bien de reglas de las que el legislador se vale para explicar o describir el objeto, el tipo o la naturaleza de las normas jurídicas que ha expedido.

En la norma de conflicto, el supuesto o condición es un concepto o categoría jurídica (forma de los actos, capacidad de las personas, etc.) y la consecuencia jurídica, el señalamiento del derecho susceptible de ser aplicado, derecho que nos dará la respuesta directa.

Derecho subjetivo es la autorización de conducta a un sujeto por la norma que le prohíbe, le faculta o le exige un deber. Por su parte, *deber jurídico* es la restricción de la libertad exterior de una persona derivada de la facultad concedida a otra u otras, de exigir de la primera cierta conducta, positiva o negativa.

El nexo o vínculo de imputabilidad es la relación que existe cuando el comportamiento humano se analiza como supuesto o condición de la norma jurídica, cuando ese comportamiento implique un delito, una acción censurable, el cumplimiento o incumplimiento de formalidades o condiciones establecidas por la ley.

Para el derecho, la persona física es el individuo, la persona humana, sujeto de derechos, deberes y facultades. La persona moral o persona jurídica, por su parte, es una sociedad o asociación, producto típico de la abstracción jurídica; es el ente al que se le adscriben determinados derechos, deberes y facultades. En ambos casos, derechos, deberes y facultades representan lo que el derecho conoce como *personalidad jurídica*. Los atributos de las personas físicas son *capacidad, estado civil, patrimonio, nombre, domicilio* y *nacionalidad*. Para las personas morales valen los mismos atributos, con excepción del *estado civil*. Esto es lo que se llama genéricamente *estado y capacidad de las personas*.

La ciencia jurídica estudia el comportamiento humano en la medida en que está contenido en normas jurídicas, es decir, en tanto *comportamiento humano imputativamente vinculado*. De forma más concreta, el objeto de estudio son los derechos, los deberes y las facultades tanto de las personas físicas como de las personas morales. En otro ámbito, la ciencia jurídica también se ocupa del estudio de los derechos, los deberes y las facultades de los Estados y de los organismos internacionales. En el primer caso podemos decir que estamos frente al derecho nacional y, en el segundo, frente al derecho internacional.

Cuando hacemos alusión a los conceptos jurídicos fundamentales nos estamos refiriendo a aquellas figuras, palabras o conjunto de palabras que tienen un significado importante para el derecho, que incluso representan su acervo constitutivo, y el fin que nos proponemos es principalmente descriptivo y no propositivo.

Un concepto jurídico fundamental es la *responsabilidad*, ya que se vincula directamente con el concepto de sanción. Existen varias acepciones a este concepto, una de ellas es la kelseniana, la cual señala que la responsabilidad surge cuando existe la posibilidad de sancionar a un individuo. Mientras que Tamayo expone algunas otras como la que señala: no siempre el responsable de un hecho ilícito es su autor, por ejemplo, en ocasión de un ilícito internacional, en ocasiones un Estado no sólo sanciona al Estado que realizó el ilícito, sino a todos sus nacionales.

Las normas jurídicas son reglas de conducta que confieren facultades, imponen deberes u otorgan derechos para que los individuos en sociedad puedan comportarse de manera adecuada, vivir en armonía y asegurar sus intercambios.

A las normas que regulan directamente la conducta de las personas en sociedad se les conoce como *normas sustantivas*. Un ejemplo típico de ellas lo constituyen las normas jurídicas en materia de compraventa, las cuales otorgan derechos y obligaciones directas a las personas para realizar sus actos jurídicos. Otro tipo de normas diferentes de las anteriores son las que denominamos *normas adjetivas* y que describimos como las normas que definen facultades y procedimientos para la creación de nuevas normas.

Las normas jurídicas son acordadas y hechas efectivas para regular determinadas conductas, situaciones o hechos sociales con base en criterios de seguridad, certeza, igualdad, libertad y justicia.

Esto nos permite establecer la diferencia entre otros dos conceptos jurídicos de gran importancia para nuestro estudio: *vigencia* y *validez*. Hay *vigencia* cuando las normas jurídicas son observadas y cumplidas de manera generalizada por la sociedad, y hay *validez* cuando las normas han sido expedidas conforme a procedimientos previamente establecidos, característica definitoria de las normas jurídicas, pues ellas sólo pueden existir cuando tienen validez.

Las normas jurídicas son *normas prescriptivas* porque indican cómo algo debe ser, no cómo algo realmente es, en cuyo caso se trataría de *normas descriptivas*.

El *derecho formalmente válido* es el conjunto de reglas bilaterales de conducta que en un determinado país y en una cierta época el poder público considera obligatorias.

En cuanto a la eficacia de la norma, resulta eficaz una norma que se cumple.

La complejidad de las relaciones sociales y económicas de una sociedad como la mexicana requiere una extensa y precisa regulación, y para ello es necesario que se expidan leyes, sean federales o estatales. Son leyes aprobadas por el Congreso de la Unión si son federales, o por las legislaturas de los estados si son locales, o por la Cámara de Diputados o la Asamblea Legislativa si son para el Distrito Federal. Pero en todo caso son leyes de un rango jerárquico inferior a las comprendidas en la Ley Funda-

mental. A estas últimas se les denomina *leyes secundarias.* Son disposiciones generales que muchas veces exigen mayor especificidad, y para lograrlo se expiden los *reglamentos*, tienen un nivel inferior, en términos de jerarquía, respecto a las leyes que reglamentan.

Existen conceptos originados en la realidad social que inciden en el campo del derecho, éstos son los conceptos reales. El principal es *la sociedad*, ya que es el principio fundamental original; sin él no podría explicarse el derecho. Otro concepto importante es *la persona* como entidad real; dicho concepto es la persona humana entendida como ente psicobiológico, base de la ciencia jurídica al considerarlo desde el punto de vista de su personalidad como centro de imputación normativa. Finalmente, el último concepto real visto fue la *autoridad política*, la cual está encarnada en el Estado.

Cuestionario

1. Explique los conceptos de *regla, norma* y *ley.*
2. Enumere y explique las características de las normas jurídicas, morales, religiosas y de las reglas del trato social.
3. Indique las diferencias y analogías entre las normas jurídicas, morales y los convencionalismos sociales.
4. Señale los puntos más importantes del *Código de ética del abogado.*
5. Explique las razones por las cuales una norma jurídica es acatada.
6. ¿En qué consiste la vigencia y validez de las normas jurídicas?
7. ¿En qué consiste la validez de la norma?
8. ¿Qué es el ámbito espacial de la norma?
9. ¿Por qué se afirma que las normas tienen un ámbito temporal?
10. ¿Cuál es el ámbito personal de la norma?
11. ¿En qué consiste el ámbito material de la norma?
12. Explique la importancia del deber moral en el plano internacional y en el nacional.
13. ¿Qué es la jerarquía de las normas?
14. Describa las normas individuales y las normas generales.
15. ¿Cuáles son las normas explicativas?
16. ¿En qué consisten las normas de conflicto?
17. Describa brevemente el nexo de imputabilidad.
18. ¿En qué consiste la personalidad jurídica?
19. ¿Cuál es el objeto de la ciencia jurídica y del derecho?
20. Defina el derecho subjetivo y el deber.
21. ¿En qué consiste la sanción o coacción?
22. Explique el concepto de *responsabilidad jurídica.*
23. Comente el concepto de *antijuridicidad.*

24. Explique la causalidad en la ley física y su diferencia en el derecho.
25. ¿Por qué se habla de nexo contingente y su función en la norma primaria y en la secundaria?
26. Comente los conceptos jurídicos fundamentales de carácter real.
27. ¿Por qué se dice que el derecho es un producto cultural?
28. ¿En qué consiste la distinción entre conceptos jurídicos fundamentales de origen real y de carácter formal?
29. ¿Por qué se dice que las normas jurídicas son reglas de conducta?
30. ¿En qué consisten las normas jurídicas sustantivas?
31. ¿Cuál es la naturaleza de las normas jurídicas adjetivas?

5 Clasificación del derecho

Objetivos

Se pretende que el alumno:

- Explique lo que se entiende por derecho natural y dé su propia concepción del mismo.
- Conozca la importancia del desarrollo del derecho natural.
- Diferencie con claridad cuándo se trata de una orden positiva y cuándo de una orden vigente.
- Precise la distinción entre derecho objetivo y derecho subjetivo, así como su interrelación.
- Advierta la importancia del derecho legislado y su relación con el derecho escrito y el derecho consuetudinario.
- Analice el significado tanto del derecho adjetivo como del derecho sustantivo.
- Señale la importancia de cada una de las ramas del derecho, con base en una primera aproximación a la materia de regulación de cada una.
- Comprenda que la distinción entre el derecho público y el derecho privado es sólo para fines didácticos.
- Precise la relación entre derecho federal, local y municipal.

5.1 Introducción

EN ESTE CAPÍTULO ESTUDIAREMOS VARIOS ASPECTOS DE LA NORMA JURÍDICA, algunos de los cuales ya hemos mencionado. Por un lado veremos cómo se entiende desde la doctrina del derecho natural, para luego contrastarla

en una concepción actual en tanto norma vigente y eficaz. A continuación mencionaremos las normas jurídicas agrupadas en el derecho vigente y haremos una clasificación de ellas.

El derecho, como orden jurídico, se encuentra integrado por diversos elementos o normas, para cuyo estudio y conocimiento se hace necesario organizar el material. Al efecto, los juristas han procurado una diversidad de clasificaciones, organizando las normas en clases o grupos. Tal vez la clasificación más antigua es la que separa las normas de derecho público de las del privado. En la actualidad no existe una sola clasificación; a medida que el contenido de la normatividad se diversifica, se procura enfatizar en clases. Ninguna deriva de datos o hechos sobrenaturales o de la naturaleza, se trata de especificaciones hechas por la razón y el intelecto del ser humano con fines prácticos.

5.2 Derecho natural, derecho vigente y derecho eficaz

ESTA OBRA SE BASA EN CRITERIOS TRADICIONALES Y EN OPINIONES DOCTRINALES comúnmente aceptadas, ya que no se pretende someter a debate las diferentes propuestas acerca de la clasificación del derecho. Incluso, por razones didácticas, la clasificación que aquí se presenta pretende ser simplemente descriptiva, en la mayoría de las ocasiones.

Comenzaremos con el derecho natural, que es una de las concepciones más antiguas del derecho; en seguida examinaremos los criterios más importantes de clasificación de todo derecho moderno.

5.2.1 Derecho natural

Estudiaremos el derecho natural y a fin de hacerlo lo más breve posible[1] pasamos a señalar sus características principales. El tema puede ser estudiado de manera histórica, desde su origen con los filósofos griegos y como materia de discusión principalmente en la crítica que se le hace al positivismo. Daremos una descripción de estas dos formas de abordarlo.

[1] Quien esté interesado en este tema puede consultar varias obras, desde las menos recientes: una de las mejores de su época es *Fenomenología del derecho natural*, de W. Luypen, Carlos Lohlé, Buenos Aires-México,1968; y la de Norberto Bobbio que se cita en la nota 8 de 1985, hasta las más recientes que el estudiante puede encontrar en la colección Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, coordinada por el filósofo argentino Ernesto Garzón Valdés y el joven y gran filósofo mexicano Rodolfo Vázquez, publicada por Fontamara en México, en ejemplares accesibles.

Origen del derecho natural

Ya hemos visto cómo el hombre, desde su origen, ha intentado explicarse los diversos fenómenos físicos y naturales. Su razón lo ha ayudado en este camino, pero hay casos en los que su razonamiento no le ha dado respuestas, de manera que ha requerido elaborar explicaciones por medio de ideas o de símbolos que él mismo ha encontrado.

Por ejemplo, ante el fenómeno físico de la muerte, la historia de las religiones muestra un amplio desarrollo de ideas, símbolos y creencias. Frente a la adversidad del medio, ya lo hemos visto, el hombre ha creado una serie de valores o de principios necesarios para su supervivencia y la de su grupo. Esos valores o principios ya los mencionamos: la prohibición del incesto, el homicidio, la violencia o la rapiña entre los mismos miembros del grupo, principios que se convirtieron con el tiempo en reglas a las que debió asignárseles un valor supremo, por encima de cualquier interés o decisión individual o de grupo, y así se convirtieron en valores o principios éticos o morales.

La tendencia a la creación de ideas y la necesidad de crear *valores supremos* han constituido gran parte de la formación cultural de las diferentes sociedades. En lo que toca a nuestro objetivo, distinguiremos dos tipos de reglas: aquellas a las que culturalmente se les ha reconocido supremacía, permanencia o inmutabilidad, y aquellas que son producto específico de cada sociedad, es decir, de la manera en que cada una de éstas ha tenido que resolver sus propios problemas físicos, geográficos, económicos, sociales y políticos. Un ejemplo:

En Roma, el *ius gentium* era la expresión de los principios eternos y generales del derecho, válidos para todos los hombres, en tanto que el *ius civile* era el derecho válido dentro de sus murallas y aplicable sólo a los ciudadanos romanos;[2] en otras palabras, "durante el Imperio romano, a los ciudadanos romanos se les aplicaban las leyes del *ius civile* y a los extranjeros [a los peregrinos] las del *ius gentium*. Las relaciones entre ciudadanos romanos y peregrinos o entre peregrinos originarios de ciudades diferentes eran reguladas de acuerdo con el *ius gentium*".[3]

[2] Guillermo Floris Margadant, *Derecho privado romano*, p. 10.

[3] Leonel Pereznieto Castro, *Derecho internacional privado. Parte general*, 9ª ed., Oxford University Press, México, 2011, p. 22.

Por tanto, las reglas en las que se han consagrado esos valores supremos tienen la característica, por su propia naturaleza, de ser más o menos comunes a todos los grupos humanos, mientras que las segundas son sólo consecuencia de una determinada idiosincrasia y, por ello, distintas en cada sociedad.

Las reglas relativas a valores supremos pueden dividirse en dos grandes categorías: las destinadas a la formación de los individuos en lo personal y que son reglas éticas o morales, y las segundas, reglas o normas de derecho, que están dirigidas a la forma en que los individuos deben comportarse en la sociedad. Veamos.

Al igual que las normas jurídicas que derivan de valores supremos, las normas morales son más o menos parecidas en todos los grupos sociales; por ejemplo, honrar a los padres, no desear a la mujer del prójimo, la prohibición del incesto, del homicidio, etc. En cambio, las normas producto de la idiosincrasia de cada pueblo son diferentes; por ejemplo, las leyes referidas al divorcio, el reconocimiento del hijo habido fuera de matrimonio, las que se vinculan con el cuidado de los hijos o las relativas a los bienes, etcétera.

Se dice que las normas derivadas de valores supremos han sido creadas por un dios o una divinidad, y las que no tienen ese carácter son obra del hombre. Esta dualidad de las normas es una de las principales bases explicativas y fundamento del derecho natural. Un ejemplo nos ilustra con la afirmación siguiente: "Al dirigir la mirada más allá de las fronteras de un Estado o un pueblo determinado [el hombre] se da cuenta de la diversidad de órdenes jurídicos de los pueblos vecinos. En presencia de esta diversidad la razón humana se asombra, primeramente, y después comienza a distinguir un derecho divino y un derecho humano."[4]

El desarrollo del derecho natural en el pensamiento griego, como el de todo pensamiento o historia de las ideas, fue muy amplio y complejo. Desde que nace, la doctrina del derecho natural tiene las siguientes características, que le serán inseparables:

a) Constituye una reflexión racional en contraposición con las especulaciones de tipo religioso predominantes hasta entonces.
b) Señala como criterio de la conducta humana el orden de la naturaleza, de ahí su denominación de natural.

[4] Miguel Villoro Toranzo, *Introducción al estudio del derecho*, pp. 17 y 18.

c) El criterio prevaleciente se encuentra en una conducta exigida, por eso se le califica de derecho, que todo hombre conoce en virtud de su conciencia moral.

La razón descubre un orden natural determinado por la divinidad o de acuerdo con la naturaleza, el cual es válido para todos los hombres y toda forma social de convivencia organizada, es decir, para todo Estado. El derecho sagrado, al igual que el derecho profano de una *polis* cualquiera, valen tanto como puedan justificarse racionalmente, de acuerdo con el orden natural determinado por Dios (derecho natural). El resultado es un derecho divino de validez absoluta, al cual deben someterse todos los derechos de las personas. La responsabilidad que todo individuo tiene de acatar este orden natural es de carácter moral.

Como reacción a las ambiciones humanas, por ejemplo, ante el tirano que se esfuerza en moldear las instituciones de la *polis* persiguiendo su propio beneficio, el filósofo busca tras las divinidades populares en que se oculta, al legislador omnisciente, eterno, inmutable, capaz de legislar para todos los pueblos; y tras el derecho humano nacido de intereses ilegítimos, el derecho natural común a todos.

A pesar de la aparición de un criterio moral racional para juzgar las instituciones existentes, lo cual constituyó una revolución intelectual, el propósito de los primeros iusnaturalistas era en realidad conservador. Frente a las crecientes dudas en torno al valor de las leyes vigentes, querían exaltar su fundamentación —por lo menos en su sustancia—[5] en la voluntad divina. Tal parece ser el caso de Heráclito de Éfeso, cuando afirmó que todas las leyes humanas están nutridas de la única ley divina.

En el mismo sentido se pronunció Arquitas de Tarento, contemporáneo de Platón: "Son las leyes divinas las leyes no escritas de los dioses, las que han engendrado y dirigen las leyes y las máximas escritas de los hombres."[6]

Esta idea conservadora del derecho natural es replanteada por Sócrates, Platón y Aristóteles.

5.2.2 Derecho natural como pensamiento revolucionario

A diferencia de los primeros iusnaturalistas, los filósofos griegos contemporáneos de Pericles desarrollaron la "teoría de los dos órdenes", que se

[5] Miguel Villoro Toranzo, *op. cit.*, pp. 18 y 19.
[6] Sobre esta historia de las ideas, véase Alasdair MacIntyre, *Whose justice? Which rationality?*, University of Notre Dame Press, París, 1988.

convirtió en un medio de crítica al orden establecido.[7] Al sujetar la legislación vigente a un criterio superior, la voluntad del legislador quedó dependiente del derecho natural. Con base en éste se negó la omnipotencia del régimen jurídico establecido y se colocó la razón como último criterio de validez de las leyes positivas.

La crítica racional se va a efectuar de acuerdo con diversos puntos de vista; todos ellos coinciden en que la razón se constituye en un medio para denunciar las imperfecciones del orden establecido. Frente a la ley positiva se levanta el orden que la razón descubre en la naturaleza, y se pone énfasis en esta oposición entre derecho positivo y derecho natural.

5.2.3 El derecho natural como derecho divino

En un pasaje de su obra *Antígona*, Sófocles, cuando la heroína se defiende por haber sepultado a Polinices a pesar de la prohibición de un edicto, dice:

> Es que Zeus no ha hecho esas leyes, ni la Justicia que tiene su trono en medio de los dioses inmortales. Yo no creía que estos edictos valiesen más que las leyes no escritas e inmutables de los dioses, puesto que tú eres tan sólo una simple mortal. Inmutables son, no de hoy ni de ayer, y eternamente poderosas; y nadie sabe cuándo nacieron. No quiero por miedo a las órdenes de un solo hombre merecer el castigo divino.[8]

Como se advierte, Sófocles, como buen dramaturgo, plantea en esta obra un tema que se discutía en aquella época y así opone el derecho divino al humano. Esta idea acerca del derecho natural es la que predomina con el paso del tiempo, pues concuerda con la opinión universal de que las leyes humanas deben sujetarse a una justicia superior. De cierta manera, toda teoría del derecho natural debe reducirse a una referencia a Dios como creador de la naturaleza.[9] Así, todo orden natural que no se funde

[7] Alasdair MacIntyre, *op. cit.*, pp. 19 y 20.
[8] Pascal Thiercy, *Les tragédies grecques*, PUF, París, 2001, p. 37.
[9] Esta afirmación, sin embargo, debe matizarse, ya que es necesario tener en cuenta, como lo ha puesto de relieve Norberto Bobbio, que en el periodo comprendido entre comienzos del siglo XVII y finales del XIX se desarrolló una corriente de pensamiento llamada *escuela del derecho natural*, que a pesar de estar representada por muy variados y diversos pensadores se unificó de acuerdo con un principio metodológico racionalista y desprendido de la teología y a la que nos referiremos más adelante. Véase Norberto Bobbio, "El modelo iusnaturalista", en *Estudios de historia de la filosofía. De Hobbes a Gramsci*, Debate, Madrid, 1985, pp. 73-149.

en la voluntad divina caerá necesariamente en el desorden y en el predominio de los más fuertes. Platón también tuvo en cuenta este aspecto y propuso que la voluntad y el poder de los dictadores quedaran sometidos a las leyes, que siempre serán una instancia superior: "Dios tiene en sus manos el principio, el fin y la medida de todas las cosas... la justicia le sigue, vengadora de las infracciones hechas a la ley divina."[10]

5.2.4 Aristóteles

Con Aristóteles se modifica la idea de que el derecho natural es un orden divino. Este filósofo concebía al hombre como parte de la naturaleza, parte de la materia, pero también como ser dotado con la

> ... facultad distintiva de la razón que le hacía algo especial en el orden general de las cosas y le daba una preeminencia particular. Este reconocimiento de la razón humana al mismo tiempo parte de la naturaleza pero con capacidad para la volición, discernimiento e invención [lo que] formó la base de la concepción estoica de la ley natural... los estoicos argüían que la razón gobierna todas las partes del universo, y el hombre "parte de esa naturaleza universal" está gobernado por la razón; el hombre vive naturalmente si vive de acuerdo con esa razón.[11]

En estas ideas se percibe un avance en la concepción del derecho natural, pues al individuo ya no se le considera un ser endeble, sometido siempre a los designios de los dioses, sino un ser independiente regido por su propia razón.

Para Aristóteles, la ley natural es "un conjunto de principios objetivamente válidos, que tienen aplicación en todos los países. El derecho universal es comparable al fuego que quema en cualquier sitio, lo mismo en la Hélade que en Persia".[12] No obstante, las leyes de los hombres que se derivan de esos principios deben estar guiadas por la razón humana.

5.2.5 El derecho natural en el pensamiento jurídico romano

Con la guía de Cicerón, los romanos adoptaron las ideas aristotélicas del derecho natural. Sin embargo, la filosofía estoica agrega un elemento a la

[10] Miguel Villoro Toranzo, *op. cit.*, pp. 20 y 21.
[11] John Finch, *Introducción a la teoría del derecho*, pp. 40 y 41.
[12] Eduardo García Máynez, *La definición del derecho*, pp. 53 y 54.

doctrina de Aristóteles: el religioso, lo cual significó un retroceso en la concepción del derecho natural. Así, se llegó a sostener que "el modo como el hombre debía comportarse naturalmente debía encontrarse no en la razón humana individual, sino en la razón divina. El *ius naturale* (derecho natural) fue para los romanos un derecho más alto sobre el que la validez o justicia del derecho humano debía ser medida y, como tal, era absoluta e inalterable".[13]

Por otro lado, uno de los aportes fundamentales de la filosofía estoica fue haber concebido la doctrina de la confraternidad universal de acuerdo con el principio de que todos somos ciudadanos del mundo, formando parte del derecho natural. El principio de igualdad fundamental de los seres humanos constituyó en aquella época el repudio a la esclavitud y es un principio que sigue vigente.[14] Este principio de la filosofía estoica, por otro lado, puede considerarse uno de los antecedentes del cristianismo y del derecho internacional.

5.2.6 Tomás de Aquino

Tomás de Aquino, pensador religioso comentarista de Aristóteles, sostiene que el universo se encuentra regido por leyes, a las cuales califica de eternas:

> Así, la ley eterna es un principio supremo de orden, que existe en la mente divina y dirige el universo. Con la participación del individuo en la ley eterna se origina la ley natural, que no es sino una reproducción imperfecta de la primera [ley eterna]... resultado de la participación humana en la ley eterna. Al lado de ésta se encuentra la ley humana, invención del hombre y al mismo tiempo aplicación de la ley natural.[15]

Si el derecho es producto de la aplicación de la ley natural y ésta es una forma imperfecta de la ley eterna, cabe concluir que el derecho tiene origen divino.

5.2.7 La escuela clásica del derecho natural

Esta escuela se caracterizó por sostener que el derecho natural podía ser descubierto mediante el uso exclusivo de la razón, exigencia que implicaba desterrar todo fundamento teológico y religioso en la construcción de los derechos naturales, y se volvió así al pensamiento aristotélico de la razón.[16] Tal "escuela se cifra en la hipótesis de que existe un derecho fundado en la naturaleza racional del hombre o, como a la postre se enseña, en la naturaleza del derecho mismo, derecho que rige, con arreglo a la fuente de que proviene, de un modo incondicional eterno y ubicuo".[17]

La escuela clásica, que se desarrolla durante cuatro siglos, principalmente por la profunda influencia de la iglesia en la vida de la sociedad, se inicia con la obra del jurista holandés Hugo Grocio, *De jure belli ac pacis*, publicada por primera vez en 1625. Abarca hasta Kant y Fichte, en el siglo XIX. En ella pueden distinguirse tres etapas fundamentales:

- La primera etapa está caracterizada "porque la garantía última de la aplicación del derecho natural reside meramente en la prudencia y autodeterminación de los gobernantes".[18] Autores representantes de esta etapa son Grocio, Wolf, Puffendorf, Hobbes y Spinoza.
- La segunda etapa se caracteriza por fundamentar la garantía de los derechos naturales de los individuos frente al gobierno "mediante una separación de poderes".[19] Locke y Montesquieu son los representantes de este periodo.
- La tercera etapa "está influenciada por una fuerte creencia en la soberanía popular y en la democracia".[20] Rousseau y Kant pertenecen a esta tendencia.

5.2.8 Noción tradicional del derecho natural

Se ha considerado que a la noción del derecho natural apoyada en la tradición ideológica de Occidente y que siguen los iusnaturalistas desde el siglo XIX, se le debe llamar *noción tradicional del derecho natural*. Tal noción se caracteriza por los elementos que mencionaremos en seguida.

El derecho natural forma parte de la moral, rige la conducta social de los hombres relacionada con la justicia y el bien común. Es un verdadero

[13] Eduardo García Máynez, *La definición del derecho*, p. 54.
[14] *Ibídem*, p. 58.
[15] Felice Battaglia, *Curso de filosofía del derecho*, vol. I, Reus, Madrid, 1951, p. 175.

[16] Para un estudio completo sobre la razón y la racionalidad y justicia a lo largo del pensamiento, véase Alasdair McIntyre, *op. cit.*
[17] Gustav Radbruck, *Introducción a la filosofía del derecho* (trad. Wenceslao Roces), Fondo de Cultura Económica, México, 1985, p. 110.
[18] Edgar Bodenheimer, *Teoría del derecho* (trad. Vicente Herrero), Fondo de Cultura Económica, México, 1988, p. 154.
[19] *Ibídem*.
[20] *Ibídem*.

derecho en la medida en que es obligatorio para todos en la sociedad. Al ser parte de la moral, el derecho natural es inmutable y universal en sus principios, pero mutable en sus aplicaciones, pues éstas dependen de la variabilidad de las circunstancias.[21] García Máynez afirma: "Suele darse esta denominación [*derecho natural*] a un orden intrínsecamente justo, que existe al lado o por encima del positivo."

Después de estas ideas en torno al derecho natural y para evitar confusiones, debe clasificársele como un *derecho intrínsecamente válido*, el cual puede no estar reconocido por la autoridad y carecer de eficacia.

El derecho natural está formado por normas o principios jurídicos ideales que el legislador no necesariamente ha sancionado, o sea, no todos esos principios han sido traducidos en leyes. Tampoco tiene, en este sentido, positividad, entendiéndose por tal la observancia de una norma o un conjunto de normas vigentes y válidas.

Para el Estado, los principios que propone el derecho natural no son derecho en la medida en que no se encuentren reconocidos. Consecuentemente, se trata de principios no sancionados por el poder público, es decir, reconocidos por el Estado, ni provistos de eficacia; tampoco se les puede catalogar como imperativos o mandatos.[22] Por tanto, agregaríamos, queda al arbitrio de los hombres cumplirlos o no cumplirlos. De acuerdo con Recaséns Siches, el derecho natural implica:

> Los principios ideales intrínsecamente válidos —derivados de unos valores con inherente validez objetiva—, según los cuales... debe ser fabricado el derecho humano, el derecho positivo. Se entiende que tales principios constituyen aquello que la razón referida a la esencia del hombre, a la llamada *naturaleza humana*, requiere de las relaciones entre los humanos y respecto a las estructuras de la colectividad. Se entiende que esos primeros principios ideales normativos tienen una validez en *sí* mismos y por *sí* mismos, independientemente de que los hombres, en especial los legisladores, obedezcan o no obedezcan sus exigencias. Son principios no puestos por los hombres, antes bien, son criterios dotados de intrínseca validez, lo cual por tanto no depende del arbitrio humano.[23]

Derecho natural y derecho positivo

Para concluir con el tema del derecho natural, haremos mención de cómo surgió a finales del siglo XIX y buena parte del XX. García Máynez considera que su raíz se encuentra en una intención polémica del positivismo

[21] Miguel Villoro Toranzo, *op. cit.*, pp. 43-45.
[22] Eduardo García Máynez, *La definición del derecho*, pp. 40, 43, 44 y 46.
[23] Luis Recaséns Siches, *Introducción al estudio del derecho*, p. 42.

frente a concepciones iusnaturalistas, adoptando en esa época los principios bajo los cuales hoy se analiza.

En breve, la polémica se plantea en los términos siguientes: para los iusnaturalistas no existe otro derecho que el derecho positivo; sin embargo, ese derecho de validez formal y extrínseca se opone al mismo tiempo al pensamiento iusnaturalista, que sólo acepta un derecho intrínsecamente justo.[24]

En suma, Recaséns Siches señala que al derecho creado por los hombres se le denomina habitualmente *derecho positivo*, es decir, puesto o establecido por los seres humanos. Este derecho contiene intrínsecamente la intencionalidad no sólo de satisfacer necesidades sociales, sino de hacerlo según las pautas derivadas de valores como la justicia, la igualdad ante la ley, la seguridad, la certeza y el bien común, entre otros.

5.2.9 Derecho vigente

El orden jurídico vigente es el conjunto de normas jurídicas, entendidas éstas como normas imperativo-atributivas que, como mencionamos en el capítulo anterior, imponen obligaciones y atribuyen derechos. A este conjunto de normas jurídicas, que forman un sistema jurídico, se le denomina *derecho*. Cabe ahora distinguir entre derecho vigente y derecho positivo: "A las normas reconocidas o creadas por el poder público, se les designa con el nombre de *derecho vigente*."[25]

En un sistema jurídico como el mexicano, que proviene de una tradición de derecho escrito o derecho codificado, las leyes vigentes son las normas aprobadas por el Congreso de la Unión, sancionadas por el Poder Ejecutivo y publicadas en el *Diario Oficial de la Federación*.[26] Este principio general, que es aplicable a las leyes federales, lo es también en el caso de las normas estatales y, con diversas modalidades, en el de las normas municipales.

En los estados de la República se requiere que la aprobación de las leyes estatales se dé en el Congreso local, que sean sancionadas por el Ejecutivo estatal y publicadas en el órgano oficial local. En los municipios, con la gran variedad de éstos y sus características propias, los bandos de policía y buen gobierno son aprobados por el cabildo, sancionados por el

[24] Luis Recaséns Siches, *Positivismo jurídico, realismo sociológico e iusnaturalismo*, 3ª ed., UNAM, México, 1986; esta obra fue reeditada por Fontamara en 1993, p. 58.
[25] Eduardo García Máynez, *La definición del derecho*, pp. 21 y 22.
[26] Óscar Morineau, *El estudio del derecho*, p. 65.

presidente municipal y dados a conocer a la comunidad mediante los órganos de publicidad que cada ayuntamiento haya acordado.

El derecho vigente también se integra por los principios de carácter genérico que constituyen la jurisprudencia obligatoria. En casos individuales el derecho vigente se integra asimismo por las resoluciones judiciales y administrativas, los contratos o convenios que de manera específica, en cada caso, establecen derechos y obligaciones para las personas directamente vinculadas.

La costumbre constituye derecho vigente, como lo establece el del *Código de Comercio* y el de algunas otras leyes, como en el caso del derecho laboral. En las leyes comerciales se reconoce a los usos y costumbres como fuente supletoria, como lo establece entre otros el art. 2°, párrafo tercero, de la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*.

Hay otros casos en que se reconoce la vigencia de la costumbre, pero cuando así sucede es también con carácter supletorio, como ocurre con la *Ley Federal del Trabajo* (LFT), que en su art. 17 dispone que, a falta de disposición expresa se tendrá en consideración, entre otros elementos, la costumbre.

En cuanto a la doctrina como fuente supletoria del derecho, en muchos sistemas jurídicos extranjeros se le considera como tal; sin embargo, en México la Suprema Corte de Justicia la ha descartado al afirmar:

> En los casos de omisión o deficiencia de la ley, debe acudirse para resolver la controversia judicial a los principios generales de derecho, debiendo entenderse como tales, no a la tradición de los tribunales que, en último análisis no son más que prácticas o costumbres que evidentemente no tienen fuerza de ley, ni a las doctrinas o reglas inventadas por jurisconsultos, supuesto que no hay entre autores cuya opinión tenga fuerza legal, ni tampoco la que haya escogido la inventiva de la conciencia de un juez, por ser esto contrario a la índole de las instituciones que nos rigen, sino los principios consignados en alguna de nuestras leyes, teniendo por tales no sólo las mexicanas que se hayan expedido después del Código Fundamental del país, sino también las anteriores.[27]

A pesar de esta posición de la Suprema Corte de Justicia se encuentran ciertas decisiones de ese órgano judicial y de altos tribunales y jueces en las que, para apoyar lo afirmado, en determinados puntos de sus decisiones citan las opiniones de diversos autores o se inspiran en ellos. Ésta es una forma de integración de la doctrina al derecho.

[27] *Semanario Judicial de la Federación*, t. XLIII, p. 858.

Suelen emplearse como sinónimos las expresiones *derecho vigente* y *derecho positivo*, lo cual, a juicio de García Máynez, es indebido, pues no todo derecho vigente es positivo ni todo derecho positivo es vigente.

La *vigencia* es un atributo de carácter formal; es el sello que la autoridad estatal imprime a las reglas jurídicas consuetudinarias, jurisprudenciales o legislativas sancionadas por aquélla.

La *positividad* es un hecho que consiste en la observancia de cualquier norma vigente o no vigente. La *costumbre* no sancionada formalmente por el Estado es derecho positivo, pero carece de validez formal.

Por el contrario, los preceptos que el legislador crea tienen vigencia, pero no siempre son observados; sin embargo, no por ello dejan de estar vigentes. Un precepto que no se cumple sigue en vigor; es derecho vigente, hasta que otra ley lo derogue. Este principio es acogido por el derecho mexicano.[28]

En el art. 9° del *Código Civil Federal* se consagra el principio anterior y en el art. 10 del mismo se rechaza expresamente la llamada *costumbre derogatoria*, al establecer: "Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario."

Pueden considerarse sinónimas las expresiones *derecho vigente* y *derecho positivo*, aseveración que Trinidad García confirma al señalar: "El conjunto de las manifestaciones presentes del derecho constituye el derecho positivo formado por las normas jurídicas en vigor, y que puede estimarse como el derecho vigente. Estas normas se encuentran expresamente en leyes y en costumbres."[29] Sin embargo, según García Máynez, la distinción radica en que un precepto vigente puede no ser acatado por los particulares ni aplicado por el poder público, esto es, que carezca de positividad. Por tanto, la positividad es lo que hace la diferencia entre estos órdenes jurídicos.

Para Rolando Tamayo, "el derecho positivo no es tan sólo por haber sido puesto, es necesario, además, que sea efectivamente aplicado y observado; necesita existir como derecho. En esto reside su carácter histórico: ser el derecho de determinada comunidad. De esta forma, el derecho positivo no es sólo creado por una determinada instancia, sino el realmente aplicado y observado".[30]

Como veremos más adelante en este capítulo, en el derecho internacional el concepto de *positividad* tiene gran relevancia. En el derecho internacional público, que rige la conducta de los Estados y de los organismos internacionales, existen principios que pueden no estar aceptados formal-

[28] Eduardo García Máynez, *La definición del derecho*, pp. 38 y 39.
[29] Trinidad García, *Apuntes de introducción al estudio del derecho*, p. 16.
[30] Rolando Tamayo y Salmorán, *Introducción analítica al estudio del derecho*, p. 162.

mente y que son respetados como todas las normas vinculadas a los derechos humanos. En el derecho internacional privado moderno se estudia una amplia serie de reglas que rigen el tráfico jurídico internacional que no han sido sancionadas por los Estados formalmente, pero que los operadores del comercio internacional cumplen, como son, entre otros, el empaque y embalaje obligatorios para ciertos tipos de productos que cambian según la tecnología avanza.

5.2.10 Derecho eficaz

De acuerdo con lo dicho anteriormente, la validez del derecho requiere como condición indispensable cierto grado de eficacia. El derecho es eficaz en la medida en que exista "un cierto grado de concordancia entre los contenidos de las normas del orden (ámbito del deber ser) y los acontecimientos que ocurren en el ámbito de la realidad efectiva, que se efectúan en el ámbito del ser". En otras palabras, "debe haber un paralelismo entre el deber ser y el ser".[31]

El *derecho eficaz* es un concepto propuesto por Kelsen, del que afirma: "un orden jurídico es considerado válido, cuando sus normas, en términos generales y a grandes rasgos, son eficaces, es decir, son tácticamente acatadas y aplicadas." Sin embargo, este autor nos dice que ese orden jurídico no pierde su validez (cuando) "una norma... carece de eficacia en casos aislados, es decir, cuando entonces no es acatada o aplicada, aunque deba serlo". La eficacia, afirma, es una condición de la validez, pero no se identifica con ella.[32]

Volveremos sobre el concepto de la *eficacia* en el apartado siguiente; por el momento la figura de los esponsales, institución que en este mismo capítulo examinaremos más adelante, nos servirá de ejemplo para aclarar lo que hasta aquí se ha dicho.

> La institución de los esponsales es la promesa que se hacen por escrito los futuros contrayentes y mediante la cual se obligan a contraer matrimonio. Esta figura ha caído en desuso y hoy en día prácticamente nadie celebra este tipo de compromiso, que se ha reducido a una ceremonia familiar en la que los padres del novio visitan a los padres de la novia y les manifiestan el deseo de su hijo de contraer nupcias con su hija. En última instancia, es una declaración de parte de los padres del novio y no de éste, pero en todo caso esa ceremonia familiar no tiene en principio efectos jurídicos. De esta manera, la institución de los esponsales, tal como está prevista en el CCF (art. 139): "La promesa de matrimonio que se hace por escrito y es aceptada, constituye los esponsales", como lo mencionamos, ha caído en desuso; es decir, ya no es una norma eficaz en la medida en que prácticamente nadie en la sociedad mexicana la lleva a cabo; sin embargo, la norma del art. 139 y las demás aplicables a esta institución, establecidas en el capítulo I, título quinto, del libro primero del CCF, que se titula "De los Esponsales", continúan siendo normas válidas, aunque no eficaces.

[31] Ulises Schmill Ordóñez, *Reconstrucción pragmática de la teoría del derecho*, Themis, México, 1997, p. 36.

[32] Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, pp. 224 y 225.

Si se analiza más en detalle este ejemplo, se advierte que se trata de una norma jurídica válida pero que dejó de tener relación con lo que acontece en la sociedad. A pesar de este tipo de normas que caen en desuso y dejan de ser eficaces, el derecho debe tener una vocación modernizadora, es decir, hacerlo funcional para el desarrollo de las transacciones actuales: la familia ha evolucionado en costumbres y modos de vida y las relaciones intrafamiliares se han vuelto complejas. Lo mismo sucede con las transacciones comerciales y no se diga las políticas. Dependiendo del tipo de relaciones jurídicas y de las normas adecuadas para llevarlo a cabo, el derecho será más o menos eficaz si efectivamente resuelve los conflictos o protege los intereses y lo será menos cuando la norma jurídica ya no responda a una realidad.

5.3 Derecho objetivo y derecho subjetivo

PARA VILLORO TORANZO, EL DERECHO OBJETIVO ES UN SISTEMA DE NORMAS QUE rige obligatoriamente la vida humana en sociedad. Esta definición, de acuerdo con ese autor, es aplicable a varios objetos. Un ejemplo:

> El derecho objetivo puede aplicarse a la moral, pues ésta es un sistema de normas que regula la vida humana tanto en lo individual como en sociedad y, además, se trata de un orden obligatorio como lo enseñan los moralistas, aunque tal obligatoriedad es diferente de la jurídica. También puede aplicarse a los usos o convencionalismos sociales, y la obligatoriedad es igualmente diferente, ya que éstos sólo obligan bajo la sanción del desprecio o del ridículo. La definición también es aplicable al derecho natural, razón por la que puede deducirse que éste es un tipo de derecho objetivo.[33]

[33] Miguel Villoro Toranzo, *op. cit.*, p. 7.

Citando a Stammler, Villoro Toranzo señala que la obligatoriedad jurídica es una categoría especial *a priori* de la voluntad. Es decir, todo hombre se da cuenta, antes de toda reflexión, de que debe acatar la norma jurídica como sucede con la moral. Stammler agrega que la obligatoriedad jurídica es "vinculatoria" porque une a los hombres entre sí. La norma jurídica se caracteriza por ser siempre exigible a una o varias personas por otra u otras personas. Los convencionalismos sociales no son exigibles; por tanto, no son derecho. En cambio, las normas de derecho natural son verdadero derecho objetivo, pues vinculan a los hombres entre sí y son exigibles.[34]

En este análisis cabría distinguir dos conceptos: la "voluntad *a priori*" y la eficiencia en seguir determinadas conductas. La primera es producto de una larga historia de repetición de conductas cuyos resultados —y ya estaríamos en la segunda cuestión— les hubiera reportado beneficios a las personas involucradas. Desde la concepción del derecho natural, se podría hablar de *tendencia hacia el bien y hacia el mal*; sin embargo, los términos han cambiado y hoy se podría identificar con una tendencia hacia la eficiencia en la medida en que esto reporte beneficios a quienes practican cierto tipo de conductas: la categoría "especial *a priori*", de Stammler.

García Máynez coincide con Stammler al señalar que el derecho, en su sentido objetivo, es un conjunto de normas. Los preceptos que forman este derecho son imperativo-atributivos, pues imponen deberes y conceden facultades. Frente al obligado por una norma siempre hay otra persona para exigirle el cumplimiento de la misma.[35]

La autorización que la norma concede al pretensor constituye el derecho en sentido subjetivo. El derecho subjetivo es una función del derecho objetivo; este último es la norma permisiva o prohibitiva, y es subjetivo el permiso o la facultad derivada de la norma. El derecho subjetivo no se concibe fuera del derecho objetivo, pues la posibilidad de hacer o no hacer lícitamente algo supone la existencia de las normas que permiten tal conducta. El derecho subjetivo se apoya en el objetivo, pero es equívoco considerar que el primero constituye sólo un aspecto del segundo, como lo afirma Kelsen.[36]

Por su parte, Recaséns Siches afirma que la palabra *derecho* se emplea tanto para indicar la norma jurídica como el conjunto de normas que constituyen el orden jurídico positivo formalmente válido, así como para expresar la facultad que un sujeto tiene respecto de otro para exigirle la

[34] Miguel Villoro Toranzo, *op. cit.*, pp. 7 y 8.
[35] Eduardo García Máynez, *La definición del derecho*, p. 36.
[36] *Ibídem*.

realización de determinada conducta.[37] Uno es el derecho objetivo, o sea el derecho como norma; y el otro es el derecho subjetivo como facultad derivada de la norma.

Por último, respecto al problema de qué derecho es primero, si el objetivo o el subjetivo, García Máynez considera que el problema ha sido mal planteado, pues a estas ideas no procede aplicarles las categorías de la temporalidad. Ambos conceptos se implican recíprocamente; no hay derecho objetivo que no conceda facultades ni derechos subjetivos que no dependan de una norma.[38] Es decir, para este autor lo que importa es que se trata de conceptos íntimamente relacionados: la existencia de uno determina la existencia del otro. Es decir, si existe la norma (*derecho objetivo*) existirá la facultad (*derecho subjetivo*).

5.4 Derecho adjetivo y derecho sustantivo

LA EXPRESIÓN *DERECHO ADJETIVO* TRADICIONALMENTE SE HA UTILIZADO PARA referirse a las normas del derecho procesal.[39] El derecho procesal o derecho adjetivo se compone del conjunto de normas que rigen la jurisdicción (aplicación de la ley a los casos concretos) y a los elementos necesarios para su ejercicio. De acuerdo con García Máynez, al derecho adjetivo se le conoce como *derecho instrumental*.[40] También puede considerarse que es el que conduce a la creación de nuevas normas, incluidas las reglas de conflicto (a estas últimas nos referiremos en seguida).

Cuando hablamos de *derecho sustantivo* o *derecho material* [41] nos referimos a todo aquel derecho que no tiene el carácter de procesal. Así, por ejemplo, las normas contenidas en el Código de Procedimientos Civiles son derecho adjetivo, mientras que las contenidas en el Código Civil son de derecho sustantivo.

Sin embargo, el carácter distintivo de "procesal" no es suficiente para definir al derecho adjetivo, pues dentro de éste también se comprenden las llamadas *normas conflictuales* o *reglas de conflicto* porque tienen como objeto guiar al juez, al jurista y al abogado respecto de cuál derecho será aplicable. Es el caso del art. 13 del *Código Civil Federal*, que establece las reglas conforme a las cuales se debe aplicar derecho nacional diferente (derechos de los estados del país) o derecho extranjero.

[37] Luis Recaséns Siches, *op. cit.*, p. 140.
[38] Eduardo García Máynez, *op. cit.*, p. 37.
[39] Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, *Diccionario de derecho*, 1985.
[40] Eduardo García Máynez, *La definición del derecho*, pp. 144 y 145.
[41] *Ibídem*, p. 145.

Por ejemplo: "I. Las situaciones jurídicas válidamente creadas en las entidades de la República o en un Estado extranjero conforme a su derecho, deberán ser reconocidas." Como se advierte, esta legislación indica al juez que debe consultar el derecho de Jalisco, Chihuahua o de Guatemala o Panamá, para saber si conforme a esos derechos una determinada situación jurídica fue válidamente creada (un matrimonio, un divorcio o un contrato) y si lo fue, conforme al derecho sustantivo que la creó, reconocerla en México.

Otro ejemplo de regla de conflicto que ya mencionamos lo vemos en la siguiente fracción del artículo arriba citado:

"IV. La forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebren..." Lo anterior quiere decir que el juez debe consultar el derecho material del lugar de celebración del acto, para determinar la validez de forma del acto. La norma de conflicto indica cuál derecho es aplicable y conforme a éste se podrá resolver el fondo del asunto. De ahí se sigue que la connotación de derecho *instrumental* es la más precisa.

Salvo el caso de las normas conflictuales que acabamos de mencionar, las normas adjetivas tienen por objeto la creación de nuevas normas. Los procedimientos judiciales conducen a sentencias y éstas son nuevas normas, ya que la aplicación de la norma general al caso concreto genera una sentencia y ésta es una norma específica e individualizada; o bien, se trata de los procedimientos a los cuales el legislador debe atenerse para elaborar nuevas leyes (presentación y discusión de iniciativas, su votación y aprobación, etc., conforme al reglamento parlamentario).

5.5 Derecho público, derecho privado y derecho social

LA DISTINCIÓN ENTRE DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO ES DECIMONÓNICA, diferenciación que se realizó cuando el derecho se planteaba en función del derecho de los particulares (derecho privado) y el derecho del Estado (derecho público). Pero ya desde principios del siglo XX esa distinción tajante empezó a borrarse con el derecho laboral, donde tradicionalmente los contratos se celebraban entre patrón y trabajador en forma privada, pero a fin de defender a la parte débil, el trabajador, el Estado debió intervenir y regular la contratación. Lo mismo sucedió en otros sectores del derecho tales como: defensa del consumidor, competencia económica, etc., y así, a pesar de no ser técnicamente correcta una distinción tan absoluta, la retomaremos solamente con fines de clasificación para efectos didácticos.

Antes de entrar en la clasificación propiamente dicha es importante destacar la improcedencia metodológica de tal diferencia.

La distinción entre el derecho público y el privado se ha pretendido explicar a partir de la naturaleza de las relaciones establecidas por sus normas. Una relación es de coordinación cuando los sujetos que en ella figuran se encuentran en un plano de igualdad, como es el caso de un contrato de compraventa celebrado entre particulares o entre un particular y el Estado, cuando éste no interviene en su carácter de entidad soberana. Por el contrario, las normas originan relaciones de subordinación cuando las personas a quienes se aplican no son jurídicamente iguales, como sería el caso de una ley que obliga al ciudadano a actuar de tal o cual manera, o bien, el caso de la celebración de un contrato, como puede ser una concesión de servicio público entre el Estado como ente soberano y un particular. De esta manera, en el primer caso tenemos una relación de derecho privado y en el segundo, de derecho público.[42]

Recaséns Siches señala que se han formulado múltiples teorías para explicar la distinción que nos ocupa; sin embargo, todas han fracasado, pues ninguna ha encontrado un criterio de distinción que tenga validez universal. Consideramos que tal diferenciación no cubre con exactitud ni con plena generalidad todas las normas jurídicas, ya que algunas normas consideradas tradicionalmente de derecho privado, como las civiles (por ejemplo, las normas protectoras de los hijos), tienen un carácter público salvaguardado por el Ministerio Público, que es una institución estatal. Es decir, se trata más bien de una diferencia histórica entre normas inspiradas por intereses públicos y normas protectoras de intereses privados.[43]

De acuerdo con lo anterior, la diferenciación entre derecho público y derecho privado no se justifica, ya que es indudable que en ambos derechos el Estado tiene una intervención importante. En palabras de Kelsen: "Mediante esta diferenciación... entre una esfera jurídica pública, o sea, política, y una esfera privada, es decir, no política, se trata de evitar la evidencia de que el derecho 'privado' producido a través de un contrato... no es menos escenario del poder político que el derecho público producido por legislación."[44]

El tipo de relación entre los particulares y el Estado, o de los particulares entre sí o entre un particular y el Estado, actuando este último sin su

[42] Eduardo García Máynez, *La definición del derecho*, p. 134.
[43] Luis Recaséns Siches, *op. cit.*, p. 179.
[44] Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 3ª reimp., UNAM, México, 1983, p. 289.

Cuadro 5.1. Clasificación del derecho

Público	*Privado*	*Otros tipos*
constitucional	civil	agrario
administrativo	mercantil	del trabajo
procesal	bancario	aéreo
penal		económico
		fiscal
		militar
		canónico
		marítimo

carácter de ente público, no fundamenta la clasificación de los citados derechos. De esta manera, la distinción entre derecho público y derecho privado carece de fundamento y ha sido abandonada en la doctrina moderna; sin embargo, como dijimos antes, la hemos retomado con fines exclusivamente pedagógicos, como se observa en el cuadro 5.1.[45]

Antes de continuar haremos una simple enumeración de las disciplinas generales, pues también en la actualidad éstas pueden subdividirse en otras más, dada la especialidad del derecho moderno; por ejemplo, el derecho constitucional al que nos referiremos a continuación ha generado disciplinas autónomas como el derecho electoral, el derecho parlamentario, los derechos humanos, etc., y sucede otro tanto con las demás disciplinas generales que también mencionaremos.

5.5.1 Derecho público

Patrick Courbe define el derecho público como el conjunto de normas que regulan la organización del Estado y los procedimientos entre éste y los particulares.[46]

[45] En relación con este cuadro, véanse las obras citadas en este capítulo de Miguel Villoro Toranzo, pp. 220, 292 y 311; Eduardo García Máynez, *La definición del derecho*, pp. 15, 136 y 142; Luis Recaséns Siches, p. 179; Trinidad García, pp. 35, 36, 40, 42 y 46; Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, pp. 220 y 221.

[46] Patrick Courbe, *Introduction générale au droit*, p. 15.

Derecho constitucional

Esta disciplina del derecho está integrada por un conjunto de normas que tienen por objeto la organización del Estado y el funcionamiento de sus poderes,[47] y las relaciones que el poder mantiene con los ciudadanos.

De igual forma, parte integrante de las normas del derecho constitucional es la regulación de los derechos humanos o derechos fundamentales o, como los llama la propia Constitución, *garantías constitucionales*. Así quedó establecido en el art. XVI de la *Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano*, de 1789: "Un Estado sin garantía de los derechos fundamentales y sin división de poderes no tiene Constitución."

Mediante el derecho constitucional se organiza al Estado y se regula el funcionamiento de sus poderes, los cuales en conjunto forman el gobierno de un país. En el capítulo 7 analizaremos el concepto del *Estado* y, como veremos, para su existencia es necesaria una población, un territorio y poderes públicos organizados (gobierno).[48] Por el momento, baste decir que el derecho constitucional se encarga de estudiar precisamente los tres elementos mencionados además de criterios relacionados, como podrían ser, entre otros, las garantías individuales o, de modo más amplio, los derechos humanos o el derecho constitucional transitorio,[49] etcétera.

En el estudio del gobierno se analizan las funciones que éste debe cumplir con apego a la Constitución, en sus tres poderes: el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial. En cuanto a la población, el derecho constitucional estudia lo relativo a su protección y a los derechos de los individuos (garantías individuales), así como su pertenencia o no a la población constitutiva de la nación mexicana, o sea, el tema de la nacionalidad. En lo que respecta al territorio, estudia su distribución y competencia entre las instancias federal, estatal y municipal, así como las funciones de los diversos poderes sobre el particular.

Al mismo tiempo, el propio derecho constitucional define cuáles son las facultades que tienen los funcionarios públicos respecto a su relación con los ciudadanos y los medios de impugnación de las decisiones públicas por el ciudadano.

Para lograr sus objetivos el derecho constitucional se ocupa de varios temas, de los cuales sólo señalamos los más importantes:[50]

[47] Daniel Moreno, *Derecho constitucional mexicano*, 3ª ed., Pax, México, 1976, p. 1.

[48] Michel Miaille, *El Estado de derecho*, Universidad Autónoma de Puebla, México, 1985, p. 164.

[49] Elisur Arteaga Nava, *Tratado de derecho constitucional*, Oxford University Press, México, 1999, t. I, pp. 362 y siguientes.

[50] Los temas que en adelante se señalan son los contenidos en el tratado de derecho constitucional más completo publicado hasta la actualidad: el de Elisur Arteaga Nava.

TEORÍA CONSTITUCIONAL. La teoría constitucional, también llamada *teoría política*, estudia la supremacía y la jerarquía de las leyes, la división de los poderes, la interpretación constitucional y las formas de gobierno, donde se incluye la teoría del poder.

PODERES FEDERALES. Por su parte, en el tema de los poderes federales se estudian las características y naturaleza de cada uno, en lo que se incluyen sus facultades y las relaciones entre sí con los gobernados y respecto a los diversos estados federados.

DERECHO CONSTITUCIONAL ESTATAL. En este tema se estudian las características y naturaleza de las constituciones estatales y los poderes que componen a los estados, así como las relaciones entre éstos y los gobernados. También se analizan las jurisdicciones estatales y el efecto de las leyes locales, de donde se deriva el estudio de las competencias federales, estatales y locales o municipales.

El tema de las competencias de las autoridades federales y locales quizá sea uno de los más extensos y polémicos del derecho constitucional; en él se incluyen la competencia general de los poderes estatales, los derechos humanos, las facultades discrecionales de los funcionarios y la organización del Distrito Federal.

DERECHO MUNICIPAL. En México es un tema de importancia cada vez mayor en la medida de la participación que han tenido los municipios en la vida nacional. A este tema corresponde, entre otros, el análisis de su territorio, los órganos municipales y su función y facultades, así como las relaciones de los municipios con los estados y la Federación.

Otros temas que estudia el derecho constitucional son los monopolios, estancos y otras prácticas económicas prohibidas por la Constitución (que ahora se estudian bajo el concepto *derecho de la competencia*),[51] las facultades reglamentaria, en materia educativa y de salubridad, y todo lo relativo a las bases constitucionales de los procesos electorales, que ahora se estudia en el derecho electoral.

Temas centrales son asimismo la teoría del control de la constitucionalidad y las controversias constitucionales (que surgen entre poderes), la acción de inconstitucionalidad (de los particulares en contra de las leyes)

Véase también su obra *Derecho constitucional*, 3ª ed., Oxford University Press, México, 2008 (en elaboración la 4ª edición).

[51] Leonel Pereznieto Castro y Renato Guerrero Serreau, *Derecho de la competencia económica*, Oxford University Press, México, 2002.

y la función investigadora que tienen los órganos constitucionales y los límites que les deben ser impuestos.

Derecho administrativo

Es el conjunto de normas jurídicas que regulan el funcionamiento del Poder Ejecutivo y sus relaciones con los gobernados, así como las reglas a que están sujetos los servidores públicos.[52]

Esta regulación comprende el funcionamiento del Poder Ejecutivo en todos sus niveles, desde el Presidente de la República hasta el último estrato de la burocracia. Se incluyen en esta regulación las diversas administraciones públicas, sin importar el grado de su descentralización, y en este sentido estamos hablando de los tres niveles de gobierno que reconoce la Constitución: el federal, el estatal y el municipal.

El Estado realiza diversas funciones, entre otras la llamada *función administrativa*, que es la efectuada por los órganos del Poder Ejecutivo para la satisfacción de las necesidades de los gobernados.

A través de ella el Estado satisface las necesidades colectivas mediante la prestación de servicios públicos. Esta función se organiza y controla por medio de la llamada *administración pública*, que es el conjunto de órganos que auxilian al Poder Ejecutivo en la satisfacción de esas necesidades colectivas.

En México, según lo previsto por el art. 80 de la Constitución Política, el Poder Ejecutivo de la Federación se ejerce por un solo individuo, a quien se conoce como *Presidente de los Estados Unidos Mexicanos*. El art. 115 de la Constitución determina que el Poder Ejecutivo en los estados está a cargo de los gobernadores y en los municipios lo ejerce el presidente municipal.

De acuerdo con Gabino Fraga, el Ejecutivo tiene un doble carácter: es órgano político y es órgano administrativo. El alcance de su poder político se define por el lugar que guarda dentro del Estado, en relación con éste y a los demás poderes en que se divide su ejercicio. La situación del Ejecutivo, como poder administrativo, se define por su relación con la ley que ha de aplicar a casos concretos.[53]

Como órgano administrativo, el Poder Ejecutivo constituye el conjunto de órganos que llevan a cabo la función administrativa. Dentro de ésta, el Presidente de la República ocupa la categoría más alta y, en consecuencia, concentra las facultades de mando, decisión y jerarquía necesarias para su debido funcionamiento. Al respecto, José Roldán Xopa señala que: "La Constitución define la organización del Ejecutivo como un sistema

[52] Al respecto, véase Patrick Courbe, *op. cit.*, p. 15.

[53] Gabino Fraga, *Derecho administrativo*, 14ª ed., Porrúa, México, 1971, p. 64.

presidencialista, así como una serie de características de la administración pública, y por tanto del derecho administrativo mexicano. Nuestro arreglo constitucional brinda al Presidente de la República y a la administración pública una posición frente a los demás poderes."[54] Para realizar la función administrativa, el presidente cuenta con auxiliares conocidos como *secretarios de Estado* (art. 90 constitucional).

Existen diversas formas de organización administrativa, pero las más importantes son los regímenes de centralización y de descentralización.[55]

El primero, la centralización, se presenta cuando los entes del Poder Ejecutivo se organizan bajo el mando unificado y directo del Presidente de la República, titular de la administración pública. Éste ejerce el poder a través de la llamada *relación de jerarquía*, es decir, el enlace entre los titulares de las dependencias y el jefe de gobierno sigue una escala jerárquica, lo cual permite una línea decisoria unificada y constituye la principal ventaja de este tipo de organización administrativa.

De la relación jerárquica se derivan diversos poderes que el superior posee respecto de los subordinados. Esas facultades que permiten la unidad de la función administrativa son de: decisión, nombramiento, mando, revisión, vigilancia, disciplina y resolución de conflictos de competencia.

El poder de nombramiento permite al superior elegir, entre los solicitantes a un puesto público, a quien considera más apto, otorgándole un nombramiento; además, le imparte órdenes al subordinado y le indica cómo debe realizar su trabajo.[56]

Del mismo modo, el órgano superior, en virtud del poder de revisión, examina los actos del órgano subalterno a fin de corregirlos, confirmarlos o cancelarlos, en tanto el acto no sea definitivo (acto cuyo trámite ha terminado); en el caso contrario, el superior sólo puede revisarlo, si así lo solicita el particular y si la ley lo permite.

Mediante el poder de vigilancia, el superior controla la función del subordinado y la inspecciona a fin de comprobar que está apegada al derecho.

En ejercicio del poder disciplinario, el superior sanciona el incumplimiento o el cumplimiento deficiente de la función que realiza el subordinado; por tales motivos, el superior puede sancionarlo amonestándolo, suspendiéndolo temporalmente o cesándolo.

[54] Véase José Roldán Xopa, *Derecho administrativo*, Oxford University Press, México, 2008, pp. 214-263.

[55] Para el tema de las diversas formas de organización administrativa véase José Roldán Xopa, *op. cit.*, p. 79.

[56] Rafael I. Martínez Morales, *Derecho administrativo, 1er curso*, 6ª ed., Oxford University Press, México, 2011 y *Derecho administrativo, 2º curso*, 4ª ed., Oxford University Press, México, 2005 (en elaboración la 5ª edición).

En el caso de que se presente algún problema de competencia, esto es, cuando exista duda en cuanto a cuál de los subordinados es el que deba resolver un asunto, será el superior el que decida (véase el art. 24 de la *Ley Orgánica de la Administración Pública Federal*).[57]

La función administrativa centralizada la lleva a cabo el Presidente de la República por medio de las secretarías de Estado. Estas dependencias se encuentran reguladas en la *Ley Orgánica de la Administración Pública Federal*.

Otra forma de organización administrativa es la llamada *descentralización*, la cual, según Gabino Fraga, consiste en confiar la realización de algunas actividades administrativas a órganos que guardan, con la administración central, una relación que no es la de jerarquía.

La descentralización se distingue de la centralización en que ésta y todos los órganos que la integran están ligados por una relación jerárquica que implica una serie de poderes de las autoridades superiores, respecto de los actos de los órganos inferiores,[58] lo que no sucede en la primera.

Existen tres modalidades de descentralización: por región; por servicio y por colaboración.

La primera modalidad consiste en el establecimiento de una organización administrativa cuyo objeto es manejar los intereses colectivos que corresponden a la población radicada en una determinada circunscripción territorial. El lugar común de esta manera de organización administrativa es el municipio.[59]

El municipio es una forma de organización territorial, política y administrativa; está dirigido por un ayuntamiento (corporación política) integrado por el presidente municipal, los regidores y los síndicos, los cuales son elegidos directamente por los ciudadanos (estos servidores públicos no pueden ser reelegidos para el periodo siguiente). El municipio es un organismo que tiene personalidad jurídica, es decir, que es apto para ser sujeto de derechos y obligaciones. Tiene un patrimonio, el cual se administra conforme a los señalamientos de la ley. Se rige por los ordenamientos que expide la legislatura local, recibe participaciones federales, percibe contribuciones y presta servicios públicos a la comunidad (art. 115 constitucional). El municipio, por otra parte, constituye la célula del gobierno y de la organización del Estado mexicano.

[57] Rafael I. Martínez Morales, *op. cit.*

[58] Gabino Fraga, *op. cit.*, p. 203.

[59] *Ibidem*, pp. 204 y 207.

En lo que se refiere a la segunda forma de organización, o sea, la *descentralización por servicio*, se dice que por su medio el Estado presta ciertos servicios, los cuales requieren personal técnico y gozan de determinada independencia de la administración central. Así, el Estado presta servicios médicos por medio del Instituto Mexicano del Seguro Social, del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado o bien, suministra servicios de vivienda mediante el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores o la institución para la vivienda de los trabajadores del Estado (FOVISSSTE). Del mismo modo, el Estado requiere técnicos, gente altamente capacitada para prestar servicios como el de educación profesional; para ello cuenta con instituciones tales como la Universidad Nacional Autónoma de México o la Universidad Autónoma Metropolitana en el ámbito federal o las universidades públicas de los estados y del Distrito Federal, en el plano local.

Según Gabino Fraga, este tipo de descentralización tiene las características siguientes:

a) Existencia de un servicio público técnico.
b) Un estatuto jurídico que rige las funciones de los encargados del servicio.
c) Participación de funcionarios técnicos en la dirección del servicio.
d) Control gubernamental mediante la revisión de la legalidad de los actos realizados por el servicio descentralizado.
e) Responsabilidad personal de los funcionarios.[60]

Otra de las modalidades de la descentralización es la *descentralización por colaboración*. A medida que el Estado adquiere mayor injerencia en la esfera privada, se le van presentando diversos problemas de difícil resolución, ya que la preparación técnica de los funcionarios y, en general, de los empleados públicos, es deficiente, por lo cual el Estado acude a organizaciones particulares que lo auxilien, dando origen de esta manera a la descentralización por colaboración.

Esta modalidad se diferencia de las ya mencionadas en que no forma parte de la organización administrativa, puesto que se realiza mediante organismos privados, que al ejercitar una función pública se transforman en colaboradores de dicha organización. Así, podemos decir que en esta forma de organización administrativa y en razón de la importancia de las funciones públicas, el Estado autoriza a estos colaboradores y vigila que su función la lleven a cabo dentro de los términos de la ley.

[60] Gabino Fraga, *op. cit.*, p. 215.

Ejemplo de este tipo de colaboradores lo constituyen las cámaras de comercio e industria, las asociaciones agrícolas, los establecimientos incorporados de enseñanza, el notariado público, la correduría pública, los servicios de vigilancia, la recolección de basura, y ahora la importante obra de infraestructura: carreteras, hospitales, etcétera.[61]

Otro tema que estudia el derecho administrativo es el relativo a la empresa pública. El término *empresa pública* se refiere a entes estatales o paraestatales dedicados a producir o distribuir bienes o servicios de naturaleza económica, el caso de Petróleos Mexicanos (Pemex) es el ejemplo. Cuando la iniciativa privada sustituye al Estado en actividades que no le interesan a éste, surge el llamado sector *paraestatal*. Tales empresas tienen su fundamento en los arts. 28, 73, 90 y 103 constitucionales.

Se ha definido la *empresa* como una organización de medios personales y reales destinada a la producción o mediación de bienes y servicios para el mercado. Una empresa tiene el carácter de pública cuando el Estado proporciona total o parcialmente dichos medios. Como institución administrativa existirá al crear un ente conforme a reglas de derecho privado, que realice funciones industriales o comerciales.

Generalmente el Estado estructura las empresas públicas como sociedades anónimas; con el vocablo *empresa* se designa cualquier negociación comercial o industrial, sin importar su estructura jurídica y, en general en la doctrina mexicana, es una categoría de índole económica. La *Ley Federal del Trabajo* la define en los términos siguientes: "se entiende por empresa, la unidad económica de producción o distribución de bienes o servicios y por establecimiento la unidad técnica que como sucursal, agencia u otra forma semejante, sea parte integrante y contribuya a la realización de los fines de la empresa". La Constitución se refiere a la empresa en los arts. 28, 93, 110 y 123; la encontramos también contemplada en la *Ley Orgánica de la Administración Pública Federal*, así como en otras leyes.

La empresa pública se diferencia de la privada en que por su medio el Estado lleva a cabo actividades administrativas, es decir, cumple parte de sus cometidos, en beneficio de la sociedad. En cambio, la empresa privada tiene por finalidad el lucro, esto es, la obtención de utilidades que acrecientan la riqueza de quienes la constituyeron e indirectamente la derrama a la sociedad a través de la creación de puestos de trabajo, la producción y el consumo de bienes para la producción.

Otra diferencia radica en el tipo de vigilancia que ejerce el Estado respecto de unas y otras. El Estado controla los organismos paraestatales me-

[61] Gabino Fraga, *op. cit.*, pp. 228, 229 y 234.

diante la llamada *sectorización*, establecida por la *Ley Orgánica de la Administración Pública Federal*. En este sistema, se agrupa a las entidades paraestatales con la coordinación de una secretaría de Estado o de un departamento administrativo, a fin de que estos organismos vigilen las actividades de dichas entidades y celebren acuerdos conjuntamente con el Presidente de la República. Entre el órgano centralizado (cabeza de sector) y el ente paraestatal no hay ninguna relación de jerarquía; el primero sólo ejerce tutela y vigilancia administrativa sobre el segundo.[62]

Los organismos paraestatales son controlados de modo global por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y por la de la Función Pública; es decir, se les vigila financiera y administrativamente y se les practican auditorías a fin de detectar anomalías. Existen también diversas leyes que colaboran a este control, como la *Ley General de Deuda Pública;* la *Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas*; la *Ley General de Bienes Nacionales* y la *Ley Federal de las Entidades Paraestatales*. En cambio, la vigilancia que se ejerce sobre las empresas privadas tiene el fin de que las mismas cumplan con sus obligaciones fiscales, laborales, etc., pero no de control como es el caso de las empresas públicas.[63] En este rubro podemos mencionar a la Comisión Federal de Electricidad, entre otras.

Derecho procesal

José Ovalle afirma que el derecho procesal se expresa a través de tres conceptos básicos o fundamentales que definen la disciplina:

1. La *jurisdicción*, como el poder del Estado para resolver conflictos de trascendencia jurídica en forma vinculativa para las partes.
2. El *proceso*, como instrumento jurídico del Estado para conducir la solución de los litigios.
3. La *acción*, como derecho, facultad, poder o posibilidad jurídica de las partes para provocar la actividad del órgano jurisdiccional del Estado, con objeto de que se resuelva sobre una pretensión litigiosa.[64]

Es decir, la jurisdicción, que es la medida de la competencia, significa que frente a todo conflicto que emerja en cualquier Estado, éste tiene el poder para resolverlo, ya que de otro modo los conflictos se extenderían y se multiplicarían haciendo imposible la vida social. En cuanto al proceso,

[62] *Loc. cit.*
[63] Rafael I. Martínez Morales, *op. cit.*
[64] José Ovalle Favela, *Derecho procesal civil*, 9ª ed., Oxford University Press, México, 2003 (en elaboración la 10ª edición).

Niceto Alcalá Zamora, procesalista español radicado en México y ya fallecido, comentaba: "El proceso se inicia de un presupuesto que es el litigio, se desarrolla a través de un recorrido que es el procedimiento y tiene como fin alcanzar una meta que es la sentencia, de la cual se derivará un complemento que es su ejecución."[65] Según este autor, el litigio "es la situación de conflicto originado del proceso (producido) entre dos esferas contrapuestas de intereses".[66]

La palabra *acción* proviene de la expresión latina *actio*, un sinónimo de *actus*, que se refería en general a los actos jurídicos. Actualmente la palabra *acción* tiene diversos significados. De acuerdo con Couture, tiene en el campo procesal las acepciones siguientes:

a) Como sinónimo del derecho subjetivo material que se trata de hacer valer en juicio.
b) Como la pretensión o reclamación que la parte actora o acusadora formula en su demanda o en su acusación.
c) A la acción también se le entiende como la facultad o el derecho público subjetivo que las personas tienen para promover la actividad del órgano jurisdiccional, con el fin de que una vez realizados los actos procesales correspondientes, emita una resolución sobre la pretensión en litigio.

Según Ovalle Favela: "La acción no sólo es un poder, una facultad, sino que es un verdadero derecho subjetivo procesal, pues si bien confiere al actor la facultad de promover la actividad del órgano jurisdiccional, también impone a éste, cuando aquél cumple con los requisitos de ley, el deber de dar trámite a la demanda o a la acusación, de llamar a juicio a la contraparte, de seguir ordenadamente el proceso, de dictar la sentencia y, en su caso, mandar su ejecución."

De acuerdo con estas ideas, la acción puede definirse como el derecho subjetivo procesal que se otorga a las personas para promover un juicio ante el órgano jurisdiccional, obtener una resolución de éste sobre una cuestión litigiosa y lograr, en su caso, la ejecución forzosa de dicha resolución.[67]

[65] Niceto Alcalá Zamora, "La teoría general del proceso y la enseñanza del derecho procesal", en *Estudios de teoría general e historia del proceso*, UNAM, México, 1974, t. 1, p. 571.
[66] Niceto Alcalá Zamora, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1970, p. 12.
[67] *Ibídem*, p. 155.

Para Cipriano Gómez Lara, la jurisdicción es "una función soberana del Estado, realizada a través de una serie de actos que están proyectados o encaminados a la solución de un litigio o controversia, mediante la aplicación de una ley general a ese caso concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo".[68]

Como puede observarse, en la definición anterior se emplean los conceptos de *Estado* y *soberanía*. El primero es un ente creador del orden jurídico. La segunda, íntimamente ligada con el Estado, consiste en el poder de creación o imposición del orden jurídico. Así, la jurisdicción es una función soberana del Estado que se desarrolla a través de actos de autoridad, dirigidos a solucionar un litigio, mediante la aplicación de la ley al caso concreto controvertido.[69]

En México, la jurisdicción la ejerce el Poder Judicial, que es el que aplica la ley al caso concreto. Esta función la lleva a cabo por medio de órganos cuyos titulares tienen la calidad de ministros, magistrados y jueces. Así, en México, conforme lo dispone el art. 17 constitucional, nadie puede hacerse justicia por sí mismo; sólo los tribunales expresamente establecidos deben resolver los conflictos que surjan entre los gobernados. Los tribunales pueden ser unitarios o colegiados. Los primeros están integrados por una persona; los segundos, por varias. Estos tribunales pueden ser federales o locales; federales, si su jurisdicción abarca todo el país; locales, si se circunscribe al territorio de un estado de la Federación o al Distrito Federal.

Finalmente, en México existen diversas clases de procesos; se habla del proceso *civil*, del *mercantil*, del *penal*, etc., todos ellos regulados por su ley relativa.

Derecho penal

El derecho penal es la rama del derecho público que tiene por objeto tutelar los valores fundamentales de las personas, de la sociedad y del Estado. Esta protección se otorga mediante la creación de normas jurídicas en las que se definen las conductas que dañan o pueden dañar y que, por tanto, deben tener una sanción. Corresponde al Estado, a través de la función legislativa, crear las normas penales, en las que se describe la conducta lesiva; a estas normas se les denomina *tipos penales* o *delitos*.

Cada tipo define una conducta y le asigna una sanción. La sanción corresponde a la gravedad del daño causado o del peligro corrido; de

[68] Cipriano Gómez Lara, *Teoría general del proceso*, 10ª ed., Oxford University Press, México, 2004.

[69] *Ibídem*, pp. 122 y 123.

acuerdo con esto, las *sanciones*, o *penas*, como también se las denomina, son de dos clases: privativas de libertad y económicas.

Mediante la imposición de penas, el Estado trata de evitar que se rompan la justicia, el orden y el respeto que deben existir en la sociedad; por ello el orden normativo penal debe ajustarse estrictamente al principio de legalidad, cuya formulación se atribuye al marqués de Beccaria.[70] El principio de legalidad establece: *No hay delito sin pena, ni pena sin ley*. Ello significa que las conductas, para ser sancionadas como delitos y tener una pena, deben estar descritas exactamente en el tipo penal; de no ser así, no habrá delito y, por tanto, se tratará sólo de una infracción. La sanción que se imponga a las infracciones nunca podrá ser privativa de libertad. Puede haber una sanción como la detención para quien cometa cierto tipo de infracciones administrativas, "como conducir un vehículo en estado de ebriedad", pero esta detención será sólo de horas.

La doctrina penal define el delito como "la acción u omisión antijurídica, típica, culpable y punible". Por su parte, el Código Penal mexicano establece en el art. 70 que un delito es "la acción u omisión que sancionan las leyes penales".

Con estos elementos, los autores han elaborado diversas definiciones de derecho penal; al efecto, Edmundo Mezger [71] da la definición siguiente: "Derecho penal es el conjunto de normas jurídicas que regulan el ejercicio del poder punitivo del Estado, asociando al delito como presupuesto de la pena como consecuencia jurídica."

Las conductas que tipifica y regula el derecho penal pueden ser realizadas con pleno conocimiento del sujeto activo y en este supuesto la conducta será intencional, debido a que quien la realiza sabe perfectamente lo que hace, al igual que conoce las consecuencias de sus actos.

Puede ocurrir también que las personas actúen irreflexivamente, con descuido o imprudencia, sin medir las consecuencias de sus actos; en este supuesto, la conducta es culposa, lo que significa que el sujeto activo, si bien causó un daño o puso en peligro un valor, no tenía la intención de causarlo. De acuerdo con estas dos clases de conductas, el art. 80 del Código Penal establece: "Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente."

Debido a que el daño que se ocasiona con la conducta dolosa o intencional es más reprendible que el que se provoca con la conducta impru-

[70] César Bonessana, marqués de Beccaria, noble italiano, estudioso del derecho penal y autor de la obra *De los delitos y de las penas*.

[71] Edmundo Mezger, *Tratado de derecho penal*, nueva edición revisada y actualizada, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946, t. 1, p. 3.

dencial, la sanción que se imponga será más grave en el delito intencional, mientras que será menor en el delito imprudencial.

Las penas tienen por objeto corregir a la persona que cometió el delito,[72] por ello deben aplicarse sólo a esa persona responsable y consciente de sus actos. Asimismo, las penas sólo se pueden imponer a los sujetos activos cuya culpabilidad está debidamente comprobada. La Constitución Política establece en el art. 21: "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial...", lo que significa que una sanción penal sólo puede ser determinada e impuesta por un juez.

Las penas únicamente pueden ser privativas de libertad o económicas; en este sentido, la Constitución, en el art. 22, prohíbe "las penas de mutilación y de infamia, las marcas, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales".

Dentro del derecho penal existe la penalogía, que se dedica al estudio de las penas y de las medidas de seguridad.

Debido a que existen personas inimputables, esto es, que carecen de la capacidad para entender y dirigir correctamente su conducta y que, por lo mismo, realizan actos delictivos sin percatarse del daño que causan (menores de edad, personas con perturbaciones psíquicas), el derecho ha considerado necesario cuidar de estas personas para evitar que dañen; con tal fin, dentro del derecho penal se crearon las medidas de seguridad.

En este orden de ideas, el derecho penal, además de estudiar las penas, los delitos y a los delincuentes como personas imputables, estudia y regula a los inimputables y las medidas de seguridad que se les han de aplicar. También estudia el derecho penitenciario, que es el régimen en el cual se aísla al delincuente de la sociedad para que purgue su pena y se apoye su rehabilitación.

El art. 24 del Código Penal enuncia las penas y las medidas de seguridad cuyo objeto es prevenir y educar o reeducar a los infractores de la ley con el fin de proteger a la sociedad.

5.5.2 Derecho privado

Courbe define el derecho privado como el conjunto de normas que regulan las relaciones entre particulares o con colectividades privadas tales como sociedades.[73]

[72] Respecto al tema de la finalidad de la pena véase Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1997.

[73] Patrick Courbe, *op. cit.*, p. 14.

Derecho civil

El derecho civil se define como el conjunto de normas que rigen las relaciones de los particulares entre sí y de aquéllos con el Estado, actuando este último sin su carácter de ente soberano.

Esta rama del derecho es no sólo una disciplina jurídica más, sino que constituye la columna vertebral del derecho. Se ocupa del hombre desde su concepción hasta su muerte. Acompaña a la persona durante toda su vida y la relaciona con su núcleo inmediato: su familia, y también con su núcleo mediato: la sociedad. Esta disciplina tiene también como fin el estudio y la regulación de los bienes y la de su sucesión por causa de muerte.

Además, a través del derecho civil se estudian las obligaciones, que son el andamiaje sobre el que se sostiene el derecho. El conocimiento del derecho de las obligaciones para el abogado equivale a la anatomía para el médico o las matemáticas para el ingeniero. Como desarrollo inmediato del derecho de las obligaciones, el derecho civil también se ocupa de los contratos. En un sistema jurídico como el mexicano, el Código Civil siempre es una fuente de consulta supletoria a todas las demás disciplinas, de ahí la importancia que ha tenido a lo largo de los siglos en la formación de los juristas.

En su origen en Roma el derecho civil, o *ius civile*, fue todo el derecho propio para la población libre. Esto es, originariamente el derecho civil no era una rama del derecho, sino en cierta medida, el derecho mismo. Se trataba del conjunto de disposiciones jurídicas que valían para la gran mayoría de la población romana y regulaban cuestiones, incluso durante la etapa del Imperio, de derecho público, tales como las funciones de los magistrados y otros funcionarios.

Algunos rasgos de la original tendencia universalizadora del derecho civil los encontramos aún en la actualidad. De esa forma, el *Código Civil Federal* contiene normas que son válidas para todas las ramas del derecho. Así encontramos, por ejemplo, que el art. 9° rige los principios que resultan válidos para la abrogación de leyes y derogación de preceptos; el art. 12 regula el ámbito personal de aplicación de las leyes mexicanas; el art. 6° determina el límite de la autonomía de la voluntad de los contratantes, que está constituido por el orden público, y otras disposiciones de primera importancia como el perfeccionamiento de los actos jurídicos y sus efectos, la responsabilidad civil, el abuso de derechos, la resolución de los actos jurídicos y muchos más. Por éstos y otros motivos que sería largo explicar en una obra introductoria al derecho es imprescindible dejar sentado que para cualquier estudiante de la carrera, el estudio profundo del derecho civil es indispensable tanto en su formación como jurista como en su capacitación para el ejercicio profesional.

Para conocer algunos de los presupuestos básicos de esta rama del derecho es menester que analicemos y recordemos algunos de sus conceptos fundamentales.

PERSONA JURÍDICA. Hasta aquí hemos hecho una distinción entre persona física y persona moral o jurídica. En este apartado vamos a utilizar el concepto de *persona jurídica* en un sentido amplio, por el cual se entiende al ente capaz de derechos y obligaciones, es decir, al sujeto susceptible de poseer facultades y deberes; el ente capaz de ser sujeto activo o pasivo en las relaciones jurídicas que al mismo conciernen. Por *personas jurídicas* se entiende a las personas físicas y las personas morales, éste es un concepto que ya se había examinado anteriormente, pero que vale la pena recordar. Las primeras —personas físicas— son las personas humanas mismas. A la persona física también se le llama *persona jurídica individual*. Las segundas son entes creados por el derecho. A la persona moral también se le conoce como *persona jurídica colectiva* (art. 25, CCF). En Centro y Sudamérica se les conoce simplemente como *personas jurídicas*.

Decir que una persona física o moral es capaz de adquirir derechos y cumplir obligaciones equivale a afirmar que aquélla tiene personalidad. En las personas jurídicas encontramos determinados atributos: capacidad, nombre, domicilio, nacionalidad y patrimonio, y en el caso de la persona física, el estado civil.

En cuanto a la *capacidad* —recordemos algunas ideas examinadas con anterioridad—, se divide en capacidad de goce y capacidad de ejercicio. La capacidad de goce es la aptitud para ser titular de derechos o para ser sujeto de obligaciones. En el caso de la persona física, se le atribuye capacidad incluso antes de su existencia orgánica independiente; es decir, cuando apenas ha sido concebida la persona, cuando todavía es un embrión o feto en el vientre de su madre,[74] quedando su personalidad dependiente de su nacimiento, o sea que nazca viva y viable. Se da este calificativo al recién nacido que vive 24 horas o que es presentado vivo al Registro Civil (arts. 22 y 337, CCF).

Así como el embrión humano tiene personalidad antes de nacer para ciertas consecuencias de derecho, la capacidad de goce tiene limitaciones. Éste puede ser el caso, entre otros, de las limitaciones que el propio Código Civil impone a una persona por determinadas circunstancias.

[74] Tienen dos derechos los concebidos: heredar (art. 1314, CCF) y recibir donaciones (art. 2357, CCF).

Por ejemplo, para heredar, en el art. 1316 del mismo código se presenta una lista de 12 supuestos conforme a los cuales una persona es incapaz de heredar por testamento o por intestado: "el que haya sido condenado por haber dado, mandado o intentado dar muerte a la persona de cuya sucesión se trate, o a los padres, hijos, cónyuge o hermanos de ella", "el cónyuge que mediante juicio ha sido declarado adúltero, si se trata de suceder al cónyuge inocente", "el que haya sido condenado por un delito que merezca pena de prisión, cometido contra el autor de la herencia...", etcétera.

En conclusión, todo individuo tiene capacidad de goce, capacidad que se adquiere desde la concepción, se confirma con el nacimiento y se pierde con la muerte.[75]

La capacidad de ejercicio supone la posibilidad jurídica, en el sujeto, de hacer valer él mismo sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contratar y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones procedentes ante los tribunales, para la defensa de sus derechos.

Otro de los atributos de las personas es el *estado civil*; éste consiste en la situación jurídica concreta que la persona guarda consigo misma y con la familia. El *estado civil* comprende el nacimiento, el nombre, las calidades de hijo, padre, esposo, y se refiere también al estado de soltero, divorciado, viudo, incluyéndose generalmente lo relativo a la capacidad de heredar y de ser heredado.

Se habla también del *estado político* de la persona, y se denomina *político* porque se refiere a la situación del individuo o de la persona moral respecto a la nación a la que pertenezca. Así, se habla de *nacional* o de *extranjero*.[76]

Ya nos hemos ocupado de la *nacionalidad* de las personas físicas, cuando tratamos el tema del derecho constitucional, mientras que la nacionalidad de las personas morales se define de acuerdo con dos circunstancias: en primer lugar, que se haya constituido conforme a las leyes mexicanas y, en segundo, que establezcan su domicilio en territorio de la República. Cumplidos estos requisitos, la persona moral adquiere la nacionalidad mexicana (art. 8°, *Ley de Nacionalidad*).

El estado *civil* o *político* de las personas es importante porque en razón de éste se conceden derechos o se imponen obligaciones. Lo mismo puede decirse de una persona que tiene la nacionalidad mexicana respecto de una extranjera.

[75] Rafael Rojina Villegas, *Compendio de derecho civil*, t. I, pp. 75, 154-159.
[76] *Ibídem*, pp. 155, 164 y 169.

El *patrimonio* es otro de los atributos de la personalidad. Rafael Rojina Villegas lo define como "un conjunto de obligaciones y derechos susceptibles de una valorización pecuniaria, que constituye una universalidad de derecho".

Según lo anterior, el patrimonio de una persona estará siempre integrado por un conjunto de bienes, de derechos y además por obligaciones y cargos; sin embargo, es requisito indispensable que estos derechos sean siempre apreciables en dinero, es decir, susceptibles de una valorización pecuniaria.[77]

Según Marcel Planiol y George Ripert, el patrimonio de las personas es el "conjunto de derechos y de obligaciones pertenecientes a una persona estimables en dinero. Si se quiere expresar su valor con una cifra: es necesario sustraer el pasivo del activo".[78]

El patrimonio de las personas morales es indispensable desde el momento en que se constituyen como tales; se trata de empresas comunes que necesitan desarrollarse. Así, ese patrimonio está integrado por las aportaciones de los socios en dinero, bienes, trabajo o servicios.[79]

Otro atributo de la personalidad es el *nombre*. Éste es el signo que distingue a una persona de las demás en sus relaciones jurídicas y sociales. Se compone del nombre propio: Crispín, Waldo, etc., y el nombre de familia o apellido que se adquiere a través de la filiación (implica el sentido de pertenencia). El nombre propio se impone a la persona por voluntad de sus parientes. El nombre patronímico o de familia no es propiedad de una persona determinada, sino que es común a todos los miembros que tienen una relación consanguínea en línea recta o colateral, de ahí que nazca el interés de depender en conjunto de su prestigio social: el *buen nombre de la familia*. En México y en general en Latinoamérica solemos usar el nombre propio acompañado de los apellidos paterno y materno. En otros países únicamente se usa el apellido paterno. En nuestros países la mujer casada conserva su apellido, al que suele añadir el del marido. En varios países, incluido Estados Unidos de América, la mujer casada sólo usa el apellido del marido.

El seudónimo o falso nombre es empleado en particular por personas del ámbito artístico o literario para distinguirse de los demás, o por escritores que no desean aparecer con su nombre real. Veamos un caso extremo.

[77] Rafael Rojina Villegas, *Compendio de derecho civil*, p. 8.

[78] Marcel Planiol y George Ripert, *Derecho civil*, p. 355.

[79] Este patrimonio necesario para la operación de la sociedad es lo que Joaquín Rodríguez y Rodríguez llama *el principio de permanencia del capital*. En este sentido, véase *Derecho mercantil*, Porrúa, México, 1994, pp. 139 y siguientes.

El gran poeta de lengua portuguesa Fernando Pessoa —desafortunadamente poco conocido en México—, quien no sólo usaba seudónimos sino heterónimos; es decir, escribía con el estilo y la personalidad, además de la propia, de otros tres personajes: Alberto Caeiro, Álvaro de Campos y Ricardo Reis. El seudónimo también está protegido por la ley (art. 4°, fracc. III, *Ley Federal del Derecho de Autor*).

El seudónimo, por otro lado, no sustituye al verdadero nombre; éste continúa siendo obligatorio, para quien lo adopta, en todos los actos de su vida civil.[80]

La *denominación* de las personas morales equivale al nombre de las personas físicas, ya que constituye un medio de identificación del ente, necesario para que pueda relacionarse jurídicamente con los demás sujetos. También se denomina *razón social*, respecto de las personas morales (arts. 2693 y 2699, CCF [81] y art. 6°, fracc. III, LGSM). La razón social de sociedades mercantiles suele tener un valor considerable en la medida en que identifica los bienes que produce (IBM, Microsoft, Ford, Chrysler) y en esa medida el nombre o razón social debe ser protegido mediante un registro de marca, conforme a la *Ley de Protección de la Propiedad Industrial*.

Otro atributo de la personalidad es el *domicilio*. En sentido amplio, éste es el lugar donde se reside habitualmente. De acuerdo con el art. 29 del Código Civil, el domicilio de las personas físicas es el lugar en que residen habitualmente, y a falta de éste, el centro principal de sus negocios; en ausencia de éstos, el sitio donde residan y, en defecto de éste, donde se encuentren. El código señala que se presume que una persona reside en un lugar cuando permanece en él por más de seis meses.

Los vocablos *domicilio* y *residencia* no son sinónimos. La residencia es uno de los elementos del domicilio. El domicilio no se desplaza cuando una persona viaja a un lugar distinto de su morada habitual. La residencia es un concepto real, el hecho de vivir en un lugar, que por sí solo no produce efectos jurídicos. Para que la residencia, concepto real, se convierta en concepto jurídico es necesario que adquiera el carácter de domicilio, es menester que ahí se resida habitualmente por más de seis meses.

Hay diversas clases de domicilios:

a) El *domicilio de las personas físicas* es aquel al que se refiere el art. 29 del *Código Civil Federal*, en cuanto al lugar donde una persona reside habitualmente.

[80] Rafael de Pina, *Elementos de derecho civil mexicano*, vol. 1, Porrúa, México, 1966, pp. 210-212.

[81] Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, pp. 156 y 157.

b) El *domicilio legal* es el que la ley señala a una persona como lugar para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. Éste es, por ejemplo, el caso de un militar o de un funcionario público que desempeña un encargo público en otro lugar: para efectos de la ley se le considerará domiciliado en su último domicilio (art. 31, fracc. V, CCF).

c) Al lugar que una persona señala para el cumplimiento de determinadas obligaciones se le denomina *domicilio convencional*, por ejemplo, cuando dos personas celebran un contrato, designan en éste un domicilio para su cumplimiento o cuando en ese contrato adquieren una obligación de pago, éste puede hacerse en un domicilio distinto, expresamente señalado (art. 34, CCF).

d) *Domicilio de las personas morales* es el lugar donde se halle establecida su administración (art. 33, CCF).

e) Se denomina *domicilio de origen* el lugar en donde nació una persona.[82]

Por lo que toca al último de los atributos de la personalidad, o sea, la *nacionalidad*, remitimos al lector a lo que ya tratamos en el capítulo 4 y a la consulta del capítulo 7, ya que la nacionalidad la otorga el Estado.

Dentro del estatuto civil se encuentran también los esponsales, que dimos como ejemplo de una institución obsoleta y se definen en el art. 139 del Código Civil como la promesa de matrimonio que se hace por escrito, de un pretendiente al otro, y que es aceptada por este último. A esta institución la ha sustituido otra ceremonia, en este caso informal, como es "la pedida de la mano de la novia", una ceremonia de carácter social que ya comentamos en el capítulo anterior. Tradicionalmente no es una ceremonia en la que la petición se haga por escrito, mediante el contrato de esponsales, como lo indica la ley. No obstante, el rompimiento de un compromiso de esta naturaleza puede dar lugar a una demanda por daños y perjuicios y, en ocasiones, por daño moral, ya que el futuro contrayente víctima de una situación semejante puede quedar expuesto al ridículo público.

Como los considera el Código Civil, los esponsales son un contrato en el cual se promete y se acepta la celebración del futuro matrimonio. Se distinguen del contrato de promesa, al que hacen referencia los arts. 2243-2247 del propio código, en que no producen la obligación de celebrar las nupcias; en el contrato de promesa se crea la obligación de realizar el contrato definitivo a que una o ambas de las partes se han obligado. En el caso de que haya incumplimiento de los esponsales, la parte culpable pagará a la otra los gastos que hubiere hecho con motivo del matrimonio proyectado. También pagará una indemnización a título de reparación moral (art. 143, CCF).

[82] Ignacio Galindo Garfias, *Derecho civil, primer curso*, 8ª ed., Porrúa, México, 1987, pp. 359-363.

Otra de las instituciones que se incluyen dentro del estatuto civil de las personas es el *matrimonio*. A este respecto, la *Ley de Relaciones Familiares* del 9 de abril de 1917, art. 13, establecía: "El matrimonio es un contrato civil entre un hombre y una sola mujer que se unen en vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida."

El Código Civil, en sus arts. 156 y 178, se refiere al matrimonio como un contrato. En la Constitución (art. 130) se pone énfasis en que "los actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de las autoridades administrativas", incluido el matrimonio, por lo que se le conserva como un acto que debe celebrarse ante el oficial o juez del Registro Civil.

Sin embargo, este carácter contractual ha sido objetado por una parte de la doctrina. No entraremos en la polémica de si el matrimonio es o no un contrato, ya que tal discusión va más allá de los alcances de esta obra. Nos limitaremos a mencionar, siguiendo a Rafael de Pina, que "el matrimonio es un acto bilateral, solemne, en virtud del cual se produce entre dos personas de distinto sexo, una comunidad destinada al cumplimiento de los fines de la naturaleza humana y de la situación voluntariamente aceptada por los contrayentes".[83]

Los requisitos para contraer matrimonio, los impedimentos para celebrarlo, así como los derechos y las obligaciones que genera, etc., se encuentran regulados en los arts. 146 a 265 del Código Civil.

Existe una figura jurídica relacionada con el matrimonio: el *concubinato*. Junto al matrimonio de derecho, la legislación mexicana reconoce la existencia del matrimonio de hecho o concubinato. Representa el reconocimiento de una realidad en la que viven millones de mexicanos. A esta institución se le puede definir como la unión de un hombre y una mujer (ambos solteros), sin formalización legal, para cumplir los fines atribuidos al matrimonio. El concubinato es reconocido jurídicamente para proteger a la concubina y a los hijos nacidos de esta unión libre a la que la legislación atribuye determinadas consecuencias jurídicas.[84] El Código Civil, en su art. 1635, concede a la concubina y al concubinario el derecho de heredarse recíprocamente, siempre que se reúnan ciertas condiciones.

[83] Rafael de Pina, *Elementos de derecho civil mexicano*, vol. 1, p. 316.
[84] *Ibídem*, p. 336.

Del mismo modo, tanto la *Ley Federal del Trabajo*, en su art. 501, fraccs. III y IV, como la *Ley del Seguro Social*, en sus arts. 73 y 152, establecen los derechos que tienen por fuente al concubinato.

Otra figura afín a esta última es la unión prevista por la *Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal*,[85] en la que se otorgan mutuamente ciertos derechos a la pareja para que su vida pueda desarrollarse con estabilidad. En su art. 2° esta ley define a este tipo de relación como "un acto jurídico bilateral que se constituye, cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común con voluntad de permanencia y de ayuda mutua". La diferencia básica, respecto de la unión planteada hasta ahora, es que la pareja puede ser del mismo sexo y se regulan derechos y obligaciones que surgen entre las dos personas, ya sea una relación homosexual o simplemente dos personas mayores que han decidido vivir juntas para acompañarse, repartirse gastos, darse asistencia, etc. Esta unión de pareja no califica precisamente en el matrimonio, sino como un contrato de recíproca asistencia, especialmente patrimonial.

El matrimonio puede terminar por muerte de alguno de los cónyuges, por divorcio o cuando es declarado nulo. Las causas de nulidad del matrimonio las señala el art. 235 del Código Civil. El divorcio es la forma más usual de terminar con el matrimonio. El *divorcio* es la disolución del vínculo matrimonial válido, en vida de los esposos, decretado por autoridad competente y fundado en alguna de las causas establecidas por la ley; es la ruptura del consenso necesario para mantener la unión o porque los cónyuges están de acuerdo en terminar con su matrimonio.[86]

Galindo Garfias señala que la separación de cuerpos es "el estado de dos esposos que han sido dispensados de la obligación de vivir juntos". La separación de cuerpos no destruye el vínculo conyugal, sino que sólo dispensa del deber de cohabitación. Según el Código Civil, art. 267, fraccs. VI y VII, no procede en todos los casos en que puede tener lugar el divorcio necesario, sino que se ofrece como opción únicamente en los casos mencionados en ese artículo. El legislador permite la separación cuando existe un estado patológico por parte de uno de los cónyuges, independientemente de culpa imputable al mismo, por ejemplo, una perturbación mental congénita o una perturbación a causa del alcoholismo.

Otra institución que constituye el estado civil de las personas es la *patria potestad*, que se define como el conjunto de derechos, con sus obligaciones correlativas, que adquieren quienes la ejercen sobre la persona y

[85] *Gaceta del Gobierno del Distrito Federal* de 16 de noviembre de 2006.
[86] Ignacio Galindo Garfias, *op. cit.*, pp. 577 y 578.

los bienes de sus pupilos. Estos derechos son temporales, ya que se extinguen cuando el hijo llega a la mayoría de edad o por otras causas. La patria potestad respecto de los hijos de matrimonio la ejercen los padres; en su defecto, los abuelos paternos y a falta de éstos, los maternos. La patria potestad respecto del hijo adoptivo en la adopción simple o semiplena la ejercen únicamente quienes lo adoptan. En la adopción plena se equipara exactamente a la que se ejerce sobre un hijo biológico.

El hijo que está bajo la patria potestad sólo podrá dejar la casa de los que la ejercen con permiso de ellos o por mandato de la autoridad. Tampoco puede contraer ninguna obligación sin el consentimiento expreso de sus tutores, quienes sí tienen la obligación de educar a sus pupilos y la facultad de corregirlos y castigarlos mesuradamente.

Es importante dejar apuntada al menos una diferencia: *patria potestad* es el ejercicio de una serie de derechos sobre el pupilo; sin embargo, existe otra figura en la legislación mexicana que es la *guarda* o *custodia* del menor, que el juez otorga a uno de los cónyuges con motivo del divorcio. En estos casos, ambos padres conservan la patria potestad sobre el menor, pero sólo uno de ellos tiene el derecho y la obligación de vivir con él y procurarle el sustento y los cuidados; mientras que el otro conserva derechos de visita y la obligación de proporcionar alimentos. En casi todos los países latinoamericanos existe esta distinción; en cambio, en el derecho de otros países, especialmente del *common law*, la distinción no existe o es muy débil y así sólo se habla de *custodia* o a lo sumo de *parental custody*, o simplemente *custody*.

El derecho a recibir alimentos, mencionado en el párrafo anterior, es uno de los más importantes derechos protegido por la rama civil. Este derecho comprende la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad del acreedor alimentario.[87] La obligación de proporcionar alimentos nace por el estado civil de las personas como el parentesco, la filiación, la adopción y el matrimonio. Uno de los principios rectores en materia de alimentos es que si el acreedor alimentario tiene necesidad, el deudor alimentario deberá proporcionar los alimentos ajustándose a su capacidad.

Hay otras instituciones que, como ya mencionamos, suelen incluirse dentro del estatuto civil o personal de las personas y a las que ya no nos referiremos: el nacimiento y el estatuto de soltero.

Nos dedicaremos ahora a los *bienes* y es importante que destaquemos lo siguiente. Hasta aquí hablamos de un estatuto civil o estatuto personal, pero ahora vamos a cambiar de *estatuto* y nos referiremos al estatuto real, que es

[87] Artículo 308 del *Código Civil Federal*.

el que regula los bienes. Su nombre proviene de la época en que el rey delimitaba y daba en propiedad las tierras.

La ley entiende por *bien* todo aquello que puede ser objeto de apropiación. En este sentido, *bien* es todo lo que puede resultar útil al hombre. Por tanto, los bienes que no pueden ser objeto de apropiación, aun cuando sean útiles al hombre, no lo serán desde el punto de vista jurídico, por ejemplo, los artículos destinados únicamente para el uso del ejército o los bienes propiedad de la nación. En la naturaleza hay una gran cantidad de bienes que no pueden ser objeto de apropiación: bosques, ríos, barrancas que sean cauce de ríos, etcétera.

De acuerdo con la ley y la doctrina, los bienes se clasifican de la manera siguiente:

1. *Bienes fungibles y no fungibles*. Son bienes fungibles los que tienen un mismo poder liberatorio, es decir, sirven como instrumento de pago con un mismo valor y, por tanto, pueden ser reemplazados en el cumplimiento de las obligaciones. Éste es el caso del dinero. Por el contrario, los bienes no fungibles son los que no tienen el mismo poder liberatorio. No pueden ser sustituidos por otros, como es el caso de una obra de arte.[88]
2. *Bienes consumibles por el primer uso y bienes no consumibles*. Los primeros son aquellos que no permiten un uso reiterado, ya que se agotan en la primera ocasión en que son usados; por ejemplo, los alimentos. Los no consumibles son los que permiten un uso reiterado y constante, como es el caso de un automóvil.
3. *Bienes de dueño cierto y conocido. Bienes abandonados cuyo dueño se ignora. Bienes sin dueño*. A los bienes muebles abandonados o perdidos se les llama *mostrencos*; o sea, son aquellos bienes cuyo dueño se ignore. Cuando los bienes son inmuebles se les denomina *vacantes* (arts. 774-789, CCF).
4. *Bienes muebles e inmuebles*. La distinción entre bienes muebles e inmuebles debería partir de su propia naturaleza. Así, serían *muebles* los que pueden trasladarse de un lugar a otro, ya sea por sí mismos (*semovientes* "animales") o por efecto de una fuerza exterior (automóvil). Los bienes *inmuebles*, por el contrario, son aquellos que están indisolublemente vinculados con la tierra, como una casa, un terreno, etc. Sin embargo, el derecho moderno, además de la distinción de estos bienes en cuanto a su naturaleza, admite categorías de cosas inmuebles por consideraciones ajenas y aun contrarias a la naturaleza de ellas, bien sea por disposición de la ley o por el destino que se les da a las cosas, como es el caso de los ferrocarriles, que la ley considera inmuebles cuando por su naturaleza están destinados a moverse (arts. 750-759, CCF).

[88] Fernando Flores Gómez González y Gustavo Carvajal Moreno, *Nociones de derecho positivo mexicano*, 27ª ed., Porrúa, México, 1988, pp. 290 y 291.

A su vez, los bienes inmuebles pueden ser:

a) *Por naturaleza*. Son aquellos que por su fijeza imposibilitan su traslación de un lugar a otro; por ejemplo, un edificio, un árbol, etc. (art. 750, CCF).
b) *Por destino*. Los muebles que pertenecen al dueño de un inmueble, que por ser accesorios del mismo y necesarios para su uso y explotación, la ley los considera inmuebles;[89] por ejemplo, los cuadros, las pinturas, los objetos de decoración de una casa, artefactos de cocina, muebles que componen la casa, por su naturaleza son bienes muebles, pero por destino se estiman bienes inmuebles en la medida en que se los considera partes integrantes de la casa a la cual pertenecen (art. 750, fraccs. III, IV y VI, CCF).
c) *Por el objeto al cual se aplican*. Este grupo se refiere a los derechos reales constituidos sobre inmuebles, como es el caso del derecho real de habitación y el de servidumbre (art. 750, fracc. XII, CCF). Esta clasificación es muy importante. Se trata de un derecho que se adquiere mediante un contrato, un derecho para habitar una casa o un departamento, pero precisamente porque el objeto indirecto de ese contrato (el objeto directo es el derecho de habitación) se refiere a un bien inmueble, se dice que se trata de un *derecho real*, pues como vimos, dentro del estatuto real se incluyen los bienes.
d) *Por su naturaleza*. Ya lo mencionamos: de acuerdo con el art. 753 del Código Civil, los bienes muebles por naturaleza son los cuerpos que pueden trasladarse de un lugar a otro, ya sea por sí mismos, ya por efecto de una fuerza exterior.

El mismo código (art. 754) señala que son bienes por *determinación de la ley* las obligaciones y los derechos o acciones que tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal; es decir, todas las obligaciones y los derechos que se deriven de títulos de crédito, títulos bursátiles, títulos corporativos y, en fin, todos aquellos títulos que amparan gran parte de la riqueza que se mueve en el mundo actual. Con la globalización financiera estos títulos empiezan a tener una regulación

[89] Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, t. II, pp. 67 y 68.

internacional por medio de convenios o tratados internacionales. La inclusión de estos títulos dentro de la clasificación de derechos reales sirve para darles preferencia en el crédito sobre otro tipo de obligaciones.

5. *Bienes corpóreos e incorpóreos*. Los primeros son las cosas; los segundos, los derechos reales.
6. *Bienes de dominio público y bienes propiedad de los particulares*. Esta clasificación se hace en atención a la persona del propietario. Así, los bienes de dominio público son los que pertenecen al Estado, es decir, a la Federación, a los estados o a los municipios. Estos bienes tienen las características siguientes:

   a) De los bienes de uso común pueden aprovecharse los particulares, con las restricciones establecidas en la ley (un lago, una carretera). Para explotaciones especiales (una mina, un bosque, transporte público, etc.) se requiere concesión otorgada por el Estado conforme a las leyes relativas. Estos bienes son inalienables e imprescriptibles, es decir, no se pueden vender ni adquirir a través de la prescripción[90] (art. 768, CCF).
   b) Los bienes destinados a un servicio público y los bienes propios pertenecen en pleno dominio a la Federación, a los estados o a los municipios. Los primeros son inalienables e imprescriptibles mientras no se les desafecte del servicio público a que se hallen destinados (art. 770, CCF). Para una visión de conjunto, véase el cuadro 5.2.

Sucesiones

La *sucesión* puede definirse como la transmisión del patrimonio de un individuo a una o varias personas. Hay dos clases de sucesiones: *inter vivos* y *mortis causa*. En la primera, ambas partes, autor y beneficiario, concurren a la celebración del acto, encontrándose presentes. En la segunda, el autor ha dejado de existir, por lo que concluye su personalidad y su patrimonio pasa al beneficiario "heredero o legatario", que será el nuevo titular.

La sucesión *mortis causa* puede ser por la voluntad del testador o por disposición de la ley. A la primera se le llama *testamentaria* o *voluntaria* y a la segunda, *legítima*.

La *voluntaria* nace con la manifestación expresa de la persona (testamento), hecho que hace que se le conozca también como *sucesión testamentaria*; la *legítima* se origina cuando no existe testamento, por lo que la

[90] Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, t. II, pp. 68-72.

Cuadro 5.2. Clasificación de los bienes

1	Fungibles	
	No fungibles	
2	Consumibles por el primer uso	
	No consumibles	
3	De dueño cierto y conocido	
	Abandonados, cuyo dueño se ignora	
	Sin dueño	
4	Muebles	◦ Por naturaleza ◦ Por determinación de la ley
	Inmuebles	◦ Por destino ◦ Por el objeto al cual se aplican ◦ Por determinación de la ley
5	Corpóreos	
	Incorpóreos	
6	Propiedad de los particulares	
	De dominio público	◦ Uso común ◦ Destinados a un servicio público ◦ Propios de la Federación, de los estados o de los municipios

transmisión de los bienes del difunto se regirá por las disposiciones legales relativas; también se le denomina *sucesión intestada*.[91]

HERENCIA Y LEGADO. La *herencia* es un medio de adquirir la propiedad. Se le define como la sucesión de todos los bienes, obligaciones y derechos del difunto que no se extinguen con la muerte.

La transmisión de los bienes puede ser a título universal y a título singular. Así, aparecen las figuras del heredero y el legatario. El *heredero* responde de los cargos de la herencia recibida hasta donde alcancen los bienes heredados, esto se conoce como el beneficio de inventario. El *legatario* es la per-

[91] Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, t. II, pp. 73-76.

sona que sólo recibe una parte determinada de la herencia; no tiene más cargos que los que de modo expreso le señale el testador.[92]

La sucesión testamentaria se presenta cuando el autor de la herencia formula su testamento. El Código Civil lo define como el acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte. El testamento es un acto personalísimo porque debe otorgarlo el propio testador y no un apoderado. Tiene también la característica de ser revocable, ya que el autor de la herencia puede cambiarlo a su libre voluntad. El testamento debe ser libre. Esto significa que no debe haber presiones físicas o morales sobre la voluntad del testador.

Sólo las personas capaces pueden testar; es decir, aquellas a quienes la ley no les prohíbe expresamente el ejercicio de este derecho.

Por disposición de la ley, no pueden testar los menores que no han cumplido 16 años de edad, los débiles mentales y los incapacitados declarados legalmente, por ejemplo, por ser alcohólicos consuetudinarios o mantener adicción a sustancias tóxicas, psicotrópicos o estupefacientes.

Se les da el nombre de *albaceas* a las personas a quienes el autor de la herencia, los herederos o el juez, cuando proceda, encomiendan la ejecución de las disposiciones testamentarias.

En cuanto a la forma, el testamento puede ser *ordinario* y *especial*. El primero es el que se otorga en condiciones normales; el especial es el que se utiliza para resolver situaciones excepcionales.

El ordinario puede ser:

- público abierto
- público cerrado
- ológrafo.

El especial puede ser:

- privado
- militar
- marítimo
- hecho en país extranjero.

El *testamento público abierto* se otorga frente a notario y dos testigos idóneos, es decir, que no sean inhábiles para tal efecto. El contenido de este testamento lo conocen tanto el notario como los testigos.

El *testamento público cerrado* es público porque al igual que en el anterior interviene un notario, que es un funcionario con fe pública a quien se

[92] Véase Juan Manuel Aspron Pelayo, *Sucesiones*, McGraw-Hill, México, 2002, pp. 86-113.

le entrega el sobre que contiene el testamento. Es cerrado porque se desconoce su contenido.

El *testamento ológrafo* es el escrito de puño y letra del testador y no admite la intervención de otra persona; como requisito adicional se exige que sea depositado en el Archivo General de Notarios.

El *testamento especial* sólo es válido en casos de suma urgencia.

El *testamento privado*: a fin de otorgar este testamento es necesario que el testador esté imposibilitado para formular el ológrafo. Este tipo de testamento únicamente tiene lugar cuando el testador sufre una enfermedad grave que no le permite acudir ante notario para hacerlo; cuando no haya notario o juez en la población del testador; cuando existiendo dichos funcionarios le sea difícil o imposible al testador acudir para otorgarlo y cuando, tratándose de militares, estén éstos en campaña o se encuentren prisioneros de guerra.

El *testamento militar* se permite exclusivamente a los militares en el momento de entrar en campaña o cuando están heridos sobre el campo de batalla. También pueden otorgarlo los prisioneros de guerra.

El *testamento marítimo* se celebra por aquellos que se encuentran en alta mar, a bordo de navíos de bandera nacional, de guerra o mercantes.

El *testamento hecho en país extranjero*, como su nombre lo indica, se celebra en el extranjero para producir efectos en el territorio nacional, siempre que se haya formulado de acuerdo con las leyes del país en que se otorgue.[93]

Todos los tipos de testamento a los que hemos hecho alusión se encuentran reglamentados en el Código Civil.

Obligaciones

Cuando iniciamos la exposición del derecho civil dijimos que esta disciplina es fundamental para el derecho y que el *derecho de las obligaciones* constituye la columna vertebral del derecho. En efecto, las obligaciones o el derecho de las obligaciones tienen esta importancia porque en todos los ámbitos del derecho siempre hay una obligación que cumplir, y cuando existe esta obligación también hay siempre un acreedor que demanda el cumplimiento de la obligación al deudor. Ese acreedor puede ser otra persona o grupo de personas, una institución o el mismo Estado. Quien conoce y domina el derecho de las obligaciones puede desempeñarse bien en todas las disciplinas jurídicas, de ahí su importancia.

[93] *Diccionario general de la lengua española ilustrado*, VOX, Madrid, 2002.

Manuel Bejarano Sánchez define la obligación como la necesidad jurídica que tiene la persona llamada *deudor* de conceder a otra, llamada *acreedor*, una prestación de dar, de hacer o de no hacer.[94]

La obligación tiene, pues, como efecto, vincular a una persona con otra; forma lo que se llama un *vínculo de derechos*. Tal relación se llama *crédito* cuando se considera desde el punto de vista activo del acreedor; y *deuda* cuando esta consideración se hace desde el punto de vista pasivo del deudor.[95]

De la definición de *obligación* podemos desprender sus elementos:

1. Los *sujetos* (deudor y acreedor) son las personas aptas para ser titulares de derechos y resultar obligadas. Para una obligación bastan dos sujetos: aquel que ostente el derecho subjetivo, el que tiene la facultad, recibe el nombre de *acreedor* o *sujeto activo*; quien soporta la deuda, el que tiene el deber correlativo, recibe el nombre de *deudor* o *sujeto pasivo*.
2. El *objeto* en una obligación consiste en lo que el deudor debe dar, hacer o no hacer. Se trata del objeto o del contenido de la conducta del deudor. Veamos tres ejemplos para ilustrar el objeto de una obligación.

   a) *Obligación de dar*. Crispín se obliga para con Waldo a entregarle, dentro del plazo de un mes, un automóvil cuya marca y demás características han acordado. Transcurrido el mes, Crispín tiene la obligación —se actualiza el supuesto de la norma, que es la obligación de dar— de entregarle el vehículo a Waldo, y este último ha adquirido en ese acuerdo la condición de acreedor, o sea, de exigir que el automóvil le sea entregado.
   b) *Obligación de hacer*. Crispín se obliga para con Waldo a firmar un contrato por el cual le va a vender su casa; con ese fin ambas partes fijan el plazo de un mes, al cabo del cual Crispín deberá firmar el contrato de compraventa de la cosa y Waldo podrá exigir de Crispín que lo firme.
   c) *Obligación de no hacer*. Waldo le presta a Crispín determinada suma de dinero con la condición de que no la invierta en negocios riesgosos. En su acuerdo ambas partes aclaran cuáles son los negocios riesgosos en los que Crispín se obliga a no invertir el dinero que Waldo le presta.

[94] *Obligaciones civiles*, pp. 300-307.
[95] Marcel Planiol, *op. cit.*, p. 17.

Hay otros tipos de obligaciones. En aras de la brevedad, pues a las obligaciones se les destina un curso completo, sólo mencionaremos dos tipos más:

   a) *Obligaciones civiles* son aquellas que pueden exigirse por los procedimientos legales relativos, en caso de que el obligado no las cumpla voluntariamente.[96] Por ejemplo, me obligué a pagar cierta cantidad de dinero, llegó la fecha en que debía hacer el pago, no lo hice y ahora mi acreedor me lo exige mediante un procedimiento judicial.
   b) *Obligaciones naturales* son aquellas cuyo cumplimiento no puede exigirse a través de la ley; es voluntario. Un ejemplo lo constituyen las deudas en que ya ha terminado el plazo para exigir su pago; se trata de deudas legales prescritas: no tengo ya la obligación jurídica de pagarlas, pero sigo teniendo una obligación moral de pago.

3. El tercer elemento de la obligación es la *relación jurídica*, que constituye un vínculo jurídico en virtud del cual el sujeto activo (el acreedor) puede exigir una prestación a cargo de otro sujeto (deudor), a quien se imputa el deber de concederla, como es el caso del obligado o deudor alimentario, el padre con respecto a los hijos menores, quienes serán, a su vez, los acreedores alimentarios respecto a su padre.

Ahora bien, ¿de dónde surgen las obligaciones? Esta respuesta se encuentra en las fuentes de las obligaciones. Según el *Diccionario general de la lengua española ilustrado*,[97] la palabra *fuente* significa principio u origen de algo. Así, las *fuentes de las obligaciones*, esto es, dónde se generan, están constituidas por los hechos, ya sea naturales o del hombre (véase el capítulo 3). A estos hechos la ley los tiene en cuenta y de ellos deriva las obligaciones y los derechos. Consecuentemente, la ley y los hechos mencionados, a los cuales se conoce como *hechos jurídicos*, son la fuente de las obligaciones. Entre esas fuentes se cuentan el contrato, la declaración unilateral de voluntad, el acto ilícito, el enriquecimiento ilegítimo, la gestión de negocios, el testamento y la sentencia.

[96] Ricardo Soto Pérez, *Nociones de derecho positivo mexicano*, 17ª ed., Esfinge, México, 1988, pp. 156 y 157.
[97] *Op. cit.*

El contrato

El CCF distingue entre *convenio* y *contrato*: considera al primero como el género y al segundo como la especie. De la propia ley puede obtenerse la distinción entre convenio en sentido amplio y convenio en sentido restringido. El convenio en sentido amplio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones. El CCF, en el art. 1793, precisa que aquellos convenios que producen o transfieren obligaciones o derechos son denominados *contratos*. Como se advierte, el convenio es más amplio en la medida en que no sólo produce o transfiere derechos y obligaciones, sino que además puede modificar y extinguir los derechos y las obligaciones.

CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS. Tradicionalmente se les ha clasificado de la manera siguiente:

a) *Unilaterales y bilaterales*. Esta subclasificación se hace atendiendo a las obligaciones que generan. Así, si el contrato produce obligaciones para ambas partes, es bilateral; si sólo genera obligaciones para uno de los contratantes, es unilateral. El primero puede ser un contrato de compraventa; el segundo, una oferta o un testamento.

b) *Contratos onerosos y gratuitos*. Éstos se analizan desde el punto de vista de los provechos y gravámenes que generan. Si son provechosos y generan gravámenes recíprocos el contrato es *oneroso*; si sólo resultan provechos para una de las partes y gravámenes para la otra, es *gratuito*. El primero es el caso del vendedor que se obliga a entregar la cosa y el comprador a pagar el precio; o sea, una compraventa. En cambio, el segundo puede tratarse de una donación a título gratuito, que resulta gravosa para el donante y gratuita para el donatario.

c) *Contratos conmutativos y aleatorios*. Ésta es una subclasificación de los contratos onerosos, los cuales se denominan así partiendo de la certeza de los provechos y los gravámenes que generan. Si son ciertos para las partes y conocidos desde la celebración misma del contrato, serán *conmutativos*; si no son ciertos y conocidos al celebrarse el contrato, sino que dependen de circunstancias y condiciones posteriores a su celebración, serán *aleatorios*. En otras palabras, si estoy vendiendo un automóvil será un contrato conmutativo; si, en cambio, lo que estoy vendiendo es la cosecha de maíz del año próximo, el contrato será aleatorio.

d) *Consensuales, reales y formales*. Los contratos consensuales son aquellos que se perfeccionan con el solo consentimiento de las partes; los reales, con la entrega de la cosa objeto de la contratación; y los formales, además del consentimiento, requieren para su celebración que se atienda la forma establecida por la ley.[98] Veamos un ejemplo de cada caso.

La compraventa es consensual porque desde el momento en que vendedor y comprador se ponen de acuerdo en la cosa y en el precio, se entiende que dicho contrato queda celebrado. En el segundo caso, si lo que estoy vendiendo es una casa, además debo entregarla. En el tercer ejemplo, si voy a vender una casa, la ley me obliga a acudir previamente ante notario público para realizar el contrato de su venta, pues la ley exige en este tipo de ventas de bienes inmuebles la formalidad de la escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Público de la Propiedad.

e) *Contratos instantáneos y de tracto sucesivo*. Se refieren a la posibilidad real y jurídica de cumplir, en un solo acto o en un plazo determinado, las obligaciones que de ellos provienen. Los contratos de tracto sucesivo son aquellos donde las prestaciones de las partes o las de una de ellas se cumplen dentro de un plazo determinado; también son llamados de *ejecución sucesiva o escalonada*; por ejemplo, un contrato de arrendamiento. Los *contratos de ejecución instantánea o instantáneos* son aquellos en los cuales las prestaciones de los contratantes pueden cumplirse en un solo acto, como es el caso de la compraventa con el pago del precio y la entrega de la cosa.

f) *Principales y accesorios*. Los principales valen y existen por sí mismos, no requieren otro contrato. Los accesorios no pueden valer por sí mismos, ya que necesitan la existencia de otro (principal). Los contratos accesorios se celebran para garantizar uno principal.[99] Por ejemplo, si compro una casa con hipoteca, que será la garantía que estoy otorgando al vendedor para pagar la casa en abonos mensuales, la compraventa será el contrato principal y el de la hipoteca, el accesorio, depende del bien inmueble que es la casa.

Los hechos y actos jurídicos como fuente de las obligaciones se estudiaron en el capítulo 3.

CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES. Éstas pueden ser *puras, condicionales, a plazo, de dar, de hacer, de no hacer, naturales o civiles.*

[98] Miguel Zamora y Valencia, *op. cit.*, pp. 51, 53 y 59.
[99] *Ibídem*, p. 57.

Las *obligaciones puras* son las que no están sujetas a ninguna condición para su validez o para su exigibilidad. Por ejemplo, voy a la tienda y compro un artículo que necesito. Para ese fin simplemente debo pagar su precio.

Las *obligaciones condicionales* son aquellas cuya exigibilidad depende de un acontecimiento futuro e incierto. Así, celebro un contrato por el cual vendo mi cosecha de manzanas del año próximo. La condición es que efectivamente tenga la cosecha que preveo y si esa cosecha efectivamente se da, entonces tendré la obligación de entregarla.

Las *obligaciones a plazo* son aquellas cuyo cumplimiento está señalado para un día cierto y específico: Me comprometo a entregar el 30 de abril de 2012 determinada cosa que he vendido hoy pero que requiere un trabajo previo, en el caso de una máquina, la elaboración de una pintura o un poemario que se me ha encargado, etcétera.

Las *obligaciones de dar* son aquellas en las que el deudor se obliga a la prestación de una cosa, que puede consistir en: *a)* la traslación de dominio de cosa cierta; *b)* la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta, y *c)* la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida.[100] Las *obligaciones de hacer* tienen por objeto la realización de una obra o tarea determinada; por ejemplo: me comprometo a firmar un contrato en determinada fecha.

Las *obligaciones de no hacer* son aquellas que limitan la libertad del obligado, comprometiéndolo a no realizar cierta conducta. Quien no cumpla con este tipo de obligaciones deberá pagar daños y perjuicios al afectado. Me obligo a no invertir el crédito en un negocio riesgoso.

Como hemos visto en páginas anteriores, las *obligaciones naturales* son aquellas cuyo cumplimiento no puede exigirse a través de la ley; es voluntario. Un ejemplo lo constituyen las deudas en las que ya ha terminado legalmente el plazo para exigir su pago; se tratará de deudas prescritas: no tengo ya la obligación jurídica de pagarlas, pero sigo teniendo una obligación moral de pago.

Las *obligaciones civiles* que hemos visto son aquellas que pueden exigirse por los procedimientos legales ante tribunales, en caso de que el obligado no las cumpla voluntariamente.[101]

Derecho mercantil

Se entiende por *derecho mercantil* al conjunto de normas que regulan la actividad de los comerciantes y las relaciones derivadas de los actos de comercio. Conforme al art. 1° del *Código de Comercio*, sus disposiciones sólo son aplicables a los actos de comercio. De acuerdo con Roberto L. Mantilla Molina, el acto de comercio es aquel "cuya finalidad es producir para el mercado, mediante la organización de los factores de la producción".[102]

[100] Fernando Flores Gómez González y Gustavo Carvajal Moreno, *op. cit.*, p. 312.
[101] Ricardo Soto Pérez, *op. cit.*, pp. 156 y 157.

Debido a los cambios sociales y económicos por los que ha atravesado nuestro país, han surgido nuevas figuras o adaptaciones de figuras ya conocidas para hacer frente a las nuevas necesidades. Muestra de ello se plasmó en la *Ley del Mercado de Valores*, la cual adaptó la ya conocida Sociedad Anónima y creó la Sociedad Anónima Bursátil, la Sociedad Anónima Promotora de Inversión Bursátil y la Sociedad Anónima Promotora de Inversión. Dichas sociedades fueron creadas con la intención de promover la inversión en México.

El art. 30 del *Código de Comercio* reputa *comerciante* a la persona que teniendo capacidad legal para ejecutar el comercio, hace de él su ocupación ordinaria (comerciante individual). Ese mismo artículo reputa *comerciantes* a las sociedades constituidas conforme a las leyes mercantiles (comerciante colectivo). Una sociedad mercantil, como hemos señalado, es una persona moral, que es creación del hombre. La *Ley General de Sociedades Mercantiles* (LGSM), en su art. 1°, reconoce los tipos de sociedades mercantiles siguientes:

1. *Sociedad en nombre colectivo*. El art. 25 de la LGSM señala que la sociedad en nombre colectivo es la que existe bajo una razón social y en la que todos los socios responden de modo subsidiario, ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales. El art. 27 de la misma ley señala que la razón social de este tipo de sociedades se forma con el nombre de uno o más socios, y cuando en ella no figuran los de todos se le añadirán las palabras *y compañía* u otras equivalentes.

   La *responsabilidad subsidiaria* de los socios significa que no puede exigírseles el pago de las deudas sociales sino después de haber intentado, sin ningún logro, obtenerlo de la sociedad.

   Cuando se habla de *responsabilidad solidaria* se quiere decir que el acreedor puede exigir a cualquiera de los socios la totalidad de la deuda. Y se asegura que es *ilimitada* porque los socios responden de las deudas sociales con todos sus bienes.[103]

   La responsabilidad subsidiaria, ilimitada y solidaria de los socios no significa que el capital social y el capital individual de cada socio se confundan. Así lo ha establecido la Suprema Corte de Justicia en conocida tesis:

[102] Roberto L. Mantilla Molina, *Derecho mercantil*, 11ª ed., Porrúa, México, 1970, p. 65.
[103] *Ibídem*, pp. 218, 242 y 243.

SOCIEDADES MERCANTILES. Las obligaciones que se contraigan en favor de la sociedad, no pueden estimarse contrarias al beneficio de los socios en particular aun cuando se trate de una sociedad en nombre colectivo, pues la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios, no llega hasta confundir a éstos con la sociedad, ni el patrimonio social con el patrimonio de los individuos.[104]

2. *Sociedad en comandita simple*. El art. 51 de la LGSM señala que la sociedad en comandita simple es la que existe bajo una razón social y se compone de uno o varios socios comanditados que responden de manera subsidiaria, ilimitada y solidaria de las obligaciones sociales, y de uno o varios comanditarios que únicamente están obligados al pago de sus aportaciones.

   Este tipo de sociedad opera con una razón social en la que sólo pueden figurar los nombres de los socios comanditados. La inclusión en ella de un comanditario, así como la del nombre de un extraño, la sujeta a la responsabilidad ilimitada por las obligaciones sociales. La razón social debe ir siempre seguida de la indicación de que se trata de una sociedad en comandita, ya sea empleando estas palabras o su abreviatura: *S. en C.*
3. *Sociedad de responsabilidad limitada*. La LGSM, en su art. 58, señala que la sociedad de responsabilidad limitada es la que se constituye entre socios que solamente están obligados al pago de sus aportaciones, sin que las partes sociales puedan estar representadas por títulos negociables, a la orden o al portador, pues únicamente serán cedibles en los casos previstos y con los requisitos que establece dicha ley.

   La sociedad de responsabilidad limitada existe bajo una denominación o bajo una razón social que se forma con el nombre de uno o más socios. La denominación irá seguida de las palabras *Sociedad de Responsabilidad Limitada* o de su abreviatura: *S. de R. L.*

   La omisión de este requisito sujetará a los socios a la responsabilidad que establece el art. 25 de la ley de que se trata; debido a sus características, en los últimos años ha vuelto a utilizarse este tipo de sociedad, especialmente por parte de la inversión extranjera en México.
4. *Sociedad anónima*. El art. 87 de la LGSM establece que sociedad anónima es la que existe bajo una denominación y se compone exclu-

[104] Quinta época, t. XV, p. 1399, Sociedad "Races Hermanos", *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*, periodo 1917-1985, Tercera Sala, p. 806.

sivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones. La denominación de este tipo de sociedades se forma de manera libre, pero es distinta de cualquier otra sociedad, y al emplearse irá siempre seguida de las palabras *Sociedad Anónima* o de su abreviatura: *S. A.*

El art. 89 de la LGSM establece los requisitos para constituir una sociedad anónima. Ésta debe estar compuesta cuando menos de dos socios y un capital mínimo de 50 mil pesos, el cual debe estar íntegramente suscrito, es decir, los socios han de contraer la obligación, suscrita con su firma, de cubrir en su totalidad la cantidad que se señala como capital social. Sin embargo, no basta que este capital esté suscrito de manera completa, sino que es necesario exhibir, es decir, entregar a la caja social, cuando menos 20% de las aportaciones pagaderas en numerario y la totalidad de las que lo sean en bienes distintos.[105] Una sociedad anónima se constituye cuando comparecen ante notario las personas que otorguen la escritura social, o por suscripción pública (art. 90, LGSM).

La sociedad anónima es la más utilizada hoy en día porque sirve mejor para conjuntar capitales en una empresa común, y la responsabilidad de los socios sólo está limitada a las aportaciones que hayan hecho, que se encuentran representadas por el valor de sus acciones.

5. *Sociedad en comandita por acciones*. El art. 207 de la LGSM establece que la sociedad en comandita por acciones se compone de uno o varios socios comanditados que responden de manera subsidiaria, ilimitada y solidaria de las obligaciones sociales, así como de uno o varios comanditarios que únicamente están obligados al pago de sus acciones.

   La sociedad en comandita por acciones puede existir bajo una razón social que se forma con los nombres de uno o más socios comanditados seguidos de las palabras *y compañía* u otras equivalentes, cuando en ella no figuran los de todos. A la razón social o a la denominación, en su caso, se agregarán las palabras *Sociedad en Comandita por Acciones*, o su abreviatura: en *C. por A.*
6. *Sociedad cooperativa*. Mantilla Molina definía la sociedad cooperativa como "aquella que tiene por finalidad permitir a sus componentes obtener la máxima remuneración por su fuerza de trabajo o el máximo de bienes o servicios por el dinero que pagan a la propia

[105] Quinta época, *op. cit.*, pp. 327 y 328.

cooperativa, y en la cual las utilidades se reparten en proporción a los servicios prestados a la sociedad o recibidos de ella".[106]

La cooperativa existe bajo una denominación social y la responsabilidad de los socios es siempre limitada, ya sea que el límite lo establezca la cuantía de la aportación del socio (responsabilidad en sentido estricto), o bien que el límite lo establezca una cifra superior a dicha aportación, fijada previamente en el acta constitutiva (responsabilidad suplementada), arts. 50, 80 y 15, fraccs. I y III de la *Ley General de Sociedades Cooperativas* y 60 de su Reglamento.

Las cooperativas pueden ser de *consumo* o de *producción*. Las primeras son aquellas cuyos miembros se asocian con el objeto de obtener en común bienes o servicios para ellos, sus hogares o sus actividades individuales de producción; por ejemplo, una tienda que abren los trabajadores de un sindicato para su propio beneficio. Las segundas, las de producción, son aquellas cuyos miembros se asocian con el objeto de trabajar en común en la producción de mercancías o en la prestación de servicios al público (arts. 52 y 56 de la ley en referencia), como podría ser una cooperativa de pesca o para prestar un servicio público.

En la denominación de la sociedad cooperativa deberá indicarse la clase de responsabilidad que se haya adoptado, por medio de las siglas SCL (Sociedad Cooperativa Limitada) o SCS (Sociedad Cooperativa Suplementada) (art. 40 del *Reglamento de la Ley General de Sociedades Cooperativas*).[107]

TÍTULOS DE CRÉDITO. El art. 50 de la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito* (LGTOC) define los títulos de crédito como los documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna. De esta definición podemos derivar las características de los títulos de crédito: la incorporación, la legitimación, la literalidad y la autonomía.

INCORPORACIÓN. El título de crédito es un documento que lleva incorporado un derecho, en tal forma que éste va íntimamente unido al título y su ejercicio está condicionado a la exhibición del documento. Es decir, para ejercitar el derecho incorporado en el título es menester presentar el documento; así, quien lo posea tendrá el derecho en él incorporado. Por ejemplo, para que el deudor me pague, debo presentarle la letra de cambio o el pagaré donde conste su obligación "mediante firma" de pagarme.

[106] Roberto L. Mantilla Molina, *op. cit.*
[107] *Ibídem*, pp. 289, 294 y 295.

LEGITIMACIÓN. Ésta es una consecuencia de la incorporación. La persona que esté facultada, es decir, legitimada para ejercitar el derecho incorporado en el título, será quien exhiba el documento. Esta característica tiene dos aspectos: uno activo y otro pasivo. La legitimación *activa* consiste en la calidad que tiene el título de atribuir a su poseedor la facultad de exigir, al obligado en el mismo, el pago de la prestación que en él se consigna. La legitimación *pasiva*, por su parte, consiste en que el deudor obligado en el título de crédito cumple su obligación pagando a quien aparezca como titular del documento.

LITERALIDAD. Esto significa que el derecho incorporado en el título será en los términos en que esté expresado en el documento, por lo que literalmente se encuentre en él consignado: la cantidad que conste en el pagaré o en la letra de cambio, los intereses, si se pactaron, el lugar y la fecha en que deberán ser pagados, etcétera.

AUTONOMÍA. Esta expresión también puede analizarse desde dos perspectivas: activa y pasiva. La primera quiere decir que el derecho del titular es independiente, en el sentido de que cada persona que adquiere el documento obtiene un derecho propio, distinto del que tenía o podría tener quien le transmitió el título. La autonomía desde la perspectiva pasiva consiste en la autonomía de la obligación de cada uno de los firmantes o signatarios de un título de crédito, porque dicha obligación es independiente y diversa de la que tenía o pudo tener el anterior suscriptor del documento. En la actualidad esa *autonomía* no es absoluta, ya que en ciertas ocasiones el título puede considerarse vinculado al contrato que le dio origen. Veamos un ejemplo de cada caso:

> Si yo le estoy cobrando el pagaré a uno de los deudores que aparecen en el documento, no puede decirme que no me lo paga hasta que se lo cobre a los otros deudores. O por ejemplo, no importa si el bien que adquirí mediante el pagaré se destruyó o se perdió, ya que con base en este documento subsiste mi obligación de pago. En el segundo caso, se trata de un pagaré vinculado a un contrato para la fabricación de una maquinaria que no fue entregada dentro del plazo acordado o que salió defectuosa, en cuyo caso la obligación de pago consignada en el título de crédito será afectada. Puedo oponerme a realizar el pago, alegando que la obligación de entregarme la maquinaria o de entregármela en buen uso no se ha cumplido.

En este sentido, entre otras podemos citar una resolución de nuestros tribunales que se refiere a este punto:

TÍTULOS DE CRÉDITO. AUTONOMÍA DE LOS MISMOS. RESTRICCIÓN AL ALCANCE DE LA JURISPRUDENCIA PUBLICADA BAJO ESTE RUBRO. El alcance genérico de la jurisprudencia publicada bajo el rubro "Títulos de crédito. Autonomía de los mismos", se ha modificado, en forma restrictiva, por efecto de ejecutorias posteriores, específicamente en lo que se refiere a los pagarés que reglamenta el artículo 325 de la Ley de la materia, a los cuales se les distingue del pagaré ordinario y se les sujeta a efectos y consecuencias peculiares, por su vinculación indisoluble al contrato de crédito de que provienen, de suerte que éstos carecen de autonomía.[108]

Derecho bancario

Es ésta una subdivisión del derecho mercantil que rige las relaciones de los comerciantes que operan como sociedades nacionales de crédito (bancos, sociedades financieras), tanto en sus relaciones con los particulares como con el Estado y entre sí o a través de los organismos comunes a esos comerciantes, como es el caso de la Comisión Nacional Bancaria.

Humberto Ruiz Torres nos dice: "En el caso de los intermediarios financieros se encuentran las instituciones de crédito (los bancos), los almacenes generales de depósito, las arrendadoras financieras, las sociedades de ahorro y préstamo, las uniones de crédito, casas de bolsa, etc. Sin embargo, suele establecerse una diferencia entre intermediarios financieros bancarios y no bancarios."[109] Para este autor, el derecho bancario consiste en el "conjunto de normas, parte del derecho de la intermediación financiera, que regula a los sujetos de la intermediación financiera bancaria, su constitución y funcionamiento; las prohibiciones, sanciones administrativas y los delitos establecidos respecto de ellos; la protección de los intereses del público y las facultades de las autoridades en la materia".[110]

5.5.3 Derecho social

En las disciplinas que analizaremos no está clara la división entre los ámbitos público y privado, o bien, no se les ha ubicado tradicionalmente en una de las dos ramas del derecho.

[108] "Registro número 223463, Localización: Octava Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, tomo VII, marzo de 1991, página 220. Tesis aislada. Materia(s): Civil. Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito."

[109] Humberto Ruiz Torres, *Derecho bancario*, Oxford University Press, México, 2003, p. 21 (en elaboración la 2ª edición).

[110] *Ibídem*, p. 26.

Derecho agrario

Es la rama del derecho integrada por "normas jurídicas que regulan la actividad en el campo derivada de la tenencia y explotación de la tierra, con el fin de lograr el bien de la comunidad rural".[111]

A lo largo de los siglos, la propiedad en México ha adoptado diversas formas; así, en la época prehispánica las tierras eran propiedad del emperador, de los nobles, etc., o del pueblo, según la organización de los *calpullis* (barrios o vecindarios). En la Nueva España, la tierra se adquiría de distintas maneras: como donación por parte de la Corona en razón de servicios prestados a la misma (mercedes), otorgada al conquistador según fuera su grado militar (caballerías) o al colono para sostener a su familia (saertes). Existían también las tierras comunales: el ejido y la dehesa.

El *ejido* (campo que está localizado a la orilla de los pueblos) era explotado por indígenas o por españoles. La *dehesa* estaba constituida por los terrenos destinados a la cría y el pastoreo de ganado mayor y menor de los españoles. Otra forma de adquisición de la tierra en esa época era por compensación o capitulaciones. La *compensación* consistía en un sistema para regular y titular la tierra usurpada o poseída en exceso por los españoles durante un lapso superior a 10 años. La *capitulación* era el contrato suscrito entre el conquistador y la Corona, por el cual se comprometía a poblar las tierras descubiertas.

Más tarde, los españoles acapararon la propiedad y formaron los latifundios a través de instituciones como el mayorazgo (herencia de las tierras en su totalidad en favor del mayor de los hijos); lo mismo hizo la Iglesia, para lo cual utilizó prestanombres o se allegó las tierras por medio de donaciones y herencias. En estas condiciones se encontraba la tenencia de la tierra al estallar la Guerra de Independencia.

Después de que México se independizó de la Corona española se hicieron grandes esfuerzos para terminar con los vicios existentes en la época colonial, como la expedición de las leyes de colonización de 1821 y 1823, sin lograrlo.

En el periodo porfirista los antiguos vicios continuaron, e incluso fueron fomentados por el propio Díaz a través de las llamadas *compañías deslindadoras*, las cuales acaparaban grandes extensiones de tierra protegidas por la legislación existente. Era éste el estado de la tenencia de la tierra cuando estalló la Revolución de 1910. Al triunfo de ésta se expidió la Cons-

[111] Mario Ruiz Massieu, "Derecho agrario", en *Introducción al derecho mexicano*, t. II, UNAM, México, 1981, p. 1199.

titución de 1917.[112] Este ordenamiento, en su art. 27, establece los principios fundamentales que en materia agraria rigen en México.[113] Tal disposición señala, entre otras cosas, que la propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional corresponde originariamente a la nación; sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho a adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o a obtener concesiones de explotación de minas o aguas, en una faja de 100 kilómetros a lo largo de las fronteras y de 50 en las playas; por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre las tierras y aguas (zona restringida).

El ejido como institución jurídica establecida por la Constitución de 1917 se define como "la porción de tierra que a través del gobierno se entrega a un núcleo de población agrícola en la forma autorizada por el derecho agrario, con el fin de dar al campesino oportunidades de trabajo y elevar la calidad de vida en el medio rural".[114] Al ejido se le puede clasificar de la manera siguiente:

a) *Parcelado*. En este tipo de ejidos, una parte se explota individualmente y el resto, de manera colectiva.
b) *Colectivo*. Es aquel que por decisión de los ejidatarios se explota en conjunto.
c) *Mixto*. En esta clase de ejidos una parte de sus recursos se explota en forma colectiva a través de secciones especializadas, mientras que otra fracción del patrimonio ejidal se explota en forma individual y el resto de los bienes del ejido (pastos, montes y aguas), en forma comunal.

LA PEQUEÑA PROPIEDAD. La Constitución, en su art. 27, fracc. XV, establece que se considera pequeña propiedad agrícola la que no excede de 100 hectáreas de riego o humedad de primera o sus equivalentes en otras clases de tierras en explotación. Para los efectos de la equivalencia se computará una hectárea de riego por dos de temporal, por cuatro de agostadero (tierras donde pasta el ganado) de buena calidad y por ocho de monte o de agostadero en terrenos áridos.

[112] José Ramón Medina Cervantes, *Derecho agrario*, Harla, México, 1987, pp. 32, 36, 53-56, 58, 62, 78, 106 y 107.
[113] Gonzalo Armienta Calderón, "La reforma constitucional agraria", en Leonel Pereznieto (comp.), *Reformas constitucionales y modernidad nacional*, Porrúa, México, 1992.
[114] Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, obra citada.

Asimismo, se consideran pequeña propiedad las superficies que no excedan de 200 hectáreas en terrenos de temporal o de agostadero susceptibles de cultivo; de 180 cuando las tierras se dediquen al cultivo del algodón, si reciben riego de avenida fluvial o por bombeo; de 300 cuando se dediquen al cultivo de plátano, caña de azúcar, café, henequén, hule, cocotero, vid, oliva, quina, vainilla, cacao o árboles frutales.

La Constitución establece también la disposición de que se considera pequeña propiedad ganadera la que no exceda la superficie necesaria para mantener hasta 500 cabezas de ganado mayor o su equivalente en ganado menor.

La materia agraria se encuentra regulada específicamente, entre otras leyes, en la *Ley Agraria*.

Derecho del trabajo

Se define como el conjunto de normas dirigidas a reglamentar las relaciones entre patrones y trabajadores y a resolver los conflictos derivados de aquéllas.

A lo largo de la historia de México se han expedido diversas leyes que regulan la materia laboral. La Constitución de 1857, en su art. 5°, establecía que "nadie puede ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento", por lo que carecía de valor el contrato que tuviera por objeto "el menoscabo, la pérdida, o el irrevocable sacrificio de la libertad del hombre".

En el mismo sentido, el Código Civil de 1870 reglamentó el trabajo al indicar que "parece un atentado contra la dignidad humana llamar alquiler a la prestación de servicios personales". Reglamentó el servicio doméstico, el servicio por jornada, las obras a destajo, a precio alzado, el trabajo de porteadores y alquiladores, así como el aprendizaje. Así, este código es un antecedente de la legislación laboral actual. En los estados de la República también se reglamentó el trabajo.

El 2 de septiembre de 1914 Manuel M. Diéguez, en Jalisco, consignó en la legislación laboral el descanso obligatorio del domingo, con excepción en los servicios públicos, alimentos, boticas, baños, peluquerías, etcétera.

En Yucatán se expidió el 14 de mayo de 1915 la legislación del general Alvarado, que creó el Consejo de Conciliación y el Tribunal de Arbitraje. En esta ley se reconoció la huelga como instrumento de defensa de los trabajadores. Se consideró al patrón como *la persona que utilizará el trabajo humano*.

Asimismo, la Constitución de 1917 reglamentó el trabajo. Estableció como jornada máxima la de ocho horas; prohibió la utilización del traba-

jo de menores de 14 años, y más tarde estableció el derecho de los trabajadores de participar en las utilidades de las empresas, etcétera.

Igualmente, la *Ley Federal del Trabajo* de 1970 señala las categorías de trabajador y patrón, establece la jornada máxima de trabajo, el concepto de salario, etcétera.[115]

La relación de trabajo. En la *Ley Federal del Trabajo* de 1931 se equiparó la relación de trabajo a un contrato, con lo cual se dejó desprotegido al trabajador, ya que el patrón en un momento dado podía alegar que la relación entablada entre él y su trabajador no constituía un contrato. La *Ley Federal del Trabajo* de 1970 vigente abandona esta idea y define la relación de trabajo y el contrato de trabajo al establecer:

> Se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal subordinado, a una persona mediante el pago de un salario.
>
> El contrato individual de trabajo, cualquiera que sea su forma o denominación, es aquel por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario.
>
> La prestación de un trabajo a que se refiere el párrafo primero y el contrato celebrado producen los mismos efectos.[116]

Como se advierte, esta ley protege al trabajador, ya que éste tendrá tal carácter y en consecuencia habrá relación de trabajo y la obligación correlativa del patrón de pagar el salario, independientemente de que aquél firme o no un contrato de trabajo, ya que lo importante no es este documento, sino la prestación del trabajo con las características de personal y subordinado.

Ahora bien, si el trabajador firma un documento que no tenga la denominación de contrato de trabajo, esto no implica que el patrón pueda alegar la inexistencia del mismo, ya que lo que importa es precisamente que se prestó el trabajo y éste fue personal y subordinado.

El art. 8° de la LFT define al trabajador como "la persona física que presta a otra, física o moral, un trabajo personal subordinado".

Como puede observarse, para considerar a una persona física como trabajador basta que preste el trabajo con las características de personal y subordinado, sin importar el acto que dio origen a la relación laboral.

La Cuarta Sala de la Suprema Corte de Justicia ha definido el concepto de *subordinación* en los términos siguientes:

> SUBORDINACIÓN, CONCEPTO DE. *Subordinación* significa, por parte del patrón, un poder jurídico de mando, correlativo a un deber de obediencia por parte de quien presta el servicio. Esto tiene su apoyo en el artículo 134, fracción III, de la Ley Federal del Trabajo de 1970, que obliga a desempeñar el servicio bajo la dirección del patrón o de su representante, a cuya autoridad estarán subordinados los trabajadores en todo lo concerniente al trabajo.[117]

[115] Alberto Briceño Ruiz, *Derecho individual del trabajo*, Harla, México, 1985, pp. 81-83.
[116] *Ibidem*, pp. 112 y 113.

La misma ley, en su art. 10, indica que el patrón "es la persona física o moral que utiliza los servicios de uno o varios trabajadores. Si el trabajador, conforme a lo pactado o a la costumbre, utiliza los servicios de otros trabajadores, el patrón de aquél lo será también de éstos".

El concepto anterior puede interpretarse en el sentido de que, independientemente de que exista o no un contrato de trabajo, basta que una persona utilice los servicios de alguien para que tenga el carácter de patrón.

El art. 41 de la LFT señala que la sustitución patronal no afectará las relaciones de trabajo, ya que el nuevo jefe será solidariamente responsable con su antecesor de las obligaciones resultantes de la relación de trabajo generadas antes de la fecha de la sustitución.

En cuanto a la figura del representante del patrón, la LFT, en su art. 11, señala que los directores, administradores, gerentes y demás personas que ejerzan funciones de jerarquía en la empresa o establecimiento serán considerados representantes del patrón y en tal concepto los obligan en sus relaciones con los trabajadores.

La ley también regula las relaciones colectivas de trabajo, los sindicatos y éstos en su relación con el patrón mediante contratos colectivos de trabajo.

5.6 Otras acepciones y ramas del derecho

5.6.1 Derecho aéreo

Esta rama del derecho está constituida por el conjunto de "normas relativas a la navegación aérea, a las aeronaves y al espacio aéreo, como elementos indispensables de tal navegación".[118]

[117] Séptima época, quinta parte, vols. 103-108, p. 97, AD 2621/77, Jorge Lomelí Almeida, unanimidad de cuatro votos. Vols. 121-126, p. 87, AD 686/79, Salvador Medina Soloache y otro, unanimidad de cuatro votos. Vols. 121-126, p. 87, AD 7061/77, Neftalí de los Santos Ramírez. Cinco votos. Vols. 121-126, p. 87, AD 744/79, Gregorio Martínez Spiro, unanimidad de cuatro votos. Vols. 127-132, p. 73, AD 4611/78, Remigio Jiménez Márquez, unanimidad de cuatro votos. *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*, periodo 1917-1985, Cuarta Sala, p. 267.

[118] Jorge Witker, "Hacia un concepto del derecho económico", en *Messis*, colección jurídica, División de Estudios Superiores, Facultad de Derecho, UNAM, México, año 4, 2ª época, vol. 1, núm. 6, septiembre de 1974, p. 102.

Cabe señalar que el derecho aéreo, además de la reglamentación interna, se complementa en su proyección internacional con las reglas que expide la Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI) y las derivadas de otros tratados internacionales suscritos por México en la materia. La aviación, como otras actividades, tiene un ingrediente internacional muy importante. Aun en la navegación aérea nacional o interna, las aeronaves están sujetas en su mantenimiento a las normas que dictan sus fabricantes, frecuentemente extranjeros.

En la aeronavegación internacional, la actividad está sujeta a un amplio número de disposiciones extranjeras e internacionales, tales como: convenios con los diversos aeropuertos en el extranjero donde se rentan espacios para el aterrizaje de las aeronaves y su permanencia en plataforma, llamados *Slots;* convenios con los sistemas de aeronavegación internacionales para el rastreo, origen o determinación de aeronaves en vuelo, etc. Se trata, en última instancia, de una materia regulada por reglas internas que con frecuencia son el reflejo de obligaciones internacionales y, al mismo tiempo, regulada por reglas internacionales que tienen una gran importancia en su ordenamiento.

5.6.2 Derecho económico

El derecho económico tiene como objeto el marco institucional y normativo en que se lleva a cabo la actividad económica, actividad que en nuestro tiempo desarrolla esencialmente el Estado y complementariamente el individuo; tiene como meta el progreso, el desarrollo y el cambio social.[119]

El *derecho económico* o el análisis económico del derecho[120] están constituidos por todas aquellas normas que tienen un contenido económico directo o indirecto y que se utilizan para regular los fenómenos económicos que se desarrollan en la sociedad.

Los problemas cada vez más complejos de las relaciones económicas, tanto en el plano nacional como en el internacional, exigen a los juristas una adecuación y revisión constantes de las técnicas y los principios jurídicos, lo cual, con el paso del tiempo, hace necesaria una especialidad en ese ámbito.

El derecho económico se ha planteado como un instrumento de análisis de una amplia serie de actividades que el Estado y los particulares llevan a cabo cotidianamente. Éste es el caso de la aplicación del derecho

[119] Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, p. 153.
[120] José Ramón Cossío Díaz, *Derecho y análisis económico*.

económico al análisis de la competencia económica como una disciplina que sirve para la reordenación de los mercados.[121] También se utiliza para el análisis de los daños causados por responsabilidad civil, etcétera.

5.6.3 Derecho fiscal

Se le puede definir como el conjunto de normas que regulan las contribuciones (impuestos, derechos, etc.) a cargo de los particulares, y su obtención, manejo y aplicación por parte del Estado en la realización de sus actividades.

No clasificamos al derecho fiscal dentro del administrativo debido a que se trata de una rama autónoma del derecho. Tal posición es definida en general por la doctrina y fue avalada por el Pleno del entonces Tribunal Fiscal de la Federación, que en sesión de 19 de noviembre de 1940 estableció: "El derecho fiscal como rama del derecho administrativo y a su vez del derecho público, ha evolucionado en forma tal, que actualmente puede considerarse como una verdadera rama autónoma del derecho, con características especiales."[122]

5.6.4 Derecho militar

Esta disciplina, según Octavio Véjar Vázquez, se refiere a las normas "que coordinan y conciertan las relaciones derivadas de la vida marcial". Sostenía el autor que este derecho regula la conducta personal del soldado, las relaciones recíprocas del personal militar, los deberes de los miembros del ejército, las relaciones de éstos con otros órganos del Estado y con la sociedad y, por último, la organización y el funcionamiento de las instituciones armadas.[123]

5.6.5 Derecho canónico

Consiste en el sistema de normas jurídicas que regulan las relaciones internas y externas de la Iglesia católica, apostólica y romana, y que aseguran

[121] Leonel Pereznieto Castro y Renato Guerrero Serreau, *Derecho de la competencia económica*.
[122] Ernesto Flores Zavala, *Elementos de finanzas públicas mexicanas*, 26ª ed., Porrúa, México, 1985, p. 12.
[123] Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, pp. 142 y 143.

las condiciones de la comunidad de vida cristiana para cumplir los fines de la institución.[124]

5.6.6 Derecho marítimo

Cada una de las actividades reconocidas por el derecho del mar: libertad de navegación, libertad de sobrevuelo, libertad de tendido de cables y tuberías submarinas, libertad de pesca, libertad de construcción de islas artificiales y otras instalaciones autorizadas por el derecho internacional, y libertad de investigación científica, constituyen en su conjunto el llamado *derecho marítimo*.[125]

El concepto de *derecho marítimo* cuenta con una añeja tradición en nuestro sistema jurídico. Por ejemplo, en el plano constitucional se halla en los arts. 64 y 99 del *Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana*, de 1856.

La Constitución de 1917 lo menciona expresamente en dos disposiciones: la primera, en el art. 73, fracc. XIII, al establecer como facultad del Congreso la de dictar leyes según las cuales deban declararse buenas o malas las presas de mar y tierra, y para expedir leyes relativas al derecho marítimo de paz y guerra. La segunda, en el art. 104, fracc. II, establece como competencia de los tribunales de la Federación la de resolver todas las controversias que versen sobre derecho marítimo.[126]

Ya como cátedra fue establecida por primera vez en forma definitiva en México en la Universidad Nacional Autónoma de México, dentro de la Facultad de Derecho, en 1944.[127]

Dejamos atrás esta larga clasificación de las distintas ramas o especialidades por la materia que tratan para abordar en seguida una clasificación de la naturaleza del derecho positivo.

[124] Antonio Gardella Lorenzo, "Derecho canónico", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. VI, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1968, pp. 974-1002.

[125] José Eusebio Salgado y Salgado, "Importancia del derecho marítimo en la formación de la gente de mar", en *Pemex Lex*, núms. 63 y 64, septiembre-octubre de 1993, México, p. 41.

[126] Trinidad García, *op. cit.*, pp. 40 y 41.

[127] José David Enríquez Rosas, *Historia del derecho marítimo mexicano: un ensayo sobre la evolución de las fuentes legislativas mexicanas del derecho marítimo en general y del derecho de la navegación en particular*, Ediciones del Gobierno del Estado, Colima, México, 1997, p. 3.

5.7 Derecho legislado, derecho escrito y derecho consuetudinario

EL *DERECHO LEGISLADO* ES EL DERECHO CREADO POR EL ÓRGANO LEGISLATIVO. En México, la función legislativa está encomendada, en la esfera federal, al Congreso de la Unión, que se compone de dos cámaras, una de Diputados y otra de Senadores, de conformidad con el art. 50 de la Constitución. Los arts. 71 y 72 constitucionales se refieren a diversos aspectos del procedimiento legislativo, es decir, el procedimiento mediante el cual un proyecto de ley es discutido y aprobado para convertirse en ley. El art. 71 señala quiénes tienen derecho a someter al Congreso iniciativas de ley, mientras que el 72 regula otras fases del procedimiento legislativo.

Kelsen afirma que el derecho legislado es producto del intelecto humano y que su creación se lleva a cabo con base en un procedimiento previamente establecido: "las normas jurídicas... son creadas como consecuencia de una combinación de actos humanos y de otras normas jurídicas". Así, para Kelsen ninguna norma puede ser creada únicamente por actos humanos. La existencia de toda norma presupone a su vez la existencia de una u otra norma que autoriza su creación.[128]

En México, la norma suprema de la que se derivan el resto de las normas es precisamente la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

El derecho legislado es también derecho objetivo, al ser éste derecho vigente y al estar formado por un conjunto de normas. "El derecho legislado es derecho escrito que, como su nombre lo indica, es aquel derecho cuyas disposiciones han sido redactadas en documentos escritos (Constitución, leyes, decretos) debidamente promulgados por autoridad competente."[129]

En otras palabras: para que el derecho pueda tener la característica de derecho escrito es menester que el o los documentos en que aparezcan las normas sean promulgados por la autoridad competente como derecho del país. El sistema jurídico mexicano, como el de la mayoría de los países de América Latina, es escrito porque reconoce a la ley el carácter de fuente formal principal. La costumbre es fuente formal secundaria, en general, pero es fuente importante en el derecho mercantil y en el derecho laboral.

El derecho consuetudinario ya se ha mencionado y ejemplificado en esta obra; no obstante, recordaremos algunos aspectos. El profesor Rolando Tamayo nos dice que "la costumbre es el derecho instituido por la

[128] Joseph Raz, *El concepto de sistema jurídico*, UNAM, México, 1986, p. 161.

[129] Miguel Villoro Toranzo, *op. cit.*, pp. 9 y 10.

conducta reiterada, la cual se tiene por derecho".[130] Se trata del derecho que tiene sus fuentes en la costumbre y, de forma considerable, en la decisión de los tribunales, en la jurisprudencia. Cuando existe la aceptación tácita de las partes en el contrato los tribunales aplican una costumbre a la solución de conflictos, aunque la ley no lo haya incorporado expresamente al orden vigente. Jellinek invoca la fuerza normativa de los hechos, advirtiendo que la repetición constante de un hábito social produce la conciencia de que es obligatorio. Este hecho es innegable, pero resulta evidente que de los hechos no pueden desprenderse conclusiones normativas. François Gény sostiene que si los tribunales aceptan una costumbre es porque la consideran derecho y, por tanto, la costumbre nació antes de su reconocimiento; que para reconocer o aplicar algo es necesario que exista previamente.[131]

Así, podemos hablar de derecho consuetudinario estadounidense o británico en la medida en que sea un derecho integrado por las costumbres y las decisiones de tribunales estadounidenses o británicos, respectivamente, y en una medida menor, el derecho legislado. Este derecho se denomina *common law*.

5.8 Derecho federal, derecho estatal y derecho municipal

EN UN PAÍS COMO MÉXICO, ORGANIZADO FEDERALMENTE, CABE DISTINGUIR TRES ámbitos de gobierno: el federal, el estatal y el municipal, que tienen su reflejo en tres tipos distintos de derecho:

1. El *federal*, que se vincula con la estructura y organización de la República y sus relaciones con otros países.
2. El *estatal* que, como su nombre lo indica, tiene relación con la forma de organización y el funcionamiento de cada estado de la República, con dos limitaciones:

   a) que su organización sea en forma de gobierno republicano, representativo y popular, teniendo al municipio libre como base de su división territorial y de su organización política y administrativa (art. 113 constitucional), y
   b) que sus leyes no regulen las materias que están reservadas expresamente a la Federación (art. 124 constitucional).

[130] Rolando Tamayo y Salmorán, *Introducción analítica al estudio del derecho*, Themis, México, 2008, p. 174.
[131] Óscar Morineau, *op. cit.*, p. 66.

3. El *municipal* —bandos de policía y buen gobierno—, que es el derecho que constitucionalmente cada municipio tiene para regular cuando las situaciones se desarrollen dentro de su ámbito de competencia (art. 115 constitucional).

5.9 Derecho nacional, derecho internacional público y privado y derecho comunitario

ÉSTE ES UN TEMA QUE YA HEMOS ABORDADO, POR TAL RAZÓN SEREMOS BREVES. El derecho nacional es el derecho creado por un país; es su derecho positivo. Trinidad García lo denomina *derecho interno*.[132]

Entre los romanos, al derecho internacional se le designaba *ius gentium* (derecho de gentes). En la actualidad, esta última denominación sigue utilizándose entre algunos juristas y corresponde al derecho internacional público, que se define como "el conjunto normativo destinado a reglamentar las relaciones entre sujetos internacionales".[133] Los sujetos del derecho internacional son los Estados y los organismos internacionales y con frecuencia se ha incluido hoy en día a las organizaciones no gubernamentales (ONG).

El derecho internacional público tiene características propias que lo hacen distinto de otros tipos de ramas jurídicas. A diferencia de las restantes ramas del derecho, el derecho internacional público "no establece órganos especiales para la creación y aplicación de sus normas".[134] Esto se debe a que las normas de esta rama del derecho son creadas por los mismos sujetos obligados, Estados y organismos internacionales, y no por un órgano legislativo especial.

En última instancia, el Estado mismo es el que decide si sus derechos han sido violados; o bien, si el mismo es responsable de alguna violación al derecho internacional. Sin embargo, una instancia internacional como el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) puede decidir si los derechos de determinado Estado han sido violados o si otro país es responsable por haber cometido ilícitos internacionales. Las sanciones típicas ordenadas por parte del Consejo de Seguridad o aplicadas directamente por un Estado, son la guerra y las represalias.[135] Por par-

[132] José David Enríquez Rosas, *op. cit.*, pp. 8 y 9.
[133] Modesto Seara Vázquez, *Derecho internacional público*, 3ª ed., Porrúa, México, 1971, p. 24.
[134] Hans Kelsen, "La esencia del derecho internacional" (trad. Yolanda Frías), en *Vigésimo Quinto Aniversario del Doctorado en Derecho*, UNAM, México, 1975, p. 251.
[135] *Ibídem*.

te de la ONU las sanciones son, comúnmente, las amonestaciones a un gobierno determinado, el bloqueo y el desconocimiento como miembro de la Organización; en la actualidad este organismo ha desarrollado una tendencia a implementar sanciones "inteligentes", las cuales tienen como objetivo minimizar el daño a la población civil al imponer una sanción.

Una parte importante del derecho internacional público es la rama de los derechos humanos. Si bien estos derechos son protegidos también en el ámbito nacional, el ámbito internacional ha desarrollado sistemas de protección, como el Interamericano o el Europeo, con lo cual buscan disminuir tanto las violaciones como aquellos casos en que la justicia nacional no es suficiente. El primer paso de esta lucha internacional fue dado el 10 de diciembre de 1948 con la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre*, a partir de la cual se han adoptado un mayor número de tratados para la protección de los derechos humanos.

Debido a las características descritas, Kelsen ha sostenido que el derecho internacional público puede caracterizarse como un orden jurídico primitivo[136] por la carencia de sanciones definidas.

Mientras que el derecho internacional público regula las relaciones entre los diversos Estados, los organismos internacionales y, últimamente, las relaciones con las ONG, el derecho internacional privado está constituido por:

> El conjunto normativo que regula al tráfico jurídico internacional a nivel de coordinación entre individuos que se encuentra sometido a sistemas jurídicos diversos o cuando los actos realizados se someten a un sistema jurídico diverso del que se pretende su reconocimiento; asimismo, se trata de las reglas aplicables para regular la cooperación internacional al proceso y al reconocimiento de competencias y sentencias extranjeras.[137]

El derecho comunitario es el que rige las relaciones de países que han creado un espacio donde se aplican normas supranacionales originadas por los mismos Estados que han acordado vincularse ya sea con propósito económico, político, monetario, financiero o todos estos propósitos en conjunto. En América Latina ha habido esfuerzos importantes que se iniciaron con la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio y luego con la Asociación Latinoamericana de Comercio. A estas organizaciones las ha sustituido el Mercosur, un acuerdo comunitario de países de Sudamérica que se encuentra en expansión.

[136] Hans Kelsen, "La esencia del derecho internacional", p. 251.

[137] Para mayores detalles acerca de este derecho véase Leonel Pereznieto Castro, *Derecho internacional privado, Parte general*, pp. 15 y siguientes.

El acuerdo comunitario más avanzado y que ha creado un espacio con gran desarrollo es el celebrado en Europa con el Tratado de Roma de 1957, al que habían precedido dos acuerdos, uno sobre el carbón y el acero y otro, el de energía atómica. Con el Tratado de Roma se creó la Comunidad Económica Europea. En 1992 se firmó un tratado más que estableció una estructura técnico-institucional, el Tratado de la Unión Europea, el Tratado de Maastricht o el de Ámsterdam, que ampliaron y desarrollaron otros ámbitos de actividades como la financiera, monetaria, militar, etc. Con esta estructura se fortalecieron y definieron las instituciones europeas que habían sido creadas con el acuerdo de la Comunidad: el Consejo, la Comisión, el Parlamento y el Tribunal de Justicia de Luxemburgo. A estos tratados le han seguido otros que tienen como objetivo profundizar el vínculo de los estados que conforman la Unión Europea.

"La técnica comunitaria es integradora en cuanto permite la aprobación de medidas por mayorías calificadas en el Consejo, a propuesta de un órgano claramente supranacional como la Comisión, y con el debate público ante el Parlamento Europeo."[138] Las medidas aprobadas por este último son interpretadas por el Tribunal de Luxemburgo. Existe así un amplio derecho comunitario que se ha ido formando en los últimos 51 años y cubre una muy amplia serie de temas. A manera de ejemplo citaremos algunos de ellos:

- Circulación de trabajadores.
- Libre circulación de capitales.
- Transportes.
- Política de competencia.
- Política agrícola común.
- Medio ambiente.
- Cultura.
- Salud pública.
- Industria.
- Cooperación y desarrollo.
- Moneda única.

En cada uno de estos temas se ha creado una normatividad aplicable a todos los países miembros de la comunidad sin necesidad de pruebas de reconocimiento interno. Los Reglamentos de la Unión Europea, aprobados por sus órganos, son normas sustantivas directamente aplicables por los Estados para normar actividades internas y actividades con el resto de los Estados.

[138] Diego López Garrido, *El Tratado de Maastricht*, Eurojuris, Madrid, 1992, p. 27.

Al mismo tiempo, el Tratado de Maastricht estableció políticas comunes tales como una unión política, unión monetaria, política social y coordinación de políticas económicas, entre otras. Una estructura institucional de esta naturaleza requiere un vasto y complejo entramado de normas jurídicas, al que se ha dado en llamar *derecho comunitario*.

El Tratado de Ámsterdam de 1997 abrió nuevas posibilidades y nuevos avances en la normatividad comunitaria. Se planteó a los países de la Comunidad la aprobación de una Constitución europea, que todavía se discute, debido a la reticencia en adoptarla por parte de una minoría de Estados.

El objeto de esta tarea fue esencialmente capacitar a la Unión Europea para responder a los desafíos del futuro, como la mundialización de la economía, la lucha contra el terrorismo, la delincuencia internacional y el tráfico de estupefacientes, entre otras amenazas que presentan la rápida evolución de la situación internacional.

El Tratado de Ámsterdam aporta mejoras para que la Unión Europea pueda defender sus intereses en la escena internacional con políticas y reformas comunes. Entre sus objetivos se cuenta aportar una política exterior eficaz y coherente y reformar las instituciones que soportan al derecho comunitario a fin de ampliar la Unión Europea. Los ámbitos en los cuales el Tratado de Ámsterdam incide son:

- el ámbito de aplicación y el funcionamiento del procedimiento de codecisión, que refuerza la función del Parlamento Europeo;
- la ponderación de los votos en el Consejo de la Unión Europea, y la ampliación de la votación por mayoría cualificada;
- la estructura y el funcionamiento de la Comisión Europea, y concretamente la dimensión óptima del Colegio de Comisarios, su capacidad de iniciativa y la función de su presidente; la función del Tribunal de Justicia en ámbitos como los derechos fundamentales y en varios aspectos relacionados de cerca con la seguridad interior de la Unión Europea;
- el reforzamiento de la función del Tribunal de Cuentas, del Comité Económico y Social y del Comité de las Regiones;
- una mayor participación y una mejor información de los Parlamentos nacionales en las actividades de la Unión Europea;
- la consolidación del principio de subsidiariedad mediante la inclusión de un protocolo que contiene líneas directrices jurídicamente vinculantes;
- la posibilidad de que los Estados miembros que así lo deseen profundicen en la cooperación entre sí.

Estas reformas constituyen sólo el primer paso que continuará con otras etapas de un proceso donde el número de Estados miembros sigue creciendo.

Resumen

El derecho, como orden jurídico, se encuentra integrado por diversos elementos o normas, para cuyo estudio y conocimiento se hace necesaria su sistematización; siendo clásica la división entre derecho público y privado. En este capítulo se tratan diversas categorías que ayudan al estudio del derecho.

El *derecho natural* es un orden que forma parte de la moral, que no se encuentra reconocido por el poder público; en consecuencia, no es un verdadero derecho, sino que se trata de un orden ideal. En cambio, el *derecho positivo* es un orden creado por el Estado, que puede o no fundamentarse en el llamado *derecho natural* y no por ello deja de tener fuerza obligatoria. El derecho natural es un orden inmutable y universal, lo que origina que el mismo no evolucione al ritmo de la vida social del hombre. Por su parte, el derecho positivo cambia conforme lo requiera la vida del hombre en sociedad, de ahí que se reforme constantemente.

Recaséns Siches señala que al derecho creado por los hombres se le denomina habitualmente *derecho positivo*, es decir, puesto o establecido por los seres humanos. Este derecho contiene intrínsecamente la intencionalidad no sólo de satisfacer necesidades sociales, sino de hacerlo según las pautas derivadas de valores como la justicia, la igualdad ante la ley, la seguridad y el bien común, entre otros. Además, como lo señala Rolando Tamayo, es necesario que sea efectivamente aplicado y observado; necesita existir como derecho.

A las normas reconocidas o creadas por el poder público se les designa con el nombre de *derecho vigente*. El derecho vigente también se integra por los principios de carácter genérico que constituyen la jurisprudencia obligatoria. En casos individuales el derecho vigente se integra asimismo por las resoluciones judiciales y administrativas, los contratos o convenios que de manera específica, en cada caso, establecen derechos y obligaciones para las personas directamente vinculadas.

El *derecho objetivo* es el derecho como norma y el *derecho subjetivo* es la facultad derivada de la norma.

La expresión *derecho adjetivo* se ha utilizado para hacer referencia a las normas del derecho procesal. El derecho procesal o adjetivo se compone del conjunto de normas que rigen la jurisdicción (aplicación de la ley a los

casos concretos), y a los elementos necesarios para su ejercicio. También puede considerarse que el derecho adjetivo es aquel que conduce a la creación de nuevas normas, incluidas las reglas de conflicto. En cambio, cuando hablamos de *derecho sustantivo* o *derecho material* nos referimos a todo aquel derecho que no tiene el carácter de procesal.

Atendiendo a la división clásica entre derecho público y privado; tenemos que el *derecho público* es definido, a criterio de Patrick Courbe, como el conjunto de normas que regulan la organización del Estado y los procedimientos entre éste y los particulares. Como parte del mismo tenemos las ramas siguientes:

- El *derecho constitucional* está integrado por un conjunto de normas que tienen por objeto la organización del Estado y el funcionamiento de sus poderes.
- El *derecho administrativo* es el conjunto de normas jurídicas que regulan el funcionamiento del Poder Ejecutivo y sus relaciones con los gobernados, así como las reglas a las que están sujetos los servidores públicos.
- El *derecho procesal* es una disciplina que regula el tratamiento y desarrollo de tres elementos básicos: *a) la jurisdicción*, como el poder del Estado para resolver conflictos de trascendencia jurídica de forma vinculativa para las partes; *b) el proceso*, como instrumento jurídico del Estado para conducir la solución de litigios, y *c) la acción*, como derecho, facultad, poder o posibilidad jurídica de las partes para provocar la actividad del órgano jurisdiccional del Estado con objeto de que se resuelva sobre una pretensión litigiosa.
- El *derecho penal* es la rama del derecho que tiene por objeto tutelar los valores fundamentales de las personas, de la sociedad y del Estado. Esta protección se otorga mediante la creación de normas jurídicas en las que se definen las conductas que dañan o pueden dañar y que, por tanto, tienen una sanción.

Por otro lado tenemos al *derecho privado*, el cual es definido como el conjunto de normas que regulan las relaciones entre particulares; ya sea de forma individual o colectivamente (sociedades). Como parte del mismo tenemos las ramas siguientes:

- El *derecho civil*, se define como el conjunto de normas que rigen las relaciones de los particulares entre sí y de éstos con el Estado, actuando este último con carácter privado; es decir, dejando a un lado su posición de soberano. Entre las áreas más importantes de

regulación del derecho civil se encuentran: familia, bienes, sucesiones, obligaciones y contratos.
- El *derecho mercantil*, entendido como el conjunto de normas que regulan la actividad de los comerciantes, la creación de los actos de comercio y de las relaciones derivadas de estos actos.
- El *derecho bancario*, el cual es una subdivisión del derecho mercantil, rige las relaciones de los comerciantes que operan como sociedades nacionales de crédito, tanto en sus relaciones con los particulares como con el Estado y entre sí o por medio de los organismos comunes a esos comerciantes, como es el caso de la Comisión Nacional Bancaria.

Existen diversas ramas del derecho que son difíciles de ubicar dentro de la clasificación clásica entre derecho público y privado, por lo cual se consideran como parte del *derecho social*. Entre éstas tenemos:

- El *derecho agrario* es la rama del derecho integrada por normas jurídicas que regulan la actividad en el campo derivada de la tenencia y explotación de la tierra, con el fin de lograr el bien de la comunidad rural.
- El *derecho del trabajo* se define como el conjunto de normas dirigidas a reglamentar las relaciones entre patrones y trabajadores; así como a la resolución de los conflictos derivados de aquéllas.

Otras ramas del derecho presentadas en este capítulo son: el *derecho aéreo*, que es el conjunto de normas que regulan la navegación aérea, las aeronaves y el espacio aéreo; así como a los elementos indispensables de tal navegación. El *derecho fiscal*, que es el conjunto de normas que regulan las contribuciones (impuestos, derechos, etc.) a cargo de los particulares; y su obtención, manejo y aplicación por parte del Estado en la realización de sus actividades. El *derecho militar*, el cual se refiere a las normas que coordinan y conciertan las relaciones derivadas de la vida marcial. El *derecho canónico*, que es el sistema de normas jurídicas que regulan las relaciones internas y externas de la Iglesia católica, apostólica y romana, y que aseguran las condiciones de la comunidad de vida cristiana para cumplir los fines de la institución. El *derecho marítimo*, que es el conjunto de normas que regulan el tráfico y las actividades conexas con el mismo.

Es importante distinguir entre derecho legislado, escrito y consuetudinario. El *derecho legislado* es el creado por el órgano legislativo; el *derecho escrito* es aquel cuyas disposiciones han sido redactas en documentos escritos debidamente promulgados por autoridad competente, y el *derecho*

consuetudinario es aquel surgido por las prácticas constantes dentro de una sociedad, la cual las reconoce y otorga la característica de vinculatoriedad.

Finalmente se presentó la división entre el derecho que regula el orden nacional y el que regula el orden internacional. El primero es aquel derecho creado por un país para su propia regulación; es su derecho positivo. La organización del Estado mexicano establece tres ámbitos de gobierno —para los cuales se establece una regulación especial—: el federal, que se vincula con la estructura y organización de la República; el estatal, que tiene relación con la forma de organización y el funcionamiento de cada estado; y, el municipal.

Mientras que el *derecho internacional* se define dependiendo de las características particulares de sus dos ramas:

- *Derecho internacional público*, que es el conjunto normativo destinado a reglamentar las relaciones entre sujetos internacionales. Dentro de esta rama se encuentran los derechos humanos, los cuales se han convertido en parte importante de la agenda internacional para los Estados.
- *Derecho internacional privado*, que es el conjunto normativo que regula el tráfico jurídico internacional en el ámbito de coordinación entre individuos que se encuentran sometidos a sistemas jurídicos diversos, o cuando los actos realizados se someten a un sistema jurídico distinto de aquel cuyo reconocimiento se pretende.

Cuestionario

1. ¿Qué se entiende por *derecho natural*?
2. ¿Cuál es la diferencia entre una orden positiva y una orden vigente?
3. Explique cuándo se habla de derecho adjetivo y cuándo de derecho sustantivo.
4. Explique la distinción entre derecho público y derecho privado.
5. Señale y explique las distintas ramas del derecho público.
6. Señale y explique las distintas ramas del derecho privado.
7. ¿Qué innovaciones han surgido en los últimos años en las ramas del derecho privado?
8. Explique la necesidad de la tercera clasificación de las ramas del derecho en derecho social.
9. Enumere otras ramas del derecho y explique si podrían ser situadas dentro de alguna de las clasificaciones anteriores.
10. Señale y explique las distintas ramas en que se divide el derecho.

11. Señale las características más importantes del derecho legislado y su relación con el derecho escrito y el derecho consuetudinario.
12. ¿Cuál es la materia de regulación del derecho nacional y la del derecho internacional? ¿Existe alguna relación entre estos dos órdenes?
13. Diferencie los ámbitos federal, local y municipal.
14. Diferencie el derecho internacional público del privado.
15. ¿Cuál es la importancia de la protección de los derechos humanos, tanto en el ámbito nacional como en el internacional?

6 Fuentes del derecho

Objetivos

Se pretende que el alumno:

- Distinga claramente las fuentes reales de las fuentes formales del derecho.
- Precise las fases del proceso legislativo.
- Explique la facultad reglamentaria del Presidente de la República.
- Comprenda la distinción entre el reglamento y la ley.
- Reconozca las distintas acepciones de jurisprudencia y proporcione su definición.
- Diferencie entre la costumbre y los usos.
- Identifique otras fuentes del derecho y comprenda su función.

6.1 Concepto de fuente y clasificación

EN EL CAPÍTULO 1 ESTUDIAMOS LA FORMA EN QUE CADA GRUPO SOCIAL GENERA su propia cultura, de acuerdo con sus necesidades específicas, y señalamos que este "comportamiento" cultural se refleja en el derecho. También nos referimos al enfoque sociológico de Max Weber, según el cual los individuos pueden comportarse de una manera determinada por razones de orden interno o afectivo, ya sea porque así se comportaron sus antepasados (tradición), porque esa conducta obedece a algo que les fue "revelado" o conforme a un ejemplo que se ha de seguir.

Una conducta diferente y que llamamos *externa* o *colectiva* se constituye a partir del acuerdo, tácito o expreso, del individuo con el resto de sus

semejantes, un pacto social en la terminología de Rousseau. Es decir, que si en un principio existió un comportamiento interno o individual, el acuerdo con los otros individuos exterioriza las conductas de todos los que logran el acuerdo y, en ese mismo sentido, las objetiviza (capítulo 1). Las conductas acordadas de este modo trascienden al individuo y constituyen normas para él y para los demás, normas que deberá obedecer. Estas ideas servirán de base para explicar lo que la doctrina tradicional conoce como *fuentes del derecho*, una expresión atribuida a Cicerón, quien hizo mención de las *fons juris* y que en realidad se refería a las fuentes formales, como lo afirmó Bonnecase: "formas obligatorias y predeterminadas que deben retomar ineluctablemente preceptos de conducta exterior para imponerse socialmente bajo el apoyo de la fuerza coercitiva del derecho".[1] En este capítulo abordaremos las *fuentes formales*, las *fuentes reales* y las *fuentes históricas*, para finalizar con otro tipo de fuentes no menos importantes, lo que además nos permitirá hacer un deslinde entre ellas.

6.2 Distinción entre fuentes formales, fuentes reales y fuentes históricas

COMO YA SE MENCIONÓ, LAS FUENTES FORMALES SON LOS PROCEDIMIENTOS O modos establecidos por una determinada sociedad para crear su propio derecho. En cambio, las fuentes reales son los elementos distintivos de cada sociedad que se reflejan en sus propias normas jurídicas y que, en esa medida, determinan su contenido y alcance. Por su parte, las fuentes históricas están constituidas por el derecho que se crea y evoluciona en toda sociedad; es la tradición la que lo genera. En ese orden abordaremos a continuación los temas enunciados.

6.2.1 Fuentes formales

Las fuentes formales o "los procesos de creación de las normas jurídicas"[2] son instrumentales, como su nombre lo indica, pues a través de ellas se pretende saber cuándo y en qué condiciones una norma jurídica es válida y obligatoria para una sociedad determinada.

[1] Julien Bonnecase, *Introduction à l'étude du droit*, Sirey, París, 1931, núm. 58.
[2] Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, p. 51.

Así, por ejemplo, las fuentes formales son distintas, al menos en su número, si se trata de un derecho codificado como el mexicano o el guatemalteco, o bien de un derecho de tipo consuetudinario como el sistema inglés o el estadounidense (*common law*). En el sistema codificado, el derecho legislado es la fuente principal o, al menos, la más numerosa. En cambio, en el segundo sistema (*common law*) la jurisprudencia (que se desarrolla sobre la fuerza del precedente) es la fuente más nutrida y, por ello, la más importante.

Según la opinión más difundida, las fuentes formales del derecho son la *legislación*, la *jurisprudencia* y la *costumbre*. En México, el proceso de creación del derecho está regulado por la Constitución, en su doble aspecto: el de creación propiamente dicho y el de incorporación de la normatividad internacional.

La creación normativa jurisprudencial se encuentra prevista en el art. 14 constitucional, último párrafo, que establece: "En los juicios de orden civil [para distinguirlos de los de orden criminal] la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra [de la ley] o a la interpretación jurídica de la ley [jurisprudencia], y a falta de éstas se fundará en los principios generales del derecho [en los que se puede incluir a la doctrina]."

En su título tercero, capítulo segundo, la Constitución establece las normas que rigen al Poder Legislativo, su integración y su funcionamiento, así como el procedimiento para elaborar las leyes que, como hemos señalado, son las normas jurídicas más numerosas en el sistema mexicano, al igual que en otros sistemas jurídicos de derecho escrito o derecho codificado. Prescripciones similares se encuentran en las constituciones de los estados.

En cuanto a la jurisprudencia, su obligatoriedad está prevista en el art. 94, párrafo séptimo, de la Constitución, que a la letra dice: "La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano, así como los requisitos para su interrupción y modificación."[3]

[3] Como lo veremos más adelante en este apartado, de acuerdo con el art. 192 de la Ley de Amparo la jurisprudencia la establecen: la Suprema Corte de Justicia funcionando en Pleno o cuando sus salas o los Tribunales Colegiados de Circuito resuelvan en un determinado sentido en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario. También se crea jurisprudencia cuando el Pleno dilucida contradicciones de tesis de salas y de tribunales colegiados.

Cabe destacar que la doctrina, aunque no constituye expresamente una fuente formal del derecho mexicano, reviste particular importancia en el conocimiento y en la interpretación del mismo. La doctrina está constituida por "los estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca de sus preceptos, ya sea con el propósito puramente teórico de sistematización de sus preceptos, ya con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación". Las opiniones doctrinales carecen de fuerza obligatoria; no obstante, constituyen un punto de referencia para los legisladores, así como para los jueces.[4] La doctrina contribuye en la elaboración de los principios generales del derecho a que alude el citado art. 14 constitucional.

Por último, a diferencia del proceso de creación normativa al que nos hemos referido, la Constitución prevé el procedimiento de creación normativa por la incorporación de normatividad internacional al sistema jurídico interno. Se trata de la normatividad establecida en los convenios o tratados internacionales que México ratifica. Éste el caso del art. 133 constitucional, que en su primera parte establece: "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 ley suprema de toda la Unión."

Esto significa que por la vía del art. 133 la normatividad internacional (la contenida en los tratados y convenios internacionales) pasa a ser "Ley Suprema en toda la Unión" y, por tanto, se integra a la normatividad interna que se enriquece con esa normatividad internacional. Éste es el resultado de la interdependencia de los países. México se encuentra en el proceso de integración económica con el resto de los países de Norteamérica y, al mismo tiempo, con diversos países latinoamericanos, junto con el tratado de libre comercio con la Unión Europea, lo que implica la modificación sustancial de muchas instituciones que fueron diseñadas o se desarrollaron con un carácter, naturaleza y fines nacionales. Este tipo de fenómenos se producen mediante tratados internacionales y la vía para que tengan efecto en México es que se cumpla con lo previsto por el art. 133 constitucional.[5]

[4] Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, p. 96. Acerca del carácter de ciencia del derecho, véase el cap. III de Rolando Tamayo y Salmorán, *El derecho y la ciencia del derecho*, UNAM, México, 1986.

[5] En este sentido véase Leonel Pereznieto Castro, "El artículo 133 constitucional: una relectura", en *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 25, México, 1995-II.

Los tratados, convenios internacionales y otros instrumentos denominados *Soft Law* (derecho suave), tales como las leyes modelo o reformas legislativas que se pretende se incorporen a los sistemas jurídicos nacionales para regular relaciones que antes no existían o se encontraban mal reguladas, como los instrumentos normativos internacionales elaborados por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL, por sus siglas en inglés), en la que México ha participado intensamente desde su fundación, enriquecen la legislación interna porque además de dotarla de nuevas instituciones amplían el ámbito de aplicación de sus propias normas a través de esos instrumentos internacionales en temas tan variados como la capacidad de las personas, el domicilio, la adopción, la contratación internacional, el arbitraje comercial internacional, la cooperación internacional para el proceso y la ejecución de sentencias extranjeras, entre otros.

Veamos en detalle las tres *fuentes formales* del derecho: la ley, la jurisprudencia y los principios generales del derecho.

La ley

Para un adecuado análisis de la ley como fuente del derecho,[6] veremos a continuación la forma de creación originaria: el Poder Constituyente y los poderes constituidos, lo cual nos permitirá analizar el proceso legislativo y la facultad reglamentaria. A continuación nos referiremos al proceso jurisprudencial y finalizaremos este apartado con los principios generales del derecho.

PODER CONSTITUYENTE, ÓRGANO CONSTITUYENTE Y PODERES CONSTITUIDOS

La definición y prelación del Poder Constituyente, del órgano constituyente y de los poderes constituidos se encuentra en la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, que en su art. 39 establece: "La soberanía nacional reside esencial y originalmente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno." Veamos con más detenimiento cada uno de estos conceptos.

Este tema es estudiado por la teoría general del Estado y por el derecho constitucional; en consecuencia, tiene dos facetas íntimamente vinculadas: la política y la jurídica. Aunque nos referiremos principalmente a esta última, su diferenciación completa de la primera resulta difícil.

[6] Para el estudio de los diversos tipos de leyes como fuente de derecho véase José Roldán Xopa, *Derecho administrativo*, pp. 90-109.

En general, para el pensamiento político democrático la soberanía reside originalmente en el pueblo y, por tanto, se ubica a éste como principio y fin último del Estado, de ahí que derive en el concepto de Poder Constituyente. La manera en que el pueblo ejerce la soberanía en tanto Poder Constituyente depende del momento en que dicho poder se ejerza. Así, en un momento revolucionario el pueblo es capaz de hacer valer su soberanía por medio de la violencia, pero éste es el caso extremo. Desde el punto de vista de la práctica política, la soberanía popular se disgrega en múltiples centros de poder que pugnan por hacer prevalecer sus intereses en el interior del Estado.[7] De esta forma, esos centros o grupos de poder son los que en definitiva representan al pueblo en el momento de elaborar su ley primera.

El órgano constituyente es la asamblea donde los grupos de poder discuten, negocian y acuerdan, conforme a sus propios intereses, las diversas fórmulas que el precepto constitucional debe contener. Al mismo tiempo, esos grupos de poder, según sus propios intereses, van configurando en el texto constitucional sus diversas aspiraciones nacionales, sus respectivas visiones de cómo deben alcanzarse determinadas metas y cuáles son éstas; el conjunto de esas propuestas y aspiraciones conforman el proyecto nacional. A su vez, en la discusión y elaboración de la Constitución se establece cuáles serán la estructura y los órganos del Estado, es decir, los poderes constituidos. De esta manera, hay una clara distinción entre el Poder Constituyente, el órgano constituyente y los poderes constituidos. Se han señalado las siguientes diferencias: el Poder Constituyente es un poder originario; es un poder creador de la totalidad del orden jurídico de un país y su única función es expedir una Constitución; en principio, es un poder que no tiene límites y, por último, no gobierna. El órgano constituyente es el instrumento, el espacio de discusión y concertación de los acuerdos. Finalmente, los poderes constituidos son creados por el Constituyente, derivan de la Constitución, creada por el Constituyente, están completamente limitados, tienen múltiples funciones y fueron creados precisamente para gobernar.[8]

La distinción entre estas tres instancias: Poder Constituyente, órgano constituyente y poderes constituidos se observa con claridad en el caso de México.

[7] Eduardo Andrade Sánchez, *Teoría general del Estado*, 2ª ed., Oxford University Press, México, 2003.

[8] Jorge Carpizo, "Derecho constitucional", en *El derecho* (*Las humanidades en el siglo XX, 1*), 2ª ed., UNAM, México, p. 112.

En el Congreso Constituyente de Querétaro, de 1917, el pueblo estaba representado por las diversas facciones y grupos revolucionarios que habían derrotado al viejo orden establecido y que debían sustituirlo por uno nuevo. Así, erigido en Poder Constituyente mediante los diversos grupos de poder revolucionarios, el Congreso formuló el texto constitucional aprobado en ese mismo año.

La Convención de Querétaro, el órgano constituyente, fue el lugar donde el Poder Constituyente —los diversos grupos de poder revolucionarios— debatió sus ideas y reivindicaciones básicas a fin de que prevalecieran en el cuerpo del texto constitucional. Grupos agraristas, laboralistas, socialistas, etc., aportaron sus ideas, construyeron la estructura del Estado y definieron los poderes constituidos. Una vez aprobada la Constitución, ésta se convirtió en la Ley Suprema que trascendió las formulaciones de sus autores para convertirse en un texto jurídico completo como Constitución del nuevo orden establecido, y proyecto nacional de México. Sin embargo, ese orden jurídico establecido no fue inmutable y acabado, ya que el propio Poder Constituyente estableció dos vías de reforma constitucional: la más importante es la del art. 135 constitucional, en la que diseñó el mecanismo de adición o reforma a la Ley Fundamental, y la del art. 133, mediante la cual previó la posibilidad de que la normatividad internacional pudiera adicionarse a la Constitución y a la que nos referiremos en la parte final de este apartado.

Con el transcurso de los años, la sociedad mexicana se ha transformado y sus necesidades han variado. Hemos visto en los años posteriores a la expedición de la Constitución de 1917 cómo ésta empezó a ser modificada para adaptarse a las circunstancias cambiantes del país. De ahí la necesidad de reformar el texto constitucional para adecuarlo a la nueva realidad. El proyecto nacional expresado en la Constitución de 1917 varió para conducir a la sociedad hacia nuevos fines. El derecho, en este sentido, es un instrumento de cambio social. El proyecto constitucional de 1917 fue claro y preciso, y los intereses de los grupos triunfantes en la Revolución se reflejaron en ese proyecto; sin embargo, México cambió: la población pasó de ser mayoritariamente agraria a ser urbana en su mayoría, de modo que el desarrollo del país se basó menos en el campo y más en la industria y en los servicios.

Al paso del tiempo, el modelo económico diseñado por algunos de los líderes posrevolucionarios se agotó y México debió abrir su economía al mundo y con ello su derecho está en vías de transformarse. Hay una evolución y ésta debe provocar una readecuación, una redefinición del proyecto nacional, que fue plasmada en las sucesivas reformas constitucio-

nales. Durante este proceso el poder constituido debió retomar su papel de Poder Constituyente en las ocasiones en que reformó la Constitución.

Proceso legislativo

Como hemos señalado, las fuentes formales del derecho son la legislación, la jurisprudencia y los principios generales del derecho. También dijimos que en México el proceso de creación normativa está regulado por la Constitución y, de acuerdo con el art. 14 constitucional, último párrafo, la prelación de las fuentes de derecho es la ley, la jurisprudencia y los principios generales del derecho, lo que abre la posibilidad de que la doctrina sea fuente supletoria del derecho.

Ya que la ley es la principal fuente de creación normativa en el derecho mexicano, estudiaremos en qué consiste dicho proceso.

El proceso legislativo es el conjunto de actos encaminados a la creación de la ley. Este proceso comprende diversas fases. De conformidad con lo dispuesto por el art. 71 constitucional, el derecho de iniciar leyes y decretos corresponde al Presidente de la República, a los diputados y senadores, al Congreso de la Unión y a las legislaturas de los estados. A esta primera fase del proceso legislativo se le denomina *iniciativa* y se le define como el acto por medio del cual determinados órganos del Estado, junto con senadores y diputados, someten a la consideración del Congreso (entiéndase Congreso de la Unión, titular del Poder Legislativo) un proyecto de ley.[9]

La segunda fase se inicia con la presentación de las iniciativas de ley al Congreso. Toda iniciativa tiene una Cámara de origen (la de diputados o la de senadores) y la otra Cámara actúa como revisora. A partir de ese momento dicho órgano las revisa, las discute y tiene facultades para rechazarlas o aprobarlas y, en este último caso, para modificarlas o adicionarlas. Esta labor se hace dentro de las diversas comisiones, que es la forma de trabajo del Congreso. Una vez aprobadas las leyes, se pasa a una tercera fase, el envío de la ley aprobada para su publicación al titular del Poder Ejecutivo, es decir, al Presidente de la República, quien, a su vez, puede negarse a sancionar (publicar) una ley aprobada por el Congreso, lo que se conoce como *derecho de veto*. En ejercicio de este derecho, el Presidente puede desechar en todo o en parte la ley aprobada por el Congreso. Sin embargo, esta facultad presidencial no es absoluta, ya que puede ser superada por el Congreso al confirmar su aprobación por medio de una mayoría calificada.[10]

[9] Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, p. 54. Sobre el derecho de veto, véase el examen que hace Jorge Carpizo, *El presidencialismo mexicano*, 4ª ed., Siglo XXI, México, 1984, pp. 85-92.

Por lo que hace a las iniciativas de leyes del Presidente de la República, el Pleno de la Suprema Corte ha resuelto:

> TESIS JURISPRUDENCIAL 14. INICIATIVAS DE LEYES DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. La Cámara de Diputados tiene facultades para adicionarlas. La facultad para adicionar las iniciativas de ley que somete a la consideración de la Cámara de Diputados el Presidente de la República se encuentra implícita en la potestad de legislador del Congreso de la Unión establecida en el artículo 50 de la Constitución Federal, sin que pueda exigirse que el texto constitucional consigne de manera expresa las formas particulares que adopta la atribución legislativa, pues no puede concebirse la función legislativa de discusión y aprobación o desechamiento total o parcial de un proyecto de ley, sin la facultad correlativa de modificar vía adición o supresión parcial, la iniciativa de ley correspondiente.[11]

En lo que concierne a la tercera fase, dijimos que el titular del Poder Ejecutivo tiene el derecho de veto; si no lo ejerce, entonces procede a sancionar la ley aprobada por el Congreso. La sanción es, de este modo, su aprobación. Esta tercera fase muestra, por otro lado, la importancia del proceso legislativo, al involucrar tanto al Poder Legislativo como al Ejecutivo (art. 72, Constitución Federal, incs. *a* y *b*).

Una vez sancionada, la ley se publica. La publicación es otra fase del proceso legislativo y consiste en el acto por el cual la ley, ya aprobada y sancionada, se da a conocer a los gobernados. Tal publicación se hace a través del llamado *Diario Oficial de la Federación*, art. 72, inc. *a)*, de la Constitución. En los diarios o gacetas oficiales de los estados se publican las leyes de carácter local.

Como fase final del proceso citado se halla la llamada *iniciación de la vigencia*. En México existen dos sistemas relativos a esta fase: el sucesivo y

[10] El inciso *c)* del art. 72 constitucional establece: "El proyecto de ley o decreto desechado en todo o en parte por el Ejecutivo, será devuelto, con sus observaciones, a la cámara de origen. Deberá ser discutido de nuevo por ésta, y si fuese confirmado por las dos terceras partes del número total de votos, pasará otra vez a la cámara revisora. Si por ésta fuese sancionada por la misma mayoría, el proyecto será ley o decreto y volverá al Ejecutivo para su promulgación."

[11] AR 4082/83, Bebidas Mundiales, S.A., 9 de diciembre de 1986, unanimidad de 21 votos de los señores ministros De Silva Nava, López Contreras, Cuevas Mantecón, Castellano Tena... (y otros). Ponente: Ernesto Díaz Infante, Informe rendido a la Suprema Corte de la Nación por su presidente, 1987, vol. II, primera parte, Pleno, pp. 906 y 907.

el sincrónico. Estos sistemas se encuentran reglamentados en los arts. 30 y 40 del *Código Civil Federal* y consisten en lo siguiente. Mediante el sistema sucesivo la ley entra en vigor tres días después de su publicación, y para que esa entrada en vigor tenga efectos en lugares distintos del de su publicación se requiere, además de los tres días, "un día más por cada cuarenta kilómetros de distancia o fracción que exceda de la mitad" (art. 30, párrafo segundo, CCF). Como puede observarse, se trata de un sistema antiguo y obsoleto, por lo que en la actualidad se utiliza el sistema sincrónico, que consiste en fijar una fecha a partir de la cual la disposición entra en vigor, siempre que la publicación haya sido anterior.

6.3 Facultad reglamentaria

EL EJECUTIVO ES UNO DE LOS TRES PODERES EN QUE SE DIVIDE EL PODER PÚBLICO. El titular del Poder Ejecutivo es el Presidente de la República. Tradicionalmente se ha sostenido que corresponde a este último la facultad reglamentaria, es decir, el derecho de expedir reglamentos. Así, todas las constituciones que precedieron a la de 1857 consignaron expresa y claramente la facultad del jefe del Ejecutivo para expedir reglamentos. De todas ellas, la más acertada es la centralista de 1843, que otorgaba al Presidente de la República la facultad de expedir órdenes y dar los reglamentos necesarios para la ejecución de la ley sin alterarla ni modificarla.[12]

La Constitución actual continúa esa tradición al otorgar la facultad reglamentaria al Presidente de la República, aunque desafortunadamente no con la claridad anterior. La fracc. I del art. 89 constitucional establece que entre las facultades del Presidente se encuentra: "Promulgar y ejecutar las leyes que expide el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia."

Esta fracción, según la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y parte de la doctrina, comprende las siguientes atribuciones del Presidente: *a) promulgar* las leyes que expida el Congreso de la Unión; *b) ejecutar* tales leyes, y *c) proveer* en la esfera administrativa a su exacta observancia.[13] Se ha interpretado que la facultad reglamentaria se desprende de esta última atribución.

[12] Felipe Tena Ramírez, *Derecho constitucional mexicano*, 21ª ed., Porrúa, México, 1985, p. 464.

[13] *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*, periodo 1917-1985, Segunda Sala, tesis 404, p. 709.

Tal facultad es exclusiva del Presidente de la República y por ello es indelegable. Consecuentemente, los secretarios de Estado no pueden expedir reglamentos administrativos. Como señala Tena Ramírez, tampoco el Congreso de la Unión puede ejercer dicha facultad, ya que es una excepción que la propia Constitución establece al principio de la división de poderes.[14]

Gramaticalmente, *proveer* significa poner los medios adecuados para llegar a un fin. Cuando se emplea esa palabra en la fracc. I del art. 89 quiere decir que el Presidente tiene la facultad de usar los medios apropiados para hacer que se observen las leyes expedidas por el Congreso. Tales medios no son los ejecutivos, porque ya en otro lugar de la misma fracción se le confieren al Presidente. Tienen que ser, de esta manera, medios de la misma naturaleza de la ley, necesarios para desarrollar en su aplicación los preceptos contenidos en la ley, lo cual significa que son de aplicación general, como la ley a la cual se refieren. Síguese de lo dicho que los actos reglamentarios son materialmente legislativos, pero formalmente administrativos, porque según la Constitución competen al Presidente, lo cual se corrobora si se tiene en cuenta que cuando la fracc. I dice "en la esfera administrativa", está concediendo al Ejecutivo la facultad de expedir disposiciones de carácter general, que por su naturaleza incumben al Congreso.[15]

La anterior es la interpretación más aceptada, pero no la única. Veamos muy brevemente otro enfoque, el cual niega la facultad reglamentaria del jefe del Poder Ejecutivo. Esta segunda posición critica a la primera en el sentido de que no es cierto que haya autonomía en la facultad de promulgar y ejecutar las leyes, ya que en la redacción de dicha fracción en la Constitución no se emplea el verbo *proveer* en infinitivo, sino se usa en gerundio: *proveyendo*, y en español el gerundio no es un vocablo independiente, pues está referido a un verbo principal al cual modifica, expresando modo, condición, motivo o circunstancia. Así, de la manera en que está redactada la fracción mencionada "ejecutar las leyes... *proveyendo* en la esfera administrativa a su exacta observancia", significa que se trata de una sola facultad: la de ejecutar las leyes, pues el resto de la expresión únicamente consigna la forma en que debe hacerse uso de dicha facultad, esto es, *proveyendo* en la esfera administrativa a su exacta observancia. Es decir, desde el punto de vista gramatical no es posible admitir que en la fracción se contengan dos facultades diferentes; por tanto, no se debe con-

[14] *Glosario de términos jurídicos*, Secretaría de Energía, Minas e Industria Paraestatal, México, 1986, pp. 46 y 47.

[15] Felipe Tena Ramírez, *op. cit.*, pp. 465-467.

siderar como fundamento de la facultad reglamentaria a la fracc. I del art. 89 constitucional.[16]

Independientemente de la importancia que tiene el lenguaje en el derecho, esta controversia fue zanjada a mediados del siglo XX por la Suprema Corte de Justicia a favor del Poder Ejecutivo. Nótese que aquélla era una época en la que el Presidente de la República aún tenía gran fuerza sobre el Poder Judicial, ya que no sólo nombraba directa e indiscutiblemente a los ministros, sino que éstos llegaban a tales puestos por razones de orden político y su permanencia en la Suprema Corte la debían casi todos al Presidente de la República en turno.

En efecto, debido a la necesidad de contar con esta facultad en el régimen constitucional mexicano, la jurisprudencia dirimió la controversia hasta el punto de que ya nadie la discute. De este modo, se salvó esa duda en el texto de la Constitución de 1917.[17] Así, por tradición y conforme a la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia y parte de la doctrina, se sigue considerando la fracc. I del art. 89 constitucional como fundamento de la facultad reglamentaria del Presidente de la República.

Al margen de la opinión doctrinal y de la justificación jurisprudencial, la realidad demuestra que en un sistema presidencialista predominante como el de México, el Presidente de la República ha utilizado esta facultad reglamentaria no sólo para "ejecutar las leyes *proveyendo* en la esfera administrativa a su exacta observancia", sino además para hacer de ella una facultad verdaderamente legislativa. Hay múltiples ejemplos en los cuales el titular del Poder Ejecutivo ha ido más allá de la ley, e incluso la ha modificado o abrogado. Se puede decir que en México el Presidente de la República ha abusado de esta facultad y no sólo él, sino sus secretarios de

[16] Felipe Tena Ramírez, *op. cit.*, p. 466.

[17] "FACULTAD REGLAMENTARIA DEL EJECUTIVO FEDERAL. La jurisprudencia y doctrina mexicanas han reconocido que el artículo 89, fracción I, de la Constitución establece a favor del Presidente de la República la que se ha denominado facultad reglamentaria, al disponer que debe proveer en la esfera administrativa a la exacta observancia de las leyes, y al ejercitar tal función, el Ejecutivo realiza materialmente una actividad legislativa, aunque formalmente deba considerarse de orden administrativo, toda vez que da normas creadoras de situaciones jurídicas de carácter general, abstracto y permanente, que no pueden ser modificadas sino por otro acto de la misma naturaleza del que las creó. Sin embargo, la facultad reglamentaria está limitada, pues por tener como finalidad el desarrollo de las normas establecidas en la ley reglamentaria, no puede contrariar a éstas, pero sí adecuarlas a las múltiples situaciones que pueden quedar regidas por ellas. Amparo en materia de trabajo en revisión 213/49. Fábrica de Calzado "La Victoria", S.A., 1 de octubre de 1954. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente. Quinta época, Cuarta Sala, Semanario Judicial de la Federación, t. CXXII, p. 34."

Estado, que mediante una función delegada e inconstitucional dictan acuerdos ministeriales todos los días, alterando visiblemente el sistema jurídico mexicano. Entre muchos otros sectores, un ejemplo evidente y cotidiano es en materia fiscal, donde con frecuencia se expiden "reglas" a través de las llamadas *misceláneas fiscales*, que, en su naturaleza y objetivo, son normas independientes.

El *reglamento* es, pues, un conjunto de disposiciones jurídicas expedido por el Ejecutivo con fundamento en la fracción aludida. Tiene las características de la ley, es decir, es general y abstracto y su finalidad es facilitar su aplicación a casos concretos, pero sin ir más allá de lo dispuesto por la propia ley.[18] Así, la "ley se distingue del reglamento en que este último sólo puede emanar del Presidente, y es una norma subalterna que tiene su medida y justificación en la ley".[19]

En materia de reglamentos, el Poder Judicial Federal, ha resuelto:

> TESIS 16. REGLAMENTOS. Se extinguen cuando se deroga la ley con la que se vinculan, aun cuando se emita otra en igual sentido. La abrogación de una ley acarrea como consecuencia jurídica necesaria la ineficacia de los reglamentos con ella vinculados por tener éstos carácter accesorio respecto de aquélla y operar, por tanto, el principio general de derecho de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.[20]

Como lo mencionamos, en México existe otra fuente de creación normativa en la Constitución (art. 133, párrafo primero) mediante la cual se prevé la incorporación al sistema jurídico interno de la normatividad internacional establecida en los tratados internacionales que México ratifica conforme al mecanismo previsto en el art. 133 constitucional. Esta normatividad, al igual que las leyes que emanan del Congreso junto con la Constitución misma, son Ley Suprema en toda la Unión. Aunque hay poco escrito al respecto,[21] los principales aspectos de este mecanismo pueden distinguirse como sigue.

En primer lugar, el dispositivo del art. 133 constitucional es un mecanismo de enlace internacional mediante el cual México puede obligarse

[18] Respecto al tema de la reserva de ley y tipos de reglamento véase José Roldán Xopa, *op. cit.*, pp. 110-127.

[19] *Ibídem*, p. 468.

[20] AD 1552/84, Compañía Operadora de Teatros, S.A., 18 de marzo de 1986, unanimidad de votos. Ponente: María Antonieta Azuela de Ramírez, secretaria: María del Rocío Ruiz R. (Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por su presidente, año 1986, tercera parte, Tribunales Colegiados de Circuito, p. 85.

[21] Véase Leonel Pereznieto Castro, "El artículo 133 constitucional: una relectura", en *Jurídica*, Universidad Iberoamericana, México, 1995.

internacionalmente, ya sea con otros Estados o con organismos internacionales, mediante tratados o convenios internacionales. Como el planteamiento de un mecanismo de esta naturaleza está elaborado sobre la base de una teoría de separación de órdenes jurídicos, uno interno y otro internacional, es necesario que el internacional se incorpore al interno a fin de que aquél pueda ser considerado con validez jurídica para México.

Al mismo tiempo los tratados y convenios internacionales, al incorporarse al sistema jurídico mexicano, son una fuente de creación normativa prevista por la Constitución, mediante la cual se va adicionando a la Ley Fundamental, porque el propio dispositivo prevé que no podrán ratificarse tratados contrarios a la Constitución. En la práctica existen casos en que ciertas disposiciones de tratados o convenios internacionales ratificados por México resultan contrarias a la Constitución y, sin embargo, no son eliminadas por ese simple hecho.

Las disposiciones de tratados y convenios internacionales suelen tomarse de modelo para la elaboración de nuevas leyes internas, como fue el caso, entre muchos otros, de las disposiciones de las convenciones interamericanas en materias tales como normas generales de derecho internacional privado, derecho de familia, ayuda internacional para el proceso y el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, que fueron introducidas en el CCF o en el CCDF, en los Códigos de Procedimientos Civiles y en el *Código de Comercio*.

6.4 Proceso jurisprudencial

EL CONCEPTO DE *JURISPRUDENCIA* NO TIENE ACEPTACIÓN UNÍVOCA. Por una parte, designa aquella ciencia cuyo objeto de estudio es el derecho en su sentido más amplio. En este sentido: "El término jurisprudencia designa la actividad que realizan los juristas cuando 'describen' el derecho, actividad que normalmente se denomina ciencia del derecho. Literalmente la palabra significa 'conocimiento del derecho'."[22]

En sentido estricto, y ésta sería una segunda acepción del término, la jurisprudencia se entiende como "la serie de juicios o sentencias que forman uso o costumbre sobre un mismo punto de derecho".[23] O como diría la Suprema Corte de Justicia: "La jurisprudencia es la obligatoria interpre-

[22] Rolando Tamayo y Salmorán, *El derecho y la ciencia del derecho*, p. 143.
[23] Juan Escriche, *Diccionario de la legislación y la jurisprudencia*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1977.

tación y determinación del sentido de la ley."[24] Éste será precisamente el sentido al que nos referiremos.

En efecto, los tribunales de un Estado ejercen la jurisdicción de éste; o sea, la aplicación de las leyes en los casos concretos. Los tribunales de un Estado son los órganos que al dirimir o resolver las controversias entre particulares, principalmente, aplican las normas jurídicas de dicho sistema, y el criterio uniforme de interpretación y aplicación de esas normas jurídicas constituye la jurisprudencia. Debido a que se trata fundamentalmente de la interpretación, por parte de los jueces, de la obra del legislador, "es decir, de las normas jurídicas a fin de resolver casos concretos", cuando dicha interpretación se hace de manera uniforme crea la fuerza del precedente,[25] la cual es obligatoria en algunos sistemas.

La obligatoriedad de la jurisprudencia varía de acuerdo con el sistema jurídico de que se trate. Por ejemplo:

> En sistemas jurídicos como el mexicano, el salvadoreño o el colombiano, sistemas llamados *escritos* o de *derechos codificados*, la ley es la fuente de creación normativa más importante y la jurisprudencia suele ser obligatoria, pero su obligatoriedad es relativizada, según el sistema, al requerir un cierto número de decisiones sobre el mismo punto controvertido y en el mismo sentido, lo cual provoca que su formación sea excesivamente lenta. En el caso de sistemas jurídicos como el inglés o el estadounidense, llamados *sistemas de derecho consuetudinario* o de *common law*, la jurisprudencia es la fuente principal de creación normativa, ya que en esos sistemas se asigna a los jueces el papel más importante en este ámbito. La ley es fuente secundaria, al menos para los jueces, quienes consultan las decisiones previas de otros jueces. Esos criterios son retomados y la referencia a las escasas leyes existentes no es el esfuerzo primordial.

Tradicionalmente se ha considerado la jurisprudencia como fuente formal del derecho, al ser ésta un proceso de creación del mismo, mediante las decisiones de los tribunales que interpretan y explican sus normas:

> Ante las lagunas de la ley, la jurisprudencia es fuente del derecho, en virtud de que la función de los tribunales ya no será de mera interpretación, sino de in-

[24] Sexta época, segunda parte, vol. XLX, p. 58, exp. 234/61, Miguel Yapar Farías, unanimidad de cuatro votos.
[25] Debido a la importancia de la actividad interpretativa para la aplicación del derecho, se han desarrollado diversas teorías al respecto. Véase Rodolfo Vázquez, *Teoría del derecho*, pp. 200-208.

tegración del orden jurídico que antes de la labor jurisprudencial, es incompleto; se trata de completar al sistema a partir de su plenitud hermética. De esta suerte, la legislación por una parte y la jurisprudencia por la otra, vienen a constituir las dos grandes fuentes formales del derecho.[26]

No cabe duda de que la jurisprudencia desempeña un papel fundamental dentro de un orden jurídico y que viene a salvar sus imperfecciones, ya sean éstas vacíos o deficiente redacción en las leyes por parte del legislador. Así, la jurisprudencia o conjunto de decisiones del órgano jurisdiccional pretende alcanzar un orden jurídico más comprensible.

La palabra *jurisprudencia* tiene, además de los significados anteriores, otra acepción que se utiliza para designar el conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales.[27] Esta última acepción es la más conocida.

Ahora bien, ya se dijo que las resoluciones de la autoridad jurisdiccional integran la llamada *jurisprudencia*. Pero ¿la constituyen?, ¿qué requisitos deben reunir para tener tal categoría? El art. 192 de la *Ley de Amparo* señala:

> La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en Pleno o en salas, es obligatoria para éstas, en tratándose de la que decrete el Pleno, y además para los tribunales unitarios y colegiados de circuito, los juzgados de distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los estados, Distrito Federal y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.
>
> Las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por lo menos por catorce ministros, si se trata de jurisprudencia del Pleno, o por cuatro ministros en caso de jurisprudencia de las salas.
>
> También constituyen jurisprudencia las resoluciones que diluciden las contradicciones de tesis de salas y de tribunales colegiados.
>
> Cuando se trate de ejecutorias sobre constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes de los estados, la jurisprudencia podrá formarse independientemente de que las sentencias provengan de una o de varias salas.

El art. 193 de la *Ley de Amparo*, en relación con la jurisprudencia de los Tribunales Colegiados de Circuito, dispone:

[26] Miguel Villoro Toranzo, *Introducción al estudio del derecho*, p. 179.
[27] Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, p. 68.

> La jurisprudencia que establezcan los tribunales colegiados de circuito, en materia de su competencia exclusiva, es obligatoria para los juzgados de distrito, para los tribunales judiciales del fuero común y para los tribunales administrativos y del trabajo que funcionen dentro de su jurisdicción territorial.
>
> Las ejecutorias de los tribunales colegiados de circuito constituyen jurisprudencia siempre que lo resuelto en ella se sustente en cinco sentencias, no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por unanimidad de votos de los magistrados que los integran.

El art. 194 de la misma ley se refiere a la interrupción de la jurisprudencia y señala:

- La jurisprudencia se interrumpe, dejando de tener carácter obligatorio, siempre que se pronuncie ejecutoria en contrario por 11 ministros, si se trata de la sustentada por el pleno; por cuatro si es de una sala, y por unanimidad de votos tratándose de la de un tribunal colegiado de circuito.
- En todo caso, en la ejecutoria deberán expresarse las razones en que se apoye la interrupción, las cuales se referirán a las que se pusieron en consideración para establecer la jurisprudencia relativa.
- Para la modificación de la jurisprudencia se observarán las mismas reglas establecidas por esta ley, para su formación.

De los conceptos antes citados podemos resumir que la jurisprudencia obligatoria en México es de tres orígenes:

- La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, actuando en pleno, es decir con sus 11 ministros.
- La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia actuando en salas. En este caso lo resuelto en sus decisiones, "que se llaman tesis o ejecutorias", debe sustentarse en cinco decisiones no interrumpidas por otra en contrario.
- La jurisprudencia de los Tribunales Colegiados de Circuito, en materia de su competencia exclusiva y según el mismo criterio de ininterrupción. Mientras las decisiones no sean del Pleno y no se reúnan cinco en el mismo sentido, la *Ley de Amparo* las llama *jurisprudencia simple*. La obligatoria se interrumpe, como habíamos dicho, por una decisión en contra. Debido a que esta decisión va a cambiar el criterio establecido en sentencias anteriores, se requiere una votación especial. La ley establece tres criterios de graduación.
- Si lo que va a cambiar es una jurisprudencia del Pleno se requiere, dice la ley, "que se pronuncie ejecutoria en contrario por catorce

ministros", es decir, por todos los ministros que integran el Pleno. Los mismos que habían establecido el criterio anterior. El Pleno se conforma en la actualidad por 11 ministros después de las reformas de 1986.[28]

- Si el criterio que va a cambiar es jurisprudencia de Sala, que el criterio se sustente por cuatro ministros.
- Si lo que se trata de cambiar es un criterio establecido por Tribunales Colegiados de Circuito, es requisito que haya unanimidad de votos del tribunal de circuito que cambie el criterio.

Por último, los arts. 195 y 195 *bis* de la ley citada establecen, respectivamente, el procedimiento que debe seguirse cuando las salas de la Suprema Corte de Justicia o los Tribunales Colegiados de Circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo en que intervengan de acuerdo con su competencia.

En cuanto a la jurisprudencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido:

> TESIS 20. JURISPRUDENCIA DEL PLENO. Conforme al artículo 84, fracción I, inciso a), de la Ley de Amparo, cuando un asunto se haya remitido a una sala por existir jurisprudencia sobre la ley reclamada, la sala respectiva deberá dirigirse al Tribunal en Pleno, únicamente en el caso de que existan razones para dejar de sustentar la jurisprudencia sobre la ley reclamada, supuesto que no se presenta cuando la sala considere que no se da esa situación, sino que la jurisprudencia debe aplicarse.[29]

> TESIS 121. JURISPRUDENCIA. La constituye un criterio reiterado en cinco resoluciones recaídas en conflictos de competencia. El artículo 192 de la Ley de Amparo, que señala las reglas generales para el establecimiento de la jurisprudencia, expresa literalmente, en cuanto se refiere a la sustentada por las salas, que "las ejecutorias constituirán jurisprudencia siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario y que hayan sido aprobadas, por lo menos... por cuatro ministros".

Una aplicación literal del precepto podría llevar a la conclusión de que al resolverse conflictos de competencia en juicios ordinarios no se puede

[28] Sobre estas reformas véase Héctor Fix Zamudio, "La Suprema Corte de Justicia como Tribunal Constitucional", pp. 493 y ss., y Elisur Arteaga Nava, "Derecho constitucional estatal: la rama judicial", pp. 543 y ss., ambos trabajos en Leonel Pereznieto Castro (comp.), *Reformas constitucionales de la renovación nacional*, Porrúa, México, 1987.

[29] A12 2228/86, Turismo Antonio Pérez, S.A., 18 de junio de 1987, unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ernesto Díaz Infante, secretario: José Antonio García Guillén.

llegar a sentar jurisprudencia, pues las resoluciones respectivas, por un lado, no se pronuncian dentro del juicio de amparo y, por otro, no son en rigor ejecutorias, pues no se trata de sentencias que deciden el fondo de una controversia de manera definitiva e inimpugnable, al determinar solamente cuál es el juez u órgano jurisdiccional que debe seguir conociendo de un asunto sobre el que se ha suscitado un conflicto competencial. Sin embargo, la interpretación no es aceptable, pues en el espíritu del precepto se advierte como esencial la voluntad del legislador de que cuando el más alto Tribunal de la República fija reiteradamente un criterio, éste contribuye a la seguridad jurídica y es obligatorio, como jurisprudencia, para todos los órganos jurisdiccionales de la República. Además, justifica esta interpretación el principio de derecho de que donde existe la misma razón debe darse la misma disposición.

Por otra parte, un análisis del *Semanario Judicial de la Federación* y de los anexos a los informes anuales que rinden los presidentes de la Suprema Corte y de las salas, permite inferir que ha sido la interpretación reiterada que consuetudinariamente se ha hecho, pues se han publicado como jurisprudencia criterios diversos que el Pleno y las salas han reiterado, en los términos de la ley, en asuntos en los que las resoluciones no fueron ejecutorias.[30]

En materia de jurisprudencia, en la tesis 22 el Poder Judicial Federal ha resuelto:

> TESIS 22. JURISPRUDENCIA. LA CONSTITUYEN LAS TESIS QUE DILUCIDEN CONTRADICCIONES DE SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES COLEGIADOS. El hecho de que el artículo 192 de la Ley de Amparo, al establecer que constituyen jurisprudencia las tesis que dilucidan las contradicciones de sentencias, se refiere únicamente a las provenientes de las salas de la honorable Suprema Corte de Justicia de la Nación y nada disponga respecto de las resoluciones de los Tribunales Colegiados de Circuito no es razón suficiente para concluir que no pueden ser también así consideradas en virtud de que el párrafo tercero de la fracción XIII del artículo 107 constitucional estipula que la resolución que pronuncien las salas en este caso "tendrá el efecto de fijar la jurisprudencia, por lo que es evidente que la decisión de aquéllas respecto a cuál de las tesis debe prevalecer, al conocer de la contradicción también constituye jurisprudencia y, por tanto, re-

[30] Competencia civil 194/86, Jueces Segundo de Distrito en el Estado de Tabasco y Segundo de lo Civil en Villahermosa, 6 de marzo de 1987, unanimidad de cuatro votos. Ponente: José Manuel Villagorda, secretario: Jorge Trujillo Muñoz, ausente: Ernesto Díaz Infante, Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por su presidente, año 1987, vol. II, segunda parte, Tercera Sala, pp. 98-100.

sulta obligatoria a todas las autoridades a que se controle el artículo 192 en comento.[31]

Para concluir reiterando algunas de las ideas expuestas, cabe hacer una breve reflexión. La jurisprudencia tiene como finalidad la interpretación del sistema jurídico y, propiamente, de las leyes y demás disposiciones expedidas. Esta interpretación tiende al perfeccionamiento de dicho sistema, a su actualización y a su evolución. Desafortunadamente, en México su lentitud hace que en muchos casos no se cumpla con esas finalidades. En países con sistemas jurídicos más modernos y de derecho escrito y codificado, como es el caso de Francia, Alemania o Argentina, entre otros, la jurisprudencia ha sido un motor muy importante para su desarrollo. Este ideal deberá ser alcanzado tarde o temprano por México si verdaderamente hay una decisión política de modernizar el sistema jurídico y dotar al Poder Judicial de la fuerza necesaria para limitar al Poder Ejecutivo; es decir, que el Poder Judicial sea un verdadero poder que equilibre al Ejecutivo, como lo propuso Montesquieu.

Para ese efecto es decisivo que se dote de poder a la Suprema Corte de Justicia sesionando en salas y a los Tribunales Colegiados de Distrito, de tal manera que cada ejecutoria se convierta en obligatoria para todos los que litiguen sobre el mismo asunto y siente un criterio para toda la sociedad, o sea, un efecto *erga omnes*. Actualmente el efecto es para las partes que han ganado el amparo.

6.5 Proceso consuetudinario

LOS INDIVIDUOS QUE FORMAN LAS COMUNIDADES SOCIALES DESARROLLAN ACTIVIDADES. La manera en que reiteradamente llevan a cabo esas actividades durante ciertos periodos va constituyendo la costumbre y los usos de la comunidad, lo que en los sistemas jurídicos sajones se conoce como *derecho común* (*common law*). Éstos pueden ser o no reconocidos como normas obligatorias.

En las comunidades donde las costumbres se reconocen y se aplican no se requiere que haya un reconocimiento expreso por el derecho; se trata por lo general de sistemas jurídicos fundados en gran parte en las costumbres que van siendo reconocidas por sus tribunales y paulatinamente se integran en un derecho jurisprudencial, como suele suceder en

[31] AD 1405/85, Cervecería Moctezuma, S.A., 2 de mayo de 1986, unanimidad de votos. Ponente: Fernando L. Cárdenas, secretaria: Martha Elba Hurtado Ferrer, Informe.

países del *common law*. En cambio, en países de derecho escrito o derecho codificado como México, Guatemala, Costa Rica o Nicaragua, la costumbre y los usos sólo se admiten en sectores específicos del sistema jurídico, como en el mercantil, el laboral y el financiero, entre otros.[32]

Aun dentro del concepto genérico de *costumbre* se ha afirmado[33] que ésta es el resultado de aquel procedimiento jurídico de creación en el cual un conjunto de actos, considerados como repetidos por un órgano aplicador,[34] se encuentran formando una disposición o pauta de conducta, en virtud de la decisión, más o menos consciente, de dicho órgano, de incorporar un caso específico dentro de esa repetición de actos, convirtiéndolos así en el derecho aplicable. Para aclarar los conceptos anteriores, presentamos un ejemplo derivado de la costumbre en materia laboral.

> Si la forma del pago del séptimo día y los hechos de actos jurídicos que la constituyen operaron en forma normal, semanalmente, por un periodo mayor de cuatro años, con anuencia de las partes obreras y patronales, esos hechos externos guardan relación con el elemento volitivo que vino a determinarlos, y establecieron una costumbre que es fuente del derecho.[35]

Como se advierte, en esta ejecutoria se conjugan todos los elementos mencionados: actividades reiteradas o repetitivas (pago del séptimo día) durante cierto lapso (un periodo mayor de cuatro años), reconocidas (anuencia de las partes) por una comunidad (patrones y obreros) que las hace pasar a formar parte de sus propias reglas (relación con el elemento volitivo que viene a determinarlos y el establecimiento de una costumbre); finalmente, son reconocidas por el órgano aplicador del derecho (el tribunal que está dictando la sentencia) y por ello dicha costumbre se convierte en el derecho aplicable (una costumbre que es fuente de derecho).[36]

[32] Leonel Pereznieto Castro, *Derecho internacional privado. Parte general*, p. 18.

[33] José de Jesús Orozco Henríquez, *El derecho constitucional consuetudinario*, UNAM, México, 1983, pp. 52 y 53.

[34] Según Jesús Orozco Henríquez, el órgano aplicador es ese "alguien o algunos (que) determinan que una serie de conductas repetidas formen una pauta de conducta cuando resuelven que cierto acto no es sino una instanciación de dicha repetición de conductas y deciden que las mismas constituyen el derecho aplicable", *op. cit.*, p. 46.

[35] *Semanario Judicial de la Federación*, t. CXIII, Juan Andrade y coags. 30 de junio de 1952, p. 365. Citado por José de Jesús Orozco Henríquez, *op. cit.*, p. 53.

[36] Para ampliar estos conceptos se sugiere consultar la obra de José de Jesús Orozco, ya citada, y la de Rolando Tamayo, "El derecho consuetudinario y la Constitución", en *Los cambios constitucionales*, UNAM, México, 1979; y las obras de Herbert L. A. Hart y H. L. A. von Wright.

La doctrina clasifica la costumbre en *secundam legem*, *praeter legem* y *contra legem*.

La primera, *secundam legem*, es aquella que coincide con lo ordenado por la ley. Esta coincidencia se debe a que el derecho consuetudinario es reconocido y formulado por la ley.

La segunda, *praeter legem*, es aquella que no ha sido incorporada en la ley ni es contraria a la misma. Esta costumbre tiene por función llenar las lagunas de la ley; por ello se le considera fuente formal secundaria, supletoria o complementaria de la ley.

A su vez, la costumbre *contra legem* es aquella que establece conductas opuestas a lo ordenado por la ley. En este caso se reconoce la supremacía de la ley respecto de la costumbre, sobre todo si aquélla es reciente y procura corregir el desorden y la injusticia que ha provocado la costumbre. Pero

> ... cuando una ley lleva tiempo de promulgada y no logra vigencia y efectividad por ser repudiada por las costumbres jurídicas del grupo social, eso no puede significar más que la ley es utópica y que, por consiguiente, no ha logrado plasmarse como verdadero derecho. En fin de cuentas siempre será la aceptación por parte del grupo social de una norma la que le dará el sello de jurídica, tanto en el derecho nacido por vía originaria como en el derecho nacido por vía derivada... [37]

En el derecho mexicano, una costumbre *contra legem* no tiene posibilidades de derogar la ley o fundamentar la validez de una conducta contraria a lo prescrito en ella, pues como lo dispone el art. 10 del *Código Civil Federal*: "Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario."

Sin embargo, el principio consagrado en la disposición que acabamos de citar no es absoluto. Se trata de un precepto que nos dice que habiendo una disposición expresa de la ley no cabe desuso, costumbre o práctica en contrario; esta idea es más relativa todavía en materia mercantil, que además de consagrar los usos y costumbres como fuente del derecho, tiende a evolucionar, por lo que en cierto momento un uso o una costumbre que fue consagrada en la ley cambia y lo que deja de aplicarse es la ley. Veamos un ejemplo.

> El capítulo IV, sección tercera, de la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito* se refiere a las "cartas de crédito" y la sección cuarta al "crédito confirmado". La reglamentación consagrada en estos instrumentos data de principios de la década de 1930, cuando estaban en vigor, en una parte del mundo, usos y costumbres de origen italiano que, sin embargo, cambiaron y fueron sustituidos por usos y costumbres más acordes con la realidad internacional. En la actualidad, los bancos mexicanos aplican la reglamentación en materia de créditos documentarios elaborada por la Cámara de Comercio Internacional y no la ley mexicana. Es decir, en este caso los usos y costumbres se aplican aun en contra de lo que la ley establece sobre esta materia y son reconocidos como válidos por los tribunales mexicanos.

[37] Miguel Villoro Toranzo, *op. cit.*, pp. 169 y 170.

Salvo en los casos de excepción antes mencionados, no es suficiente la aceptación final de una norma por la sociedad para imprimirle a la misma el sello de jurídica, ya que en nuestro país, para que a una norma de conducta pueda considerársele jurídica, esto es, como derecho, se requiere que sea sometida a un órgano legislativo (Congreso de la Unión), en el caso de las leyes federales, para su aprobación. Hasta en tanto dicha regla no sea sancionada por el Congreso y por el Ejecutivo, es decir, aprobada como ley, no tendrá tal carácter (arts. 71 y 72 de la Constitución federal).

En México, la costumbre en general no tiene el carácter de fuente formal principal del derecho, y esto sucede así porque la costumbre sólo es jurídicamente obligatoria cuando la ley otorga tal carácter. No es, por ende, fuente inmediata, sino mediata o supletoria del orden positivo.[38] En otras palabras, en México la costumbre es una fuente secundaria del derecho por cuanto su obligatoriedad depende del reconocimiento del mismo.

Tradicionalmente, la doctrina ha distinguido la costumbre de los usos. Se dice que la costumbre es un comportamiento, un modo de actuar, una práctica. Los usos también constituyen un modo de actuar, una práctica. Los usos son prácticas, generales unas, otras locales o profesionales, que concurren de un modo tácito en la formación de los actos jurídicos, especialmente los contratos que, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, se sobreentienden en todos esos actos, incluso con algunas reservas, en los de carácter solemne, para interpretar o completar la voluntad de las partes.[39]

Sin embargo, entre la costumbre y los usos hay marcadas diferencias. En los usos encontramos el elemento objetivo de la costumbre, la práctica más o menos reiterada y constante de ciertos actos; pero no el elemento subjetivo, es decir, la idea de que dicha práctica es jurídicamente obligatoria. Los usos sirven para interpretar la voluntad de las partes sólo cuando

[38] Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, p. 66.
[39] François Gény, en Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, p. 65.

libremente se acogen a ellos, cosa que no sucede con la costumbre jurídica, pues ésta necesariamente debe acatarse por los contratantes.[40] Podemos decir que los usos difieren de la costumbre únicamente en cuanto a que carecen del elemento subjetivo, pero al igual que la costumbre, cuando la ley los reconoce son obligatorios para los particulares. Éste es el caso, entre otros, del art. 2º de la LGTOC, el cual establece:

> **Artículo 2º**. Los actos y las operaciones a que se refiere el artículo anterior, se rigen:
>
> I. Por lo dispuesto en esta ley y en las demás leyes especiales relativas; en su defecto;
> II. Por la legislación mercantil general; en su defecto;
> III. Por los usos bancarios y mercantiles y, en defecto de éstos,
> IV. Por el derecho común, declarándose aplicable en toda la República, para los fines de esta ley, el Código Civil del Distrito Federal.

Sólo queda señalar que, en este dispositivo, la jerarquía que la ley establece antepone los usos en su aplicación a la propia ley, en este caso, al Código Civil.

Para finalizar este apartado quizá valga la pena una rápida mención al comercio internacional, donde usos y costumbres son las reglas que se aplican.

Este tipo de comercio, que aglutina la mayor riqueza del mundo y del que México forma parte, es operado por comerciantes, banqueros e industriales con sus respectivas agrupaciones. Una de las funciones que cumplen estas últimas es recoger el consenso de los diversos operadores de comercio en el mundo en una determinada actividad o práctica de comercio, del crédito o de la fabricación de productos o la prestación de servicios, y elaborar reglas que serán incluidas por esos operadores en sus contratos y, por tanto, se convertirán en normas jurídicas obligatorias para las partes. Este tema lo volveremos a abordar más adelante (véase 6.7) en cuanto a la obligatoriedad normativa (véase 4.3.1).

6.6 Principios generales del derecho y la doctrina

SEGÚN EL ART. 14 CONSTITUCIONAL, EN LOS JUICIOS CIVILES LA SENTENCIA definitiva (esto es, la sentencia que decide el fondo del negocio) deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de

[40] Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, pp. 65 y 66.

ésta se fundará en los principios generales del derecho. Ahora bien, ¿en qué consisten estos principios?

Acerca de este tema no hay unanimidad por parte de los autores. Para unos, dichos principios son los del derecho romano; para otros, son los universalmente admitidos por la ciencia jurídica, y para otros más, los del derecho justo o natural.[41] Asimismo, hay quienes analizan estos principios desde una perspectiva instrumental y sostienen, como García Máynez y Norberto Bobbio, que los principios generales del derecho que se emplean con finalidades interpretativas y de integración tienen naturaleza normativa, ya que si no la tuvieran resultarían totalmente ineficaces para el cumplimiento de semejante finalidad.[42] Dicho de otro modo: cuando decimos que los actos se rigen en cuanto a su forma por la ley del lugar en donde se celebren (*locus regit actum*), estamos refiriéndonos a un principio que proviene del derecho romano, que es universalmente admitido, que tiene un carácter normativo, ya que está indicando la regulación de una conducta (la realización de un acto), y tiene también una finalidad de integración, que es el saber qué ley se va a aplicar (en este caso a la forma del acto, la ley del lugar de su celebración).

En cuanto a los principios derivados del derecho romano, cabe hacer una puntualización. Se trata en realidad de una amplia serie de principios existentes en los siglos XI y XII, cuando se llevaron a cabo las grandes recopilaciones del derecho romano por los glosadores y los posglosadores, quienes extrajeron esos principios. Sin embargo, a través de los siglos posteriores, con la aplicación del derecho romano glosado y del derecho derivado de éste, principalmente el *ius commune* o derecho civil y derecho canónico aplicado localmente, fueron surgiendo otros principios que componen en la actualidad lo que se conoce por *principios del derecho romano*. La gran mayoría de estos principios son los que se encuentran implícitos en la legislación actual y de ahí su importancia. Al final de esta obra hemos agregado en el glosario algunos de estos principios para su consulta.

> Se ha afirmado que los principios generales del derecho son construcciones doctrinales o ideas y conceptos elaborados o propuestos por la doctrina. La concepción de que los principios mencionados son los del derecho romano, en la actualidad sólo tiene importancia histórica: la identificación de los principios generales del derecho con los del derecho romano tiene un valor puramente histórico. Pero en esa tesis se hallan contenidas en germen las dos

[41] Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, p. 371.
[42] Eduardo García Máynez, *Filosofía del derecho*, 4ª ed., Porrúa, México, 1983, p. 313.

interpretaciones fundamentales sobre esta materia: la histórica o positivista y la filosófica o iusnaturalista (*sic*).[43]

En la primera de las interpretaciones —la de los principios del derecho romano— se afirma que estos principios, como lo mencionamos, son aquellos que inspiran en gran medida la legislación positiva. Para la segunda interpretación —la de los principios de derecho como interpretaciones fundamentales, ideas fuertemente influidas por el iusnaturalismo— se trata, en cambio, de verdades jurídicas universales, de principios filosóficos que expresan el elemento constante y permanente del derecho, el fundamento de toda legislación positiva.[44] Estas corrientes de alguna manera coinciden en que los principios generales del derecho constituyen el fundamento del orden jurídico, pues en ellos se inspira el legislador para crear dicho orden.

Se ha afirmado que los principios generales del derecho tienen un significado diferente dependiendo de la posición de las distintas corrientes de pensamiento; así, para los iusnaturalistas los principios generales del derecho son aquellos que se encuentran intrínsecamente en la naturaleza humana. En cambio, para los autores del positivismo jurídico son los que conforman los aspectos fundamentales del derecho positivo, vía la generalización creciente de las disposiciones de la ley a reglas cada vez más amplias.[45] Como ejemplos podríamos dar la buena fe, la libertad contractual, la igualdad entre las partes, etcétera. La jurisprudencia se refiere a estos principios, como sigue:

> ... la manifestación auténtica y prístina de las aspiraciones de la justicia de una comunidad.[46] La conducta de las autoridades debe estar regida no sólo por la ley escrita sino también por los principios generales del derecho, particularmente los relativos a la buena fe.[47] Los órganos jurisdiccionales no pueden dejar de resolver el asunto sometido a su potestad, lo que deben hacer interpretando armónicamente el ordenamiento jurídico correspondiente en relación con los principios generales de derecho, la lógica y la razón hasta llegar a cubrir la laguna (de derecho) existente.[48] Es principio de derecho comúnmente conocido que lo dispuesto en una ley especial debe prevalecer sobre una norma general.[49]

[43] Eduardo García Máynez, *Filosofía del derecho*, p. 313.
[44] Luis Legaz y Lacambra, *Filosofía del derecho*, p. 585.
[45] Rafael Sánchez Vázquez, *Los principios generales del derecho y los criterios del Poder Judicial de la Federación*, Porrúa, México, 2004, p. 7.
[46] Octava época, Suprema Corte de Justicia Federal, t. III, segunda parte, 1989, p. 573.
[47] *Ibídem*, p. 646.
[48] Novena época, Suprema Corte de Justicia Federal, t. V, 1997, p. 710.

Por otro lado, la doctrina, constituida por el conjunto de opiniones de los estudiosos del derecho, tiene gran importancia respecto de estos principios, ya que no hay duda de que tales opiniones son consideradas por el legislador al crear la ley y por el juzgador cuando la interpreta. Sobre todo en la actualidad, con la rápida evolución del derecho y la aparición o el desarrollo de diversas disciplinas, el legislador debe estudiar y analizar la doctrina para formular sus iniciativas o para contar con más y mejores elementos de información para su discusión y el juez para evaluar las pruebas y dictar su sentencia.

Patrick Courbe distingue dos áreas en la doctrina: autores y obras. Con *autores* se refiere a los juristas que publican su opinión. Dentro de esta categoría distingue a los teóricos —los profesores de derecho— y a los prácticos, que son esencialmente magistrados, abogados y notarios. En cuanto a las obras, pueden ser obras generales o volúmenes sobre algún tema jurídico en especial (derecho civil, derecho administrativo).

- *Tratados*: exposiciones sintéticas y críticas de las normas jurídicas que rijan una materia en particular; por ejemplo, *Derecho Civil*, por G. Maury y P. Raynaud.
- *Manuales y conferencias*: exposiciones didácticas acerca de una materia; por ejemplo, conferencia de derecho civil, de A. Weill y F. Terré.
- *Reportes*: exposiciones temáticas de derecho positivo, con un fin práctico; por ejemplo, *Enciclopedia Jurídica Dalloz.*

Son obras especiales:

- *Tesis de doctorado*: obras de investigación jurídica.
- *Monografías*: obras de finalidad práctica.

Son obras periódicas:

- *Revistas*: de distribución trimestral, con comentarios de jurisprudencia y legislación; por ejemplo, *Revista Trimestral de Derecho Civil.*
- *Colecciones*: gacetas, notas, boletines, etcétera.[50]

Asimismo, los tribunales deben informarse en la doctrina para lograr decisiones más justas y los abogados, en su ejercicio profesional, deben

[49] Novena época, Suprema Corte de Justicia Federal, t. VI, 1997, Tesis, p. 339.
[50] Patrick Courbe, *Introduction générale au droit*, pp. 72 y 73.

estar al día en los desarrollos doctrinarios para realizar un trabajo más eficiente, como es el caso de disciplinas modernas tales como el derecho económico, el derecho de la competencia, el derecho internacional privado o el derecho de la energía o la protección del medio ambiente, etcétera.

6.7 Normas individualizadas: sentencias, contratos y actos unilaterales de la voluntad

SE TRATA DE UN TEMA QUE YA HEMOS ABORDADO, POR LO QUE SEREMOS BREVES. Las sentencias, los contratos y los actos unilaterales de voluntad son fuente de creación normativa porque al individualizar y concretar a casos específicos normas jurídicas generales y abstractas, generan para las partes involucradas derechos u obligaciones que no existían previamente.[51] Es decir, el juez, al dictar su sentencia, está creando una situación jurídica que antes no existía, ya que está individualizando el supuesto general de la ley; en un caso concreto, estará condenando a una persona a pagar una cierta cantidad de dinero u obligando a otra a realizar una determinada conducta, como devolver un bien que tiene en posesión. Las partes, al celebrar un contrato, crean entre ellas derechos y obligaciones que, de manera individualizada y concreta, no existían antes de celebrar tal contrato, como es la obligación de pagar un precio cierto y en dinero y, para el vendedor, entregar la cosa acordada previamente.

Finalmente, la persona que realiza su testamento, mediante este acto jurídico unilateral crea derechos sobre sus bienes, derechos que antes no existían, sujetos a condición suspensiva; es decir, a un acontecimiento futuro de realización cierta, que en este caso es la muerte del testador, del cual depende la eficacia de derechos y obligaciones, y a favor de una o varias personas que ha designado previamente como sus herederos o legatarios.

Al analizar el derecho a partir de las sentencias, los contratos y los actos unilaterales de voluntad se está contemplando el derecho de forma dinámica, y no estática como tradicionalmente se le ha estudiado. Veamos a continuación, con mayor detenimiento y a la luz del derecho positivo, cada una de las instituciones que hemos mencionado.

[51] Leonel Pereznieto Castro, "Las obligaciones convencionales en el derecho internacional privado mexicano", en *El Foro*, Barra Mexicana de Abogados, sexta época, núm. 6, julio, México, septiembre de 1976, pp. 43 y siguientes.

6.7.1 Sentencia

De acuerdo con el art. 49 constitucional, el poder público de la Federación se divide, para su ejercicio, en Ejecutivo, Legislativo y Judicial. De conformidad con el art. 116 de la misma Constitución, el poder público de los estados se divide, para su ejercicio, en las mismas tres ramas. De este modo, en el sistema mexicano el Poder Judicial puede ser federal o estatal. El Poder Judicial es el encargado de la llamada *función jurisdiccional*, que es una de las funciones esenciales del Estado, junto con la legislativa y la ejecutiva.

Decimos que la función jurisdiccional corresponde en principio al Poder Judicial porque en ocasiones esa misma función puede ser realizada por los otros poderes del Estado. La función jurisdiccional, afirma Héctor Fix-Zamudio, es la función del Estado dirigida a resolver los conflictos, controversias o litigios a través del proceso, que se realiza por un órgano público que actúa en forma imparcial, por encima de los contendientes, el cual puede dictar una resolución obligatoria y ejecutarla, cuando sea necesario, aun en contra de la voluntad del perdedizo.[52]

De esta forma, la función jurisdiccional es, en pocas palabras, la actividad que, principal aunque no exclusivamente, realiza el Poder Judicial, función mediante la cual resuelve los conflictos que plantean los gobernados, aplicando la ley vigente a cada caso en particular. El colofón de esta función es precisamente la sentencia, que consiste en "el acto jurisdiccional por medio del cual el juez resuelve las cuestiones principales materia del juicio o las incidentales que hayan surgido durante el proceso".[53] O, en otras palabras, "la sentencia es... la resolución que emite el juzgador sobre el litigio sometido a su conocimiento y mediante la cual normalmente pone término al proceso".[54]

Desde otro punto de vista, también puede decirse que, como acto de ejecución del derecho, la sentencia es la "actualización de la norma abstracta al caso concreto mediante la formación intelectual de un silogismo [el robo es un delito y está penado; Crispín robó, luego entonces debe ser castigado con la pena establecida] que es la manera clásica y ortodoxa de construirla".[55]

[52] José Ovalle Favela, *Derecho procesal civil*.

[53] Héctor Fix-Zamudio, "Derecho procesal", en *El derecho* (*Las humanidades en el siglo XX, 1*), pp. 87 y 88.

[54] Eduardo Pallares, *Derecho procesal civil*, 4ª ed., Porrúa, México, 1971, p. 421.

[55] Alfredo Domínguez del Río, *Compendio teórico-práctico de derecho procesal civil*, Porrúa, México, 1977, p. 262.

Como se advierte, la sentencia es un acto jurisdiccional. Este acto tiene por finalidad la resolución de un conflicto principal constituido por las pretensiones formuladas en la demanda y en las defensas del demandado. La sentencia también resuelve incidentes, que no son otra cosa que cuestiones o conjunto de actos a través de los cuales se realiza la actividad jurisdiccional.[56] En otras palabras, se resuelven cuestiones de orden procesal.

Pero al mismo tiempo la sentencia, además de ser fuente particular o concreta de creación normativa, puede verse como una decisión ejecutiva capaz de imponerse al condenado sin que necesariamente medie su voluntad; es decir, por la fuerza. También, la sentencia puede mirarse como la norma individualizada que junto con otras sentencias constituye jurisprudencia y ésta es, como hemos visto, una de las fuentes generales del derecho.

Otra forma en que se expresa la función jurisdiccional en el derecho mexicano es a través del arbitraje comercial. En efecto, el título cuarto del libro quinto del *Código de Comercio* establece la opción para las partes de someter las controversias que se susciten o puedan suscitarse entre ellas, al conocimiento y la resolución de un árbitro o de un tribunal arbitral. En este caso, la resolución —equivalente a la sentencia— será mediante un laudo. El procedimiento arbitral se aplica para la resolución de conflictos de naturaleza comercial en los ámbitos nacional o internacional y debe llevarse a cabo conforme a lo que el propio *Código de Comercio* dispone; o bien, teniendo en cuenta los principios generales establecidos en ese ordenamiento, conforme a las reglas arbitrales que hayan escogido las partes y con las modalidades que éstas hayan seleccionado adecuadas a sus intereses.[57] Estas resoluciones —los laudos— también pueden considerarse fuentes del derecho en la medida en que crean una norma jurídica individualizada por virtud de la ley. A diferencia del sistema judicial, en el arbitral la creación es indirecta en la medida en que hay creación normativa en los términos en que hemos hablado anteriormente, cuando el laudo es reconocido por los órganos jurisdiccionales estatales.

6.7.2 Contratos y actos unilaterales de la voluntad

El *Código Civil Federal* define el convenio como "el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar y extinguir obligaciones" (art.

[56] *Loc. cit.*

[57] Para mayor información sobre el arbitraje comercial puede consultarse: José Carlos Fernández Rozas, *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, Iustel, Madrid, 2008; Leonel Pereznieto y James Graham, *Tratado de derecho comercial internacional mexicano*, Limusa, México, 2009.

1792, CCF). El convenio es el género; el contrato, la especie; así, al contrato lo define el mismo código como una especie de los convenios que únicamente crean, transfieren obligaciones y derechos. Se trata de un concepto más limitado porque los contratos, a diferencia de los convenios, no modifican ni extinguen las obligaciones. Veamos con más detalle algunos de los conceptos que encierran los contratos, por ser ésta una de las figuras más comunes en la práctica del derecho.

En primer lugar, las partes que van a contratar deben ser personas con capacidad de goce y ejercicio de sus derechos —mayores de 18 años— y no estar afectadas en sus facultades (perturbaciones mentales). Si las partes tienen plena capacidad, tienen también libertad para contratar o no. Si contratan, libremente podrán escoger, con su contraparte, las modalidades a que van a estar sujetas las obligaciones y los derechos que convengan, como puede ser la renta de un local en condiciones y plazos determinados, o acordar el pago de cierta cantidad de dinero en una fecha previamente determinada y en una localidad o ciudad específica, etcétera.

Al hacer uso de la autonomía de la voluntad, las partes "construyen" su contrato. En él, además de las modalidades de sus obligaciones podrán pactar si someten su contrato a los tribunales, al arbitraje, o bien, acuerdan someterlo para su interpretación a tal o cual ley. Esta amplia libertad de los contratantes crea obligaciones y derechos entre las partes y al hacerlo deben cumplir con lo acordado, pues en caso contrario quien tenga el derecho podrá hacerlo exigible ante los tribunales. Esto quiere decir que las partes habrán creado entre sí una norma jurídica, individualizada en la medida en que sólo tendrá efecto entre ellas, pero que en todo caso es una norma obligatoria para ambas partes.

Todos los días se crean cientos de miles de normas jurídicas de este tipo: el comercio, los servicios financieros, los transportes, las escuelas y los hospitales celebran cotidianamente una cantidad enorme de contratos de diversa naturaleza.

Cabe señalar que el derecho de las obligaciones, a cuyo estudio se dedica un curso especial, como ya mencionamos, es parte medular del derecho; estudia la validez de las conductas y el cumplimiento de las obligaciones contraídas en la vida diaria:

> Habito mi casa porque cuento con un contrato de arrendamiento jurídicamente válido; trabajo y recibo en contraprestación un salario porque mi relación laboral está fundamentada en un contrato de prestación de servicios; o bien, viajo de vacaciones porque he celebrado o celebro contratos con la línea aérea, la empresa de autobuses y con el hotel donde me hospedo, etcétera.

En cuanto a los actos unilaterales de voluntad, a los cuales ya nos hemos referido antes, el *Código Civil Federal* establece que por oferta se entenderá que: "El hecho de ofrecer al público objetos en determinado precio, obliga al dueño a sostener su ofrecimiento" (art. 1860). Estos actos pueden ser civiles o de comercio; los primeros están vinculados con cuestiones personales o familiares y los segundos, como su nombre lo indica, con los actos comerciales. En ambos casos la persona, en pleno uso de sus facultades, puede obligarse sin que inmediatamente haya otra voluntad que se comprometa.[58]

Por ejemplo, ofrezco vender una tonelada de sacos de cemento, o 200 kilos de maíz, a un precio y condiciones determinados y dentro de un plazo determinado (en las próximas dos semanas, tres meses, etc.). Esta oferta pública me obliga a que, dentro del plazo en que he lanzado mi oferta, si algún destinatario la acepta quedaré obligado con él a celebrar la compraventa de la mercancía. Se habrá creado así una obligación entre las partes que en un principio fue una declaración unilateral de voluntad.

El testamento es otro acto unilateral del tipo que comentamos y lo elabora la persona que desea que después de su muerte se repartan sus bienes a través de la herencia. Los herederos, al recibirla, se obligan a cumplir con las condiciones del testador, y si no las hay, por el solo hecho de recibir la herencia la persona adquiere obligaciones de respeto y fidelidad para con el testador y su familia.

Un acto unilateral de voluntad más es la adopción, mediante la cual una persona mayor de edad se obliga a hacer a un menor parte de su familia como un hijo biológico, a cuidarlo y protegerlo.

Lo que queremos significar es que el acto unilateral, al igual que la sentencia y el contrato, es fuente de obligaciones y éstas se producen de forma individualizada: al ser aceptada la oferta, ésta se convierte en contrato de compraventa, es decir, la voluntad originalmente unilateral se bilateraliza. Si se trata de un testamento, la condición suspensiva, que es la muerte del testador, hace que su deseo tenga consecuencias jurídicas después de la muerte en la persona de los herederos o legatarios. Finalmente, en el caso de la adopción, una vez realizada ésta mediante un proceso ante el juez, el adoptante adquiere derechos y obligaciones respecto del menor y éste, a medida que crezca, respecto de aquél.

[58] Respecto a los actos unilaterales como fuente de las obligaciones véase José Luis De la Peza Muñoz Cano, *De las obligaciones*, Porrúa, México, 2004, pp. 57-64.

El capítulo 3 lo dedicamos a los hechos y actos jurídicos, que también son fuente de derecho, por lo que remitimos al lector a su lectura.

6.8 Fuentes reales

COMO HEMOS INDICADO, UN INDIVIDUO, Y EN SEGUIDA SU COMUNIDAD, SE proponen la satisfacción de sus necesidades: tipo y características de alimentación, convivencia, educación, organización, etc., y la obtención de otros satisfactores: bienestar, descanso, diversión, y todo ello mediante normas que reflejan las características propias de esa comunidad o sociedad. Por otra parte, tales normas pueden observarse en la forma en que rigen a una sociedad en un momento determinado, y así podemos decir que se trata de la manera en que dicha sociedad ha establecido el contenido y el alcance de sus propias normas. Sin embargo, el derecho es también dinámico, y así las normas jurídicas cambian en la medida en que una sociedad se transforma para alcanzar aspiraciones colectivas que le permitan progresar.

El legislador de una determinada sociedad, siendo fiel a ella, elabora normas jurídicas que constituyen las vías de satisfacción a las necesidades sociales y económicas. Mediante estas normas cada vez más eficientes se logra mejorar la convivencia social y la organización económica, para alcanzar los objetivos que la sociedad se propone.

Al analizar de este modo el derecho con una perspectiva sociológica, es decir, a partir de las necesidades y de los objetivos de una sociedad dada, estamos frente a lo que se conoce como *fuentes reales del derecho*.

Cuando analizamos el derecho a través de sus fuentes reales, mediante su contenido, podemos explicarnos por qué el derecho mexicano es distinto del estadounidense o del inglés y cómo también es parecido al derecho guatemalteco o al venezolano. En los primeros dos casos, la base cultural —y, por tanto, el contenido de las normas jurídicas— es distinta, mientras que en el tercer y cuarto casos, la base cultural y el contenido son similares. En conclusión, las fuentes reales se componen de todas las características y necesidades de una comunidad que, a su vez, delimitan el contenido y el alcance de sus propias normas jurídicas.

Por su parte, García Máynez afirma que, en última instancia, las fuentes reales deben supeditarse a las fuentes formales, ya que éstas son "el cauce por donde corren y se manifiestan las primeras". Es decir, si tal sentencia judicial o costumbre no se ciñe al procedimiento legal para tener validez jurídica, no será reconocida, o bien no tendrá efecto en el ámbito jurídico. Lo mismo puede suceder con una ley en cuya elaboración no se

ha cumplido con los requisitos formales establecidos por la Constitución. Esta afirmación es cierta en lo general, pero suele tener excepciones. Veamos algunos ejemplos.

Como antes dijimos, de acuerdo con el art. 133 constitucional, la validez de los tratados internacionales está sujeta a que además de haber sido negociados por el Presidente de la República, sean ratificados por el Senado y estén de acuerdo con la Constitución. Sin embargo, la experiencia demuestra que México ha celebrado tratados o convenios internacionales mediante los que ha quedado obligado internacionalmente, pero dichos instrumentos no han sido ratificados por el Senado. Entre otros ejemplos se cuentan los tratados comerciales celebrados con Brasil e India mediante el procedimiento de canje de notas diplomáticas, procedimiento aceptado internacionalmente pero no previsto por la Constitución; lo mismo ha sucedido con múltiples convenios o acuerdos de cooperación científica y técnica.[59] Se trata de convenios en los que México se obliga internacionalmente frente a Estados u organismos internacionales. Aunque carecen de validez en el sistema jurídico interno, estos convenios ya produjeron efectos jurídicos en el ámbito internacional y, por tanto, en estos casos de excepción estamos frente a un proceso de creación normativa no previsto constitucionalmente.

Por otra parte, la realidad internacional nos muestra una serie de casos en los que se crean normas jurídicas que finalmente son aceptadas o reconocidas por los diversos Estados, aun cuando dichos procesos de creación no estén previstos por la Constitución o por las leyes de esos Estados. Veamos algunos ejemplos.[60]

En el desarrollo del derecho mercantil internacional, y principalmente por las necesidades de uniformidad y armonía de prácticas y usos mercantiles en todo el mundo, ha surgido lo que se ha dado en llamar la *lex mercatoria* o *ius mercatorum*.[61] Se trata de una producción normativa generada por las necesidades propias del comercio internacional, que se inicia sin la intervención directa de los Estados nacionales. Por lo común, en su generación intervienen agrupaciones o asociaciones de personas interesadas en

[59] Sobre este particular, véase Leonel Pereznieto Castro, "La facultad de celebración de tratados como síntoma de la preponderancia del Poder Ejecutivo: el caso de México", en *El predominio del Poder Ejecutivo en Latinoamérica*, UNAM, México, 1977, pp. 381 y siguientes.

[60] Leonel Pereznieto Castro, *Derecho internacional privado. Parte general.*

[61] Sobre este tema véase Jorge Alberto Silva (coord.), *Estudios sobre Lex mercatoria, Una realidad internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006.

establecer bases mínimas que regulen sus relaciones comerciales internacionales, como es el caso de asociaciones o agrupaciones de comerciantes (cámaras nacionales de comercio) o banqueros, o empresas aseguradoras, a través de federaciones regionales o internacionales; o bien, armadores de barcos, transportistas, comerciantes de determinados sectores o empresarios de diferentes ramas de la industria, etc., y, en algunos casos, comisiones especializadas de la Organización de las Naciones Unidas u otros organismos internacionales. Por lo general, la reglamentación así elaborada se somete a la consideración de las agrupaciones o asociaciones interesadas y cuando se logra un consenso en torno a la misma, estas agrupaciones la adoptan y la convierten en ley entre ellas, y así, con base en la autonomía de su voluntad, sus miembros, al llevar a cabo operaciones de comercio internacional, las integran en sus contratos y las convierten en ley entre ellos. A partir de ese momento, este tipo de reglas se utilizan para normar sus relaciones en escala internacional. En caso dado, cuando estos contratos sean reconocidos por los tribunales nacionales, la legislación así elaborada se convierte en norma nacional cuando el juez dicta su sentencia. Veamos un ejemplo.

Si los comerciantes internacionales de flores determinan que tal o cual tipo de empaque o embalaje es el apropiado para transportar por avión un determinado tipo de flores: rosas mexicanas hacia Estados Unidos de América, tulipanes de Holanda hacia México, etc., los operadores internacionales que estén en este mercado deberán aceptar, en el tráfico de flores que realicen, que ese empaque o embalaje es el que debe ser usado, pues de no hacerlo y perecer las flores, habrá un claro incumplimiento de su parte de las reglas establecidas por ese gremio y, por ello, tendrán a su cargo la responsabilidad de las flores que por falta de un empaque o embalaje adecuados se deterioraron en un plazo menor del establecido para el comercio de este tipo de productos altamente perecederos. El comercio de granos en el Atlántico Norte tiene reglas diferentes del comercio de granos en el Mediterráneo, porque los grados de humedad, temperatura, de mermas, etc., son distintos. El comercio de máquinas destinadas a la industria de las artes gráficas tiene también sus propias reglas y modalidades para efecto de su construcción, transporte, instalación, puesta en marcha, servicio después de venta, etc., y así podríamos alargarnos en torno a las múltiples modalidades del comercio internacional.

Entre las reglas aplicables a actividades generales del comercio internacional y específicamente para la compraventa internacional de merca-

derías, las más conocidas son las Reglas para la Interpretación de la Terminología en la Compraventa Internacional, conocidas por sus siglas en inglés, INCOTERMS (*International Commercial Terms*), elaboradas y promovidas por la Cámara de Comercio Internacional con el concurso de diferentes cámaras nacionales de comercio y que son conocidas ampliamente en el comercio internacional por las siglas de cada término comercial: FOB, CIF, CFR,[62] etc. O bien, el caso de los Usos y Reglas Uniformes Relativos a Créditos Documentarios, conforme a los cuales la mayor parte de los bancos en escala internacional basan sus operaciones en sus modalidades de carta de crédito confirmada, o irrevocable confirmada, etc.; o el caso de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, la cual ha coadyuvado a la realización de estudios y convenciones para uniformar la compraventa internacional de mercaderías, el arbitraje comercial internacional o los aspectos jurídicos de la transportación marítima y muchos otros temas. Asimismo, puede citarse la Comisión de Naciones Unidas para Europa, que ha preparado los llamados *contratos tipo* [63] o las *condiciones generales*.

Toda esta normatividad que las partes, en sus transacciones internacionales, hacen suya en sus acuerdos, contratos o convenios todos los días en todos los lugares del mundo y que constituye la operación del comercio internacional, que sobrepasa en número y en valor al comercio de los países individualmente considerados, es una normatividad que, al hacerla obligatoria las partes en sus contratos mediante la autonomía de la voluntad, la convierten en ley entre ellos y, por tanto, como ya se dijo, puede ser demandada ante cualquier tribunal nacional, que le dará el reconocimiento y la fuerza estatal.

Se trata, como acabamos de señalar, de una reglamentación producida de manera paralela a la de los Estados nacionales, la que, de ser necesario, puede obtener el reconocimiento y, en su caso, la sanción de los órganos nacionales competentes. Esta perspectiva explica la existencia de una reglamentación con posibilidades de conversión de facultativa en obligatoria y, por consiguiente, con posibilidades de ser reconocida estatalmente, lo que constituye una experiencia normativa nueva, diferente, en alguna medida, de la generada por los Estados nacionales y, con ello, la existencia de un proceso descentralizado de creación normativa.

[62] FOB quiere decir *Free on Board* o libre a bordo, lo que indica que el vendedor de la mercancía debe poner a bordo del buque que el comprador le indique la mercancía vendida. CIF significa *Cost Insurance and Freight*, o sea costo seguro y flete que debe pagar el vendedor e incluir en el precio de la mercancía, etcétera.

[63] Son documentos formulados previamente en distintos sectores de la actividad comercial internacional, en los que se tienen en cuenta, por las características propias de esa actividad, todos los detalles necesarios para el mejor cumplimiento de las obligaciones y ejercicio de derechos que de dicho contrato se deriven. La actividad de las partes se reduce a escoger el área específica que dentro del sector de su actividad se adecue a su transacción.

De este modo, nos encontramos frente al problema del fundamento de validez de la normatividad creada por órganos descentralizados en el plano internacional (agrupaciones de comerciantes, banqueros, etc.), que difiere del proceso de creación normativa tradicional (Estados, costumbres, organismos internacionales), y que representa una forma distinta de creación de derecho, cuya aplicación puede corresponder a órganos centralizados (tribunales, jueces) o a órganos descentralizados (árbitros) respecto a los derechos nacionales.

Este fenómeno ofrece varias posibilidades de explicación, entre las que podrían plantearse las siguientes:

a) Se trata de derecho creado por delegación efectuada por los derechos nacionales a los órganos descentralizados.
b) Es una recepción centralizada por los derechos nacionales de una normatividad creada de manera descentralizada.
c) Consiste en una normatividad descentralizada, en algunos casos contraria a las normas nacionales, que los Estados reconocen aun por encima de sus propias normas.
d) Se trata de un sistema descentralizado convalidado por la costumbre internacional y que es admitido por los sistemas nacionales.

En los tres primeros casos estamos frente a una nueva concepción de creación normativa; en el último, ante un medio novedoso de reconocimiento de la costumbre como fuente de creación de derecho.

En conclusión, podemos observar cómo la realidad internacional, en este ejemplo, nos brinda una visión más amplia de las fuentes reales del derecho que no se limita única y exclusivamente al concepto tradicional de creación normativa interna que tienen a su cargo las fuentes formales.

Resumen

Cuando analizamos el derecho a partir de las necesidades y de los objetivos de una sociedad dada, estamos frente a lo que se conoce como *fuentes reales del derecho*. Por su parte, las fuentes formales o los procesos de *creación de las normas jurídicas*, como su nombre lo indica, son instrumentos a través de los cuales se pretende saber cuándo y en qué condiciones una

norma jurídica es válida y obligatoria para una comunidad o para una sociedad determinada.

Entre las fuentes formales del derecho se halla la legislación; el proceso legislativo es el conjunto de actos encaminados a la creación de la ley. Este proceso comprende diversas fases.

De acuerdo con el art. 71 constitucional, el derecho de iniciar leyes y decretos corresponde al Presidente de la República, a los diputados y senadores, al Congreso de la Unión y a las legislaturas de los estados. A esta primera fase del proceso legislativo se le denomina *iniciativa* y se le define como el acto por el cual determinados órganos del Estado someten a la consideración del Congreso (entiéndase Congreso de la Unión, titular del Poder Legislativo) un proyecto de ley.

La segunda fase se inicia con la presentación de las iniciativas de ley al Congreso. A partir de ese momento, dicho órgano las revisa, las discute y tiene facultades para rechazarlas o aprobarlas y, en este último caso, para modificarlas o adicionarlas. Una vez aprobadas las leyes, se pasa a una tercera fase que es el envío de la ley aprobada para su publicación al titular del Poder Ejecutivo, quien a su vez puede negarse a sancionar (publicar) una ley aprobada por el Congreso, lo que se conoce como *derecho de veto*. En ejercicio de este derecho, puede desechar en todo o en parte la ley aprobada por el Congreso.

La publicación es la siguiente fase del proceso legislativo y consiste en el acto por el cual la ley, ya aprobada y sancionada, se da a conocer a los gobernados. Esta publicación se hace por medio del llamado *Diario Oficial de la Federación* (art. 72, inc. *a* de la Constitución). En los diarios o gacetas oficiales de los estados se publican las leyes de carácter local.

Como fase final del proceso se encuentra la *iniciación de la vigencia*. En México existen dos sistemas relativos a esta fase: el sucesivo y el sincrónico. Estos sistemas se encuentran reglamentados en los arts. 30 y 40 del *Código Civil Federal*; en el sistema sucesivo la ley entra en vigor tres días después de su publicación y para que esa entrada en vigor tenga efectos en lugares distintos del de su publicación se requiere, además de los tres días, "un día más por cada cuarenta kilómetros de distancia o fracción que exceda de la mitad" (art. 30, párrafo segundo, CCF). Se trata de un sistema antiguo y obsoleto, por lo que en la actualidad se utiliza el sistema sincrónico, que consiste en fijar una fecha a partir de la cual la disposición entra en vigor, siempre que la publicación haya sido anterior.

La facultad reglamentaria del Presidente consiste en promulgar las leyes que expida el Congreso de la Unión, ejecutar tales leyes y proveer en la esfera administrativa a su exacta observancia.

La jurisprudencia es parte integrante del orden jurídico vigente, ya que es la formulación de preceptos jurídicos lograda a través de las resoluciones judiciales, cuando tales resoluciones son obligatorias en los casos posteriores. En México emiten jurisprudencia los Tribunales Colegiados de Circuito y la Suprema Corte de Justicia de la Nación; la de esta última es obligatoria para todos los demás tribunales. Se emite jurisprudencia al resolver cinco ejecutorias consecutivas, sin que exista entre ellas ninguna en sentido contrario. El conjunto de las cinco ejecutorias forma una tesis, acerca del tema o asunto resuelto en forma uniforme en cada una de las mismas ejecuciones.[64]

El derecho se ve complementado por la creación normativa vía consuetudinaria, la interpretación jurídica por medio de principios generales y las aportaciones de los estudiosos del derecho por medio de la doctrina.

La costumbre es un comportamiento, un modo de actuar, una práctica aceptada por la sociedad como obligatoria. Mientras que los usos sirven para interpretar la voluntad de las partes al consistir en prácticas generales. La diferencia es que estos últimos carecen del elemento subjetivo de la primera. En México, los usos y costumbres se admiten sólo "como fuente de derecho" en sectores específicos del sistema jurídico, como es el caso del mercantil, el laboral y el financiero, entre otros; y la costumbre sólo es jurídicamente obligatoria cuando la ley le otorga tal carácter.

Los principios generales del derecho son construcciones doctrinales o ideas y conceptos elaborados que constituyen el fundamento del orden jurídico, pues en ellos se inspira el legislador para crear dicho orden.

La doctrina está constituida por el conjunto de opiniones de los estudiosos del derecho, las cuales son consideradas por el legislador al crear la ley y por el juzgador, cuando la interpreta.

Las sentencias, los contratos y los actos unilaterales de voluntad son fuente de creación normativa porque al individualizar y concretar a casos específicos normas jurídicas generales y abstractas, generan situaciones, derechos u obligaciones que no existían con anterioridad.

Finalmente, las fuentes reales son aquellas compuestas de todas las características y necesidades de una comunidad que, a su vez, delimitan el contenido y el alcance de sus propias normas jurídicas. Un ejemplo es la *lex mercatoria*, creada por las necesidades del comercio internacional; por lo que sus propios actores se han puesto de acuerdo para establecer ciertas reglas que seguirán en los intercambios internacionales. En la actualidad existen varios organismos encargados de su producción, sistematización y verificación.

[64] Óscar Morineau, *El estudio del derecho*, p. 67.

Cuestionario

1. Defina las fuentes reales y las formales del derecho. Distinga las primeras de las segundas.
2. ¿Qué es la *soft law*? ¿Qué tipo de fuente se considera?
3. Señale y explique las fases del proceso legislativo.
4. Explique en qué consiste la facultad reglamentaria del Presidente de la República. Señale si se justifica o no jurídicamente.
5. Proporcione la definición de *reglamento* y precise su diferencia con la ley.
6. Señale qué se entiende por *jurisprudencia* y explique el modo de formación de la misma.
7. ¿Cuándo se interrumpe la jurisprudencia?
8. Mencione las reglas que deben aplicarse para modificar la jurisprudencia.
9. Explique el procedimiento que debe seguirse en el caso de tesis contradictorias sustentadas por las salas de la Suprema Corte de Justicia o los Tribunales Colegiados de Circuito en los juicios de amparo en que intervengan de acuerdo con su competencia.
10. ¿Qué se entiende por *costumbre* y *usos*?
11. Enumere y explique las diversas clases de costumbre.
12. Indique por qué la costumbre es fuente formal secundaria del derecho.
13. Distinga entre la costumbre y los usos.
14. Explique por qué se considera la costumbre como fuente supletoria del orden jurídico y la doctrina como no obligatoria.
15. ¿Qué son los principios generales del derecho?
16. Defina la doctrina y precise si ésta es o no fuente formal del derecho.
17. ¿Qué se entiende por *sentencia*, *contrato* y *acto unilateral de voluntad*?
18. ¿Por qué se dice que las sentencias, los contratos y los actos unilaterales de voluntad son *fuente* de creación normativa?
19. ¿Qué son las fuentes reales?
20. ¿En qué medida las reglas creadas internacionalmente por grupos o asociaciones de comerciantes en el plano internacional pueden tener efectividad en el derecho interno?

7 El Estado y el derecho

Objetivos

Se pretende que el alumno:

- Comprenda la relación entre la organización política a la que se denomina *Estado* y el derecho.
- Conozca las características propias de la actividad política.
- Distinga entre poder y política.
- Precise los factores que dieron lugar al nacimiento del Estado.
- Defina el concepto de *Estado*.
- Identifique los elementos del Estado.
- Diferencie entre población y nación.
- Distinga los métodos de adquisición de la nacionalidad.
- Explique el concepto de territorio del Estado.
- Detalle los derechos que reconoce el derecho internacional a un Estado en relación con su territorio.
- Comprenda el nuevo enfoque internacional de cooperación entre Estados.
- Comprenda la relación entre el poder y la política.
- Comprenda la relación entre Constitución Política y el poder de un Estado.
- Explique el concepto de legitimación democrática.

7.1 Concepto de Estado

EN LA ACTUALIDAD, EL CONCEPTO DE ESTADO NO INCLUYE REFERENCIA ALGUNA a los fines de dicha institución, sean éstos de carácter moral, religioso o de

cualquier otro tipo. Más bien, las definiciones modernas se limitan a describir su naturaleza, con el propósito de que la misma contenga los elementos esenciales propios de cualquier Estado del mundo, una tendencia natural, por otro lado, hacia la uniformidad de conceptos que tiene vinculación con la modernidad del Estado, al menos en Occidente.

George Jellinek, uno de los teóricos del Estado más reconocidos de todas las épocas, lo definió como un grupo humano que se ha reunido como un pueblo, que vive en un territorio determinado y que dispone de un poder que descansa en una organización.[1]

Como todas las definiciones modernas, la de Jellinek contiene tres elementos clave: pueblo, territorio y poder. En el fondo, cualquier nueva definición del Estado no es más que una interpretación de estos tres elementos, aun en el nacimiento de nuevas organizaciones políticas como es el caso de la Unión Europea. A continuación nos limitaremos a desarrollar brevemente esos tres elementos, ya que el estudiante tendrá una materia en sus cursos superiores dedicada a la Teoría del Estado, además de los de derecho constitucional, donde estudiará a fondo el concepto de Estado.

7.2 Elementos del Estado

7.2.1 El pueblo

Por *pueblo* se entiende el elemento humano que integra una unidad política. El pueblo se mantiene a lo largo de los siglos gracias a la reproducción natural. Cuando nos referimos al pueblo en lo que toca a sus aspectos meramente cuantitativos, que pueden ser captados mediante conceptos matemáticos y estadísticos, estamos hablando de la *población*.[2] No es un concepto inmutable, ya que sabemos que la población de muchos Estados modernos se ha formado a partir de grandes inmigraciones, como es el caso de Estados Unidos de América, Argentina, Uruguay y Chile, entre otros.

En cambio, cuando hacemos alusión a una comunidad cultural de idioma, religión, sentimiento común de pertenencia a la misma historia y al mismo origen, hablamos de una *nación* que, en ocasiones, no ha coincidido con un Estado; entre otros ejemplos está la antigua Yugoslavia, en donde convivían varias naciones (serbios, croatas, eslovenos, etc.) o la nación judía (antes de la creación del Estado de Israel).

[1] George Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Dunckel, Berlín, 1914, pp. 394 y siguientes.
[2] Herman Heller, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1981, p. 175.

Lo anterior se genera por la cultura, que se manifiesta más en los movimientos, los gestos y el aspecto general, que en datos que puedan captar las ciencias naturales; se asimila con más o menos facilidad, según la fuerza de su sello.[3]

La identificación de la nación con la población de un Estado no sólo posee un significado histórico, sino que se mantiene vigente. Los acontecimientos suscitados después de la caída de la Cortina de Hierro muestran que Estados con diversas nacionalidades, como la antigua Yugoslavia, la antigua Unión Soviética e incluso Ruanda, habían mantenido por varios años un estado de guerra civil latente, porque los núcleos nacionales que se encontraban en su interior buscaban su autonomía e independencia.

El anhelo liberal del siglo XIX de que los hombres de una nación deberían pertenecer a un mismo Estado, cuya concepción más desarrollada fue la del pangermanismo —anhelo de reunir a todas las personas de cultura alemana en un solo pueblo—, ha encontrado su formulación en el derecho internacional de acuerdo con el principio del derecho de autodeterminación de los pueblos y las naciones, contenido en el art. 1° del *Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales* y en el art. 1° del *Protocolo de Derechos Civiles y Políticos*, ambos de la Organización de las Naciones Unidas.

Cada Estado determina autónomamente qué personas deben ser consideradas como pertenecientes al mismo y quiénes como extranjeros.[4] En México, la Constitución y la *Ley de Nacionalidad* son las que regulan dicho estatus.

Las características que generalmente utilizan los Estados para otorgar su nacionalidad son la ascendencia, el lugar de nacimiento y el todavía no del todo abolido principio de ascendencia histórica, que en México se ha recogido en la *Ley de Nacionalidad* como el origen latinoamericano o hispánico.

Hay dos medios para adquirir la nacionalidad mexicana: por nacimiento y por naturalización (art. 30 constitucional). Debido a que un mismo sujeto puede resultar nacional de acuerdo con las normas de dos o más Estados, en ocasiones se presenta el caso de nacionalidad múltiple. Por otra parte, también es posible que existan sujetos sin nacionalidad (apátridas).

[3] *Loc. cit.*
[4] "El Estado soberano que tiene reconocida plena competencia para determinar, en materia de nacionalidad, las condiciones y requisitos según los cuales debe regirse la nacionalidad de las personas que constituyen su pueblo, va a reglamentar en su propia legislación, la adquisición, pérdida, transmisión, entre otros de su nacionalidad." Véase *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, H. Congreso de la Unión, México, 1985, t. XVII. Artículo 30, comentado por Nuria González Martín, pp. 262-267.

Se han celebrado diversos tratados internacionales que tienen por objeto que las partes signatarias armonicen su legislación en materia de nacionalidad, como es el caso del Tratado Europeo para la Reducción de la Doble Nacionalidad, del 6 de mayo de 1963. Asimismo, se han suscrito tratados internacionales para evitar la falta de nacionalidad. Estos intentos han servido para atemperar el problema, pero no se ha encontrado una solución definitiva.

Los casos de adquisición automática de la nacionalidad se presentan cuando se verifica un cambio de soberanía sobre un territorio determinado; esto sucede cuando las fronteras de un Estado se modifican y los ciudadanos, de un día para otro, se encuentran viviendo bajo la soberanía de otro Estado sin haber cambiado de domicilio. En este caso, las leyes tienden a reconocer el derecho de opción de los individuos que se hallen en ese supuesto; esto es, rechazar la nacionalidad del Estado que ejerce la soberanía sobre su domicilio y quedarse con la nacionalidad anterior. Sin embargo, todavía no existe una regla expresa de derecho internacional al respecto.

Sobre los casos y las formas de pérdida de nacionalidad, cada Estado decide a su libre arbitrio. El art. 15 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, de la ONU, el art. 24 del *Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos*, de la ONU, y el art. 20 de la Convención Internacional de Derechos Humanos han establecido principios acerca de derechos individuales mediante los cuales se evita la falta de nacionalidad; sin embargo, las convenciones no contienen normas jurídicas de validez general directamente vinculantes para los Estados signatarios, ya que se trata de declaraciones o exhortaciones para que cada país corrija su normatividad interna y la ajuste a la internacional.

El orden jurídico de cada país determina qué derechos y obligaciones garantiza un Estado tanto a nacionales como a extranjeros. Algunos de los derechos humanos que garantizan las constituciones de los Estados se dirigen en exclusivo a los nacionales, en especial los derechos políticos, tales como el derecho de voto.

El derecho a la nacionalidad implica el derecho a vivir en el territorio del Estado. La potestad de exilio que poseen los Estados —en la actualidad afortunadamente cada vez más en desuso— es violatoria del derecho internacional, en la medida en que viola los derechos humanos de la persona a vivir libremente donde decida, y en especial en el país cuya nacionalidad posee. Dicha potestad de exilio por parte del Estado es inefectiva cuando ningún Estado accede a asilar al exiliado.

El art. 30 de la Constitución federal establece quiénes son nacionales mexicanos:

Artículo 30. La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización.
A) Son mexicanos por nacimiento:
I. Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres;
II. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos nacidos en territorio nacional, de padre mexicano nacido en territorio nacional, o de madre mexicana nacida en territorio nacional;
III. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos por naturalización, de padre mexicano por naturalización o de madre mexicana por naturalización, y
IV. Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes.
B) Son mexicanos por naturalización:
I. Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones carta de naturalización.
II. La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos, que tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás requisitos que al efecto señale la ley.

7.2.2 El territorio

El territorio es el área geográfica donde el Estado ejerce su poder,[5] de ahí la máxima: *Finitas potestas. Finitas actionis e imperi* (donde termina el poder, terminan las acciones y el imperio). El territorio del Estado exige una clara delimitación y la definición precisa de sus fronteras, ya que el ejercicio del poder estatal sólo podrá ejecutarse válidamente dentro de los límites del territorio estatal. En una época en que el poder del Estado se ejerce mediante normas jurídicas, el territorio del Estado es el área donde por lo general esas normas pueden ser aplicadas válidamente.

El territorio de un Estado se limita por medio de fronteras. Hay tres tipos de fronteras: de tierra, de mar y de aire. Las fronteras de tierra se han fijado de manera unilateral, cuando la unidad política establece los límites de su territorio a su libre arbitrio, o bien, mediante tratados internacionales, los que normalmente vienen después de un conflicto armado internacional, como los tratados de Guadalupe Hidalgo del 2 de febrero de 1848, que fijaron los límites de la frontera entre México y Estados Unidos de América, o el Tratado de Versalles de 1919, que fijó las fronteras entre Francia y Alemania.[6]

[5] Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, p. 98.
[6] Véase *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, t. XVII. Artículo 42, comentado por Oscar Cruz Barney, pp. 679-696.

Por lo que hace a las fronteras marítimas, la Convención Internacional sobre Derecho del Mar de la ONU, del 10 de diciembre de 1982, señala que existe un territorio sobre el que el Estado adyacente ejerce soberanía plena: el mar territorial, y otro sobre el cual el Estado adyacente ejerce una facultad exclusiva de explotación de sus recursos: la zona económica exclusiva. La primera se extiende a lo largo de 12 millas náuticas de la costa, y la segunda, a una distancia de 200 millas náuticas de la costa.

En cuanto a las fronteras de aire, el problema todavía no se ha resuelto. La teoría original que defendía una soberanía ilimitada sobre el aire que se encuentra sobre el territorio del Estado ha sido puesta en duda por la acción de los medios de comunicación de masas electrónicos y por el desarrollo de la tecnología de los misiles aire-tierra, los aviones de espionaje de gran altura y los satélites. Por lo mismo, existe preocupación en el marco de la ONU de que todos los Estados reconozcan fronteras aéreas obligatorias. Se ha mencionado una distancia de entre 80 y 100 km, aunque todavía no existe acuerdo sobre el particular. A este respecto, existe en la actualidad un conflicto entre algunos Estados altamente industrializados y los países que se encuentran sobre el ecuador. Los primeros han instalado satélites sobre el ecuador a 36 mil kilómetros de altura, lo cual, de acuerdo con los segundos, constituye un atentado a su soberanía territorial, por lo que reclaman un derecho de autorización, con lo que no coinciden los primeros. El emplazamiento de satélites en esa zona del espacio extraterrestre se debe a que prácticamente se encuentra en medio del globo terráqueo y la cobertura de las señales es más amplia.

La delimitación precisa de las fronteras de un Estado es un elemento de seguridad jurídica, puesto que a un individuo que se encuentra en determinado territorio le permite prever qué derecho le será aplicado y hasta qué punto preciso un desplazamiento espacial implica la sujeción a otras normas jurídicas.

Así, por ejemplo, cometer un delito de homicidio con agravantes en Nuevo Laredo, Tamaulipas, o en Laredo, Texas, implica la aplicación de normas jurídicas diferentes, las que en el primer caso llevarían a la pena de prisión y en el segundo podrían significar la aplicación de la pena de muerte. Esto es así debido a que la mayor parte de las normas tienen validez territorial, o sea, se aplican a todas las situaciones que se presenten en el territorio del Estado, independientemente de la nacionalidad de los individuos que en las mismas intervienen. Sin embargo, hay otras normas que tienen validez personal, esto es, que se aplican con base en la nacionalidad de un individuo o en el lugar de su domicilio, independientemente del territorio donde se encuentre. Nos referimos a las normas de conflicto, que mencionamos en el capítulo anterior.

El territorio como límite del ejercicio del poder de un Estado tiene dos efectos: por una parte, implica la potestad exclusiva de un Estado para ejercer su poder en el área geográfica correspondiente; por otra parte, también implica el respeto que los demás Estados deberán guardar al ejercicio de dicho poder respecto de su territorio. Sin embargo, hay delitos como los del narcotráfico que se inician en el territorio de un Estado, se continúan en otros territorios, normalmente a través de los cuales se transporta la droga y terminan, en cuanto a su ejecución, en un territorio distinto, en el que las drogas son vendidas o distribuidas. Esta complejidad ha provocado que los Estados celebren acuerdos internacionales que les permitan combatir, de manera coordinada, este tipo de delincuencia organizada. Lo mismo sucede con el tráfico ilegal de menores, la trata de blancas o el robo de automóviles. Un ejemplo de ello es el *Plan Mérida*, celebrado entre México y Estados Unidos para realizar una actividad conjunta en el combate al narcotráfico.

La violación del territorio de otro Estado implica una intervención prohibida por el derecho internacional. Éste reconoce a los Estados un ámbito de dominio reservado cuya violación por otro Estado se considera un atentado contra el derecho internacional. Por esta razón, a un Estado le es permitido recurrir a la fuerza para repeler invasiones a su territorio por parte de otro Estado. El art. 51 de la *Carta de las Naciones Unidas* reconoce el derecho de defensa como un derecho inherente que puede ser utilizado para defender el territorio del Estado.

Por el contrario, cuando los gobernantes de un Estado violan normas de derecho internacional, tales como los derechos humanos, serán responsables, a pesar del principio de territorialidad, por la violación de un principio fundamental del derecho internacional, lo que puede dar lugar a sanciones internacionales que tengan por objeto la intervención militar en su territorio. Los casos de las intervenciones de fuerzas internacionales en Bosnia y Somalia constituyen un ejemplo de lo anterior. Ya en 1933 Herman Heller reconocía que: "Por primera vez en la historia, desde hace a lo más dos generaciones, no aparece dividida la superficie del planeta en campos de fuerzas cerradas, a modo de islas, en cada una de las cuales existiera un sistema equilibrado político, sino que se ha llegado a un único y solo campo político de fuerzas que requiere un equilibrio que abarque todo el planeta." [7]

[7] Herman Heller, *op. cit.*, 1981, p. 160.

Esto significa que los Estados se ven cada vez con mayor frecuencia en la necesidad de desprenderse de la facultad exclusiva para ejercer el poder en su territorio por lo que hace a determinadas materias, condicionando dicho ejercicio a una acción conjunta con el poder de otros Estados mediante tratados o acuerdos internacionales; o bien, se ven obligados a abandonar su ejercicio a organizaciones internacionales, que actúan autónomamente en busca del interés común. Estas limitaciones a la soberanía territorial de un Estado, más que una pérdida de la potestad estatal, deben ser vistas como formas de coordinación de los diversos poderes estatales interdependientes. Materias tales como la desmilitarización, la conservación ecológica, el levantamiento de aranceles y barreras comerciales y el establecimiento de zonas económicas comunes son sólo algunas entre tantas otras que no podrían ser cumplidas por la acción estatal unilateral y que exigen una acción conjunta, que lleva implícita una limitación al principio de soberanía territorial de los Estados.

El art. 42 constitucional define cuál es el territorio nacional:

> **Artículo 42.** El territorio nacional comprende:
> I. El de las partes integrantes de la Federación;
> II. El de las islas, incluyendo los arrecifes y cayos en los mares adyacentes;
> III. El de las islas de Guadalupe y las de Revillagigedo, situadas en el océano Pacífico;
> IV. La plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas, cayos y arrecifes;
> V. Las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fija el derecho internacional, y las marítimas interiores; y
> VI. El espacio situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establezca el propio derecho internacional.

7.3 El poder del Estado

COMO UNIDAD AUTÁRQUICA DE DOMINACIÓN, EL ESTADO ES TITULAR DE LA facultad de ejercicio del poder político exclusivo en su territorio. El poder, como mencionamos, significa la posibilidad que posee una persona o grupo de personas de influir en el comportamiento de otras con base en las propias intenciones.

El poder implica una relación social en la que el poseedor determina el comportamiento de otras personas mediante el ejercicio directo de la violencia, mediante la expresión explícita de su voluntad o a través de simples conductas que llevan implícita una orden.

Cuando en una relación de poder el ejercicio de la facultad de influencia sobre las conductas de la contraparte se orienta preponderantemente en función de la existencia y el desarrollo de un grupo autónomo asentado en un territorio determinado, dicha relación adquiere además el carácter de político. Actualmente la actividad política tiende a reducirse a la actividad estatal, ya que la unidad política básica del presente es el Estado. Las relaciones sociales de carácter político de un Estado se regulan, generalmente, y quizá la única excepción sería Gran Bretaña, en una ley que se denomina *Constitución* y que se diferencia del resto de las leyes por su validez suprema y por la imposibilidad o mayor dificultad para su reforma.

El poder de un Estado debe ser en todo caso autónomo, esto es, debe poseer la capacidad de manifestarse hacia dentro y hacia fuera como una fuerza que vale y se determina por sí misma: la soberanía. Esto no implica que un Estado no pueda restringir su capacidad política mediante obligaciones internacionales; si así fuera, no existiría un solo Estado que pudiera preciarse de poseer un poder autónomo.

Ya que hacemos mención del concepto de soberanía en su esfera territorial como el poder que ejercita el Estado sobre su territorio, conviene que precisemos algunas ideas generales.

El concepto actual de soberanía aún está impregnado de las ideas que le dieron origen: el papado y el imperio en el exterior y la monarquía en el interior; para ésta, la delimitación de su espacio de poder constituyó "un imperativo histórico de sobrevivencia".[8] Nicolás Maquiavelo,[9] y sobre todo Juan Bodino,[10] definieron el poder del príncipe como el ejercicio que no reconoce superiores. Sin embargo, ese poder absoluto estuvo limitado en lo externo ya sea por el papado o por el imperio. Con la Revolución francesa se dio un paso fundamental al referir el ejercicio de la soberanía al pueblo, quien la delega para su ejercicio en sus gobernantes. Éste es el sentido del art. 39 de la Constitución mexicana:[11] "La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneplácito de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno."

[8] David Pantoja Morán, *La idea de soberanía en el constitucionalismo latinoamericano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1978, p. 34.

[9] Nicolás Maquiavelo, *De principatibus*, ed. bilingüe, trad. y notas de Elisur Arteaga y Laura Trigueros Gaisman, Trillas, 1993; y Elisur Arteaga, *Maquiavelo: estudios jurídicos y sobre el poder*, Oxford University Press, México, 2001.

[10] Sobre Bodino, véase *La soberanía, contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, trad. Mario de la Cueva, UNAM, México, 1965.

[11] Véase *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, t. XVII. Artículo 39, comentado por Arnaldo Córdova, pp. 543-566.

En el plano internacional dos autores, uno alemán (Tripel) y otro italiano (Anzilotti), elaboraron la teoría dualista o pluralista, según la cual el derecho interno y el derecho internacional son dos órdenes jurídicos diferenciados tanto por sus fuentes como por los sujetos a los que van dirigidos. Hermann Heller, teórico del Estado, también a principios del siglo XX menciona esa dualidad al afirmar que "un Estado soberano significa que es una unidad decisoria universal dentro de su territorio... [lo que evita] el desgarramiento de la soberanía en una soberanía jurídico-estatal y en otra soberanía internacional".[12]

Sin embargo, a partir de la Segunda Guerra Mundial, con la constitución de la Organización de las Naciones Unidas y de los organismos que se crearon en virtud de los acuerdos de Bretton Woods, el concepto de soberanía estatal y el de soberanía internacional empezaron a modificarse.

En México, con un proyecto constitucional surgido de una Revolución nacionalista, la soberanía fue utilizada para mantener al país cerrado hacia el exterior a fin de que "el Caudillo" y más tarde los diversos presidentes constitucionales se dieran a la tarea de poner en práctica ese proyecto revolucionario bajo la égida de un partido político hegemónico. Sin embargo, en la actualidad países como México, que se mantuvieron en una posición cerrada, se han abierto al comercio internacional, y si bien siguen ejerciendo su soberanía en aquellos asuntos que se consideran vitales, hay, no obstante, una evolución hacia una mayor vinculación y compromisos internacionales que, en muchos sentidos, limitan esa soberanía, al menos en su sentido clásico, y de esa manera se transforma considerablemente el concepto de *soberanía* en escala internacional. Veamos algunos ejemplos.

De acuerdo con el Convenio del Fondo Monetario Internacional, todos los países parte en dicho acuerdo, México entre ellos, tienen el compromiso de realizar consultas previas cuando van a ejercer una facultad que antes era totalmente soberana: la devaluación de su moneda.[13] Por otro lado, cuando un país requiere reestructurar su deuda externa o necesita apoyo financiero de la comunidad internacional, y México lo ha hecho varias veces en los últimos años, firma una Carta de Intención con el Fondo Monetario Internacional en la que se compromete a poner en práctica, internamente, determinadas políticas económicas durante un tiempo específico. Facultad soberana que, sin embargo, supedita a los lineamientos de un organismo internacional.

[12] Hermann Heller, *op. cit.*, p. 225.

[13] Artículo IV, sección 5. "a) Ningún país miembro podrá proponer una modificación de la paridad de su moneda, excepto para corregir un desequilibrio fundamental. b) Sólo podrá modificarse la paridad de la moneda de un país miembro a propuesta de éste y previa consulta con el Fondo."

El caso actual de Europa es otro ejemplo ilustrativo respecto de la evolución de la soberanía a partir de su concepto tradicional. La Unión Europea, después del Tratado de Maastricht de 1994, ya no sólo es la Comunidad Económica Europea fundada en 1957, sino una Unión donde los países miembros —países, Estados nacionales soberanos— han delegado una parte considerable de su soberanía nacional para formar órganos de gobierno, legislativos, judiciales, financieros, monetarios, militares y políticos comunes. Allí, el Estado nacional —Francia, Alemania, España, Inglaterra, etc.— guarda para sí y ejerce su soberanía interna en cuestiones básicas como sus funciones de gobierno, el establecimiento de políticas sociales y económicas internas y, por supuesto, su función jurisdiccional y legislativa para los asuntos de relevancia nacional; sin embargo, se da una *delegación de funciones*[14] muy importante y amplia hacia los órganos comunitarios que, como se mencionó, incluyen políticas exteriores comunes, decisiones internacionales vinculadas, formación de organismos judiciales, económicos, políticos y financieros conjuntos, la consolidación de ejércitos integrados por batallones de los diferentes países-partes de los acuerdos europeos y, ahora, la moneda única.

En menor medida, observamos una integración económica considerable entre México, Estados Unidos de América y Canadá, por una parte, y por la otra con diversos países de América Latina. Es lo que un autor ha llamado l*a mundialización de la historia*.[15] Se trata de poner el énfasis en la insuficiencia del Estado nacional, al menos en su concepción clásica, en los procesos de intensa vinculación internacional. En este sentido, Jürgen Habermas sostiene dos tesis: "que el Estado nacional no es hoy ningún lugar de retorno, sino un tipo de organización cuyo carácter problemático se vuelve cada día más hondo y visible y, por tanto, sólo un punto de partida hacia un nuevo tipo de organización política que lo relativice; y la segunda es que el intento de instalarse consecuentemente en la forma política que representa la estatalidad nacional plena..."[16] supondría no tomar en cuenta los desarrollos alcanzados en los últimos 45 años en el ámbito europeo, especialmente para Alemania.

[14] En relación con este concepto, véase Leonel Pereznieto, "El artículo 133 constitucional: una relectura", en *Jurídica*, Universidad Iberoamericana, México, 1995, núm. II.

[15] Marcos Kaplan, "Ciencia, Estado y derecho en la tercera revolución", en *Revolución tecnológica, Estado y Derecho*, UNAM-Pemex, México, 1993, t. IV, p. 116.

[16] Jürgen Habermas, *Más allá del Estado nacional* (Introducción de Manuel Jiménez Redondo), Fondo de Cultura Económica, México, 1999.

En publicaciones recientes[17] se exponen los problemas de la soberanía y el ciberespacio y se explica cómo los países han perdido el poder soberano tradicional que solían ejercer en materia de información, y cuáles son los pasos que se están dando actualmente para proteger determinado tipo de información mediante su encriptamiento.

No obstante que la soberanía nacional continuará por mucho tiempo más de acuerdo con las líneas de su concepción original, hay una evolución evidente en la medida en que, frente a los grandes problemas mundiales como los del ecosistema, el narcotráfico, el comercio y la internacionalización de la economía, el Estado nacional requiere una mayor cooperación con otros países y, en esa medida, una mayor apertura que apunta hacia la modificación de su concepción tradicional de soberanía nacional.

La justificación del poder del Estado es otro de los temas que más controversia han suscitado en los últimos tiempos. Es decir, resulta de gran preocupación para la moral pública de un Estado saber cuáles son los fundamentos éticos e ideológicos que deben justificar a quien ejerce las funciones de mando, y que deben hacer sentir obligado a quien obedece. Esto es lo mismo que preguntar: ¿cuál debe ser la base de legitimación del poder estatal? Al respecto, "puede afirmarse sin exageración que en los pueblos civilizados hoy en día no existe para la opinión pública otro medio de legitimación de la autoridad política que la legitimación democrática, aunque ciertamente recibe nombres muy diferentes", y en la actualidad tiene distintas velocidades. Los países desarrollados de Occidente y algunos en vías de desarrollo gozan de una total democracia mientras otros, como México, se encuentran en tránsito hacia ella, y en otros más, Cuba por ejemplo, la democracia es prácticamente inexistente y en muchos sectores de la vida en este país se vive un régimen dictatorial.

Se entiende por *legitimación democrática* "la justificación inmanente del poder del Estado por el pueblo, y las varias direcciones políticas se diferencian en la actualidad entre sí únicamente por el contenido diverso que dan al concepto de pueblo".[18]

Si en un libro de introducción al estudio del derecho se trata el tema del Estado, se debe a que cualquier consideración del derecho supone su existencia. Así, por ejemplo, no puede entenderse la norma jurídica o el sistema jurídico sin describir antes al Estado. Asimismo, si alguien incum-

[17] "Developments in law: the law of cyberspace", en *Harvard Law Review*, http://www.harvardlawreview.org; Steven Farrell y Diane Alden, *Technology, sovereignty and the third wave*, en: http://www.enterstageright.com; y J. Boyle, *Foucault in cyberspace: surveillance, sovereignty, and hard-wired censors*, en: http://www.wel.american.edu/faculty/boyle/foucault.htm

[18] Hermann Heller, *op. cit.*, p. 193.

ple un contrato y requiere ser constreñido para cumplir con sus obligaciones, la contraparte deberá recurrir a un órgano del Estado a solicitar la aplicación de una sanción para su contraparte. Este órgano, que es un tribunal, deberá actuar sólo en los términos que la ley le permite, la ley que ha sido creada por otro órgano del Estado: el Congreso de la Unión.

Por otro lado, la reflexión jurídica supone un conocimiento claro de los elementos del Estado. De esta forma, si se nos asegura que una ley tiene validez territorial, debemos saber previamente qué es el territorio del Estado. Si la Constitución habla de poder público o de soberanía popular, debemos saber previamente qué es el poder del Estado y qué es el pueblo del Estado. Estos importantes temas se tratan en la teoría del Estado, el derecho constitucional, el derecho administrativo y el derecho internacional público que ya mencionamos en el capítulo anterior. En esta obra de carácter introductorio nos limitamos a tratar los elementos generales más relevantes.

7.4 Relación entre Estado y derecho

LA CREACIÓN, APLICACIÓN Y DESARROLLO DE LAS NORMAS JURÍDICAS VÁLIDAS son tareas de los órganos del Estado. La validez de una norma jurídica supone, por una parte, que ha sido creada por un órgano del Estado y, por la otra, que se han seguido los procedimientos reconocidos para el efecto por la organización política estatal. Asimismo, la aplicación de las normas jurídicas generales a casos concretos sólo puede ser llevada a cabo válidamente por un órgano del Estado al que se denomina *tribunal*, en el curso de un proceso judicial que se rige por normas jurídicas; o bien, si se trata de conflictos mercantiles, esa aplicación normativa puede ser realizada por un tribunal arbitral o un árbitro, siempre que las partes se hayan sometido voluntariamente a él.

De igual manera, el desarrollo de las normas jurídicas, entendiendo por dicho término la pormenorización, el detalle y la adecuación de las normas jurídicas generales, también debe ser realizado por un órgano estatal. En el caso de los reglamentos administrativos, hemos visto cómo se lleva a cabo por el Presidente de la República (Poder Ejecutivo) y en el caso de la jurisprudencia, los tribunales son los órganos del Estado competentes para tal efecto. Las formas en que estas actividades se llevan a cabo se rigen también por normas jurídicas. Así, actualmente no sería posible hablar de derecho sin presuponer al Estado, y tampoco sería posible imaginarse el funcionamiento del Estado sin normas jurídicas que dirijan su actuación.

Eduardo Andrade Sánchez sostiene que la expresión jurídica del Estado

> ... constituye la cristalización en normas de cumplimiento forzoso de las decisiones tomadas para la conducción del conjunto social... [de tal manera que] las disposiciones básicas que estructuran jurídicamente la orientación ideológica del Estado, regulan la organización económica y la participación política y, a su vez, son determinadas por dichas áreas... [en la medida en que] las leyes derivadas de esas... [disposiciones] establecen las reglas generales de la vida social.[19]

La creación, aplicación y desarrollo del derecho son tareas de los órganos estatales; asimismo: "La institución estatal se justifica, pues, por el hecho de que en una determinada etapa de la división del trabajo y del intercambio social la certidumbre de sentido y ejecución del derecho hacen preciso al Estado."[20]

De esta manera, la existencia de interrelaciones necesarias entre derecho y Estado nos conduce a un adecuado conocimiento del sistema normativo jurídico que implica el estudio de las características esenciales de la organización estatal.

7.4.1 El Estado como forma de organización política

El Estado constituye una forma de organización política, más concretamente, una verdadera institución política. De este modo, si queremos entender la naturaleza del Estado debemos definir previamente el concepto de *lo político*.

La política es una actividad propia del ser humano. Éste posee la capacidad de vivir en sociedad y como ser social se ve obligado a desempeñar actividades políticas. La política como relación social se manifiesta en forma de dominación, esto es, como imposición de la voluntad de algunos hombres —los que mandan— sobre las conductas de otros hombres —los que obedecen— o, si se quiere, se trata de la actividad social que se propone "asegurar por la fuerza, generalmente fundada en un derecho, la seguridad exterior y la concordia interior de una unidad política particular, garantizando el orden en medio de las luchas que nacen de la diversidad y de la divergencia de opiniones y de intereses".[21]

[19] Eduardo Andrade Sánchez, *Teoría general del Estado*.
[20] Hermann Heller, *op. cit.*, p. 241.
[21] Eduardo Andrade Sánchez, *Introducción a la ciencia política*, 3ª ed., Oxford University Press, México, 2005 (en elaboración la 4ª edición).

La relación de dominación implícita en las relaciones sociales de carácter político es, a su vez, una manifestación concreta y empírica del poder.

El poder, por su parte, implica la posibilidad de que determinados mandatos, en forma de voluntad manifestada, emitidos con intención de influir sobre la conducta de otras personas (dominados), influyan efectivamente de tal modo que el accionar de éstos se desenvuelva, en un grado socialmente relevante, como si los dominados por su propio deseo hubiesen asumido el contenido del mando como máxima de su accionar.[22] El poder constituye así uno de los elementos más importantes de la acción social.

No toda relación de poder implica el ejercicio de actividades políticas. Sólo podemos hablar de un poder político en aquellos casos en que esa participación del dominante en la toma de decisiones del dominado se orienta significativamente en función de un grupo territorial, con el propósito de realizar un objetivo que sólo tiene sentido por la existencia de dicho grupo. De esta forma, en una relación de poder de tipo político, la conducta de aquellas personas que dependen de la voluntad del que manda —súbditos— representa la función que permite la organización social, y la voluntad del o de los sujetos que ejercen funciones de dominio es por naturaleza el factor que determina la organización del grupo como tal.

Actualmente, las relaciones de poder político se ejercen con base en una organización institucional sumamente compleja, donde la posibilidad de ejercer con éxito la facultad de mando —la gobernabilidad— debe ser conciliada con la posibilidad de que todos los ciudadanos del país participen en mayor o menor medida, directa o indirectamente, en el ejercicio de la facultad de mando, que es la representatividad. De ahí la presencia necesaria de cuerpos normativos que posibiliten procesos electorales que otorguen plena legitimidad a los gobernantes y, también, que establezcan estructuras claras, precisas y transparentes para el ejercicio del poder.

La institución que hace posible el ejercicio del poder con tan complejos requerimientos organizativos y funcionales se conoce con el nombre de *Estado*. Éste es, así, una organización institucional de ejercicio del poder público que reclama con éxito el ejercicio legítimo de la facultad de dominación en un territorio determinado.

7.4.2 El origen y la evolución del Estado

Durante la Edad Media, el ejercicio de las funciones de dominación política correspondía a diversos centros de poder dispersos e independientes

[22] Max Weber, *Economia e Societá*, Comunitá, Milán, 1968, vol. 11, p. 250.

entre sí (reinos, principados, ducados, etc.). Los ámbitos de aplicación de sus mandatos, desde un punto de vista temporal, espacial, personal y material, en pocas ocasiones eran precisos. Esta circunstancia dio lugar a incertidumbres y conflictos de poder que terminaron con la centralización del poder en una unidad de dominación territorial a la que se denominó *Estado*.

Los poderes dispersos de la Iglesia católica, del Sacro Imperio Romano Germánico, de los señores feudales y el de los municipios, que se aplicaban en ocasiones en un mismo territorio y sobre las mismas personas, que de tiempo en tiempo se transformaban por lo que hace a la capacidad de ejercer su dominio y a las características del ejercicio del mismo, no pudieron coexistir sin disputas ni recelos mutuos.

A la muerte del Papa Gregorio XI (1378)

> ... las pugnas nacionales habían alcanzado tal nivel que no se logró la unanimidad necesaria para la elección papal y surgieron simultáneamente dos pontífices: uno que despachaba en Roma y otro en Aviñón. Esto pone de manifiesto que la institución papal "que en otra época había significado quizá el único cargo verdaderamente unificado en toda la cristiandad occidental" de pronto se encontró dividida y, consecuentemente, vio disminuida su fuerza. No eran ajenos al fenómeno los embrionarios Estados nacionales que impulsaban esta división a fin de romper la unidad de la autoridad del jefe de la Iglesia católica.[23]

La primera tentativa de centralización del poder político tuvo por objeto "hacer predominar uno de los elementos sociales, tanto el clero como la nobleza feudal o los municipios, subordinando a los demás para obtener la unidad a este precio".[24]

Ejemplo de este primer caso fue el intento de centralización del poder político que llevó a cabo la Iglesia católica durante los pontificados de Gregorio VII e Inocencio III. Un segundo intento consistió en conciliar y hacer obrar juntas todas las sociedades particulares, dejando a cada una su libertad y asegurándole su parte de influencia.[25]

Como órgano para conciliar los intereses contrapuestos y encontrar pautas comunes de decisión y acción se constituyeron las asambleas estamentales. En España se llamaron *cortes*; en Francia, *estados generales* y en Alemania simplemente *Estados*. Las asambleas estamentales, sin embargo, nunca han sido un medio de gobierno. Nunca han entrado en la organización política ni han alcanzado el fin para el cual se habían constituido: la fusión, en un solo cuerpo, de las diversas sociedades que se repartían el país.[26]

[23] Eduardo Andrade Sánchez, *Teoría general del Estado*.
[24] François Guizot, *Historia de la civilización en Europa* (trad. Fernando Vela), Alianza, Madrid, 1972, p. 228.
[25] *Ibídem*.

La centralización del poder político sin residuos en un órgano de decisión y acción fue posible cuando el sentimiento de nacionalidad, o sea, la toma de conciencia de pertenencia a una cultura e historia comunes, permitió a los miembros de los diversos grupos sociales identificarse entre sí y reconocerse como partes de una misma unidad social. Este sentimiento fue estimulado por las grandes guerras entre franceses e ingleses, entre españoles y musulmanes, etcétera.

Otros factores adicionales que coadyuvaron para el surgimiento del Estado fueron el establecimiento de impuestos generales, y de la milicia y burocracia permanentes, así como la distinción de gastos e ingresos públicos y los privados del monarca. Asimismo, el desarrollo de la economía mercantilista tuvo su lugar en este proceso, pues elevó la capacidad impositiva de los súbditos.[27]

Con el surgimiento del Estado se hizo necesaria la creación de una organización jurídica racional, planificada y centralizada, y la distinción entre derecho público y derecho privado, que en la Edad Media no fue conocida. A este objetivo contribuyó la recepción del derecho romano.[28]

La plena madurez de la institución política estatal se alcanzó cuando las exigencias de regulación unitaria y planificada de las relaciones políticas para un territorio hicieron necesaria la codificación del derecho público en un documento unitario al que se conoce como *Constitución escrita*. De esta forma, la Constitución escrita expresa el óptimo ideal de las relaciones de poder político en el marco de un Estado.[29] Al mismo tiempo, la Constitución como cuerpo normativo se convirtió en el documento ideológico en el que se describen los anhelos y los afanes de un pueblo; su "proyecto nacional".

Resumen

Jellinek definió el Estado como un grupo humano que se ha reunido como un pueblo, que vive en un territorio determinado y que dispone de un poder que descansa en una organización. La definición contiene tres elementos clave: pueblo, territorio y poder.

[26] François Guizot, *op. cit.*, p. 242.
[27] Hermann Heller, *op. cit.*, p. 150.
[28] Víctor Rojas Amandi, *El método para el estudio del derecho constitucional*, p. 157.
[29] *Ibídem*, p. 158.

Por *pueblo* se entiende el elemento humano que integra una unidad política. Cada Estado determina autónomamente qué personas deben ser consideradas como pertenecientes al mismo y quiénes como extranjeros. En México, la Constitución y la *Ley de Nacionalidad* son los que regulan dicho estatus.

El *territorio* es el área geográfica donde el Estado ejerce su poder. El territorio del Estado exige una clara delimitación y la definición precisa de sus fronteras, ya que el ejercicio del poder estatal sólo podrá ejecutarse válidamente dentro de los límites del territorio del Estado. En una época en que el poder del Estado se ejerce a través de normas jurídicas, el territorio estatal es el área donde generalmente sus normas jurídicas se aplican válidamente. El territorio de un Estado se limita por fronteras. Hay tres tipos de fronteras: de tierra, de mar y de aire.

El poder de un Estado debe poseer la capacidad de manifestarse hacia dentro y hacia fuera como una fuerza que vale y se determina por sí misma: la soberanía.

El Estado se organiza en órganos para llevar a cabo su función; dado que es la expresión máxima de la centralización del poder. De esta forma ejerce el poder mediante el ejercicio de actividades políticas, lo cual permite la organización del grupo como tal por medio de sus funciones de dominio.

La plena madurez de la institución política estatal se alcanzó cuando las exigencias de regulación unitaria y planificada de las relaciones políticas para un territorio hicieron necesaria la codificación del derecho público en un documento unitario al que se conoce como Constitución escrita.

Cuestionario

1. ¿Cuáles son las causas por las que el derecho y el Estado se encuentran en una interrelación necesaria?
2. ¿Cuáles son las relaciones y diferencias entre poder y política?
3. Explique cómo se ejercía el poder político en la Edad Media.
4. ¿Cuáles fueron los factores que dieron lugar al nacimiento del Estado?
5. ¿Con qué hecho se alcanzó la madurez de la institución estatal?
6. ¿Cómo se define al Estado?
7. ¿Cuál es la diferencia entre población y nación?
8. ¿Cuáles son los métodos de adquisición de la nacionalidad?
9. ¿Qué derecho otorga la nacionalidad en relación con el territorio del Estado?
10. ¿Qué es el territorio del Estado?
11. ¿Cuál es la diferencia o relación entre la nacionalidad y el derecho a residir en el territorio de un Estado?

12. ¿Qué es la frontera y cuántos tipos de ésta existen?
13. ¿Cuál es la relación entre el territorio de un Estado y el orden jurídico?
14. ¿Qué derecho reserva el derecho internacional a un Estado en relación con su territorio? Señale las excepciones al respecto.
15. ¿De qué modo puede un Estado coordinar su poder soberano con los demás Estados?
16. ¿Por qué se dice que el concepto tradicional de la soberanía está evolucionando?
17. Defina la teoría dualista o pluralista.
18. ¿En qué ley se regulan las relaciones políticas que se verifican en el seno de un Estado?
19. ¿Qué tarea desempeñan los órganos estatales?
20. ¿Cuál es la nota característica del ejercicio del poder como actividad política?
21. ¿Cuál es la expresión máxima de centralización de poder?
22. ¿Cuál es la función de la Constitución?
23. ¿Cuál es el medio de legitimación que en la actualidad acepta generalmente la opinión pública?
24. Proporcione ejemplos en los cuales organismos internacionales cambian la concepción clásica de soberanía del Estado.

Bibliografía

Adamsom Hoebel, Edward, "La naturaleza de la cultura", en *Hombre, cultura y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1975.

Alcalá Zamora, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1970.

——, "La teoría general del proceso y la enseñanza del derecho procesal", en *Estudios de teoría general e historia del proceso*, t. 1, UNAM, México, 1974.

Alchourrón, Carlos E. y Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1971.

Andrade Sánchez, Eduardo, *Introducción a la ciencia política*, 3ª ed., Oxford University Press, México, 2005.

——, *Teoría general del Estado*, 2ª ed., Oxford University Press, México, 2003.

Ardrei, Robert, *El instinto de dominio en la vida animal y en los orígenes del hombre*, Hispano-Europea, Barcelona, 1970.

Arteaga Nava, Elisur, *Derecho constitucional*, 3ª ed., Oxford University Press, México, 2008 (en elaboración la 4ª edición).

——, *Maquiavelo: estudios jurídicos y sobre el poder*, Oxford University Press, México, 2001.

——, *Tratado de derecho constitucional*, Oxford University Press, t. I, México, 1999.

——, "Derecho constitucional estatal: la rama judicial", en *Reformas constitucionales de la renovación nacional*, Porrúa, México, 1987.

Aspron Pelayo, Juan Manuel, *Sucesiones*, McGraw-Hill, México, 2002.

Atienza, Manuel, *Introducción al estudio del derecho*, Fontamara, México, 1998.

Aubert, Jean-Luc, *Introduction au droit et themes fondamentaux*, 8ª ed., Armand Colin, París, 2000.

Ayala, Francisco, *Introducción a las ciencias sociales*, Cátedra, Madrid, 1988.
Bachelard, Gastón, *El nuevo espíritu científico*, Nueva Imagen, México, 1981.
Battaglia, Felice, *Curso de filosofía del derecho*, Reus, Madrid, 1951.
Bechler, Rolf, *Der soziologische Rechtsbegriff*, Beck, Berlín, 1977.
Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones civiles*, 6ª ed., Oxford University Press, México, 2010.
Bernal, Beatriz y José de Jesús Ledesma, *Historia del derecho romano y de los derechos neorromanistas*, UNAM, México, 1981.
Bierling, Rudolf, *Juristische Prinzipienlehre*, Platz, Friburgo, 1894.
Bobbio, Norberto, "El modelo iusnaturalista", en *Estudios de historia de la filosofía. De Hobbes a Gramsci*, Debate, Madrid, 1985.
——, *El problema del positivismo jurídico*, Eudeba, Buenos Aires, 1965.
——, *Jurisnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunista, Milán, 1965.
Bodenheimer, Edgar, "Philosophical anthropology and the law", en *California Law Review*, vol. 59, núm. 3, Berkeley, 1971.
——, *Teoría del derecho* (trad. Vicente Herrero), Fondo de Cultura Económica, México, 1988.
Borja Soriano, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, Porrúa, México, 1994.
Boyle, J., *Foucault in Cyberspace: surveillance, sovereignty, and Hard-Wired Censors*, en: http://www.wel.american.edu/faculty/boyle/foucault.htm
Briceño Ruiz, Alberto, *Derecho individual del trabajo*, Harla, México, 1985.
Brugi, Biagio, *Instituciones de derecho civil*, Oxford University Press, México, 1998.
Bunge, Mario, *La ciencia, su método y su filosofía*, Nueva Imagen, México, 1994.
Cairns, Huntington, *Legal Philosophy from Plato to Hegel*, The Johns Hopkins Press, Baltimore, 1949.
Calsamiglia, Alberto, *Introducción a la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1998.
Caracciolo, Ricardo Alberto, "Fundamentos del derecho y fundamentos del conocimiento del derecho", en *Crítica. Revista Hispanoamericana de Filosofía*, vol. XI, núm. 31, abril, s.d., 1979.
Carnelutti, Francesco, *Metodología del derecho*, UTEHA, Madrid, 1962.
——, "Nuove riflessioni in torno al metodo", en *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XIII, Milán, 1958.
Carpizo, Jorge, "Derecho constitucional", en *El derecho (Las humanidades en el siglo XX, 1)*, 2ª ed., UNAM, México.

——, "La interpretación del artículo 133 constitucional", en *Estudios constitucionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1980.
——, *El presidencialismo mexicano*, 4ª ed., Siglo XXI, México, 1984.
Carrillo Prieto, Ignacio, *Varia (derecho e ideología)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1989.
——, *La ideología jurídica en la Constitución del Estado mexicano 1812-1814*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1981.
Carrillo Zalce, Ignacio, *Introducción al estudio del derecho*, reimp. de la 8ª ed., Banca y Comercio, México, 1987.
Carrió, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965.
Cassirer, Ernst, *El problema del conocimiento*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, t. I.
Childe, Gordon, *Los orígenes de la civilización*, Fondo de Cultura Económica, México, 1989.
Chinoy, Ely, *La sociedad* (trad. Francisco López Camarena), Fondo de Cultura Económica, México, 1981.
Cobos González, Rubén, *Introducción a las ciencias sociales*, Porrúa, México, 1990.
Cohen, Morris y Ernst Nagel, *An introduction to logic and scientific method*, Harcout, Londres, 1984.
Coing, Hermann, *Rechtsphilosophie*, Humboldt & Dunkler, Colonia, 1968.
Collingwood, Robin George, *Ensayo sobre el método filosófico*, Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, México, 1965.
Correas, Óscar, *Crítica de la ideología jurídica, ensayo socio-semiológico*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1993.
Cossío Díaz, José Ramón, *Derecho y análisis económico*, ITAM-FCE, México, 1997.
Courbe, Patrick, *Introduction générale au droit*, 6ª ed., Dalloz, París, 1999.
Covo E., Milena, *Conceptos comunes en la investigación sociológica*, UNAM, México, 1973.
Cramaussel, Chantal, *Rutas de la Nueva España*, Colegio de Michoacán, Zamora, 2006.
Cruz Barney, Oscar, *Historia del derecho en México*, Oxford University Press, México, 2004.
De la Peza Muñoz Cano, José Luis, *De las obligaciones*, Porrúa, México, 2004.
De Pina, Rafael, *Derecho civil mexicano*, Porrúa, México, 1983.
——, *Elementos de derecho civil mexicano*, Porrúa, México, 1966, vol. 1.
—— y Rafael de Pina Vara, *Diccionario de derecho*, 13ª ed., Porrúa, México, 1985.

Del Vecchio, Giorgio, *Los principios generales del derecho*, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1953.

Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones, H. Congreso de la Unión, t. XVII, Artículo 30, comentado por Nuria González Martín.

"Developments In law: the Law of Cyberspace", en *Harvard Law Review*, http://www. harvardlawreview.org

Diccionario UNESCO de Ciencias Sociales, Planeta Agostini, vol. 1.

Domínguez del Río, Alfredo, *Compendio teórico-práctico de derecho procesal civil*, Porrúa, México, 1977.

Duguit, León, *Teoría general del acto jurídico*, Fondo de Cultura Económica, México.

Dworkin, Ronald M. (comp.), *Filosofía del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1980.

Enríquez Rosas, José David, *Historia del derecho marítimo mexicano: un ensayo sobre la evolución de las fuentes legislativas mexicanas del derecho marítimo en general y del derecho de la navegación en particular*, Ediciones del Gobierno del Estado, Colima, México, 1997.

Escriche, Juan, *Diccionario de la legislación y la jurisprudencia*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1977.

Esquivel Pérez, Javier, "La persona jurídica", en *Conceptos dogmáticos y teoría del derecho*, UNAM, México, 1979.

Farrell, Steve y Diane Alden, *Technology, sovereignty and the Third Wave*, en: http://www.enterstageright.com

Fernández Rozas, José Carlos, *Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina*, Iustel, Madrid, 2008.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1997.

Fiedler, Herbert, *Derecho, lógica, matemática*, 2ª ed., Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Fontamara, México, 1992.

Finch, John, *Introducción a la teoría del derecho*, Labor Universitaria, Barcelona, 1977.

Fix-Zamudio, Héctor, "Derecho procesal", en *El derecho* (*Las humanidades en el siglo XX, 1*), 2ª ed., UNAM, México, 1979.

——, *Ensayos sobre metodología, docencia e investigación jurídica*, UNAM, México, 1981.

——, "La Suprema Corte de Justicia como tribunal constitucional", en Leonel Pereznieto Castro (comp.), *Reformas constitucionales de la renovación nacional*, Porrúa, México, 1987.

Flores Gómez González, Fernando y Gustavo Carvajal Moreno, *Nociones de derecho positivo mexicano*, 27ª ed., Porrúa, México, 1988.

Flores Zavala, Ernesto, *Elementos de finanzas públicas mexicanas*, 26ª ed., Porrúa, México, 1985.

Floris Margadant, Guillermo, *Derecho privado romano*, Esfinge, México, 1980.

Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, 14ª ed., Porrúa, México, 1971.

Friedrich, Carl Joachim, "General theories of revolution, an introductory note on revolution", en *Revolution*, Atherton Press, Nueva York, 1966.

——, "Law and politics: constitutional reform", en *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*, UNAM, México, 1980.

Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil, primer curso*, 8ª ed., Porrúa, México, 1987.

García Máynez, Eduardo, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, Fontamara, Madrid, 2004.

——, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, 3ª ed., UNAM, México, 1986.

——, *Introducción al estudio del derecho*, 8ª ed., Porrúa, México, 1986.

——, *Filosofía del derecho*, 4ª ed., Porrúa, México, 1983.

——, *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana*, Porrúa, México, 1978.

——, *La definición del derecho*, Universidad Veracruzana, Jalapa, México, 1960.

García, Trinidad, *Apuntes de introducción al estudio del derecho*, 28ª ed., Porrúa, México, 1986.

Gardella, Lorenzo Antonio, "Derecho canónico", en *Enciclopedia jurídica Omeba*, t. VI, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1986.

Garzón Valdés, Ernesto, "Mercado y justicia", en *Isonomía*, ITAM, núm. 2, México, abril, 1995.

Gazzaniga, Michael, *Who's in charge? Free will and the science of brain*, Constable & Robinson, Londres, 2011.

Geiger, Theodor, *Estudios de sociología del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1983.

——, *Glosario de términos jurídicos*, Secretaría de Energía, Minas e Industria Paraestatal, México, 1986.

Giménez, Gilberto, *Poder, Estado y discurso*, UNAM, México, 1981.

Gómez, Astrid y Olga María Bruera, *Análisis del lenguaje jurídico*, Universidad de Belgrano, Buenos Aires, 1995.

Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, 10ª ed., Oxford University Press, México, 2004.

Gómez Robledo, Antonio, *Estudio preliminar a la ética nicaragüense*, Biblioteca Scriptorum Graecorum et Romanorum mexicana, UNAM, México, 1983.

Gruter, Margaret, *Rechtsverhalten*, Otto Schmidt, Colonia, 1993.

Guizot, François, *Historia de la civilización en Europa* (trad. Fernando Vela), Alianza, Madrid, 1972.
Gurvitch, Georges, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 1999.
Gutiérrez Pantoja, Gabriel, *Metodología de las ciencias sociales*, 2ª ed., Oxford University Press, México, 1998.
Habermas, Jürgen, *Más allá del Estado nacional* (Introducción de Manuel Jiménez Redondo), Fondo de Cultura Económica, México, 1999.
Hart, Herbert Lionel Adolphus, *El concepto de derecho*, Editora Nacional, México, 1980.
——, *The concept of law*, Oxford University Press, Oxford, 1961.
Hartmann, Nicolás, *Introducción a la filosofía*, Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, México, 1961.
Hegel, George W. F., *Fenomenología del espíritu*, Fondo de Cultura Económica, México, 1982.
Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1981.
Hobbes, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica*, Fondo de Cultura Económica, México, 1980.
Hoerster, Norbert, *Problemas de ética normativa*, Fontamara, México, 1992.
Ihering, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, G. Jung, Leipzig, 1916.
Isatsos, Constantino, *La filosofía de los antiguos griegos*, UNAM, México, 1982.
Jaramillo Vélez, Lucrecio, *Estudio sobre la nulidad en derecho privado*, Señal Editora, Medellín, Colombia, 1991.
Jellinek, George, *Allgemeine Staatslehre*, Dunckel, Berlín, 1914.
——, *Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Platz, Viena, 1878.
Jiménez de Aréchaga, Eduardo, *Introducción al derecho*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1993.
Jiménez Gómez, Juan, *Jurisprudencia y tesis sobresalientes 1955-1963*, mayo, Civil, Tercera Sala, México, 1965.
Kalinowsky, Georges, *La lógica de normas y lógica deóntica*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Fontamara, México, 1992.
Kaplan, Marcos, "Ciencia, Estado y derecho en la tercera revolución", en *Revolución tecnológica, Estado y derecho*, t. LV, UNAM-Pemex, México, 1993.
Kant, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, Porrúa, México, 2008.
Kaufman, Arthur, *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*, C. H. Beck, Munich, 1994.
Kelsen Hans, *Teoría pura del derecho*, 3ª reimp., UNAM, México, 1983.

——, *Teoría pura del derecho* (trad. Roberto Vernengo), UNAM, México, 1982.
——, "La esencia del derecho internacional" (trad. Yolanda Frías), en *Vigésimo Quinto Aniversario del Doctorado en Derecho*, UNAM, México, 1975.
——, *Teoría pura del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1973.
——, *Teoría general del derecho y del Estado*, 3ª ed., UNAM, México, 1969.
——, "Reine Rechtslehre", en *Demokratie und Rechtsstaat*, libro en homenaje al prof. Zacaria Giacometti, Polygraphischer Verlag, Zürich, 1953.
——, *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933.
Kepler, Johannes, *El misterio cósmico*, Alianza Editorial, Madrid, 1992.
Kissler, Leo, *Recht und Gesellschaft*, Leske, Opladen, 1984.
Kuhn, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1983.
Kunz, Josef L., *La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada*, UNAM, México, 1985.
——, *La definición del derecho*, Universidad Veracruzana, Jalapa, México, 1960.
——, *La filosofía del derecho latinoamericano en el siglo XX*, Losada, Buenos Aires, 1951.
Lainé, Armand, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des status et des rapports de cette théorie avec le Code Civil*, t. II, F. Pichón, París, 1888-1892.
Lampe, Joachim, *Grenzen des Rechtspositivismus*, W. de G., Hamburgo, 1988.
Larenz Karl, *Metodología de la ciencia del derecho* (trad. de Marcelino Rodríguez y Molinero), 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1980.
Larroyo, Francisco y Miguel Ángel Ceballos, *La lógica de las ciencias*, Porrúa, México, 1985.
Legaz y Lacambra, Luis, *Filosofía del derecho*, 5ª ed., Bosch, Barcelona, 1978.
López Garrido, Diego, *El Tratado de Maastricht*, Eurojuris, Madrid, 1992.
Luhmann, Niklas, *Rechtssoziologie*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1987.
Lutzesco, Georges, *Teoría y práctica de las nulidades*, Porrúa, México, 1993.
Luypen, W., *Fenomenología del derecho natural*, Carlos Lohlé, Buenos Aires, 1968.
MacIntyre, Alasdair, *Whose justice? Which rationality?*, University of Notre Dame Press, París, 1988.
Maier, Julio B. J., *Función normativa de la nulidad*, Depalma, Buenos Aires, 1980.

Mantilla Molina, Roberto L., *Derecho mercantil*, 11ª ed., Porrúa, México, 1970.
Maquiavelo, Nicolás, *De principatibus* (ed. bilingüe, traducción y notas de Elisur Arteaga y Laura Trigueros Gaisman), Trillas, México, 1993.
Marcie, Roland, *Rechtsphilosophie, eine einführung*, Normas, Baden-Baden, 1969.
Marcuse, Herbert, *Eros y civilización*, Ariel, Barcelona, 1981.
Martín Oviedo, José María, *Supuestos filosóficos del método puro del derecho*, Reus, España, 1986.
Martínez Morales, Rafael I., *Derecho administrativo, 1er curso*, 6ª ed., Oxford University Press, México, 2011.
——, *Derecho administrativo, 2º curso*, 4ª ed., Oxford University Press, México, 2005.
Medina Cervantes, José Ramón, *Derecho agrario*, Harla, México, 1987.
Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.
Mezger, Edmundo, *Tratado de derecho penal*, nueva edición revisada y actualizada, Revista de Derecho Privado, t. 1, Madrid, 1946.
Miaille, Michel, *El Estado de derecho*, Universidad Autónoma de Puebla, México, 1985.
Montesquieu, Carlos Luis de Secondat, *Del espíritu de las leyes* (estudio preliminar de Daniel Moreno), Porrúa, México, 1992.
Moreno, Daniel, *Diccionario de política*, Porrúa, México, 1980.
——, *Derecho constitucional mexicano*, 3ª ed., Pax-México, México, 1976.
Morineau Iduarte, Marta y Román Iglesias González, *Derecho romano*, 4ª ed., Oxford University Press, México, 1998.
Morineau, Óscar, *El estudio del derecho*, Porrúa, México, 1997.
Nino, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, UNAM, México, 1979.
——, *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, Fontamara, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México, 1993.
North, Douglas C., *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.
Olivecrona, K., *Lenguaje jurídico y realidad*, Fontamara, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Madrid, 2007.
Orozco Henríquez, José de Jesús, *El derecho constitucional consuetudinario*, UNAM, México, 1983.
Ovalle Favela, José, *Derecho procesal civil*, 9ª ed., Oxford University Press, México, 2003.
Oxford University Press, *Colección Grandes Clásicos del Derecho*, 6 vols., México, 1999.

Pacheco, Máximo, *Los derechos humanos-documentos básicos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992.
Pallares, Eduardo, *Derecho procesal civil*, 4ª ed., Porrúa, México, 1971.
Pantoja Morán, David, *La idea de soberanía en el constitucionalismo latinoamericano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1978.
Paz, Octavio, *Fundación y disidencia. Obras completas*, Fondo de Cultura Económica, 1955.
Pérez Carrillo, Agustín, "Salud mental y filosofía de la ciencia", en Rolando Tamayo y Salmorán y Enrique Cáceres Nieto (coord.), *Teoría del derecho y conceptos dogmáticos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1987.
Pereznieto Castro, Leonel, *Derecho internacional privado*, 9ª ed., Oxford University Press, México, 2011.
——, "El negocio jurídico en el derecho internacional privado en México", en *Anuario Español de Derecho Internacional privado*, Iprolex, Madrid, 2006.
—— (comp.), *Arbitraje comercial internacional*, Fontamara-ITAM, México, 2000.
—— "El artículo 133 constitucional: una relectura", en *Jurídica*, núm. II, Universidad Iberoamericana, México, 1995.
—— (comp.), *Reformas constitucionales y modernidad nacional*, Porrúa, México, 1992.
——, *Reformas constitucionales de la renovación nacional*, Porrúa, México, 1987.
——, "La tradition territorialiste en droit international privé dans les pays d'Amerique Latine", en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Martinus Nijhoff, t. 1, La Haya, 1985.
——, *Derecho internacional privado: notas sobre el principio territorialista y el sistema de conflictos en el derecho mexicano*, 2ª ed., UNAM, México, 1980.
——, "La facultad de celebración de tratados como síntoma de la preponderancia del Poder Ejecutivo: el caso de México", en *El predominio del Poder Ejecutivo en Latinoamérica*, UNAM, México, 1977.
——, "Las obligaciones convencionales en el derecho internacional privado mexicano", en *El Foro*, Barra Mexicana de Abogados, sexta época, núm. 6, México, julio, septiembre de 1976.
——, "Algunos apuntamientos de la metodología de la enseñanza en el derecho internacional privado", en *Lecturas Jurídicas*, núm. 75, Universidad Autónoma de Chihuahua, México, 1975.

——, "Comentarios a la ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera", en revista *El Foro*, quinta época, núm. 30, Barra Mexicana-Colegio de Abogados, México, 1973.

—— y James Graham, *Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Mexicano*, Limusa, México, 2009.

—— y Renato Guerrero Serreau, *Derecho de la competencia económica*, Oxford University Press, México, 2002.

—— y Jorge Alberto Silva, *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, 2ª ed., Oxford University Press, México, 2000.

Petrocelli, Biagio, *La antijuridicidad* (trad. José Pérez Fernández), UNAM, México, 1963.

Phelps, Edmund S., *Economía política*, Antoni Bosch, Barcelona, 1993.

Piaget, Jean, *Psicología y epistemología*, Origen-Planeta, México, 1976.

Planiol, Marcel y Georges Ripert, *Derecho civil* (trad. de la 38ª ed. francesa del *Traité Élémentaire de Droit Civil*, de 1946, por Leonel Pereznieto Castro), vol. 8, Colección Clásicos del Derecho, Oxford University Press, México, 1998.

——, *Tratado de derecho civil* (trad. de Leonel Pereznieto Castro), Ediapsa, México, 1997.

Plum, Werner, *Revolución industrial*, IIdis, Santa Fe de Bogotá, 1978.

Popper, Karl R., *Lógica de la investigación científica*, Tecnos, Madrid, 1973.

——, *The logic of Scientific Discovery*, Basic Books, Nueva York, 1961.

Porrúa Pérez, Francisco, *Teoría del Estado*, 5ª ed., Porrúa, México, 1969.

Prats Catalá, Joan, *El redescubrimiento de las instituciones*, ONU-ESEADE, Barcelona, 1995.

Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho* (trad. Wenceslao Roces), Fondo de Cultura Económica, México, 1985.

Rawls, John, "The idea of an Overlapping Consensus", en *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 7, Oxford, 1987.

——, *A theory of justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1971.

Raz, Joseph, *La autoridad del derecho*, UNAM, México, 1982.

——, *El concepto de sistema jurídico*, UNAM, México, 1986.

Recaséns Siches, Luis, *Tratado general de sociología*, reimp. de la 3ª ed., Porrúa, México, 1998.

——, *Sociología*, 3ª ed., Porrúa, México, 1986.

——, *Introducción al estudio del derecho*, 7ª ed., Porrúa, México, 1985.

——, *Positivismo jurídico, realismo sociológico e iusnaturalismo*, 3ª ed., UNAM, México, 1986; esta obra fue reeditada por Fontamara en 1993.

—— y Giorgio del Vecchio, *Filosofía del derecho*, t. 1, UTEHA, México, 1946.

Reich, Wilhelm, *Estudios avanzados sobre la masturbación*, Eda, México, 1982.

Reinhold, Gerd, Siegfried Lamnek y Helga Recker, *Soziologie-lexikon*, R. Oldenburg Verlag, Munich, 1992.

Ríos Granados, Gabriela, "Naturaleza jurídica de las reglas misceláneas y de reglas generales", en *El Foro*, t. XVI, núm. 1, Barra Mexicana-Colegio de Abogados, 13ª época, primer semestre, México, 2003.

Robles, Gregorio, *Introducción al estudio del derecho*, Debate, México, 1998.

Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, *Derecho mercantil*, Porrúa, México, 1994.

Rojas Amandi, Víctor Manuel, *El uso de internet en el derecho*, 2ª ed., Oxford University Press, México, 2000.

——, *Filosofía del derecho*, 2ª ed., Oxford University Press, México, 2000.

——, *El método para el estudio del derecho constitucional*, tesis profesional, UNAM, México, 1986.

Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil*, 7ª ed., t. 1, Porrúa, México, 1982.

——, *Compendio de derecho civil*, t. 1, Porrúa, México, 1972.

Roldán Xopa, José, *Derecho administrativo*, Oxford University Press, México, 2008.

Ross, Alf, *On law and justice*, Stevens & Son Ltd., Londres, 1958.

——, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1970.

Ruiz Massieu, Mario, "Derecho agrario", en *Introducción al derecho mexicano*, t. II, UNAM, México, 1981.

Ruiz Torres, Humberto, *Derecho bancario*, Oxford University Press, México, 2003.

Rumney, Jay y Joseph Maier, *Sociology. The science of society*, Schumann, Nueva York, 1953.

Rungaldier, E., "Wissenschaft", en *Lexikon der Erkenntnistheorie und Metaphysik*, Hrs. Rickern Frido, Beck, Munich, 1967.

Salgado y Salgado, José Eusebio, "Importancia del derecho marítimo en la formación de la gente de mar", en revista *Pemex Lex*, núms. 63 y 64, México, septiembre-octubre de 1993.

Sánchez Azcona, Jorge, *Normatividad social, ensayo de sociología jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1989.

Sánchez Vázquez, Rafael, *Los principios generales del derecho y los criterios del Poder Judicial de la Federación*, Porrúa, México, 2004.

Sandel, Michael, *El liberalismo y los límites de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 2000.

Savigny, Federico Carlos, *Sistema de derecho romano actual* (trad. de Jacinto Maesia y Manuel Poley), Centro Góngora, Biblioteca Universal, sección jurídica, Madrid, 1938.
Schapp, Jean, *Problemas fundamentais da metodologia jurídica*, Fabris, São Paulo, 1985.
Schmill Ordóñez, Ulises, *Lógica y derecho*, Fontamara, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México, 1993.
——, *Reconstrucción pragmática de la teoría del derecho*, Themis, México, 1997.
Schreckenberger, W., *Semiótica del discurso jurídico*, UNAM, México, 1987.
Seara Vázquez, Modesto, *Derecho internacional público*, 3ª ed., Porrúa, México, 1971.
Secretaría de Energía, Minas e Industria Paraestatal, *Glosario de términos jurídicos*, México, 1986.
Séller, Hermann, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1981.
Shapere, Dudley, "Teorías científicas y sus dominios", en Suppe, Frederick, *La estructura de las teorías científicas*, Editora Nacional, Madrid, 1974.
Silva, Jorge Alberto (coord.), *Estudios sobre Lex mercatoria. Una realidad internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006.
——, *Arbitraje internacional en México*, Pereznieto Editores, México, 1994.
Smid, Stefan, *Einführung in die philosophie des rechts*, C. H. Beck, Munich, 1991.
Soto Pérez, Ricardo, *Nociones de derecho positivo mexicano*, 17ª ed., Esfinge, México, 1988.
Suppe, Frederick, *La estructura de las teorías científicas*, Editora Nacional, Madrid, 1974.
Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción analítica al estudio del derecho*, Themis, México, 2008.
——, *Introducción al estudio de la Constitución*, UNAM, México, 1989.
——, *La ciencia del derecho y la formación del ideal político*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1989.
——, *El derecho y la ciencia del derecho*, UNAM, México, 1986.
——, "Estado", en *Diccionario jurídico mexicano*, Porrúa, México, 1985.
——, "El derecho consuetudinario y la Constitución", en *Los cambios constitucionales*, UNAM, México, 1979.
——, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1976.
Taruffo, Michell, *La prueba de los hechos* (trad. Jordi Ferrer Beltrán), 2ª ed., Trotta, Madrid, 2005.

Tebbit, Mark, *Philosophy of law*, Routledge, Londres, 2000.
Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, Porrúa, México, 1985.
Tenbruck, Joachim, *Die kulturellen grundlage der gesellschaff*, Humboldt & Dunkler, Berlín, 1989.
Terré, François, *Introduction général au droit*, 5ª ed., Dalloz, París, 2000.
Thiercy, Pascal, *Les tragédies grecques*, PUF, París, 2001.
Toulmin, Stephen, *Filosofía de la ciencia*, El Mirasol, Buenos Aires, 1964.
Toynbee, Arnold J., *Estudio de la historia*, Alianza Editorial, Madrid, 1991.
Treves, Renato, *Introducción a la sociología del derecho* (trad. Manuel Atienza), Taurus, Madrid, 1978.
Vallado Berrón, Fausto E., *Teoría general del derecho*, UNAM, México, 1972.
Vázquez, Rodolfo, *Teoría del derecho*, Oxford University Press, México, 2007.
——, *Derecho, moral y poder, ensayos de filosofía jurídica*, Porrúa-ITAM, México, 2004.
——, *Derecho y moral, ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa, Barcelona, 1998.
Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, México, 1966.
Von Right, G. H., *Norma y acción*, Tecnos, Madrid, 1970.
Weber, Max, *Economia e Società*, Comunità, Milán, 1968, vol. 11.
——, *Economía y sociedad*, t. I, 2ª reimp. de la 3ª ed. en español de 1944, Fondo de Cultura Económica, México, 1974.
Witker V., Jorge, *Introducción al derecho económico*, Harla, México, 1995.
——, "Hacia un concepto del derecho económico", en *Messis*, colección jurídica, Dirección de Estudios Superiores, Facultad de Derecho, UNAM, año 4, 2ª época, vol. 1, núm. 6, México, septiembre, 1974.
Wright Mills, Charles, *La imaginación sociológica*, Fondo de Cultura Económica, México, 1981.
Zamora y Valencia, Miguel, *Contratos civiles*, 8ª ed., Porrúa, México, 2000.
Zoffoli, Enrico, "Jürgen Habermas: entre hechos y normas", en *Isonomía*, ITAM, núm. 32, México, abril, 2010.
Zweigert, Konrad y Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, t. I, Max Planck Institute, Hamburgo, 1971.
——, *Introducción al derecho comparado*, Oxford University Press, México, 2002.

Glosario

A contrario. Argumentación que, interpretada en sentido inverso, puede darnos una solución. "Toda persona es susceptible de derechos. Waldo es una persona, por tanto, a contrario es susceptible de derechos."
A fortiori. A mayor razón. Si los herederos no pueden aceptar la herencia, sus acreedores, *a fortiori*, no podrán cobrar sus deudas.
A posteriori. Lo que sucede después, el acto realizado después del hecho sucedido, por ejemplo, el matrimonio después del concubinato.
A priori. Antes que todo. Un razonamiento hecho de manera general, sin entrar en detalles.
A quo. Se dice del juez de la causa, del juez que juzga. También se dice "la sentencia *a quo*", que es la que se apela ante una instancia superior.
Ab initio. A partir de su inicio. Se dice que un acto es nulo *ab initio* cuando es nulo desde su formación.
Ab intestat. Se trata de aquella persona que ha fallecido sin haber elaborado un testamento.
Acta gestionis-acta imperii. Actos de gestión privada y actos públicos de un Estado soberano. Esta distinción es importante en el derecho internacional porque los segundos revisten inmunidad soberana del Estado, pero éste puede celebrar actos de gestión privada y entonces considerársele como otra persona más, desprovista de la inmunidad soberana.
Actio pro socio. El acto de los miembros de una sociedad en la que actúan de mutuo acuerdo y en beneficio de ésta.
Acto jurídico. Hecho voluntario ejecutado con la intención de realizar consecuencias de derecho.
Actor *sequitur forum rei*. Quien demanda se sujeta al tribunal competente del demandado, por ejemplo, CFPC, art. 24, fracc. IV. Es competente el juez del domicilio del demandado, tratándose de acciones reales sobre muebles o acciones personales o del estado civil.

Ad futurum. Hacia el avenir. Actos que se realizan hacia el futuro.
Ad hoc. Se aplica para un fin particular; se dice de un acto realizado con un objeto determinado.
Ad litem. Son los abogados que representan a las partes en el proceso. Abogados *ad litem* son abogados de parte.
Ad probationem. Las formalidades que deben ser cumplidas para que las partes puedan ofrecer sus pruebas.
Ad rem. Respecto de una cosa: bien inmueble o bien mueble. Se dice *jus ad rem* para significar que un acto celebrado por una persona sobre un bien genera derechos reales.
Ad solemnitatem. Formalidades exigidas para la validez de un acto.
Affectio societatis. La intención de formar una sociedad, con la voluntad de permanecer en ella y trabajar para alcanzar sus fines.
Affidavit. Declaración jurada por escrito, en la que se afirma un punto de derecho y se realiza con formalidad.
Alter ego. La representación de una persona por otra como si fuera ésta. La representación legal es básica en muchos actos jurídicos: el gerente por la sociedad, el padre por el hijo menor, etcétera.
Ámbito espacial de la norma. Determina la aplicación de la norma jurídica dentro del territorio de un Estado.
Ámbito material de la norma. Determina la materia a que se refiere la norma jurídica: relaciones de familia, relaciones de trabajo o la regulación administrativa de Estado, etcétera.
Ámbito personal de la norma. Determina a qué personas o grupo de personas se aplica la norma jurídica, a los trabajadores, a los comerciantes, etcétera.
Ámbito temporal de la norma. Determina la fecha de entrada en vigor de la norma jurídica y el tiempo que ésta debe estar vigente.
Amicus curiae. Persona que no tiene ningún interés en el negocio jurídico pero se le pide que intervenga para dar su opinión.
Animo domini. Quien posee una cosa con el ánimo de propietario.
Animus. Espíritu. Intención con la que una persona realiza un acto.
A non domino. Aquel que no es propietario.
Ante litem motam. Antes de que el proceso haya comenzado, antes de cualquier demanda.
Antijuridicidad. Conducta que es contraria a la ley y, por tanto, susceptible de ser sancionada.

Bien. La ley entiende por bien todo aquello que puede ser objeto de apropiación y que puede ser útil al hombre.

Bona fide. Buena fe. Tanto los convenios como los contratos deben celebrarse de buena fe.
Bona vacantia. Bienes cuya propiedad nadie reclama.
Brevi manu. Sumariamente, inmediatamente y sin ninguna formalidad.

Capacidad de ejercicio. Supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer él mismo sus derechos y de celebrar en nombre propio actos jurídicos.
Capacidad de goce. Aptitud para ser titular de derechos o para ser sujeto de obligaciones.
Casus belli. Casos de guerra. Cuando los derechos de un Estado soberano son violados por otro Estado y que justifican la declaración de guerra.
Caveat. Aviso dado a una persona para prevenirla sobre el derecho que otra persona tiene y, en consecuencia, para obligarla a respetar ese derecho. En el derecho inglés el *caveat* constituye una de las oposiciones al matrimonio.
Certiorari. Orden de las Cortes superiores a las inferiores para que les suministren la información de un caso que han juzgado a fin de revisarla y pronunciarse sobre la apelación que se ha hecho en torno a la decisión de los jueces inferiores.
Ciencia jurídica. Tiene por objeto de estudio los derechos, los deberes y las facultades, tanto de las personas físicas como de las personas morales.
Comitas gentium. Cortesía que se deben entre sí los pueblos, representados por Estados soberanos.
Condominium. Conjunto de derechos privados de propiedad que varias personas tienen sobre un mismo bien y las reglas que un régimen de este tipo debe respetar.
Corpus. El elemento material distinto del ánimo pero complementario, la posesión de una cosa requiere el ánimo de poseer y el elemento material de la posesión *corpore et animo*.
Corpus delicti. El cuerpo del delito. El hecho material que constituye el delito y que sirve para verificar que el delito se ha cometido: la pistola con que fue asesinada la víctima, el cadáver de la víctima, etcétera.
Costumbre y uso. Son las prácticas que se desarrollan al interior de una sociedad o de un grupo determinado y que con el tiempo son consideradas obligatorias y susceptibles de ser demandadas ante tribunales (véase: *Lex mercatoria*). En México, los usos y costumbres se admiten sólo en sectores específicos del sistema jurídico como el mercantil, el laboral, el financiero, entre otros; y la costumbre sólo es jurídicamente obligatoria cuando la ley le otorga tal carácter. Es, por tanto, fuente supletoria (secundaria) del orden positivo.

Cultura. Herencia social que se integra por conocimientos, creencias, costumbres y por las realizaciones materiales que los miembros de una comunidad han recibido de sus antepasados.

Da mihi factum, dabo tibi jus. Dame los hechos y yo te daré el derecho. Cuando el juez pide a las partes que le den las pruebas esenciales de los hechos para de ahí elaborar su sentencia.
De cujus. El difunto, se dice de la persona fallecida de quien ha de resolverse la herencia que ha dejado.
De facto. De hecho, en contraposición a lo que es jurídico, de derecho.
De jure. De derecho, se dice sobre una posición de derecho que una persona tiene frente a otra que sólo tiene una posición de hecho. El propietario de una cosa frente al poseedor de la misma.
De lege ferenda. La ley que debe ser aportada o adoptada.
Derecho. Conjunto de normas jurídicas que confieren facultades, que imponen deberes y que otorgan derechos con el fin de regular los intercambios y, en general, la convivencia social para la prevención de conflictos o su resolución con base en los criterios de certeza, seguridad, igualdad, libertad y justicia.
Derecho administrativo. Conjunto de normas jurídicas que regulan el funcionamiento del Poder Ejecutivo y sus relaciones con los gobernados, así como las reglas a que están sujetos los servidores públicos.
Derecho aéreo. Conjunto de normas relativas a la navegación aérea, a las aeronaves y al espacio aéreo, como elementos indispensables de tal navegación.
Derecho agrario. Rama del derecho integrado por normas jurídicas que regulan la actividad en el campo derivada de la tenencia y explotación de la tierra, con el fin de lograr el bien de la comunidad rural.
Derecho bancario. Subdivisión del derecho mercantil que rige las relaciones de los comerciantes que operan como sociedades nacionales de crédito, tanto en sus relaciones con los particulares como con el Estado y entre sí o a través de los organismos comunes a esos comerciantes, como es el caso de la Comisión Nacional Bancaria.
Derecho canónico. Sistema de normas jurídicas que regula las relaciones internas y externas de la Iglesia católica, apostólica y romana, y que aseguran las condiciones de la comunidad de vida cristiana para cumplir los fines de la institución.
Derecho civil. Conjunto de normas que rigen las relaciones de los particulares entre sí y de éstos con el Estado, actuando este último sin su carácter de ente soberano.

Derecho constitucional. Conjunto de normas que tienen por objeto la organización del Estado y el funcionamiento de sus poderes y la defensa de los derechos humanos.
Derecho del trabajo. Conjunto de normas dirigidas a reglamentar las relaciones entre patrones y trabajadores y a resolver los conflictos que se suscitan entre ellos.
Derecho fiscal. Conjunto de normas que regulan las contribuciones (impuestos, derechos, etc.) a cargo de los particulares; y su obtención, manejo y aplicación por parte del Estado en la realización de sus actividades.
Derecho internacional privado. Conjunto normativo que regula el tráfico jurídico internacional en el nivel de coordinación entre individuos o personas morales que se encuentran sometidos a sistemas jurídicos diversos o cuando los actos realizados se someten a un sistema jurídico diverso del que se pretende su reconocimiento, o bien, cuando los bienes están sometidos a determinado derecho en función de su ubicación. Asimismo, se trata de las reglas aplicables para regular la cooperación internacional al proceso y el reconocimiento de competencias y sentencias extranjeras.
Derecho internacional público. Conjunto normativo destinado a reglamentar las relaciones entre sujetos del derecho internacional.
Derecho legislado. Derecho creado por el órgano legislativo. Como su nombre lo indica, sus disposiciones han sido redactadas en documentos escritos (Constitución, leyes, decretos) debidamente promulgados por la autoridad competente.
Derecho mercantil. Se entiende el conjunto de normas que regulan la actividad de los comerciantes y las relaciones derivadas de los actos de comercio.
Derecho militar. Normas que coordinan y regulan las relaciones derivadas de la vida marcial.
Derecho natural. Orden que forma parte de la naturaleza o de la moral, que no se encuentra reconocido por el poder público. Se trata de un orden ideal.
Derecho penal. Rama del derecho público que tiene por objeto tutelar los valores fundamentales de las personas, de la sociedad y del Estado. Esta protección se otorga mediante la creación de normas jurídicas en las que se definen las conductas que dañan o pueden dañar y que, por tanto, deben prevenirse y en su caso, deben tener una sanción.
Derecho privado. Conjunto de normas que regulan las relaciones entre particulares o con colectividades privadas, tales como sociedades.
Derecho procesal. Conjunto de normas jurídicas adjetivas que regulan diversas clases de procesos: civil, mercantil, penal, etc., las que hacen posible la correcta aplicación del derecho.

Derecho público. Conjunto de normas que regulan la organización del Estado y los procedimientos entre éste y los particulares.
Doctrina. Conjunto de opiniones de los estudiosos del derecho.
Dominum. El derecho para disponer de una cosa que tiene su poseedor o su propietario.

Eficacia de la norma. La norma es eficaz cuando se cumple.
Erga omnes. El derecho que se tiene frente a todo el mundo. El derecho de propiedad que se tiene frente a los demás.
Ex aequo et bono. Lo que es equitativo y bueno. Una forma de decidir una contienda sin atender necesariamente a normas jurídicas.
Ex officio. Acto que se lleva a cabo según la función o facultad que tiene una persona para realizarlo.
Exequatur. La decisión por la cual los tribunales de un país reconocen y autorizan la ejecución de una sentencia extranjera.

Facultad reglamentaria del Presidente de la República. Consiste en promulgar las leyes que expida el Congreso de la Unión, ejecutar tales leyes y proveer en la esfera administrativa a su exacta observancia.
Fiat. Una autorización para realizar un acto, para proceder conforme lo acordado.
***Forum conveniens* (*o non conveniens*)**. Foro conveniente o foro no conveniente. En el derecho anglosajón, es la decisión que un tribunal toma sobre su propia competencia para conocer de una acción.

Genus nunquam perit. Los géneros, las mercancías en general, las que no han sido contadas, pesadas o medidas, no perecen o se pierden, porque no hay forma de cuantificar su monto.
Gobierno. Es uno de los elementos del Estado, se trata de la facultad de que está dotado el Estado para ejercer el poder político dentro de su territorio.

***Habeas corpus* (*ad subjiciendum*)**. Una antigua acción del derecho inglés que sirve para defender o garantizar la libertad de los individuos, un equivalente primitivo del juicio de amparo.
Hecho jurídico. Suceso o acontecimiento que se produce en un lugar y tiempo determinados y al acontecer modifica una realidad, sin que en ello medie una voluntad humana que pretenda una determinada consecuencia jurídica.
Hecho jurídico negativo. Es aquel que causa daños o perjuicios a alguien. Se subdivide en tres: natural, involuntario y voluntario.

Hecho negativo involuntario. Suceso o acontecimiento vinculado con la voluntad humana que se realiza sin la intención de producir las consecuencias jurídicas que acarrea.
Hecho negativo natural. La doctrina distingue dos: la fuerza mayor y el caso fortuito. En ambos hechos, las consecuencias son las mismas: impiden a la persona que se había obligado a una omisión o a una acción, que la cumpla. El caso fortuito o fuerza mayor exonera la responsabilidad del deudor porque el incumplimiento no proviene de su culpa, sino de un hecho ajeno que no puede resistir.
Hecho negativo voluntario. También conocido como *hecho ilícito*, en el CCF se establece en los términos siguientes: el que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo (art. 1910).
Hecho positivo involuntario. Es un suceso o acontecimiento que aunque esté vinculado de alguna forma con la voluntad humana, no fue realizado con el propósito de producir las consecuencias jurídicas resultantes del mismo.
Hecho positivo voluntario. Se trata de todo acto, de todo suceso o acontecimiento que debe su existencia a la intención libre y consciente del hombre.
Herencia. Medio de adquirir la propiedad. Se trata de la sucesión de todos los bienes, obligaciones y derechos del difunto a sus herederos o legatarios, que no se extinguen con la muerte.

Imperium. Es el poder del Estado soberano para gobernar y conducir a sus ciudadanos. Se dice de actos del Estado, actos de imperio.
Impossibilium nulla obligatio. A lo imposible nadie está obligado.
In absentia. Los actos realizados por otro, en ausencia de la persona. Se dice de los actos realizados por un representante y no por la persona interesada.
In dubio pro reo. En caso de duda, la interpretación debe hacerse a favor del acusado.
In extenso. Se dice de la publicación de un texto completo, en el que no ha habido mutilación o síntesis del mismo.
In extremis. Matrimonio celebrado entre cónyuges en el que uno o ambos se encuentran al borde de la muerte. Matrimonio celebrado en beneficio de los hijos.
In genere. Expresión que indica que la cosa es determinada por su género: maíz, metales, artículos de la casa, y no por su individualidad, la cama, maíz de cierto tipo y clase, plata, oro, etcétera.

In rem. Se dice del derecho que se tiene sobre una cosa. Un derecho *in rem*, o derecho real por oposición a un derecho personal, como un crédito, etcétera.
In situ. Alrededor de donde se encuentra una cosa. El lugar en donde se ha realizado un hecho o un acto.
Inter alia. Entre otras cosas. Adverbio que se usa para significar, especialmente o notablemente, una determinada cosa entre otras que se mencionan.
Inter fauces terrae. Entre las mandíbulas de la tierra. Se dice de las aguas (lagos, ríos, mares) que se encuentran al interior de un determinado territorio; el Estado que ejerce jurisdicción sobre ese territorio también lo hace sobre dichas aguas.
Inter vivos. Entre personas vivas. Una donación que una persona le otorga a otra.
Intuitu personae. En consideración a la persona. Un contrato realizado con el acuerdo y conforme a la personalidad de quien lo realiza.
Ipso facto. Aquello que se deriva necesariamente de un hecho o de un acto jurídico.
Ipso jure. Por su propio derecho. Un derecho que se adquiere a consecuencia de un hecho, la capacidad de heredar a la muerte del testador.
Ius gentium. Derecho de gentes. El derecho que el pretor en Roma aplicaba a los que no eran ciudadanos romanos. A partir de Hugo Grocio en el siglo XVII, el derecho de las personas que los Estados deben respetar. Un antecedente directo de los derechos humanos.

Jurisprudencia. Fuente de creación normativa a través de las resoluciones judiciales, cuando éstas son obligatorias. En México la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de los Tribunales Colegiados de Circuito es esa fuente, siempre y cuando se dicten cinco ejecutorias (sentencias) consecutivas, sin que entre ellas haya ninguna en sentido contrario.
Juris tantum. Se dice de una presunción que se tiene como resultado de una acción, pero que puede ser controvertida por la contraparte.
Jus abutendi. El derecho de la persona de disponer de su propiedad como lo estime conveniente.

Lato sensu. En un sentido amplio, por oposición a una interpretación acotada o restringida.
Lex domicilii. Ley del domicilio. Ley que se aplica para regular todas las cuestiones relacionadas con el estado civil y la capacidad de las personas.
Lex fori. La ley del tribunal, la ley de procedimientos que aplica el juez.

Lex loci actus (o ***lex regit actum***). Ley del lugar del acto. En donde éste se ha celebrado, la ley del lugar es la que rige su creación.
Lex loci celebrationis. Los requisitos que se necesita cumplir para crear un acto, serán los del lugar en donde el acto se celebre.
Lex loci commissi delicti. La ley del lugar en donde se cometió el delito.
Lex loci contractus. La ley del lugar del contrato es la que rige a éste.
Lex loci delicti commissi. La ley en donde se comete el delito, es la ley aplicable. Se aplica también en casos de responsabilidad civil, aunque el CFPC establece que en materia de responsabilidad, si se trata de una acción personal, será competente el juez del domicilio del demandado.
Lex loci rei sitae. La ley en donde se encuentra el bien es la ley que lo rige.
Lex loci solutionis. La ley del lugar de cumplimiento del contrato es la que se aplica: ley del lugar de pago, ley del lugar en donde la obligación debe ser llevada a cabo.
Lex mercatoria. Usos y costumbres del comercio. El derecho de los comerciantes que previamente han aceptado o acordado y que se convierte en derecho obligatorio entre ellos.
Lex rei sitae. La ley del lugar rige al acto.
Ley. Norma jurídica obligatoria y general emitida por el Estado para regular la conducta de los individuos dentro de la sociedad o para establecer los órganos necesarios para el cumplimiento de sus fines.
Litis pendens. Litigio o proceso pendiente, aún no resuelto por el juez.
Locus regit actum. El lugar rige al acto, por tanto, la ley en donde éste se celebre es la ley aplicable al mismo.
Locus standi. El derecho de una persona para entablar una acción o participar en ella con un interés suficiente. Derecho de acceso a la justicia.
Lucrum cessans. Lucro cesante, lo que se dejó de ganar a consecuencia de un daño y debe ser resarcido el perjuicio.

Manu militari. Por la fuerza militar, la realización de un acto por la fuerza.
Memorándum. Lo que uno debe recordar, señalar a otro lo que uno considera importante o necesario.
Mens rea. La intención culpable en la realización de un hecho o de un acto.
Método. Procedimiento para abordar e investigar un tema determinado.
Metodología. La ciencia de hacer con orden una cosa: la ciencia del método. El orden para llevar a cabo un experimento, para postular y desarrollar una teoría; existen reglas mínimas que son propias de la metodología, como es el caso de la escrutabilidad, la refutabilidad, la confirmabilidad y la simplicidad.

Metodología jurídica. Estudia la problemática inherente a los métodos de que se vale la ciencia jurídica para conocer su objeto.
Mobilia sequntur personam. Los bienes siguen a la persona. La persona los tiene a su lado. Se dice que la competencia para conocer de los bienes muebles será la ley del domicilio de su propietario (CFPC, art. 24, fracc. IV).
Modus operandi. La forma de realizar actos, la forma de comportarse y proceder. En el derecho penal, el comportamiento de un supuesto delincuente.
Modus probandi. Forma en que se debe realizar la prueba en el proceso.
Modus vivendi. Modo de vida, la forma en que una persona arregla sus asuntos o se acomoda a ellos, siempre de forma provisional.
Mora. Retardo, cumplimiento extemporáneo de una obligación.
Mortis causa. A causa de la muerte. Se dice que hay actos jurídicos —el reparto de los bienes del difunto— a consecuencia de su muerte.
Mutatis mutandis. Regla que se aplica en un caso análogo, siempre con un ajuste adecuado. También se dice de las cosas que deben ser cambiadas, o han sido cambiadas.

Nemo alienum factum promittere potest. Ninguno puede prometer hechos que debe realizar un tercero.
Nemo allegans turpitudinem suam est audiendus. Nadie puede alegar en su favor su propia torpeza. La persona no puede prevalerse en su favor de un hecho o un acto, si éstos se produjeron por su culpa. El incumplimiento de un contrato no puede ser alegado por el responsable de que el contrato no haya podido cumplirse.
Nemo censetur ignorare legem. Nadie debe alegar su ignorancia de la ley.
Nemo dat quod non habet. Nadie puede dar lo que no tiene. No se debe transmitir un bien que uno no posee o no es propietario del mismo.
Nemo debet esse judex in propria sua causa. Nadie debe ser juez de su propia causa.
Nemo tenetur ad impossibilia. Nadie está obligado a cosas imposibles.
Nemo tenetur seipsum accusare (ou prodere). Nadie está obligado a acusarse a sí mismo o proceder contra sí mismo.
Nexo o vínculo de imputabilidad. Relación que existe cuando el comportamiento humano es analizado como supuesto o condición de la norma jurídica, cuando ese comportamiento implique el cumplimiento o incumplimiento de formalidades o condiciones establecidas por la ley, como puede ser el caso de un delito o una acción censurable.
Nexus. Vínculo, relación.
Nihil obstat. Nada se opone. Permiso de publicar una ley o algún texto.

Norma. Regla de conducta obligatoria que impone deberes o confiere derechos.
Norma de conflicto. Norma jurídica adjetiva que, con base en el supuesto o condición de un hecho o categoría jurídica (forma de los actos, capacidad de las personas, etc.) y la consecuencia jurídica, nos indica el derecho susceptible de ser aplicado, derecho que nos dará la respuesta directa.
Norma jurídica. Regla de conducta que confiere facultades o impone deberes u otorga derechos para que los individuos en sociedad puedan comportarse de manera adecuada, vivir en armonía y asegurar sus intercambios.
Norma jurídica adjetiva. Indica los procedimientos que deben seguirse para producir nuevas normas; éstas nos señalan quiénes son jueces o aplicadores del derecho, cuál es el procedimiento que hay que seguir para definir jurídicamente una situación, cómo debe desarrollarse todo proceso, cómo deben dictarse las sentencias, cuál es la ley aplicable, etcétera.
Norma jurídica descriptiva o explicativa. Regla de la que el legislador se vale para explicar o describir el tipo o la naturaleza de las normas jurídicas que ha expedido.
Norma jurídica general. Alude a una conducta atribuible a un número indeterminado de individuos.
Norma jurídica individual. Está dirigida a uno o varios individuos en forma personal.
Norma jurídica sustantiva. Consta de un supuesto o condición y de una consecuencia jurídica. En este tipo de norma, la regulación de la conducta es de tal forma que si ésta se realiza de acuerdo con lo establecido por la norma (supuesto o condición), la consecuencia será que el derecho reconozca lo realizado de conformidad con esa norma.
Norma moral. Es una regla unilateral o imperativa porque frente al sujeto a quien obliga no hay otro autorizado para exigirle el cumplimiento de sus deberes; o sea que las normas morales imponen deberes, pero no conceden derechos; son internas, lo que significa que las mismas han de cumplirse por el individuo únicamente con el propósito de acatarlas; son incoercibles porque su cumplimiento es espontáneo, es decir, estos preceptos no admiten el empleo de la fuerza para el logro de su cumplimiento; y son autónomas porque tanto el obligado como el creador de dichas normas es la misma persona.
Norma religiosa. Se trata de normas internas al individuo establecidas por una determinada religión o creencia; la persona acata y acepta dichas normas como parte fundamental en el desarrollo de su vida. Son de carácter interno porque auxilian al individuo para acercarse a Dios o a

la divinidad; quien cumple con ellas tendrá un buen comportamiento social, será una persona justa, caritativa. Son, a la vez, manifestaciones externas, producto de una decisión individual y de un cumplimiento espontáneo.

Nulla poena sine lege. No debe existir ninguna pena sin que exista previamente una ley que la prevea.

Nullum scriptum. Escrito nulo, escrito sin efecto.

Obligación. Requisito jurídico que tiene que cumplir la persona llamada *deudor*, de conceder a otra conocida como *acreedor* una prestación de dar, de hacer o de no hacer.

Obligación civil. Es aquella que puede exigirse por los procedimientos legales relativos, en caso de que el obligado no la cumpla voluntariamente.

Obligación de dar. Aquella en la que el deudor se obliga a la prestación de una cosa, que puede consistir: *a)* en la traslación de dominio o propiedad de cosa cierta, *b)* en la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta, y *c)* en la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida.

Obligación de hacer. Tiene por objeto la realización de una obra o tarea determinada. Me comprometo a construir una casa, a pagar una deuda, etcétera.

Obligación de no hacer. Limita la libertad del obligado, comprometiéndolo a no realizar cierta conducta.

Obligación natural. Es aquella cuyo cumplimiento no puede exigirse a través de la ley; es voluntaria. Un ejemplo lo constituyen las deudas prescritas: no tengo ya la obligación jurídica de pagarlas, pero sigo teniendo una obligación moral de pago.

Obligatione rei. Por obligación de la cosa que se posee o de la que se es propietario. Debo pagar los impuestos de mi propiedad.

Pacta sunt servanda. Los pactos, los acuerdos, deben cumplirse. Los contratos deben respetarse.

Pater familias. En la época patriarcal, nombre dado al padre de la familia, su representante.

Patria potestas. Poder paternal sobre los hijos.

Per capita. Por cabeza, por persona.

Per diem. Por día, remuneración o viáticos diarios.

Per legem terrae. Por la ley del país.

Per se. En sí mismo, por él mismo, por ella sola.

Persona jurídica. Ente capaz de derechos y obligaciones. Las personas jurídicas son las personas físicas y las personas morales; las primeras son el

ser humano mismo, y las segundas son entes creados por el derecho, para la consecución de los fines que en ellos se establecen.

Pleno jure. De pleno derecho; una vez publicada una ley se dice que es de pleno derecho. Lo mismo se dice de un contrato acordado por las partes.

Población. Es uno de los elementos del Estado, la constituyen los habitantes de un país, incluidos los que se hallen de manera temporal en ese Estado.

Poder político. Expresión del Estado que se manifiesta mediante la autoridad política, y esta posibilidad real se encuentra plasmada en la Constitución y en las leyes reglamentarias de ésta.

Post facto. Después del hecho, lo que sucedió.

Post mortem. Después de la muerte, nacen nuevas obligaciones y derechos, como el caso del derecho a heredar.

Praeter legem. Más allá de la ley.

Prima facie. En principio, en lo general, de primera vista, sin entrar en su análisis detallado.

Principio de plenitud hermética. Consiste en que el juzgador debe emitir una resolución de caso o casos sometidos a su consideración con base en la normatividad emitida por el legislador y mediante la interpretación de esas normas, y también a través de las fuentes a las cuales debe el juez acudir siempre que no sea posible resolver una controversia aplicando una disposición precisa de la ley.

Principios generales del derecho. Construcciones doctrinales o ideas y conceptos elaborados que constituyen el fundamento del orden jurídico, pues en ellos se inspira el legislador para crear dicho orden.

Proceso legislativo. Conjunto de actos encaminados a la creación de la ley. Este proceso comprende diversas fases.

Proprio jure. En virtud de su derecho propio. En acciones que el demandante actúa por el derecho que cree que le corresponde, aunque no haya vínculo directo con el negocio jurídico.

Proprio motu* o *motu proprio. Que genera su propia acción, por sí mismo, de manera autónoma.

Propter nuptias. En razón del matrimonio. Acto del cual se derivan consecuencias.

Propter rem. En vínculo con la cosa, en razón de la cosa, los derechos son reales.

***Pro rata* (parte)**. Según la parte determinada, de acuerdo con la parte proporcional.

Pro tempore. Durante un tiempo; temporalmente.

Quantum. La misma cantidad que; o bien, tanta (cantidad) como.
Quid pro quo. Una cosa por otra; reciprocidad.
Quórum. Número mínimo de miembros para constituir una asamblea que puede válidamente tomar sus propias decisiones.
Quota litis. Contrato por el cual el cliente ofrece pagarle al abogado una cuota, parte (o cualquier otro porcentaje) de lo que se obtenga en el litigio.

Ratio* (o *rationes*) *decidendi. La razón (o razones) de la decisión. En que se basó el juzgador.
Ratio legis. La razón de ser, el fundamento de la ley.
Ratione materiae. En razón de la materia.
Rebus sic stantibus. Las circunstancias permanecen iguales y el acuerdo debe ser cumplido; a menos que éstas cambien, cambiará el acuerdo.
Referéndum. Aprobación de una ley, de un decreto, por una persona distinta de quien lo emitió; una asamblea aprueba sus decisiones *ad referendum*, cuando para su aprobación debe someterlas a la aprobación del pueblo.
Res integra. Cosa nueva, la restitución de una cosa por otra igual.
Res nullius. Una cosa que no pertenece a nadie, que no tiene poseedor ni propietario.
Res perit domino. La cosa perece para su dueño; el que tiene la mercancía en sus manos es responsable de ella.

Sanción. Elemento de la norma jurídica que representa dos funciones: primero, pretende que en el futuro la norma de conducta efectivamente será acatada; y, en segundo término, intenta compensar el daño o perjuicio que se ha causado mediante una transgresión normativa.
Sentencias, los contratos y los actos unilaterales de voluntad. Son fuentes de creación normativa porque al individualizar y concretar en casos específicos normas jurídicas generales y abstractas, generan situaciones, derechos u obligaciones que no existían con anterioridad.
Simplicidad metodológica. Es necesaria para las teorías complejamente elaboradas, cuya contrastación empírica requiera que el fallo de la experiencia pueda darse inmediatamente.
Sine die. Sin día fijo.
Sine qua non. Sin la cual no es. Sin lo esencial. Algo que para darle vida al acto se requiere indispensablemente.
Sociedad. Tejido social creado por los individuos que componen un grupo y que les permite realizar sus propios fines y los del grupo o comunidad. Se le puede analizar como aquello que hay en común en un grupo o

en relaciones más complejas como el Estado, o bien, cuando se actualizan diversas formas de sociabilidad.
Sucesión. Transmisión del patrimonio de un individuo a una o varias personas.
Stare decisis. Estarse a lo decidido por los tribunales, seguir los principios de decisión establecidos por éstos.
Statu quo. En el estado en que se encontraba antes. Indica el mantenimiento del estado anterior, sin cambio.
Status. Estado de una persona, estado civil.
Statuta odiosa. Leyes extranjeras contrarias al orden público local.
Stricto sensu. En sentido estricto. La interpretación estricta de la ley.
Sub judice. Bajo la decisión del juez, el asunto aún en litigio.
Subpoena. Bajo la pena de. Juramento del testigo que ha sido puesto bajo la pena de que si no dice la verdad será castigado.
Sui generis. De su género, de su propia especie.

Técnica jurídica. Métodos o sistemas para la aplicación de los conocimientos del derecho, ya sea a la creación de las proposiciones jurídicas, o a la aplicación del derecho objetivo a casos prácticos.
Teoría pura del derecho. Pretende constituir una explicación científica del derecho; tiende a construir una ciencia que tenga por único objeto el derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. La teoría pura propuesta por Kelsen plantea lo que debe ser jurídico-positivo, pero no lo que es la realidad. Su objeto son las normas y no la realidad natural.
Territorio. Área geográfica en donde el Estado ejerce su poder; el territorio del Estado exige una clara delimitación y una definición precisa de sus fronteras, ya que el ejercicio del poder estatal sólo podrá ejecutarse válidamente dentro de los límites de territorio del Estado.
Testis unus, testis nullus. Testigo único, testigo nulo.

Ubi jus, ibi remedium. En donde hay un derecho, existe un recurso, una acción.
Ultima ratio. Último argumento, última razón que se expresa.
Ultimatum. Última propuesta en el curso de una negociación.
Ultra petita. Más allá de lo que fue demandado.
Ultra vires. Más allá de las facultades que cualquier persona, autoridad o legislador tiene. Acto ejercido sin la jurisdicción o competencia necesaria y, por tanto, un acto que no tiene sustento jurídico.
Ut singuli. Como cada uno en lo particular. Se dice de una cosa o una situación que es considerada de manera aislada.

Vade mecum. Va conmigo, se dice del libro que uno porta siempre para su consulta. El libro de cabecera.
Verbatim. Palabra a palabra en el texto.
Veto. Me opongo; oposición de un funcionario con facultades para ello, oposición de un tribunal a una acción. Derecho del pueblo de oponerse a la aprobación de una ley.
Viceversa. A la inversa, cambiando el orden de forma contraria. Recíprocamente.
Vigencia y validez. Hay vigencia cuando las normas jurídicas son observadas y cumplidas de manera generalizada por la sociedad, y hay validez cuando las normas han sido expedidas conforme a procedimientos previamente establecidos, característica definitoria de las normas jurídicas pues ellas sólo pueden existir cuando tienen validez.
Vinculum juris. Vínculo de derecho. Se deriva de la obligación contraída.

Las voces que se incluyen en el presente glosario son voces básicas que sirven de guía para el estudiante que comienza sus estudios de derecho. Se recomienda la consulta de diccionarios especializados para mayor información en cada una de las voces citadas.

Índice onomástico

La letra *n* indica que el nombre se ubica en una nota a pie de página.

Agustín, san, 186
Alcalá Zamora, Niceto, 259
Alfonso X el Sabio, 186
Andrade Sánchez, Eduardo, 314*n*, 362
Anzilotti, D., 358
Aquino, Tomás de, 238
Ardrey, Robert, 11*n*
Aristóteles, 111*n*, 180*n*, 235, 237, 238
Armienta Calderón, Gonzalo, 290*n*
Arquitas de Tarento, 235
Arteaga Nava, Elisur, 251*n*, 326*n*
Aspron Pelayo, Juan Manuel, 276*n*
Atienza, Manuel, 98, 217
Aubert, Jean-Luc, 4*n*, 8
Ayala, Francisco, 13*n*

Bachelard, Gastón, 75-77
Báez, Cecilio, 98
Battaglia, Felipe, 238*n*
Beccaria, César Bonessana, marqués de, 261
Bechler, Rolf, 26*n*
Bejarano Sánchez, Manuel, 129*n*, 278
Bernal, Beatriz, 15*n*
Bierling, Rudolf, 34, 67
Bobbio, Norberto, 18*n*, 81*n*, 232*n*, 236*n*, 333
Bodenheimer, Edgar, 3*n*, 239*n*
Bodino, Juan, 357
Bohm, David, 87*n*
Bonnecase, Julien, 310
Borja Soriano, Manuel, 216*n*
Briceño Ruiz, Alberto, 292*n*
Bruera, Olga María, 47*n*
Brugi, Biagio, 15*n*
Bunge, Mario, 41*n*
Bustillo, R., 98

Cabrillac, Rémy, 114
Cáceres Nieto, Enrique, 55*n*
Caims, Huntington, 113*n*
Calsamiglia, Alberto, 48
Caracciolo, Ricardo Alberto, 44*n*
Carnelutti, Francesco, 96, 97
Carpizo, Jorge, 192*n*, 314*n*, 316*n*
Carrillo Prieto, Ignacio, 17, 18*n*, 44
Carrillo Zalce, Ignacio, 126*n*
Carrió, Genaro, 47
Carvajal Moreno, Gustavo, 272*n*
Cassirer, Ernst, 111*n*
Cevallos, Miguel Ángel, 95*n*
Childe, Gordon, 24, 25*n*
Chinoy, Ely, 220*n*
Cicerón, 237, 310
Cobos González, Rubén, 13*n*
Cohen, Morris, 90*n*

Coing, Hermann, 28*n*
Collingwood, Robin George, 73
Cossío, José Ramón, 166
Courbe, Patrick, 123*n*, 128, 250, 262, 335
Couture, Eduardo, 180-181, 259
Covo, Milena, 89*n*
Cramaussel, Chantal, 205*n*
Cruz Barney, Oscar, 205*n*, 353*n*

Darío, Rubén, 66
De la Peza Muñoz Cano, José Luis, 340*n*
Del Vecchio, Giorgio, 177
Descartes, René, 73
Diéguez, Manuel M., 291
Domínguez del Río, Alfredo, 337*n*
Duguit, León, 50, 124
Dworkin, Ronald M., 3*n*, 24*n*

Ehrlich, E., 80
Einstein, Albert, 84, 93
Enríquez Rosas, José David, 296*n*
Escriche, Juan, 322*n*
Esquivel Pérez, Javier, 206*n*

Fernández Rozas, José Carlos, 338*n*
Ferrajoli, Luigi, 262*n*
Fichte, J., 239
Fiedler, Herbert, 53
Finch, John, 27*n*
Fix-Zamudio, Héctor, 94*n*, 326*n*, 337
Flores Gómez González, Fernando, 272*n*
Flores Zavala, Ernesto, 295*n*
Floris Margadant, Guillermo, 17*n*
Fraga, Gabino, 253, 255
Freyre, Gilberto, 98
Friedrich, Carl Joachim, 222*n*

Galindo Garfias, Ignacio, 147, 268*n*, 270
García, Trinidad, 185*n*, 243, 299
García Máynez, Eduardo, 18*n*, 28*n*, 67, 163, 172, 215*n*, 240, 243, 246-247, 333, 341
Gardella Lorenzo, Antonio, 296*n*
Garzón Valdés, Ernesto, 98*n*, 178*n*, 232*n*
Gazzaniga, Michael, 3*n*
Geiger, Theodor, 92*n*
Geny, François, 298
Gómez, Astrid, 47*n*
Gómez Lara, Cipriano, 260
Gómez Robledo, Antonio, 180*n*
Graham, James, 338*n*
Gregorio VII, 364
Gregorio XI, 364
Grocio, Hugo, 239
Gruter, Margaret, 7*n*
Guerrero Serreau, Renato, 252*n*
Guizot, François, 364*n*
Gurvitch, Georges, 114
Gutiérrez Pantoja, Gabriel, 57

Habermas, Jürgen, 359*n*
Hanson, N. R., 88*n*
Hart, Herbert Lionel Adolphus, 7*n*, 9, 34, 67, 160, 213
Hartman, E., 67
Hartmann, Nicolás, 111*n*
Hauriou, André, 219
Heck, 79
Hegel, Friedrich, 90, 217
Heller, Herman, 350*n*, 355, 358
Heráclito de Éfeso, 235
Hobbes, Thomas, 20*n*, 21, 239
Hoebel, Edward Adamson, 22*n*
Hoerster, Norbert, 185*n*
Husserl, Edmund, 67

Iglesias González, Román, 16*n*
Ihering, Rudolf von, 28, 34, 50, 67, 79, 105
Inocencio III, 364
Isatsos, Constantino, 111*n*

Jaramillo Vélez, Lucrecio, 149*n*
Jellinek, George, 28, 298, 350, 378

Kalinowski, Georges, 52*n*
Kant, Immanuel, 73, 81, 208, 239
Kaplan, Marcos, 89*n*, 359*n*
Kaufman, Arthur, 83
Kelsen, Hans, 50, 52, 67, 68, 80, 82, 109-110, 149, 156, 160, 176, 194, 208, 213, 244, 249, 297, 299*n*
Kepler, Johannes, 40
Kirchmann, J., 48, 49, 67
Kissler, Leo, 212*n*
Kötz, Hein, 25*n*
Kuhn, Thomas, 91*n*

Lamnek, Siegfried, 3*n*
Lampe, Joachim, 2*n*
Larenz, Karl, 78*n*, 79
Larroyo, Francisco, 95*n*
Ledesma, José de Jesús, 15*n*
Legaz y Lacambra, Luis, 217*n*
Leibniz, Gottfried, 44
Locke, John, 21, 239
López Garrido, Diego, 301*n*
López Obrador, Andrés Manuel, 222
Luhmann, Niklas, 13*n*
Lutzesco, Georges, 148*n*
Luypen, W., 20*n*, 232*n*

MacIntyre, Alasdair, 235*n*
Maier, Joseph, 220*n*
Maier, Julio B. J., 148-150
Mantilla Molina, Roberto L., 282-283
Maquiavelo, Nicolás, 357
Marcie, Roland, 28*n*
Marcuse, Herbert, 85*n*
Martín Oviedo, José María, 219
Martínez Morales, Rafael I., 254*n*
Marx, Karl, 216
Maury, G., 335
Medina Cervantes, José Ramón, 290*n*
Merkl, Adolfo, 194
Merryman, John Henry, 25*n*
Mezger, Edmundo, 261
Miaille, Michel, 98*n*, 251*n*
Montesquieu, Charles-Louis de Secondat, 74, 104, 239, 328
Moreno, Daniel, 251*n*
Morineau Iduarte, Marta, 16*n*
Morineau, Óscar, 23, 186, 210
Müller Erbach, H., 79-80

Nagel, Ernst, 90*n*
Nino, Carlos Santiago, 68*n*, 83, 107*n*, 168, 215*n*
North, Douglas C., 10*n*
Novalis, 56, 87

Olivecrona, K., 59*n*
Orozco Henríquez, Jesús, 329*n*
Ortega y Gasset, José, 67
Ovalle Favela, José, 258, 259

Pacheco, Máximo, 19*n*
Pallares, Eduardo, 337*n*
Pantoja Morán, David, 357*n*
Paz, Octavio, 66
Pérez Carrillo, Agustín, 54*n*, 55
Pereznieto Castro, Leonel, 94*n*, 151*n*, 190*n*, 193*n*, 233*n*, 252*n*, 290*n*, 321*n*, 326*n*, 336*n*, 338*n*, 342*n*
Pericles, 235
Pessoa, Fernando, 267
Petrocelli, Biagio, 215*n*
Phelps, Edmund S., 21*n*
Piaget, Jean, 96
Pina, Rafael de, 132, 143-146, 267*n*, 269
Pina Vara, Rafael de, 172*n*
Pinochet, Augusto, 179
Planiol, Marcel, 105*n*, 126, 266
Platón, 111*n*, 235, 237
Plum, Werner, 93*n*
Polinices, 236
Pontes Miranda, Francisco, 98

Popper, Karl R., 56, 75, 77, 215, 216*n*
Puffendorf, S., 239

Radbruck, Gustav, 239*n*
Rawls, John, 2, 21, 166-167
Raynaud, P., 335
Raz, Joseph, 161*n*, 297*n*
Recaséns Siches, Luis, 7*n*, 67, 97, 177, 220, 240, 241, 246, 249, 314
Recker, Helga, 3*n*
Reich, Wilhelm, 91*n*
Reinach, A., 67
Reinhold, Gerd, 3*n*
Ríos Granados, Gabriela, 194*n*
Ripert, Georges, 105*n*, 126, 266
Robles, Gregorio, 102*n*
Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, 266*n*
Rojas Amandi, Víctor Manuel, 46*n*, 62*n*, 93*n*
Rojina Villegas, Rafael, 122*n*, 266
Roldán Xopa, José, 253
Ross, Alf, 67, 80
Rousseau, Jean-Jacques, 21, 239, 310
Ruiz Massieu, Mario, 289*n*
Ruiz Torres, Humberto, 288
Rumney, Jay, 220*n*
Rungaldier, E., 44*n*

Salgado y Salgado, José Eusebio, 296*n*
Sánchez Azcona, Jorge, 12*n*
Sánchez Vázquez, Rafael, 334*n*
Sandel, Michael, 166*n*
Sartre, Jean-Paul, 20*n*
Savigny, Federico Carlos de, 79, 104-105, 220
Schapp, Jean, 94*n*
Scheler, Max, 67
Schmill Ordóñez, Ulises, 50*n*, 52, 244*n*
Seara Vázquez, Modesto, 299*n*
Shapere, Dudley, 87*n*
Silva, Jorge Alberto, 342*n*
Smid, Stefan, 16*n*
Sócrates, 111*n*, 235
Sófocles, 236
Soto Pérez, Ricardo, 279*n*
Spinoza, B., 239
Stammler, R., 67, 246
Stoll, 79
Suppe, Frederick, 87*n*

Tamayo y Salmorán, Rolando, 9, 26*n*, 55*n*, 77, 78, 81*n*, 109, 157, 202, 213, 221, 243, 297, 298*n*, 312*n*
Taruffo, Michele, 70*n*, 121
Tena Ramírez, Felipe, 318*n*, 319
Tenbruck, Joachim, 2*n*
Terré, François, 14, 335
Thiercy, Pascal, 236*n*
Tonnies, Ferdinand, 21*n*
Toulmin, Stephen, 89*n*
Toynbee, Arnold J., 24, 25
Treves, Renato, 21*n*, 114*n*
Tripel, 358

Unamuno, Miguel de, 84

Vázquez Cardozo, Rodolfo, 7*n*, 12*n*, 27*n*, 35, 42, 163, 168, 178, 201, 213, 232
Véjar Vázquez, Octavio, 295
Villoro Toranzo, Miguel, 125, 140-141, 148, 154, 172, 174-175, 208, 245, 246
Von Right, G. H., 156*n*

Weber, Max, 14*n*, 102, 103, 363*n*
Weill, A., 335
Welzel, Hans, 67
Windscheid, B., 79
Witker, Jorge, 293*n*
Wolf, C., 239
Wright-Mills, Charles, 93*n*

Zeus, 236
Zoffoli, Enrico, 180*n*
Zweigert, Konrad, 25*n*

Índice analítico

A

Abogado, mandamientos del, 180
Acción, 257, 304
  definida como derecho subjetivo procesal, 258
Acciones u omisiones delictivas, 260
Acreedor, 174
  o sujeto activo, 278
Actividad
  científica, 91
  intelectiva, 90
Acto jurídico, 70
  definición de, 137
  validez y prohibición en determinado, 150
  y consecuencias del derecho, 122
Actos
  con una responsabilidad jurídica, 213
  humanos, como actos jurídicos, 202
  jurídicos, 168, 258
    características generales de los, 122–125
    características particulares de los, 125–153
    definición de, 120–122, 169
    efectos de los, 150–153
    nulidades de los, 142
    modalidades de los, 151
  reglamentarios materialmente legislativos, 319
Acusaciones penales, 183
Acusados, defensa de, 183
Administración pública, 252
Adopción, como acto unilateral de voluntad, 340
Albaceas, 276
Amparo, tesis contradictorias en juicios de, 326
Antijuridicidad, 214–215
  como lo contrario o violatorio del derecho, 214
Arbitraje, 14
Argumentación
  jurídica, 69
  teoría general de la, 57
Asuntos, aceptación y rechazo de, 182
Atribuciones del Presidente de la República, 318
Autodeterminación de los pueblos y las naciones, 351

Autonomía, 287
de la voluntad, 339
de la voluntad para contratar, 29
Autoridad
concepto jurídico de, 222
política, 221–223, 360
como concepto jurídico fundamental, 220
concepto de, 222
Autorización
concedida por la norma al pretensor, 245

B

Bandos de policía y buen gobierno, 194, 240, 299
Bien común, 103
definición de, 271
Bienes
abandonados cuyo dueño se ignora, 271
consumibles y no consumibles, 271
corpóreos e incorpóreos, 273
de dominio público, 273
de dueño cierto y conocido, 271
de uso común, 273
destinados a servicio público, 273
fungibles y no fungibles, 271
inmuebles, 271
por destino, 272
por el objeto al que se aplican, 272
por naturaleza, 272
intercambio de, 10
mostrencos, 271
muebles, 271
por determinación de la ley, 272
propiedad de particulares, 273
sin dueño, 271

C

Capacidad, 137–138, 263
de ejercicio, 206, 264
de goce, 206
explicativa, 62, 116
en el derecho, 63
jurídica de las personas físicas, 205
predictiva, 63, 116
para el legislador, 63
para la teoría jurídica, 64
unificadora, 116
como esfuerzo de integración del conocimiento jurídico, 65
como requisito de la teoría jurídica, 65
tecnología como producto de la, 65
Caso fortuito, 129, 168
hechos del hombre como, 130
Casos prácticos, enseñanza del derecho a partir de, 95
Causación social, 216
Causalidad
en el mundo de las ciencias sociales, 216
en el mundo normativo, 216
y su función en la ley física, 217
Certeza, 4, 172
y seguridad jurídicas, 158
Ciencia
como conocimiento-producto, 107
como medio contra el dogmatismo, 89
como producto cultural, 115
como un método para producir un resultado, 107
concepto de, 40–41
conceptuación del derecho como, 56
definición de, 74
del derecho, objeto de la, 219
derecho como, 43, 44, 45

diferencias de la filosofía con la, 112
fáctica, 115. *Véase* Ciencias factuales
formal, 115
jurídica, 117
como sistema de conocimiento, 81
criterios determinantes de la, 78
metodológico de la, 78
sociológico de la, 78
valorativo de la, 78
método de exégesis en el estudio de la, 104
método de jurisprudencia analítica en el estudio de la, 104
método histórico en el estudio de la, 104
objeto de la, 99, 207
particularidades de la, 98–117
social, objetividad en el trabajo de la, 93
y ciencia jurídica, 39–118
y metodología, 74–92
Ciencias
experimentales, jurisprudencia y, 49
fácticas, diferencia fundamental entre derecho y, 43
factuales, 42–43
factuales o empíricas, derecho y, 54–56
formales, 41–42
derecho y, 52–54
normativas, 43–52
sociales, aislamiento del derecho y el resto de las, 96
Civilización, 22
Coacción
como parte esencial de la norma jurídica, 209
concepto de, 209
estatal, en el derecho, 35
Codificación, 53
de la lógica, 53
matemática, 54
Código, aplicación del, 184
Coercibilidad, 176
como efecto de la norma jurídica, 176
definición de, 175
Cohecho, 182
Coherencia y consistencia en el derecho, 62
Comerciante, 283
Comercio internacional, usos y costumbres en, 332
Common law, 48
pensamiento jurídico del, 57
Competencia
económica, análisis de la, 295
federal, 192
para los estados, 192
Comportamiento
basado en normas jurídicas de cumplimiento obligatorio, 100
humano, 58
como supuesto o condición de la norma jurídica, 204
imputativamente vinculado, 207, 226
simple o natural, 203
traducido en norma jurídica, 82
Compraventa
existencia de un contrato de, 42
internacional de mercaderías, 344
Comunidad Económica Europea, 301
Concepción contractualista de la sociedad y del Estado, 21
Concepto normativo, transformación de un hecho real en un, 202
Conceptos
de carácter real, 218–223
jurídicos
formales y reales, 218

Conceptos (*Cont.*)
fundamentales, 226
diversos, 201–215
genéricos de regla, norma y ley, 172–173
Conceptualismo, 48
Concubinato, 268
Condición, 152–153
resolutoria, 152
suspensiva, 152
Conducta
colectiva, 309
externa o colectiva, 20
individualización de la, 11
íntima o interna, 175
afectiva e individual, 20
prohibida, 199
reglas de, 12
Conductas
correspondencia de, 14
estabilización de, 2
estabilización de la intención de, 10
externas
sancionadas por normas jurídicas, 175
y colectivas, 6
humanas, imprevisibilidad de las, 2
nocivas, represión de, 104
normas que reprimen, 209
reconstrucción de, 60
sociales, derecho como orden efectivo de control de las, 26
Confirmabilidad, 74, 83, 84, 117
Confraternidad universal, doctrina de la, 237
Congreso de la Unión, facultado para crear leyes, 173
Conocimiento
facultad de vincularse con la realidad, 111
jurídico, 113
teoría del, 110
Consecuencias
de derecho, intención de producir, 123
jurídicas
de hechos de la naturaleza, 122
de hechos sin voluntad humana, 122
por ordenamiento jurídico, 123
Consensual, 153
Consensualismo, 15
tránsito del formalismo al, 15
Constitución, 192, 225
como cuerpo normativo, 365
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 159
Constitucionalidad, teoría del control de la, 251
Consultas por medios publicitarios, 184
Contenido moral
derecho como ciencia sin, 9
en el sistema jurídico, 9
Contrato, 280–282
causas que invalidan el, 146–147
definición de, 339
distinción entre convenio y, 280
requisitos para la existencia del, 145
Contratos
clasificación de los, 280–281
conmutativos y aleatorios, 280
consensuales, reales y formales, 280
instantáneos y de tracto sucesivo, 281
onerosos y gratuitos, 280
unilaterales y bilaterales, 280
y actos unilaterales de la voluntad, 338–341
Controversias
constitucionales, 251
prevención y resolución efectiva de las, 3

Convencionalismos
sociales, 173, 186, 224
diferentes graduaciones de, 187
no exigibles, 245
Convenio, definición de, 338
Convivencia con los otros miembros de la sociedad, 11
Costumbre, 347
como derecho vigente, 241
como fuente de creación de derecho, 345
como fuente formal del derecho, 311
como fuente secundaria del derecho, 331
concepto genérico de, 329
contra legem, 330
derogatoria, 242
praeter legem, 330
secundam legem, 330
y usos, diferencias entre, 331
Creación normativa
en sistemas de derecho consuetudinario, 323
en sistemas de derechos codificados, 323
jurisprudencial, 311
Creatividad, 65, 66, 116
como elemento básico de la teoría jurídica, 65
en el campo del derecho, 66
Creencia dogmática, 108
Cultura
como herencia social, 22
como producto social, 22, 36
cristiana
occidental, 25
ortodoxa, 25
islámica, 25
y derecho, 22–23

D

Daño, reparación del, 134
Dato sensorial, 90
Deber profesional, 181
Deber ser, 46, 68
como obligación de cumplimiento de la ley, 103
separación entre el ser y el, 92
unión del ser y el, 100
Declaración Universal de los Derechos del Hombre, 300
Delito
definición de, 214, 260
imprudencial, sanción por, 261
intencional, sanción por, 261
Delitos, tipos penales o, 259
Denominación de personas morales, 266
Derecho
a recibir alimentos, 270
acepciones y ramas del, 293–296
adjetivo, 303
y derecho sustantivo, 246–247
administrativo, 252–257, 304
definición de, 252
aéreo, 293–294, 305
agrario, 289–291, 305
análisis de la ley como fuente del, 313
análisis económico del, 294
análisis sociológico del, 67
bancario, 288, 305
canónico, 295, 305
características relevantes del, 27–35
civil, 262–273, 304
definición de, 262
tendencia universalizadora del, 262
clasificación del, 230–307
como función del derecho objetivo, 245

Derecho (*Cont.*)
como instrumento de cambio social, 315
como orden jurídico, 231, 303
como producto de la sociedad, 114
como sistema cerrado, 68
como sistema rígido, 68
común (*Common law*), 48
comunitario, 299–303
definición de, 300
concepto de, análisis de los elementos que integran el, 119–120
concepto preliminar de, 35–38
conceptos fundamentales del, 119
constitucional, 250–252, 304, 313
definición de, 250
estatal, 251
repecto de la población, 250
respecto de la nacionalidad, 250
respecto del gobierno, 250
respecto del territorio, 250
transitorio, 250
consuetudinario, 297–298, 305
contenido sustantivo del, 94
corriente sociológica del, 80
criterio de aplicación del, 109
definición del, 119–120
del trabajo, 291–293, 305
definición de, 291
diferentes conceptos de, 26–27
diversas acepciones del término, 35
divino, de validez absoluta, 234
económico, 67, 294
eficaz, 243–244
elementos definitorios del, 25–38
escrito, 297–298, 305
estatal, 298–299
federal, 298–299
fiscal, 295, 305
definición de, 295
formalmente válido, 163
fuentes del, 310, 309–348
función del, 99
importancia del lenguaje en el, 320
influencia del pensamiento religioso y sus reglas en el, 186
instrumental, 247. *Véase también* Derecho adjetivo
internacional, 306
privado, 306
público, 306
público y privado, 299–303
público, características del, 299
laboral, 247
legislado, 297–298, 305
definición de, 297
objetivo, 297
marítimo, 296, 305
concepto de, 296
material, 304, 305. *Véase también* Derecho sustantivo
definición de, 282
militar, 295, 305
municipal, 251, 298–299
nacional, 299–303
creado por un país, 299
natural, 49, 231–234, 303
como derecho divino, 235–236
como pensamiento revolucionario, 234
desarrollo del, en el pensamiento griego, 233
en el pensamiento jurídico romano, 236–237
escuela clásica del, 237–238
idea conservadora del, 234
noción tradicional del, 238–240
origen del, 232–234
naturaleza subyacente del, 64
objetivo, 26, 37, 303
aplicaciones del, 244
definición de, 244
y derecho subjetivo, 244–246
objeto del, 207

penal, 304
como rama del derecho público, 259
positivo, 27, 99, 303
normas del, 28
principios generales del, 347
principios y fundamentos del, 69
privado, 262–288, 304
definición de, 261
distinción decimonónica entre derecho público y, 247
procesal, 122, 257–259, 304. *Véase también* Derecho adjetivo
conceptos básicos o fundamentales del, 257
profano, 234
público, 249–261, 247–293, 304
diferenciación no justificada entre derecho privado y, 248
romano, principios del, 333
sagrado, 234
significados de los principios generales del, 334
social, 288–293, 305
subjetivo, 26, 37, 226, 303
como facultad derivada de la norma, 246
y deber, 207–208
sustantivo, 246, 304
teoría científica del, 56
teoría psicológica del, 67, 79
teoría pura del, 56, 80, 82, 116
teoría sociológica del, 59
vigente, 240–243, 303
y derecho positivo, distinción entre, 240
Derecho natural, derecho vigente y derecho eficaz, 231–244
Derechohabiente, 174
Derechos
humanos, 250, 300, 352
políticos, 352
Descanso obligatorio, 291
Descentralización, 254
por colaboración, 254, 255
por región, 254
por servicio, 254, 255
Desigualdad económica y social, 165
Deudor, o sujeto pasivo, 278
Diferencias culturales, 23–25, 36
Discrepancia entre valores y creencias, 5
Diversidad cultural, 24
Divorcio, 269
Doctrina, 347
como fuente supletoria del derecho, 241
jurídica, 116
principios generales del derecho y la, 332–336
Dogma en derecho, 108
Dogmas
del derecho positivo, 110
jurídicos discutibles, 108
Dogmática
jurídica, 107–110, 117
dogmas que estudia la, 110
kelseniana, 109
Dogmatismo, 89
Dolo, 139
en materia de contratos, 175
Domicilio
clases de, 266–267
como atributo de la personalidad, 266
y residencia, 266

E

Efectos
jurídicos, 150–151
respecto del acto mismo, 151–153

Eficacia
como condición de la validez del derecho, 243
de la norma, 163–164
Ejecutivo
como órgano administrativo, 252
como órgano político, 252
Ejido, 289
colectivo, 290
como institución jurídica, 290
mixto, 290
parcelado, 290
Empresa
definición de, 256
diferencia entre la empresa privada y la, 256
privada, lucro como finalidad de la, 256
pública, 256
Endosatario en procuración, 128
Enriquecimiento ilegítimo, 126
elementos del, 127
Enseñanza y aprendizaje mecánicos, 86
Enunciados fundamentales, 44
Error, 139
de cálculo, 140
en la entidad física, 140
grados de, 140
Escrutabilidad, 74, 83, 116
Esperanza normativa, 13, 46
Esponsales, 267
Estado
centralización del poder en el, 364
civil, 264
como forma de organización política, 362–363
como unidad política básica, 357
concepto de, 349
control del poder del, 75
definición de, 350
elementos del, 350–356
elementos definitorios del, 19
función administrativa del, 252
identificación de la nación con la población de un, 351
interrelaciones necesarias entre derecho y, 362
origen y la evolución del, 363–365
poder del, 353, 356–361, 366
político, 264
secretarios de, 253
surgimiento del, 365
teoría dualista del, 358
teoría general del, 74, 313
territorio del, 353
y derecho, 349–367
y soberanía, conceptos de, 259
Estipulación en favor de terceros, 151
Exégesis, 50
escuela de la, 105

F

Facultad reglamentaria, 318–322
del Presidente de la República, 318
Facultades
del Congreso de la Unión, 159
del Presidente de la República, 159
Filosofía, 110–112
científica, 85
como estudio de la verdad en cuanto tal, 112
del derecho, 45, 117
analítica, 113
como actividad teorética, 98
como conocimiento residual, 99
como disciplina cognoscitiva, 113
como un tipo de reflexión, 98
jurídica, 112–113, 117
Filosofía general, 111–112
Formalismo, 46
jurídico, 18, 47, 81
revuelta contra el, 106
y realidad, 223

Fronteras
de aire, 354
de tierra, 353
de un Estado, delimitación de las, 354
marítimas, 354
Fuente, concepto y clasificación de, 309–310
Fuentes
formales, 310–318
definición de, 310
del derecho, 313
reales e históricas, distinción entre, 310–318
del derecho, 316
reales, 341–345
supeditadas a fuentes formales, 341
reales del derecho, 345
Fuerza mayor, 120, 129, 168
distinción entre caso fortuito y, 132
hechos de la naturaleza como, 130
Función
administrativa centralizada, 254
del derecho, 45
interpretativa del derecho, 58
jurisdiccional, 337
definición de, 337

G

Gobernantes, prudencia y autodeterminación de los, 238
Gobierno, derechos naturales de los individuos frente al, 238

H

Hecho
ambigüedad en la determinación del, 70
como una de las fuentes jurídicas más importantes, 70
jurídico, 70, 71
concepto de, 121
involuntario, el deceso como, 128
involuntario, el nacimiento como, 128
involuntario, la salud como, 128
Hechos
con consecuencias jurídicas, 121
del hombre, 120
diferencias entre los hechos de la naturaleza y los, 120
ilícitos, 134
jurídicos, 168
características generales de los, 122–125
características particulares de los, 125–153
definición de, 120–122
involuntarios, 168
naturales, 168
voluntarios, 168
negativos
involuntarios, 132–134, 169
naturales, 129–132
consecuencias de, 129
voluntarios, 134, 169
positivos
involuntarios, 126
naturales, 125
voluntarios, 129
prueba de los, 70
sociales, método de observación de los, 104
y actos jurídicos, 119
Herencia, 275
Heteronomía, 224
Hipótesis, 89
Historicismo
alemán, 105
escuela del, 79
Honor profesional, 181

...dez, 182
...anismo, teorías sobre el, 67

I

Identidad civil de la persona, 140–141
Igualdad, 4, 172
  principio de, 158
Ilícito, como conducta contraria a la ley, 214
Imputabilidad, nexo de, 201–204
Imputación, relación condicional de, 201
Incitación a litigar, directa o indirecta, 184
Inconstitucionalidad, acción de, 251
Incorporación, 286
Incoterms (*International Commercial Terms*), 344
Incumplimiento de la norma, sanción por, 101
Indigentes, defensa de, 182
Inexistencia
  de un acto jurídico, 144
  teoría de la, 142
  y nulidad, 145
Iniciativa, como primera fase del proceso legislativo, 316, 346
Iniciativas
  de ley, 316
    presentación de, al Congreso, 316
  presentación de, como segunda fase del proceso legislativo, 346
Instituciones
  creación de las, 10, 12
  nacidas de la Revolución Mexicana, 21
  naturaleza de las, 10
Inteligibilidad del derecho, 93
Intención, 123
  del testador, 124
Interacción humana, 12
Intercambio, instituciones del, 10
Interdependencia de los países, 312
Interpretabilidad, 59, 116
  principio de, 58
Interpretación
  el lenguaje y la, 69
  extensiva o restrictiva, reglas de, 109
  jurídica, teoría de la, 47
  métodos de, 117
Intuición
  racional, 44
    necesariamente subjetiva, 45
  sensible, 44
Ius civile, 232, 262
Ius commune, 333
Ius gentium, 232
Ius naturale, 237
Iusnaturalismo, 100, 101
  derecho en el, 102

J

Jerarquía
  normativa en México, orden de, 192
  relación de, 253
Jornada máxima de trabajo, 291
Jueces, interpretación y aplicación de la ley por los, 107
Juicios civiles, sentencia definitiva en, 332
Jurisdicción, 257, 304
Jurisprudencia, 48, 347
  analítica, 106
  como conjunto de principios y doctrinas, 324
  como fuente formal del derecho, 311

  como serie de juicios o sentencias, 322
  concepto de, 322
  de conceptos, 50
    escuela de la, 105
  de intereses, 79, 106
  establecida por la Suprema Corte de Justicia, 324
  establecida por tribunales colegiados de circuito, 325
  finalidad de la, 328
  interrupción de, 325
    razones en que se base la, 325
  modificación de la, 325
  obligatoria, 241
  obligatoriedad de la, 323
Justicia, 4, 172
  como virtud social, 98
  concepto de, 35
  distributiva, 167
  social, 167
    principios de la, 166

L

Lealtad
  con el cliente, 181
  hacia el adversario, 181
  hacia el juez, 181
Leges imperfectae, 211
Leges plus quam perfectae, 210
Legislación, como fuente formal del derecho, 311
Legitimación, 287
  democrática, 360
  definición de, 360
Lenguaje
  científico, 89
  descriptivo, demostrativo o narrativo del jurista, 72
  jurídico diferente al lenguaje normal, 69
  normativo en el derecho, 219
  objeto, 72
  prescriptivo del legislador, 72
  y la interpretación, 69
Lex mercatoria, 342
Ley
  como norma jurídica obligatoria y general, 223
  de las XII Tablas, 15
  definición de, 172
  eterna, 237
  física o natural, 215
  fundamental, 225
  humana, 237
  natural, 237
Ley Fundamental, 192
Leyes
  estatales, aprobación de las, 240
  federales orgánicas, 192, 225
  imperativas, 32
  ordinarias, 192, 225
  perfectas, 210
  privativas o prohibitivas, 31
  procedimiento para elaborar las, 311
  secundarias, 193, 228
Libertad, 4, 172
  colectiva, 166
  como valor del derecho, 165
  de culto religioso, 5
  individual, 37
  respeto a la, 36
  restricciones a la, 29
  sanciones a la, 29
Literalidad, 287
Lo jurídico, 113
Lógica
  del derecho, 113
  deóntica, 52
  formal, 41
    en el derecho, 46
    en las ciencias empíricas, 46
    y ciencia del derecho, 50
  significado social de la, 85

Mala fe, concepto de, 141
Matemática pura, 41
Matrimonio
  causas de nulidad del, 140, 269
  creación de la ceremonia del, 11
Metalenguaje jurídico, 72
Método
  científico, 107, 108
  como base del conocimiento, 91
  como una forma de la lógica, 85
  del positivismo legal del positivismo legal racionalista, 79
  filosófico, 73
  histórico, 77, 116
    teoría del, 56
  histórico-natural, 79
  importancia del, en el estudio del derecho, 92–93
  jurisprudencial, 107
  y enseñanza, 92
  y metodología, 84–86
Metodología, 116
  definición de, 74
  general, 83
  jurídica, 84, 86, 117
    moderna, 97
  reglas mínimas de la, 74
  y filosofía, 73–98
Métodos
  empleados por autores jurídicos, 77
  jurídicos
    problemas fundamentales en los, 93–98
    tradicionales, insuficiencia de los, 97
Mínimo ético, 28
Misceláneas fiscales, 321
Modo, 153
  condición o, 169
Multas, 211
Mundo
  natural, 215
  normativo, 215
Municipio libre, 298

N

Nación, 350
Nacionalidad, 19, 264
  derecho a la, 352
  doble, 352
  falta de, 352
  ley de, 351, 366
  mexicana, medios para adquirir la, 351
  múltiple, 351
  pérdida de, 352
Necesidades, satisfacción de, 341
Negocios, gestión de, 126
Nexo
  contingente, 217–218
    y su función en la norma primaria y la secundaria, 217
  de imputabilidad, 226
Nociones universales y necesarias, 48
Nombre, como atributo de la personalidad, 265
Norma
  ámbito espacial de la, 188–189, 224
  ámbito material de la, 225
  ámbito personal de la, 190–191, 225
  ámbito temporal de la, 189–190, 225
  bicondicionada, 198
  como regla de comportamiento obligatorio o no, 172
  como regla que impone deberes o confiere derechos, 172
  de conflicto, 226
  eficacia de la, 227

formulación clara y sencilla de la, 59
fundamental, 50, 116
fundante, 50
  norma contradictoria con la, 50
incompleta, 156
jurídica, 116, 156–164, 169
  como proposición normativa, 92
  como regla de regulación de conductas, 217
  con validez para toda la sociedad, 190
  con validez para una parte de la sociedad, 190
  concepto de, 50, 156
  de mandato, 197
  de prohibición, 197
  fundamental, 225
  general, 225
  impregnada de un sentido moral, 179
  validez de una, 361
obligatoria, 32
primaria, 217
religiosa, 4
retazos de, 156
secundaria, aplicación no automática de la, 218
  y norma primaria, 217
sentidos del término, 223
tipos de motivación para cumplir lo ordenado por la, 176
vigente y eficaz, 231
y coacción, 34
Norma jurídica, 116
Normalidad, 164
Normas
  adjetivas, 37, 159, 227
  analogía y distinción entre diferentes, 187–188
  clasificación de las, 173–187
  coherentes y consistentes, 62
  comerciales, 32
  concretas o individualizadas, 33
  conflictuales, 246
  de derecho, 233
    privado, 231
    público, 231
  estatales u orgánicas, 34, 37
  éticas, 180–185
  externas, 36
  facultativas, 29, 34, 37
    como regla, 30
  formales, 23
  generales, 33
    y abstractas, 31, 37
  imperativas y coactivas, 18
  individuales y normas generales, 195
  individualizadas, 336–341
  internas o afectivas, 36
  jurídicas, 7, 36, 45, 61, 149, 173–177
    adjetivas, 199, 225
    ámbitos de validez de las, 188–201
    aplicación mecánica de las, 61
    basadas en hechos sociales, 161
    cambios de, 341
    coercibles, 175
    como enunciados prescriptivos, 162
    con validez universal, 24
    creación de las, 345
    cumplimiento obligatorio de las, 172
    de conflicto, 200–201
    definición de, 157
    desarrollo de las, 361
    descriptivas o explicativas, 200, 225
    en relación con su jerarquía, 191–195
    fecha de entrada en vigor de las, 189
    fecha en que dejan de estar en vigor las, 189

Normas (*Cont.*)
finalidad de las, 174
formuladas para propiciar conductas útiles, 158
funcionamiento social de las, 92
heteronomía de las, 176
individualizadas, 33
limitación en la expedición y aplicación de las, 189
para impedir conductas indeseables, 158
precisión conceptual de las, 100
producto de diversos hechos sociales, 161
sustantivas, 196–199, 225
tipos de, 196–197
válidas, 162, 164
validez de, 46
vigencia y validez de las, 109
morales, 4, 173, 177–179
autónomas, 178
diferencias entre normas jurídicas y, 187
finalidad de las, 5
incoercibles, 177
internas, 177
parecidas en todos los grupos sociales, 233
semejanzas entre normas jurídicas y, 187
unilaterales e imperativas, 177, 224
y normas éticas, 180
objetivas, 159
obligatorias, 33
particulares o individualizadas, 31, 37
penales, 158
primarias, 34, 37, 160
procesales, 199
tipos de, 199–200
u orgánicas, 18
prohibitivas, 30, 37
como excepción, 30
religiosas, 173, 185–186
finalidad de las, 5
internas, 224
represivas, 18
secundarias, 34, 37, 160
sustantivas, 18, 34, 159, 227
definición de, 159
válidas, aunque no eficaces, 244
vinculadas con la organización del Estado, 33
Normatividad internacional, 312
y sistema jurídico interno, 321
Nulidad, 169
absoluta, 145
y nulidad relativa, 143
función normativa de la, 148
relativa, 146
Nulidades, 149
teoría de las, 148
Número, como concepto abstracto, 41

O

Obligación
de dar, 278
de hacer, 278
de no hacer, 175, 278
definición de, 278
deudor de la, 174
elementos de la, 278
objeto en una, 278
relación jurídica en la, 279
Obligaciones, 277–279
a plazo, 282
civiles, 279, 282
clasificación de las, 281–282
condicionales, 282
de dar, 282
de hacer, 282
de no hacer, 282
derecho de las, 277, 339
naturales, 211, 279, 282
puras, 282

Orden
jurídico, 36
objetivo del, 28
y realización de la libertad, 16
público
concepto de, 35
disposiciones de, 32
leyes de, 29, 32
Órdenes
normativos, 12
teoría de los dos, 234

P

Pacta sunt servanda, 35
Pacto social, 12, 20, 310
y económico, 16
Patria potestad, 269–270
Patrimonio, 265
definición de, 265
Pequeña propiedad, 290
Persona
como entidad real, 220, 221
concepto real de, en el derecho, 221
física, 226
humana, 221
como ente psicobiológico, 221
jurídica, 204, 221, 226, 263
colectiva, 263
concepto de, 263
distinción entre persona física y, 263
individual, 263
moral, 221, 226
personas físicas que integran una, 205
o persona jurídica, 205
Personalidad
jurídica, 137, 204-207
de una persona moral o legal, 205
o persona física, 204
Personas
físicas
atributos de las, 207
personalidad jurídica amplia de, 206
imputables, 261
inimputables, 261
morales, personalidad jurídica limitada de, 206
Plazo o término, 152, 169
Pluralismo jurídico, tesis del, 114
Población, 350
Poder
Constituyente
definición y prelación del, 313
distinción entre poderes constituidos y, 314
del Estado, justificación del, 360
disciplinario, 253
Ejecutivo de la Federación, 252
Judicial, 35
político, 19
relaciones de, 363
público, 313
Poderes
división de, 33
división del Estado en tres, 75
federales, 251
teoría del equilibrio de los, 103
Política
como relación social, 362
y derecho, 222
Políticas públicas, 18
Positividad, 242
concepto de, en derecho internacional, 242
Positivismo
jurídico, 100, 102
normativista, 83
Postulados, corrección sintáctica y sistematicidad de, 57
Precedentes judiciales, 63
Precio, pago del, 71
Premisas y conclusión, 57

Prescripción positiva, 145
Presidente, facultad reglamentaria del, 346
Pretensor, 174
Principios
de carácter genérico, 241
ideales normativos, 239
Problema de la moral y el derecho, 178
Procedimiento, abusos de, 182
Procedimientos judiciales, leyes de, 159
Proceso, 257, 304
consuetudinario, 328–332
jurisprudencial, 322–328
legislativo, 316–318, 346
definición de, 316
tercera fase del, 317
Profundidad, 116
como requisito de la teoría jurídica, 64
en el ámbito del derecho, 64
en la argumentación, 64
en la doctrina jurídica, 65
Propiedad, transferencia de la, 71
Proposición jurídica, 50, 116
Proyecto nacional, 314
Publicación
de la ley en el *Diario Oficial de la Federación*, 317
en el proceso legislativo, 346
Publicidad de litigios pendientes, 184
Pueblo, 353–356
definición de, 350, 366
Pueblo (sociedad), 19
Puntualidad, 184

R

Razón
como último criterio de validez de las leyes positivas, 235
social, 266
Realidad
correspondencia entre la proposición normativa y la, 54
divorcio entre la teoría y la, 86
vinculación del pensamiento con la, 40
Realismo, 46
jurídico, 67, 106
sociológico, 67
Referencia, marco teórico de, 58
Reflexión metodológica, 94
Reforma constitucional, vías de, 315
Refutabilidad, 74, 83, 84, 117
Regímenes
de centralización, 253
de descentralización, 253
Regla de derecho, 50
Reglamentos, 193
Reglas
de conducta
bilaterales, 173
imperativo-atributivas, exteriores, coercibles y heterónomas, 173
obligatorias, 223
de conflicto, 246
de convivencia, 11
de protocolo, 187
de trato social
diferencias entre normas jurídicas y, 188
diferencias entre normas morales y, 188
semejanzas entre normas jurídicas y, 188
semejanzas entre normas morales y, 188
del derecho, 10
del trato social, 186–187, 224
divinas, transformadas en derecho laico, moderno y flexible, 18
éticas o morales, 233
explícitas y colectivas, 6

externas, 9
explícitas, carácter obligatorio de las, 7
internas, 4–6
mínimas de convivencia, 21
sociales, en el interior de un grupo social, 6
técnicas, 172, 223
cumplimiento potestativo de las, 172
Relación
ciencia-derecho, 48
de dominación, 19
de trabajo
a un contrato, 292
definición de, 292
Religión, y la vida social y política, 6
Representatividad, 60, 116, 363
Requisitos
epistemológicos, 116
de la teoría jurídica, 62
semánticos en derecho, 58
Resoluciones, función integradora de los jueces en sus, 69
Responsabilidad, 212
civil, determinación de la, 216
como concepto jurídico fundamental, 226
objetiva, 133, 134, 213
significados de la palabra, 213
solidaria, 283
subsidiaria, 283
jurídica, 212–214
Riesgo creado, 133

S

Salud mental, como concepto dogmático, 55
Sanción
concepto de, 209
por infracciones, 260
restitutoria o compensatoria, 212
y coacción, 208–212
Sanciones
inteligentes de la ONU, 300
jurídicas, 212
o penas, 260
Secreto
obligación de guardar el, 183
extinción de la, 183
profesional, 183
Sector paraestatal, 256
Sectorización, 257
Seguridad, 4, 172
Sentencia, 337–338
como acto de ejecución del derecho, 337
judicial, 33
Sentencias
análisis del derecho a partir de, 336
que individualizan la aplicación de la ley, 195
Ser humano, 1–4
como individuo, 3
y el derecho, 10–20
y el Estado, 17–20
Seres humanos, principio de igualdad fundamental de los, 237
Servidores públicos, facultades de los, 33
Seudónimo, 265–266
Silogismo, 41
jurídico, 42
Simplicidad, 74, 83
metodológica, 84, 117
semántica, 61, 116
en la teoría jurídica, 61
Sistema jurídico, 25
mecanismos del, 50
Sistemas
de derecho codificado, 81
jurídicos
de derecho codificado, 47
ideales, 47

Sistemas jurídicos distintos, 25
Soberanía, 357
  concepto actual de, 357
  del pueblo, 314
  nacional, 360
  popular y la democracia, 238
Sociedad, 220
  anónima, 284
  como concepto jurídico fundamental, 220
  concepto de, 220
  cooperativa, 285
  de responsabilidad limitada, 284
  eficazmente regulada, 167
  en comandita
    por acciones, 285
    simple, 284
  en nombre colectivo, 283
  igualitaria, 166
  mercantil
    registro de la, 155
Sociedades mercantiles, personalidad jurídica de, 155
Sociología
  del derecho, 80
    definición de, 113
    finalidades de la, 114
  jurídica, 99, 113–117
Solemnidades, 144, 153–156
  como excepción a la regla de consensualidad, 154
Subordinación, concepto de, 292
Sucesión
  definición de, 273
  intestamentaria, 124
  mortis causa, 273
    legítima, 273
    testamentaria, 273
  testamentaria, 276
Sucesiones, 273–277
Sujeto
  activo, 174
  facultado, 174
  pasivo, 174
Supuestos, consecuencias jurídicas de, 124

T

Técnica, vínculo y sinergia entre teoría y, 87
Teoría
  autodesarrollo de la, 88
  como forma de percepción-comunicación, 87
  como objetivadora del conocimiento, 87
  constitucional, 251
  del derecho, 56–73
    requisitos mínimos de la, 57–66
  jurídica, 73
  reglas de la, 88
Teorías
  aspecto formal de las, 89
  deontológicas, 168
  jurídicas, como explicación del fenómeno jurídico, 68
  positivistas del derecho, 67
  teleológicas, 168
Territorio, 19, 353–356, 366
  como límite del poder de un Estado, 355
  de otro Estado, violación del, 355
  nacional, definición de, 356
Testamento
  como acto unilateral de voluntad, 340
  especial, 277
  hecho en país extranjero, 277
  marítimo, 277
  militar, 277
  ológrafo, 277
  privado, 277
  público
    abierto, 276
    cerrado, 276
Títulos de crédito, 286
  autonomía de los, 288

Trabajo
  científico como actividad intelectiva, 90
  científico como actividad sensorial, 90
  contrato individual de, 292
Trabajo, especialidad en el, 10
Tradición cultural, 24
Tráfico jurídico internacional, 300
Transacción, costo de la, 157
Tratado
  de Ámsterdam, 302
  de la Unión Europea, 301
  de Roma, de 1957, 301
Tratados internacionales, 193
  contrarios a la Constitución, 322
  validez de los, 342
  y su incorpotración al sistema jurídico mexicano, 322
Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia, 326
Tribunales
  colegiados, 259
  expeditos para administrar justicia, 3
  integración y funcionamiento de los, 33
  leyes orgánicas de los, 159
  unitarios, 259

U

Unidad lógica, 58, 116
  en el derecho, 59
Usos y costumbres, 10, 37, 47, 347

V

Validez, 169
  concepto de, 163
  de la norma, 162–163
    relación entre antijuridicidad o ilicitud y, 215
  de la norma jurídica, 160
  del derecho, 163
Validez de las normas jurídicas, 46
Valor, 165–168
  de la igualdad, 165
Valores
  como guía en la creación de las normas jurídicas, 165
  definición de, 12
  del derecho, como guía de las normas jurídicas, 168
  morales, 12
  o principios necesarios para la supervivencia, 232
  supremos
    necesidad de crear, 232
    normas jurídicas derivadas de, 233
    reglas relativas a, categorías de, 233
Verdad
  absoluta, 71
  jurídica, 71
  relativa, 71
Verificación
  conceptual, 115
  de la verdad o falsedad de los enunciados
    en la teoría jurídica, 54
    en las ciencias factuales o empíricas, 54
Veto, derecho de, 316, 346
Vida
  municipal, 33
  social
    normas que ordenan la, 4
    principios básicos que facilitan la, 4
  y derecho, 20–22
Vigencia, 169, 242
  de contrato, 29

Introducción al estudio del derecho

OXFORD UNIVERSITY PRESS