

00781

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO

TESIS DOCTORAL: "INTRODUCCION A LOS METODOS DE INVESTI-
GACION JURIDICA Y SU APLICACION AL ES-
TUDIO DE LA LEY PARA PROMOVER LA INVER-
SION MEXICANA Y REGULAR LA INVERSION
EXTRANJERA".

PRESENTA: LIC. ANA LUZ RUELAS MONJARDIN

DIRECTOR DE TESIS: DR. JORGE WITKER VELAZQUEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, MEXICO, DISTRITO FEDERAL, 1989

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I N D I C E

TESIS: "INTRODUCCION A LOS METODOS DE INVESTIGACION JURIDICA
Y SU APLICACION AL ESTUDIO DE LA LEY PARA PROMOVER LA
INVERSION MEXICANA Y REGULAR LA INVERSION EXTRANJERA.

	<u>PAGINAS</u>
INTRODUCCION.....	1
CAPITULO I	
FUNDAMENTOS DEL CONOCIMIENTO CIENTIFICO	
GENERALIDADES:.....	1
A) CONOCIMIENTO CIENTIFICO Y CONOCIMIENTO VULGAR.....	2
B) EL PROCESO DE INVESTIGACION CIENTIFICA	7
a) Definición	7
b) Niveles de la investigación	9
c) El método. Su concepción moderna	10
d) La técnica	21
e) Los instrumentos	28
C) OPERACIONES METODOLOGICAS DE LA INVESTIGACION	29
a) Planteamiento del problema	33
b) Delimitación del tema	34
c) Justificación e importancia del tema	35
d) Objetivos de la investigación	36
e) Estructuración y elaboración del marco teórico.	37
f) Presentación del informe o resultados de la in- vestigación.	46

CAPITULO II

EL DERECHO Y LA CIENCIA SOCIAL

A) CLASIFICACION DE LAS CIENCIAS.....	52
B) CIENCIAS FACTICAS, FORMALES Y SOCIALES	61
a) Distinción del hecho social	67
b) Características de los hechos o fenómenos sociales.	68
1. Lo colectivo de los fenómenos sociales.....	68
2. Lo objetivo de los fenómenos sociales.....	70
3. Lo general de los fenómenos o hechos sociales	71
4. Lo positivo de los fenómenos o hechos sociales	72
C) LOS PARADIGMAS ACTUALES. EL METODO DE MARX Y EL <u>ES</u> TRUCTURAL-FUNCIONALISMO.	74

CAPITULO III

EL DERECHO COMO FENOMENO JURIDICO TRIDIMENSIONAL

A) GENERALIDADES. El derecho en su tridimensionalidad	98
A.1. EL DERECHO COMO NORMA	100
a) Distinción y relaciones entre Derecho y Moral..	100
b) El concepto de norma en Alf Ross.....	104
c) El análisis de las normas jurídicas a la luz de la semiótica.	105
d) La clasificación de las normas jurídicas.....	109
A.2. EL DERECHO COMO HECHO O CONDUCTA.....	110
A.3. EL DERECHO COMO VALOR.....	113
B) EL DERECHO COMO VARIABLE INDEPENDIENTE.....	116
a) La dogmática jurídica	118
b) La escuela de la exégesis	120
c) EL método histórico-natural de R. Ihering	121
d) La escuela analítica de jurisprudencia y la teoría general del derecho.	122

e) La teoría pura del Derecho de Hans Kelsen.....	124
C) EL DERECHO COMO VARIABLE DEPENDIENTE.....	138
a) La escuela histórica del Derecho.....	139
b) La jurisprudencia de intereses	145
c) Movimiento del Derecho libre	147
Francois Geny	149
Leon Duguit	151
Maurice Hauriou.....	153
German Kantorowicz	156
Eugen Ehrlich	156
d) Sociologismo norteamericano. Roscoe Pound	158
e) Georges Gurvitch	159

CAPITULO IV

METODOLOGIA Y TECNICAS DE LA INVESTIGACION JURIDICA -
TEORICO-FORMALISTA.

A) GENERALIDADES.....	164
B) TEORIA DE LAS FUENTES JURIDICAS	166
C) LAS FUENTES DE LA INVESTIGACION JURIDICA TEORICO-- FORMALISTAS.	168
a) La ley como fuente de la investigación formalis <u>ta</u> .	170
b) La jurisprudencia como fuente de la investiga <u>ción</u> formalista.	173
d) La doctrina como fuente de la investigación <u>for</u> malista.	179
D) EL METODO LOGICO-FORMAL.....	181
- Los principios generales del método lógico-formal	187
E) LA HIPOTESIS	197
a) Hipótesis dogmática	201

b) Hipótesis descriptiva.....	202
c) Hipótesis analógica.....	204
d) Hipótesis inductiva.....	204
F) LAS TECNICAS DE INVESTIGACION DOCUMENTAL EN LA INVESTIGACION JURIDICA FORMALISTA.	204
- Sistema de fichaje	206
- Las fichas bibliográficas y de trabajo legales..	209

CAPITULO V

METODOLOGIA Y TECNICAS DE LA INVESTIGACION FACTICA-SOCIOLOGICA.

A) GENERALIDADES.....	215
A.1. Definición y presupuestos de la investigación jurídica fáctica sociológica.	216
B) LAS FUENTES DE INVESTIGACION JURIDICA SOCIOLOGICA.	221
C) ELEMENTOS METODOLOGICOS LE INTERDISCIPLINARIEDAD..	229
D) LA HIPOTESIS EN LA INVESTIGACION JURIDICA SOCIOLOGICA.	244
E) LAS TECNICAS DE INVESTIGACION SOCIAL O DE CAMPO EN LA INVESTIGACION JURIDICA FACTICA SOCIOLOGICA.	248
E.1. El muestreo	250
E.1.1. Conceptos empleados en la técnica de muestreo.	251
E.1.2. Categorías de muestreo.....	252
E.1.2.1. Muestreo probabilístico.....	253
E.1.2.2. Muestreo no probabilístico.....	256
E.2. La observación.....	257
E.2.1. Normas de la observación.....	258
E.2.2. Modalidades de la observación.....	260
E.3. La entrevista.....	264
E.3.1. Modalidades de la entrevista.....	265
E.3.2. Normas para la realización de la entrevista	267

E.4. El cuestionario.....	268
E.4.1. Formas de administrar el cuestionario....	269
E.4.2. Diseño del cuestionario	272

CAPITULO VI

LA APLICACION DE AMBOS METODOS AL ESTUDIO DE LA LEY - PARA PROMOVER LA INVERSION MEXICANA Y REGULAR LA INVERSION EXTRANJERA.

A) EL DERECHO ECONOMICO INTERNACIONAL.....	279
B) LA INVERSION EXTRANJERA EN MEXICO	284
C) LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES	294
D) LA LEY PARA PROMOVER LA INVERSION MEXICANA Y REGULAR LA INVERSION EXTRANJERA.	299
a) Antecedentes.....	299
E) APLICACION DEL METODO LOGICO-FORMAL A LA L.I.E. ..	309
a) Objetivo de la LIE según el método lógico-formal	309
b) Hipótesis formal	313
c) Las técnicas de investigación documental.....	314
F) APLICACION DEL METODO INTERDISCIPLINARIO AL ESTUDIO DE LA L.I.E.	316
a) Objetivo de la L.I.E. según el método interdisciplinario.	317
b) Hipótesis interdisciplinaria	319
c) Las técnicas de investigación social o de campo	322
CONCLUSIONES	327
BIBLIOGRAFIA.....	333

INTRODUCCION

El fenómeno jurídico es un fenómeno complejo debido a que es la expresión organizativa de la sociedad. Es un fenómeno multifacético que tiene que ver con el poder político y social, con la realidad antropológica y las determinaciones psicológicas, con las formas de convivencia, que muda constantemente adaptándose a las circunstancias históricas, que es reflejo de la realidad económica y a la vez actúa sobre ella, transformándola y planificándola. Todas estas características hacen del Derecho un problema difícil para el tratamiento científico y que carece de solución si se pretende un visión global que desconozca la pluralidad de las perspectivas epistemológicas.

En el contexto de lo afirmado precedentemente, la presente investigación propone una hipótesis central para verificar que toda institución o norma jurídica admite diferentes acercamientos metodológicos, opciones polivalentes que se nutren del enfoque del investigador o analista que bajo el amplio horizonte de las ciencias sociales es posible detectar.

EL DERECHO COMO CIENCIA SOCIAL CARECE DE UN UNICO METODO PARA SU ANALISIS E INVESTIGACION Y COMO DISCIPLINA QUE TIENE COMO CENTRO AL HOMBRE INTEGRAL EL METODO DERIVA DEL SUJETO, SUJETO PLASMADO EN LA INTERACCION SOCIAL DEL MEDIO Y EN CONSECUENCIA, SUBJETIVO Y RELATIVO.

Para probar tentativamente dicha hipótesis provisional, nuestra tesis incursiona por el sendero que va de lo general a lo particular.

En efecto, en el Capítulo I desarrollamos lineamientos referidos al conocimiento científico y al proceso científico, ubicando métodos y técnicas a un nivel introductorio instrumental.

Por su parte el Capítulo II lo orientamos a, en función del objeto de estudio; clasificar las ciencias en general enfatizando nuestra preocupación en las ciencias sociales. Los dos grandes paradigmas: estructural-funcionalismo y marxismo cierran el capítulo.

El Capítulo III, abre el camino hacia el fenómeno jurídico, rescatando la concepción tridimensional del Derecho en el cual convergen los tres ingredientes esenciales del Derecho. Hecho, Valor y Norma, trilogía conceptual que nos permite zanjar la separación clásica entre dogmática jurídica, filosofía o axiología jurídica y sociología jurídica. En esa síntesis creadora se acorta la distancia entre norma y realidad, ser y deber ser, que tanto ha preocupado a los juristas a lo largo de la historia.

El Capítulo IV incursiona por el camino tradicional de ubicar al Derecho como una forma de perfiles inmutables, inmunes a los procesos históricos y a los cambios de las relaciones sociales.

Allí y bajo el imperio del nivel prescriptivo del lenguaje normativo que se agota en reglas y mandatos, diseñamos una investigación -formalista o teórica- destacando objeto, método y -- técnica, tres momentos que bajo una hipótesis formal intenta agotar el trabajo del jurista.

El Capítulo V a manera de contrapunto desarrolla un esquema -- que aborda el fenómeno jurídico desde la óptica externa y social, única manera de enfrentar el vínculo indisoluble del Derecho con las Ciencias Sociales asunto no resuelto por los formalistas y dogmáticos que tradicionalmente han omitido tal inserción, quedándose en una especulación estéril social y políticamente.

Finalmente, el Capítulo VI intenta probar la dicotomía antes - descrita con ocasión de la Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera de contenido económico en la que se evidencia los asertos manejados en los capítulos precedentes. En este mismo apartado dejamos constancia de la - incesante evolución que observa la ciencia jurídica vista en - el surgimiento de una nueva rama del Derecho: el Derecho Internacional Económico.

Reconocemos varias limitaciones en la presente tesis, especialmente en el abordamiento de la Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera, pues nuestra competencia es limitada. Pese a ello, creemos que logramos acercar-

nos a probar la hipótesis propuesta en el sentido que el Derecho como ciencia social carece de un método unívoco y que como tal es elegido por el investigador o analista, elección coloreada de valores y vivencias. Conscientes o inconscientes, que finalmente lindan en el azaroso mundo de lo ideológico.

Ratificamos la complejidad del objeto que identifica el fenómeno jurídico, no reductible ni mecánicamente acotado. Norma, Valor y Hecho son sustratos, propios del hombre y su cotidianidad histórica y en consecuencia relativo y subjetivo.

Hemos intentado en esta búsqueda teórica crítica revalorar la exigencia científica del estudio de los hechos jurídicos, sin ignorar las facetas y perfiles controvertidos que la naturaleza social del Derecho representa.

CAPITULO I

FUNDAMENTOS DEL COÑOCIMIENTO CIENTIFICO.

GENERALIDADES.

El concepto "conocimiento" lleva implícito el desarrollo de un proceso. Sin embargo, cuando se habla del proceso de conocimiento se convierte en una reiteración-aseveración de la actividad intelectual que despliega el hombre-científico con el fin predeterminado de obtener un conocimiento nuevo, desconocido, o refutar o cambiar los que ya existen.

Todo conocimiento visto como una cualidad inherente al ser humano, trátase de conocimiento científico o conocimiento vulgar, que son los dos tipos que más destacan metodólogos y epistemólogos, requiere necesariamente de tres elementos indispensables para llevarse a cabo: el sujeto, el objeto y la interacción intelectual entre sujeto y objeto.

El conocimiento se refiere, en primer término, al proceso de asimilación intelectual que despliega el sujeto sobre un objeto determinado, independientemente del grado o profundidad con que penetre el primero sobre el segundo, y de la finalidad u objetivos que persiga. En un segundo plano, se presenta el proceso de investigación científica, como una actividad "sui generis". Veamos a continuación, primeramente, las características principales de los conocimientos científico y vulgar.

A) CONOCIMIENTO CIENTÍFICO Y CONOCIMIENTO VULGAR.

Hablar de dos tipos de conocimiento presupone la existencia de niveles dentro del propio proceso del conocimiento. No es que uno sea mejor o más útil que el otro, o que uno prevalezca sobre el otro. Lo que sucede en este caso es que cada cual cumple su función en ámbitos diferentes y en diferentes grados.

El conocimiento vulgar existe como punto de partida o referencia para la ciencia. Se finca en el sentido común, en el acontecer cotidiano.

El conocimiento ordinario, comunmente deviene no de un proceso preestablecido o construido especialmente para el efecto de -- provocar o producir un resultado pensado previamente, sino que es devenido de opiniones, información inconexa o debilmente -- vinculada y muchas veces resultado del mero azar.

El conocimiento científico resulta de un proceso racionalizado por el investigador y prevee en gran parte las características de los productos a obtener. Esto no significa que existan procedimientos preestablecidos de antemano para cada una de las -- problemáticas que pudieran surgir y que, siguiéndose la metodología científica, infaliblemente asegurarían resultados exitosos. Se trata en todo caso de guías coherentes con la experiencia científica que colaboran en el desarrollo de un proceso -- científico.

El conocimiento científico indistintamente puede partir de conocimientos vulgares u otros conocimientos científicos existentes, Es desarrollado por los sujetos investigadores con fines predefinidos.

Los distintos autores refieren al conocimiento ordinario como, - conocimiento vulgar, sentido común, conocimiento primario, conocimiento cotidiano, etc. Esta variedad de sinónimos se explica por las características tan amplias que posee este tipo de conocimiento, y que pueden remitirse al conocimiento incipiente que posee el niño desde su infancia.

Según Kedrov y Spirkin, los conocimientos cotidianos "se limitan, por regla general, a la constancia de los hechos y a su -- descripción"; es decir, solamente establecen, producto de la observación ordinaria, qué hechos, cosas o fenómenos existen y como se desarrollan mientras que el conocimiento científico "responde al cómo... y también al por qué se realiza de ese modo" (1) penetrando en la esencia del fenómeno para desentrañar sus causas.

"El conocimiento científico -asienta Rolando Tamayo- difiere -- del conocimiento práctico obtenido por la experiencia, en que -- aquél incluye un conocimiento de las causas. Los prácticos que -- han aprendido por experiencia -dice Aristóteles- saben lo que --

(1) Kedrov, M.B. y A. Spirkin. La Ciencia, México: Grijalbo (Colección 70), 1968, p. 9

se debe hacer; pero no saben por qué; mientras que los científicos conocen el por qué y la causa" (2).

El conocimiento ordinario no sobrepasa los límites de singularidad de los hechos, los concibe aislada y esporádicamente, de orden exclusivamente pragmático, sustraído de la experiencia que se obtiene en el hacer cotidiano o las lecturas usuales, conservada por los hábitos y la rutina o la memoria, sin que del hecho o fenómeno externamente percibido se extraiga su relación con otros. Por el contrario, el conocimiento científico presenta, como uno de sus rasgos principales, la generalización a partir de detectar elementos comunes entre hechos que ordinariamente se presentan como esporádicos. Es este uno de los rasgos --- principales que permiten caracterizar a un conocimiento como --- científico, en que tras lo casual descubre lo necesario, lo que se haya respaldado por leyes; tras lo singular, está lo general. La generalización permite el establecimiento de sistemas únicos partiendo de una serie de premisas iniciales, y de leyes determinadas que rigen para ciertos conocimientos. Según Kedrov (3) - "cuando la acumulación de hechos, realizada de acuerdo con una orientación determinada, y su descripción alcanzan tal nivel, - pueden ser incluidos en un sistema de conceptos y formar parte de una teoría". Sobre esta base es posible arribar a la previsión de hechos o acontecimientos futuros.

- (2) Tamayo y Salmorán, Rolando. El Derecho y la Ciencia del Derecho. México: UNAM, 1984, p. 112
(3) Kedrov, M.B... op. cit., p. 10

No obstante que encontramos características distintas y contrarias entre ambos conocimientos, notamos que no son excluyentes entre sí, sino que pueden llegar a formar parte de un proceso de "recambio" y de complementariedad, donde puede ocurrir que, un determinado conocimiento ubicado como vulgar u ordinario sea retomado, analizado y sometido al rigor científico por un investigador, y, luego de ser aceptado o convalidado por la comunidad científica, finalmente pase a ser conocimiento científico. O viceversa, de científico a ordinario. Ocurre que, conocimientos de cualesquier área o disciplina que haya adquirido el status de científico, son manejados por el comun de los individuos en el lenguaje cotidiano, de tal suerte que ese conocimiento científico pervive también como conocimiento ordinario, sin que por ello se objete su científicidad. Tal es el caso del uso del nivel dentro de la construcción por parte de albañiles que desconocen el origen o explicación de este instrumento que está diseñado partiendo del principio de los vasos comunicantes de la Física. Los conocimientos científicos y ordinarios poseen ámbitos de validez propios. El primero en la esfera científica, el segundo en la vida cotidiana. El primero "trasciende la práctica inmediata o, mejor dicho, el conocimiento que está, para el uso de la misma, es un conocimiento que se estructura a un nivel de sistematización y abstracción mayor; diríamos al más alto nivel que el trabajo del pensamiento puede acceder, pero -

teniendo como materia prima los otros conocimientos y superándolos" (4).

Por otra parte, la comunidad científica debe tomar en cuenta - el conocimiento ordinario existente, o sea lo que empíricamente se conoce del objeto a investigar, para proceder a su análisis riguroso. Como dice Mario Bunge, "... de hecho la investigación científica empieza en el lugar mismo en que la experiencia y el conocimiento ordinario dejan de resolver problemas o hasta de plantearlos" (5).

También se da el caso de que la investigación científica parta tanto de conocimientos ordinarios como de conocimientos científicos, atendiendo así al carácter acumulativo de la ciencia.

Es norma aceptada que las nuevas investigaciones deben tomar - en cuenta o partir de los conocimientos científicos ya dados - en el planteamiento de las hipótesis, ya sea para reafirmarlos refutarlos u obtener otros diferentes a partir de ellos.

Esto atiende también a reglas impuestas por la comunidad científica para la optimización de los recursos que se destinan para las investigaciones y en aras del progreso de la ciencia.

Los investigadores reconocen que deben partir de principios y conocimientos científicos existentes. La repetición de procesos investigativos no se justifica como mera repetición, sino como apoyo retroalimentativo para trabajos nuevos.

(4) Dávila Aldás, Francisco. Epistemología y Estructura del conocimiento. (mimeo) Maestría en Ciencias de la Educación-UAS, 1987, pp.47-48

(5) Bunge, Mario. La Investigación Científica, 2a.ed.corregida. México: Ariel, 1983, p.20

Finalmente, podemos concluir, con Francisco Dávila (6), que -- las diferencias entre los dos conocimientos que nos ocupan son "de grado y de nivel no de naturaleza; lo que no significa que los unos sean menos verdaderos; no sean, al límite, conocimientos. Se trata más bien, de diferencias en el nivel de abstracción, en el nivel de coherencia y sistematización, en el nivel de organización, en el nivel del trabajo que el pensamiento ha efectuado a través de la teoría y el método y en el nivel de agudeza, de fineza, de claridad y de riqueza de detectar, ---- aprehender la realidad por la vía de la razón polémica.

B) EL PROCESO DE INVESTIGACION CIENTIFICA.

a) Definición:

Definiciones del concepto "investigación" se han escrito bastante, y existe consenso entre metodólogos y epistemólogos en su significación. Veamos algunas de esas definiciones.

El término investigación refiere a la actividad premeditada -- que desarrolla un sujeto (el investigador) para el tratamiento de un problema o búsqueda de nuevos conocimientos basándose en un método. Su significado actual es conteste con su origen etimológico: "proviene del verbo latino investigo-as-are: seguir-la pista, seguir la huella, lo que nos permite ubicar a la investigación como tarea de búsqueda de algo que es objeto de --

(6) Dávila Aldás, F. op. cit., p. 22

nuestro interés y deseamos conocer en sus múltiples aspectos y detalles" (7).

En sentido amplio, según el Webster's International Dictionary, investigación es "una indagación o examen cuidadoso o crítico en la búsqueda de hechos o principios; una diligente pesquisa para averiguar algo" (8). Se refiere pues, a una actividad especial que desarrollan ciertos sujetos (los investigadores) en cualesquier área de la ciencia, ya sea para describir, explicar o predecir determinado hecho, fenómeno o acontecimiento.

El objeto al cual se puede dirigir la investigación es tan diverso, como diversa es la misma realidad. La acción investigadora puede dirigirse a objetos o fenómenos que se ubican en la naturaleza, el pensamiento o la sociedad, y las interacciones que se presenten entre estos tres rubros. De ahí se derivan investigaciones sociológicas, psicológicas, químicas, epistemológicas, antropológicas, físicas, biológicas, matemáticas, psicogenéticas, bioquímicas, cibernéticas, etc. Mediante la investigación, el hombre busca y encuentra soluciones o respuestas a problemáticas que se le presentan en la vida cotidiana, o bien las que se plantean en el marco de distintas actividades profesionales.

- (7) Ortiz W, Arturo. Introducción a la Investigación socioeconómica. México: Trillas, 1979, p. 12
- (8) Tomado de: Ander-Egg, Ezequiel. Introducción a las técnicas de Investigación Social. 6a. ed. Buenos Aires: Humanitas, - 1977, p. 28

b) Niveles de la Investigación.

No todas las investigaciones se realizan con la misma profundidad o grado de análisis del objeto de estudio. Encontramos --- principalmente tres niveles de investigación a saber: descriptivo, explicativo y predictivo.

Los estudios descriptivos no pretenden descubrir las causas o consecuencias de algún fenómeno; simplemente aquí se trata al objeto, se conocen sus relaciones y aspectos y se exponen las características que le son propias; por ejemplo, al estudiar a los miembros de una comunidad determinada, analizamos su distribución por sexo, edad, escolaridad, ocupación, etc. Es decir, detectamos su composición. Las mas de las veces, este tipo de estudio; se convierten en datos o información que pueden ser utilizada para la realización de investigaciones a otros niveles.

Los estudios explicativos pretenden explicar e interpretar hechos a la luz de las teorías científicas existentes. Es decir, aquí los datos e información se trabajan con otros fines, como son el de buscar las causas que dieron lugar a ciertos resultados, calificar los efectos producidos a la luz de la experiencia vivida y las teorías construidas sobre determinada temática. Estas investigaciones son respuestas a por que.

Los estudios predictivos van más allá de la explicación del objeto, conectan el futuro y el pasado a través de la teoría y sirven también para contrastar éstas. Establecen los princi---

pios teóricos que permiten al científico predecir la posible aparición o suceso de fenómenos. Requieren de la previa descripción y explicación del objeto o fenómeno para poder estar en condiciones de proponer probabilísticamente la realización o acontecimiento de otro hecho. Dentro de los fenómenos pertenecientes a las ciencias fácticas (física, química, biología, etc.) es donde se pone en práctica con mayor precisión este tipo de estudios; ya que están sujetos a principios de la causalidad, con un margen de variabilidad mínima. En cambio, dentro de las ciencias sociales, esto se dificulta en virtud de que los hechos sociales son multideterminados, entran en juego elementos teleológicos en la dirección de las conductas humanas - tanto a nivel individual y colectivo.

En el proceso de investigación científica intervienen tres elementos metodológicos fundamentales, que son los que guían y apoyan al investigador durante su tarea; a saber: el método, las técnicas y los instrumentos. Veamos brevemente en que consisten cada uno de ellos.

c) El Método. Su concepción Moderna.

El diccionario Léxico Hispánico, establece que método es el "modo de decir o hacer con orden una cosa. Modo de obrar o de proceder cada uno. Manera razonada de conducir al pensamiento con el objeto de llegar a un resultado determinado y preferentemente al descubrimiento de la verdad" (9).

(9) Tomado de: Bunge, Mario. op. cit. p. 559

La definición genérica que nos brinda el diccionario Léxico-hispánico sugiere que para "todo" se sigue un método. Es decir, en las acciones cotidianas, en la práctica de un deporte, en el traslado de las personas de un lugar a otro, en el trámite de asuntos particulares ante oficinas públicas o privadas, etc. todo individuo (dotado de capacidad de razonamiento) sigue necesariamente un plan, o sea, que preconcebe intelectualmente y mide la secuencia probable a atender (la dirección que ha de tomar, cómo se va a conducir, qué resultados va a obtener, etc.). A esta serie de actos internalizados sobre el modo de proceder podríamos llamarlos "el método" que los individuos rutinariamente utilizan.

En el plano de la investigación científica, el método de investigación, según S. Zurawicki, "constituye siempre una forma determinada de concepción con respecto a diferentes fragmentos de la realidad, un modo de investigación de los fenómenos y de los procesos naturales y sociales" (10). O bien, a decir de Chesnokov, es "el contenido inmanente de la ciencia, lógica que refleja las leyes del mundo real". El método se encuentra presente, implícito en el desarrollo de toda investigación científica, para lo cual observa las leyes de la lógica que rigen para todas las disciplinas científicas.

El método es general, "dado que todos los fenómenos del mundo están vinculados entre sí, la metodología y los procedimientos

(10) Zurawicki; Seweryn. "Los métodos de la Investigación Económica". En Metodología de las Ciencias (Compilación). México: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UAS.1982, p.77

de investigación de unas ciencias se aplican ampliamente en otras. Por regla general -expresa Chesnokov-, los procedimientos metodológicos tomados de otras ciencias desempeñan un papel secundario respecto del método propio de la ciencia que se trate". Respecto a las ciencias particulares, el método expresa "el contenido y la lógica del desarrollo de la ciencia en cuestión, refleja las leyes comunes a todos los fenómenos-específicos que la ciencia dada investiga. Por esto, -afirma el mismo autor-, es legítimo hablar del método de cada una -- ciencia como de algo más que simples modos y procedimientos, -hablar de métodos físicos y químicos de investigación o -si se trata de la sociedad- del análisis económico, lingüístico-e histórico, hablar de la metodología de dichas ciencias, que no se reduce directamente a los principios filosóficos generales" (11).

Los principales métodos generales de aplicación común a las diversas disciplinas científicas son: el método analítico, el sintético, el inductivo y el deductivo.

El método analítico o análisis significa "separación, descomposición, aislamiento. Procede por análisis todo aquel que de sata o libera para su consideración particularizada cada uno de los elementos que integran un todo "complejo". El desgajamiento de las partes o elementos de un objeto permite el estudio pormenorizado de las partes, y así obtener un conocimien-

(11) Chesnokov, D.I. Materialismo Histórico. Montevideo: Ediciones Pueblos Unidos, 1966. pp. 401-402

to profundo del todo, al que finalmente integran. Por el contrario, la síntesis se da cuando se reúnen o reagrupan las partes y se estudian como un todo, relacionando y unificando los elementos del objeto. "La síntesis lleva a conocer el significado" de los datos "al relacionarlos entre sí". Su conjunción les dará un nuevo sentido, su cotejo con otros datos --- afianzará su significación o la enerverá (12).

El método está ligado intrínsecamente al desarrollo y progreso de la humanidad. Históricamente ha venido avanzando de un nivel de pensamiento primitivo, pasando, durante siglos y milenios, por el establecimiento de los primeros principios científicos (la observación, inducción, deducción, experimentación, etc.) hasta alcanzar niveles elevados y complejos de acuerdo a las investigaciones realizadas en el campo específico e interrelacionado de las ciencias particulares. Acorde al grado de avance científico contemporáneo, el método ha adquirido relevantes planteamientos teóricos en la actualidad. Veamos a continuación las tesis nodales de los principales exponentes.

GASTON BACHELARD.

Para el autor de la formación del Espíritu Científico; la identidad entre objeto y conocimiento es, teórica y prácticamente imposible; pues, en la utópica posibilidad de lograrse esa identidad, desaparecería toda teoría del conocimiento. El-

(12) Lamprea Rodríguez, Pedro Antonio. Metodología del Derecho. Bogotá. Ediciones Librería del Profesional, 1982. p. 162

proceso del conocimiento no es transparente. Los elementos -- que intervienen en dicho proceso (sujeto, la relación sujeto-objeto, y el objeto) aportan obstáculos que impiden tal reduc-tibilidad. Por ejemplo, al realizarse el proceso intervienen factores internos y externos que desvirtúan la imagen real -- del objeto (prejuicios sociales, estereotipos, intelecto, medio ambiente, tipo de educación, clase social a la que se pertenece, intereses económicos, políticos e históricos, etc.).

En la relación que se da entre sujeto y objeto de conocimiento surgen los obstáculos epistemológicos de que nos habla Gastón Bachelard. El problema del conocimiento científico hay -- que plantearlo, según la psicología, en términos de obstáculo. No son los obstáculos externos, sino en el acto mismo de conocer (obstáculos epistemológico) donde aparecen los entorpecimientos, las confusiones, los estancamientos, los retrocesos e inercias. El conocimiento debe partir de superar el conocimiento existente destruyendo conocimientos mal adquiridos.

"Cuando se presenta ante la cultura científica el espíritu ja más es joven. Hasta es muy viejo, pues tiene la edad de sus - prejuicios" (13).

El primer obstáculo a vencer es la opinión. Al traducir necesidades el conocimiento piensa mal, se queda a un nivel de conocimiento vulgar que opina de algo que no se comprende.

En los sistemas homogéneos se crean menos condiciones para superar los obstáculos, se precisa un pensamiento dinámico que -

(13) Bachelard, Gastón. La Formación del Espíritu Científico. México: s. XXI ed., 12a ed., 1984, p. 16

diversifique, rectifique y se aleje de la certidumbre y la ---
 unidad. El espíritu científico debe estar dispuesto a cambiar-
 sus condiciones frente a nuevas experiencias, o sea, salir de-
 la contemplación de lo mismo y buscar lo otro (14). El episte-
 mólogo debe cambiar los conceptos como síntesis psicológicas--
 progresivas: para cada noción hay una escala de conceptos que-
 muestra cómo un concepto es producido por otro y cómo se vincu-
 la con otro. La racionalidad no debe quedarse como un concepto
 determinado definitivamente, sino verlo como obstáculo a supe-
 rar para lograr el progreso.

Entre los diversos obstáculos epistemológicos abordados por el
 autor, destacan: la experiencia u observación básica, las gene-
 ralidades del primer aspecto, el obstáculo verbal (el sustan-
 cialismo como monótona explicación de las propiedades por la -
 sustancia), y el obstáculo animista en las ciencias físicas.

PAUL FEYERABEND.

Feyerabend propone una metodología anarquista como una nueva -
 forma de arribar a los conocimientos. La sujeción a un método-
 rígido para conocer los fenómenos coarta o mutila la realidad-
 que se presenta de manera diversa, rica en eventos, multilate-
 ral e impredecible. "Un medio complejo que abarca desarrollos
 sorprendentes e imprevisibles exige procedimientos complejos y
 desafía el análisis basado en reglas establecidas de antemano-
 y que no tienen en cuenta las condiciones, siempre cambiantes-
 de la historia" (15).

(14) Op. cit., p. 19

(15) Feyerabend, Paul. Tratado Contra el Método. España: Tec-
 nos, 1974, p.3

Para Feyerabend el anarquismo es el motor que genera el proceso científico aún dentro de una metodología preestablecida, de tal suerte que ha de convertirse en principio de la metodología. "... no hay una sola regla, por plausible que sea, y - por firmemente basada que esté en la epistemología, que no -- sea infringida en una ocasión u otra. Resulta evidente que -- esas infracciones no son sucesos accidentales, que no son consecuencia de una falta de conocimiento o atención que pudiera haberse evitado. Por el contrario, vemos que son necesarias - para el progreso"(16).

THOMAS S. KUHN.

Según este autor, la actividad científica vive dos momentos - en su evolución; en uno, período normal, los resultados no se incorporan o no contribuyen al progreso de la ciencia (un progreso radical); y otro, el período revolucionario que se da - cuando ciertas teorías o principios de la ciencia, que venían rigiendo entran en crisis, y surgen otros nuevos que se disputan la primacía. Esos cambios bruscos, revolucionarios producidos por los científicos son los que permiten en última instancia el progreso en las mismas ciencias y la tecnología.

Respecto a la ciencia normal, "el progreso científico, - dice- Kuhn-, no es de un tipo diferente al progreso en otros campos, pero la ausencia, durante ciertos períodos, de escuelas competidoras que se cuestionen recíprocamente propósitos y normas,

(16) Op. cit., p.7

hace que el progreso de una comunidad científica normal, se perciba en mayor facilidad" (17).

La orientación que sigue Kuhn acerca de la determinación del progreso como característica valiosa de la ciencia, es que habrá de resolverse, en parte, de acuerdo a la relación que se presenta entre actividad científica y comunidad que la practica.

Los miembros de una comunidad científica normal concuerdan en trabajar a partir de un paradigma o paradigmas relacionados. Incluso entre los distintos grupos científicos se comparten los principales paradigmas. Esto permite a los investigadores concentrarse en problemas específicos, sin necesidad de emplear recursos y esfuerzos en reexaminar sus primeros principios.

Los grupos científicos forman comunidades "cerradas". El trabajo individual se realiza teniendo como referencia otros trabajos de los integrantes de la propia comunidad científica, y se exponen además, a la evaluación de los mismos. Y algo que es todavía "más importante, el aislamiento... con respecto a la sociedad, permite que el científico individual concentre su atención en problemas sobre los que tiene buenas razones para creer que es capaz de resolver".

Según Kuhn, existen algunas características esenciales o requisitos para pertenecer como miembro de un grupo científico-profesional: interesarse por resolver problemas en detalle sobre el comportamiento de la naturaleza; las soluciones a que

(17) Kuhn, Thomas S. La Estructura de las Revoluciones Científicas. México: FCE, 1986, p. 252

llegue, no solamente deberán satisfacerlo personalmente, sino que también deberán ser aceptadas por los colegas profesionales; no hacer llamamientos en asuntos científicos a jefes de Estado o a la población en su conjunto; ser competente para emitir juicios inequívocos (18).

La adopción de un problema de investigación que ya ha sido resuelto, es difícil que vuelva a ser reformado y enjuiciado -- desde otro punto de vista por otro científico. Solo cuando se proponga un nuevo paradigma y se satisfagan dos condiciones, -- el científico podrá adoptarlo, a saber: primero, "el nuevo -- candidato deberá parecer capaz de resolver algún problema extraordinario y generalmente reconocido, que de ninguna otra -- forma pueda solucionarse". En segundo lugar, el nuevo paradigma conservará gran parte de la habilidad para la solución de problemas que la ciencia ha adquirido a través de sus paradigmas anteriores (19).

La comunidad de especialistas científicos se caracteriza por preocuparse por el desarrollo continuo de la ciencia, aunque -- comúnmente cuando aumenta en profundidad no puede crecer en -- el mismo grado de anchura; y si sucede esto último, es particularmente en la proliferación de especialidades científicas -- y no en el alcance mismo de determinada especialidad. Estas -- direcciones que toma la ciencia y sus científicos, muestra -- que en tanto haya actividades científicas, algún tipo de pro

(18) Op.cit., p.259

(19) Op.cit., pp. 260-261

greso se manifestará. "En las ciencias, -dice Kuhn- no es -- necesario que haya progreso de otra índole"; de tal suerte, - afirma el autor, que "es posible que tengamos que renunciar a la noción explícita o implícita, de que los cambios de paradigma llevan a los científicos, ... cada vez más cerca de - la verdad" (20).

P. BOURDIEU Y J. C. PASSERON.

Para los autores de "El Oficio del Sociólogo", en la práctica sociológica es necesario asumir una posición vigilante, - partiendo de la razón epistemológica y el conocimiento del - error para superarlo; es decir, que en el proceso de conocimiento, la condición primaria para arribar a conocimientos - nuevos o superiores, es encontrar el error previamente, comprenderlo, vigilarlo y dominarlo para superarlo.

Epistemología y metodología se diferencian, en cuanto que la primera busca las interacciones lógicas que posee el error - para a partir de ello construir y vigilar el error. Sometiendo las verdades científicas y los métodos de ella a una rec- tificación metódica, permanente, se avanzará en el conoci- miento.

El conocimiento científico progresa en la medida que descu- bre el error, lo construye y vigila para romper con el.

Contra lo que se ha hecho con el método, de convertir sus pre- ceptos en recetas de cocina, ha de oponérsele un ejercicio -- constante de vigilancia epistemológica por el hecho de que un

(20) Op. cit., p. 262

procedimiento, una teoría, un concepto que haya rendido frutos positivos en una empresa teórica anterior, no pueden reformarse impensadamente por otro objeto. Las técnicas y conceptos empleados han de subordinarse "a un examen sobre las condiciones y límites de su validez". Para cada caso particular existen operaciones específicas que no se encuentran en ningún otro... hay que cuidarse de la creencia de que el sujeto de la creación científica es una automaton spirituale, que obedece a los organizados mecanismos de una programación metodológica constituida de una vez para siempre, y por tanto, encerrar al investigador en los límites de una ciega sumisión a un programa que excluye la reflexión sobre el programa, reflexión que es condición de nuevos programas" (21).

Según Bourdieu y Passeron, entre la epistemología de las ciencias del hombre y la epistemología de las ciencias de la naturaleza, hay una falsa representación. Cuando se trata de trasponer, o se trasponen principios o métodos de las ciencias naturales a las sociales, tal cual se da en las primeras, se cae en un reduccionismo de las segundas sobre las primeras; - se niega, por otra parte, la naturaleza específica y diferente de los procesos sociales respecto de los hechos naturales. El análisis epistemológico acerca de la verdad o falsedad, o más bien, en el pasaje de un conocimiento menos verdadero a otro más verdadero, se debe centrar en la práctica científica

(21) Op. cit., p. 18

misma, a la ciencia que se está haciendo y no en la ciencia hecha. La obediencia a una metodología en forma mecánica e in condicional implica un control epistemológico que imposibilita o encierra el desarrollo científico.

Para los autores, el rigor técnico, entendido como aceptación incondicional de un rigor definido para siempre para todas -- las situaciones, o sea, una representación "fijista" de la verdad o del error... se opone diametralmente a la búsqueda de -- rigores específicos, desde una teoría de la verdad o como teoría del error rectificado" (22).

Partir de que existe un conocimiento verdadero de una vez y -- para siempre, es reconocer al objeto de conocimiento, al sujeto y la relación que se establece entre ambos, dentro de una -- realidad que no cambia; que el objeto de conocimiento permanece inmutable; que el sujeto es neutro e impasible ante su objeto; que la relación entre sujeto y objeto se da invariablemente en un solo sentido.

d) LA TÉCNICA.

Para la investigación científica, la técnica, según el doctor Raúl rojas Soriano, es "el conjunto de reglas y operaciones -- para el manejo de los instrumentos que auxilian al individuo -- en la aplicación de los métodos" (23).

Es muy común confundir a las técnicas con lo que es método e -- instrumento. La técnica no es ni uno ni otro. Si bien es cierto

(22) Op. cit., p. 21

(23) Rojas Soriano, Raúl. Guía para realizar investigaciones sociales. 7a. Ed. México: UNAM, 1982. p. 23

to que entre método y técnica existe una estrecha relación, - también es cierto que son conceptos distintos y cumplen funciones diferentes en la investigación. El método determina -- las técnicas y les confiere su carácter científico. Las técnicas son meros auxiliares del método. Son las habilidades o -- destrezas que despliega el entrevistador, el observador, el - encuestador, para recolectar información o datos pertinentes- a la investigación que se realiza. Para ello, se auxilia de -- instrumentos de investigación que van desde el lápiz y la fi- cha hasta las modernas microcomputadoras. La relevancia o la- atingencia de la información recopilada dependerán, en gran - parte, de la capacidad del sujeto para preparar la entrevista, realizarla, seleccionar los datos necesarios y precisos de -- una fuente documental, su agudeza intelectual en las observa- ciones, el correcto cálculo de la muestra; en fin, del acier- to en el manejo de las técnicas.

Anibal Bascuñan precisa la relación entre método y técnica: "El método -dice-, es el camino del pensamiento científico pa- ra la búsqueda de la verdad; por lo tanto, comprende la formu- lación, luego, la ordenación de juicios en un sistema teorica- mente eficaz; y, finalmente, su exposición racionalmente ade- cuada para el convencimiento o para la enseñanza". La técnica -continúa- no es un modo de pensar sino un modo o un procedi- miento de hacer, de ejecutar, que comprende en la variedad de la técnica de investigación, la búsqueda, individualización y aprovechamiento de las fuentes de conocimiento y el registro-

clasificación y señalamiento de los datos que ellas arrojan". El método "es presidido por las normas lógicas", las técnicas "por las reglas técnicas... que la experiencia universal aconseja y que cada cual puede perfeccionar". Método y técnica, -concluye Bascuñan-, "se diferencian y a la vez se necesitan e integran recíprocamente" (24).

Existen dos clases de técnicas de investigación: las de investigación social o de campo y las de investigación documental. Ambas son utilizadas en la investigación científica para fines similares: recolectar información para la selección del tema, el planteamiento del problema, señalamiento de objetivos, justificación del tema, formulación y comprobación de hipótesis y presentación de resultados. La diferencia entre ellas radica en las fuentes de información a que acude una y otra. Mediante las técnicas documentales se extraen datos de fuentes escritas, como son las estadísticas, censos, datos de la historia, tesis de distintos autores, etc. Con las técnicas de investigación social se acude directamente al fenómeno que nos interesa; por ejemplo: se entrevista al productor de materia prima que reciente los costos inflacionarios, se observa el comportamiento del electorado al momento de votar, se participa (observación participante) en un movimiento ecologista, etc.

Como veremos en páginas posteriores de esta misma exposición, la primacía en el uso de una de estas dos técnicas está deter-

(24) Bascuñan Valdez, Anibal. Manual de Técnica de Investigación Jurídica. Chile: Edic. Jurídica de Chile, 1961, p.45

minada por el método bajo cuya óptica vayamos a abordar nuestro objeto. Si nuestra investigación tiene una orientación teórica-formalista, prevalecerá el empleo de las técnicas documentales; en cambio, si la orientación es fáctica-sociológica, -- los auxiliares técnicos primordiales serán las técnicas de investigación social o de campo. O sea que, el método determina los tipos de técnicas a utilizar en una investigación determinada.

Las técnicas de investigación documental. En la elaboración de trabajos de investigación es de suma importancia la parte "artesanal o técnica" referidos al registro y recolección de información a través de técnicas documentales. Con su ayuda se acumula racionalmente todo el material escrito, necesario para el desarrollo o exposición (25).

A medida que va aumentando la producción intelectual escrita, se ha venido poniendo también mayor énfasis en el establecimiento de pautas o procedimientos a seguir en la recopilación, registro y presentación de los resultados de investigación. Por nuestra parte, nos concretaremos a exponer la técnica de registro de información más importante en toda investigación el fichaje.

La ficha está catalogada como el medio técnico usado para plasmar la información, datos, observaciones atinentes al trabajo de investigación que se esté desarrollando.

(25) Witker Velázquez, Jorge. Como Elaborar una Tesis de Grado en Derecho, México: PAC, 1985, p. 58

De acuerdo al origen o fuente documental que contenga la información, las fichas pueden ser: bibliográficas, hemerográficas, audiográficas y videográficas. Todas estas fichas presentan datos comunes para su identificación y localización de su contenido: autor, fecha, lugar, título, editorial, número de edición y ubicación de la publicación (lugar donde se encuentra el libro o material de que se trate: biblioteca particular o pública).

Las fichas que contienen resúmenes de textos, citas transcritas, comentarios del investigador, síntesis y análisis de textos, periódicos y revistas, etc. se llaman: fichas de trabajo. Hay la conveniencia del manejo combinado o a la par de las fichas documentales y las de trabajo; pues es importante que las ideas que le vayan surgiendo al investigador durante la lectura de las fuentes se plasmen en papeletas que puedan manejarse fácil y ordenadamente por temas y subtemas, además se evita el olvido de ideas para cuando tengan que redactarse.

Existe consenso generalizado entre los autores de obras sobre investigación documental, de lo que deben contener las fichas y en que orden deben ser colocados sus datos: nombre del autor, título de la obra, número de edición, país donde se publica, nombre de la editorial, año de publicación, total de páginas de la obra y la página citada cuando es ficha de tra-

bajo. Sin embargo, es aceptado que cada investigador ponga sus propias reglas, siempre y cuando adopte un sistema único e invariable para el asiento de los datos, sobre todo, que en los trabajos para publicarse se usen las referencias bibliográficas en un mismo estilo.

La ficha bibliográfica. Es aquella cuya fuente de información son los libros (que pueden ser: enciclopedias, diccionarios, - antologías, compilaciones, libros de texto, etc.). Los datos - que debe contener son: nombre del autor, título de la obra, número de edición (solo cuando es la primera no se pone), lugar de la publicación (cuando es una ciudad muy conocida no se pone el nombre del país a que pertenece), editorial, año de publicación y número total de páginas.

La ficha hemerográfica. Su fuente de información son las publicaciones periódicas, tales como periódicos, revistas, boletines, folletos, etc. La ficha de periódico contiene: nombre del periódico, nombre del director o editor responsable, periodicidad y lugar donde se edita.

La ficha de revista contiene: nombre de la revista, editor o -- institución responsable, periodicidad, lugar de edición, número volumen, año y fecha.

La ficha de artículo de revista bajo autor contiene: nombre del autor del artículo, título del artículo, nombre de la revista, - lugar de la impresión, número de la publicación, fecha (mes o - meses y año) y página(s).

Las fichas anteriores son las más utilizadas para trabajos - de investigación, ya que poseen mayor consistencia y se presume que es producción intelectual más razonada; lo cual no significa en manera alguna que las otras fuentes carezcan - de credibilidad.

La ficha audiográfica y videográfica. En ellas se recogen in formación grabada en cintas y "cassettes" o directamente escu chada en radiodifusoras o televisión. Se anotan: tema, nom- bre del programa, institución o compañía que lo transmite, - lugar, fecha y hora.

La ficha archivológica. Se emplea cuando se recurre a archi- vos históricos o administrativos públicos o privados que en- cierran todo tipo de comunicados, como son: memorándums, ofi cios, cartas, panfletos, convenios, manifiestos, avisos, ac- tas, etc. Se trata de documentos de primera mano o "vírgenes" cuyo análisis puede brindar información poco conocida, o --- bién, que no ha sido empleada todavía. Los datos que se pue- den incluir en esta ficha son: nombre del autor o tipo de do- cumento, título del documento, lugar y fecha, nombre del ar- chivo, ramo, caja, volúmen, expediente, fojas.

Para mayor abundamiento sobre el manejo de fichas y en gene- ral de técnicas de investigación documental, nos remitimos a la amplia bibliografía existente en México al respecto, de -

autores como Guillermina Baena Paz, Raúl Rojas Soriano, Abel Barahona y Francisco Barahona, Jorge Witker, Santiago Zorri--lla Arena, Susan Pick y Ana Luisa López, entre otros.

Por lo que respecta a las técnicas de investigación social o de campo, la observación, el muestreo, la entrevista y cuestionario, nos remitimos a lo señalado en el capítulo V, Apartado E) de este mismo trabajo, donde abordamos estas técnicas como auxiliares de una investigación jurídica fáctica-sociológica.

e) LOS INSTRUMENTOS.

Dentro de la investigación podemos definir al instrumento como el medio práctico, o la herramienta que auxilia al uso de las técnicas cuando se recolectan y procesan los datos de que se trate.

Gracias a los instrumentos, es posible ahorrar esfuerzos en momentos de la investigación en los que intervienen las técnicas, se evita la fuga de datos y se procura el manejo ordenado de los mismos. El instrumento viene a auxiliar a la técnica cuando esta se pone en práctica. Por ejemplo, si vamos a realizar una entrevista, el entrevistador necesitará: libretas para hacer anotaciones, una guía de entrevista, lápices para hacer las anotaciones; y si el informante lo permite puede usar grabadora.

Finalmente, podemos decir que la investigación científica es el procedimiento teórico y técnico desarrollado en forma ordenada y coherente, mediante el cual es posible llegar a obtener conocimientos confiables, conocimientos nuevos, ampliar los que ya se tienen o la simple descripción del fenómeno en cuestión.

C) OPERACIONES METODOLOGICAS DE LA INVESTIGACION.

En la aplicación o seguimiento de un método dentro de la investigación científica, se destacan casi siempre, ciertas -- operaciones metodológicas o fases que se encuentran estrechamente vinculadas, precisamente, gracias al método.

En la realización de las investigaciones, partiendo del concepto expresado en páginas anteriores, se destacan dos niveles de desarrollo de las mismas: el teórico y el técnico. La interacción de estas dos actividades conforman lo que conocemos como investigación científica.

En la estructura o presentación de los resultados de las investigaciones de distintos autores, encontramos comunmente -- determinadas "etapas" o "fases" que componen dichos trabajos. Queremos advertir que las etapas que a continuación expone-- mos no constituyen un esquema rígido de realización de un -- trabajo de investigación; no indica, en manera alguna, que -- se haya llevado a cabo en ese orden. La investigación en su-

práctica es un ir y venir constantes. Lo que ahora se formula en el planteamiento del problema, por ejemplo, puede sufrir - cambios, y regresar a él en otro momento de la investigación. Indudablemente la investigación científica es una actividad - compleja, para la que no se puede elaborar ninguna representa- ción esquemática definitiva. Los distintos aspectos de la --- práctica científica que abordaremos, se incorporan algunas ve- ces, explícita, otras implícitamente en el desarrollo de las- investigaciones concretas.

En general, las operaciones metodológicas que se atienden en las investigaciones científicas, son las siguientes: plantea- miento del problema, formulación de hipótesis y su comproba- ción y presentación de resultados.

Veamos a continuación algunos esquemas de investigación parti- culares que sugieren los autores.

según Ezequiel Ander-Egg, la investigación como camino para - conocer la realidad y descubrir verdades parciales, comprende "la formulación y definición de problemas; la formulación de- hipótesis; la recopilación, sistematización y elaboración de- datos; la formulación de deducciones y proposiciones genera- les; y por último, el análisis de las conclusiones para deter- minar si confirman las hipótesis formuladas, y encajan dentro del marco teórico del que se partió" (26). En este esquema en

(26) Ander-Egg, Ezequiel. op. cit. p. 28

contramos las fases más relevantes de cualesquiera esquema de investigación. Es preciso advertir, como ya lo señalamos anteriormente, en el caso de la recopilación, sistematización y elaboración de datos, que es propiamente el empleo de técnicas de investigación social y documental, se recurre a ellas desde el momento mismo en que seleccionamos el tema de investigación (aquí se usan la observación documental y social, la entrevista, etc.) en la problematización del tema escogido, en la elaboración del marco teórico y la comprobación de las hipótesis. O sea que, las técnicas de investigación son un recurso o apoyo indispensable para todo el proceso de investigación.

Felipe Pardinás (27), denomina el primer paso de su esquema de procedimiento metodológico, como: observación de los fenómenos, seguida por la formulación de un problema, el diseño de la prueba, las conclusiones y la presentación de resultados.

En contraste con esquemas sintéticos como los anteriores, encontramos otros más detallados lo que de ninguna manera significa que los primeros adolezcan de cada uno de los elementos puntuales que, de acuerdo al maestro Raúl Rojas Soriano(28) rigen el proceso de la investigación científica, que a conti-

(27) Pardinás, Felipe. Metodología y Técnicas de Investigación en Ciencias Sociales. 25a. ed. México: Siglo XXI, 1982.

p.18

(28) Rojas Soriano, R. op. cit. pp. 264-266

nuación transcribimos:

1. Ubicar la investigación de los procesos y fenómenos concretos dentro de una perspectiva teórica...
2. Delimitar el tema de investigación...
3. Fundamentar las investigaciones concretas de un -- cuerpo de teoría específicas...
4. Construir el objeto de estudio vinculando, en forma dialéctica, las formulaciones teóricas y los datos que proporciona la realidad empírica.
5. Formular el problema de investigación dentro del - marco teórico y conceptual elegido...
6. Reducir el problema a términos concretos, es decir, traducirlo a elementos operativos que faciliten el desarrollo de las subsecuentes etapas de la investigación.
7. Formular objetivos claros y precisos que orienten - el proceso de investigación.
8. Definir rigurosamente los conceptos utilizados...
9. Formular hipótesis debidamente fundamentadas...
10. Operacionalizar variables (conceptos) de las hipóte- sis para derivar indicadores o referentes empíricos.
11. Elaborar instrumentos de recolección de datos...
12. Determinar los procedimientos para la prueba de las hipótesis.
13. Analizar la información empírica...
14. ... establecer generalizaciones...
15. Formular conclusiones".

En el ámbito del Derecho Anibal Bascuñan (29), expone un esquema para el desarrollo de una investigación jurídica: "1a. El planteamiento (fase aporética); 2a. La Erudición (fase heurística); 3a. La Construcción (fase de síntesis); y 4a. - La Exposición (fase formal).

Veamos a continuación las principales fases u operaciones metodológicas de una investigación.

a) Planteamientos del Problema.

El inicio de una investigación puede obedecer a distintas razones: por inquietudes personales, por encargo de una institución pública o privada, para cumplir con requisitos de orden académico, etc.

En el planteamiento del problema, se incluyen subtemas como la selección, delimitación, justificación e importancia del tema y objetivos de la investigación. Estos desagregados se hacen con la finalidad de establecer las pautas que servirán de guía en la realización de la investigación; lo cual impide que el investigador se pierda o aleje del tema objeto de estudio que inicialmente se propuso. Es claro que si del análisis, búsqueda y problematización de su objeto, encuentra temáticas distintas e interesantes relacionadas íntimamente con la suya, podrá hacerlas a un lado por esta ocasión, aunque podrá retomárlas en otras investigaciones futuras. En fin, la compleji-

(29) Bascuñan Valdés, Anibal, op. cit. pp. 83 y ss.

dad de determinada problemática no debe derivar en el tratamiento difuso del tema que nos ocupa.

b) Delimitación del Tema.

Esta consiste en determinar espacial y temporalmente los límites del estudio de nuestro objeto. Es decir, si vamos a concretarnos a una época, período o etapa histórica; a un país o países, continente, municipios, latitud, etc. Por ejemplo, la -- constitución del poder ejecutivo latinoamericano en la década de los 80s. Las elecciones presidenciales en México en 1988 y sus repercusiones sociopolíticas en el noroeste de la República.

Es imperativo, en los tiempos actuales donde priva la especialización del conocimiento científico, recurrir a la delimitación cuidadosa y precisión de los temas de investigación, a fin de no duplicar estudios y obtener resultados singulares. Aunque no todas las obras bibliográficas e investigaciones científicas -- pueden someterse al rigor anterior. Se da el caso de obras de consulta tituladas como: Derecho Económico, Anatomía Humana, Álgebra Lineal, etc. donde no encontramos en forma explícita, las dos dimensiones mencionadas, esto se debe a que algunos tienen el carácter de tratados y manuales con amplio abordaje de contenidos que incluyen la descripción y el análisis de sus temáticas a nivel macrotemporal y macroespacial.

La delimitación del tema también puede abarcar la dimensión teórica, la cual comprende tres aspectos (30).

1. El que corresponde a la escuela o teoría a las que pertenece o va a fundamentarse el investigador. Por ejemplo: "La metodología y técnica de investigación jurídica sociológica o materialista".
2. La que se refiere a las escuelas, teorías o corrientes que se van a criticar o analizar (cuando ello está previsto en la investigación). Por ejemplo: "La perspectiva marxista como propuesta ante la vertiente antropológica de la teoría de la cultura".
3. La que atiende al señalamiento de otras perspectivas desde las cuales ya ha sido abordado el tema a estudiar: especialidades científicas (Pedagogía, Derecho, Economía, etc.); la Literatura, la Filosofía, etc. Por ejemplo: "Dos enfoques de la metodología jurídica. El jusnaturalismo y el positivismo jurídico".

c) Justificación e Importancia del Tema.

Para quien selecciona un tema de investigación puede resultar obvia la importancia de su estudio. Sin embargo, su justificación no puede obedecer a cuestiones meramente subjetivas del investigador; aunque, en última instancia, sean un factor interviniente. Las ocurrencias, gustos e inclinaciones personales deben, en todo caso, ser enfocadas hacia una perspectiva científica, objetiva.

La importancia y justificación del tema deberá quedar demostrada

(30) Cfr. Sierra Bravo, Restituto., citado por: Centeno Avila, Javier, Metodología y Técnicas en el Proceso de la Investigación. México: ed. "contraste", 1985, p. 89

do con los resultados del estudio, dependiendo de la unificación o invalidez en las hipótesis y consecuentemente de la utilidad práctica que brinden y de las aportaciones novedosas que hagan al conocimiento científico.

La justificación se refiere a la argumentación que despliega el autor para convencer que es necesario e importante estudiar la problemática abordada. La argumentación responde a preguntas expuestas en los siguientes términos: ¿En qué medida es importante el tema? ¿vale la pena estudiarlo? ¿puede aportar algo al estudio de...?, ¿qué?, ¿qué aportaciones importantes puede proporcionar este estudio a otras disciplinas o al problema general de que forma parte? ¿cuáles son las razones que nos han llevado a estudiarlo?, etc. (31).

d) Objetivos de la Investigación.

Podemos considerar al objetivo de la investigación como el punto del horizonte que nos guía -junto con la hipótesis de trabajo-, durante el trayecto de la indagación, al logro de nuestros propósitos o metas.

Los objetivos que se pretenden alcanzar implican; los alcances del trabajo, las innovaciones que se piensan encontrar en el terreno científico o para implementar políticas de acción en el área que corresponda (educativa, recreativa, laboral, económica, etc.). En el ámbito académico o escolarizado los objetivos se plantean en los grados de exploración, descripción, análisis y

(31) Baena Paz, Guillermina. Instrumentos de Investigación. México: editores mexicanos unidos, 1984, p. 16

comparación, para realizar trabajos de investigación como parte de los cursos de un plan de estudios, o como proyecto a impulsar por las autoridades y personal docente de una escuela.

e) Estructuración y Elaboración del marco teórico.

El marco teórico comprende el análisis conceptual e histórico del problema como objeto de estudio que nos permitirá abordarlo a fin de delinear las hipótesis que respondan y expliquen las interrogantes surgidas.

El marco teórico explica el problema a la luz de las corrientes teóricas existentes y las opiniones y experiencias que maneje el investigador. A partir de él, se nutre el conocimiento general y particular del objeto de estudio y se desprenden las hipótesis que pretenden explicarlo. Por ello, es preciso emplear adecuada y correctamente las técnicas de investigación social y documental que informen con amplitud y objetividad sobre el tema, pues de ello depende la fundamentación de dicho marco teórico. Para su elaboración, podemos partir de la referencia a trabajos de investigación realizados recientemente y que ofrezcan aportaciones importantes para la continuación del nuestro.

En la referencia al marco teórico, comunmente advertimos 3 denominaciones usadas indistintamente: marco de referencia, marco teórico conceptual y marco histórico. En los tres se contempla la exposición teórica del fenómeno investigado, pe-

ro con distintos matices.

El marco de referencia -explica Guillermina Baena-, alude al problema "para ubicarlo dentro de una óptica y dentro de un momento" determinado. Se maneja como "marco personal de referencia". En el primer caso, intervienen la experiencia personal del investigador y sus propios conceptos. Es la óptica personal y profesional del asunto. El segundo, se refiere a la "ubicación del problema planteado en proposiciones generales, la idea es situar el asunto de estudio dentro de su momento" (32).

Hablamos de marco teórico conceptual cuando hacemos referencia a escuelas, teorías, corrientes de pensamiento a la luz de las cuales exponemos nuestra problemática. A fin de lograr coherencia conceptual en los planteamientos que hagamos es preciso manejar la investigación con la orientación de una sola corriente.

El marco histórico hace referencia a los factores históricos que intervinieron en el desembocamiento del problema de acuerdo al contexto económico, político y social. No debemos confundirlo con los antecedentes históricos, pues estos únicamente señalan acontecimientos fechados desvinculados de causas o factores determinados.

La elaboración del marco teórico puede fluctuar entre el análisis y la síntesis e ir de lo general a lo particular. Es decir, abordando el objeto en el contexto amplio (teorías --

(32) Ibidem, p. 18

universales) al que pertenece ubicándolo en el campo más reducido, donde tiene lugar. Se puede desglosar - para efectos de análisis-, en los indicadores más representativos, a fin de - dominar su conocimiento en específico, establecer las relaciones entre los distintos componentes, para finalmente someterlo a un análisis globalizante.

Elaboración de Hipótesis.

El análisis de problemas a la luz de los planteamientos teóricos conceptuales y por la experiencia, abordados en el marco teórico, proporcionan al investigador, elementos para señalar posibles soluciones al problema planteado o bien demostrar - que se carecen de tales. Una hipótesis puede ser el camino o el punto de partida que nos lleve a la determinación de teorías en la medida que atienda sistemas de problemáticas teóricas o factuales universales. La hipótesis posee la virtud de guiar todo el proceso de indagación hacia el reforzamiento, - demostración o refutación de la o las propuestas que se expongan. Incluso, encontramos en la historia de la ciencia planteamientos hipotéticos, cuya demostración hubo de someterse - al debate teórico prolongado por las condiciones y estado de avance que guardaba la ciencia. Tal es el caso de la proposición milenaria que afirmaba: "la tierra es redonda", este hecho empezó por ser una conjetura sobre la forma de la tierra que devino de la observación de fenómenos naturales, como el modo de ver desaparecer el casco de una nave lejana; luego fue

comprobada por descubrimientos distintos como la navegación - alrededor de la tierra y la medición de sus dimensiones; y en la actualidad es un hecho observable por los astronautas, a través de fotografías del planeta tierra. De esta suerte, ya no tomamos a este enunciado como una hipótesis, sino que ya es una teoría indiscutible.

Según Mauricio Andiñ (33), las hipótesis científicas constan de dos partes: "una base o cimiento y un cuerpo o estructura". La base o parte objetiva la constituyen aquellas teorías, categorías y conceptos que son extraídos del conocimiento ya existente, y que dan sustento al planteamiento hipotético. La estructura o parte subjetiva es la explicación supuesta que el investigador deduce o infiere a partir de los conocimientos científicos existentes relacionándolos con su objeto de estudio.

La hipótesis puede considerarse también, integrada por tres elementos: a) Unidades de observación o de análisis, que pueden ser las personas, los grupos, las comunidades, las instituciones, etc.; b) Las variables que son los atributos, características, cualidades o propiedades que se presentan en las unidades de observación; y c) Término de enlace lógico que permita la relación entre las unidades de análisis y observación y las variables. Veamos en un ejemplo estos tres elementos: en la siguiente hipótesis, "mientras mayor es la presión-

(33) Cfr. Andiñ Gamboa, Mauricio. et. al. Guía para la Investigación Científica. México: UAM-Xochimilco, 1985, p.41

social, menor es la movilidad". La unidad de observación en este caso no se encuentra explícita, pero se refiere a las -- personas o grupos. Las variables son, "presión social" y "movilidad". Y el enlace lógico es, "mientras mayor... menor es.. ." (34).

Determinación de Variables y Operacionalización de Hipótesis. Variable es algo similar a decir en álgebra "X", donde sabemos de antemano que este signo tiene algún valor que hay que buscar. En el proceso de investigación, decir variable implica un concepto que puede referirse a propiedades, rasgos, características, atributos, cualidades que son susceptibles de variación, ya sea entre individuos o conjuntos. Rojas Soriano (35) especifica que dicha propiedad o cualidad "a) puede darse o estar ausente en los individuos, grupos o sociedades; b) puede presentarse en matices o modalidades diferentes, o c) - en grados, magnitudes o medidas distintas, a lo largo de un continuum". Ejemplo: "el nivel de ingreso" es una variable, ya que de acuerdo al papel que juegue un individuo en las relaciones de producción será su ingreso (hay distintos ingresos). En ciencias sociales se manejan una amplia gama de variables, obedeciendo a indicadores distintos.

De acuerdo a la posición en una hipótesis o correlación (36), las variables pueden clasificarse en: independientes, dependientes e intercurrentes o intervinientes.

(34) Cfr. Zorrilla Arena, Santiago. Introducción a la Metodología de la Investigación. 2a. ed. México: Océano, 1985 pp. 113-114

(35) Rojas Soriano, R. op. cit. p. 110

(36) Ibidem, p. 112

La variable independiente se maneja como la causa, la condición o antecedente determinante de otro fenómeno.

La variable dependiente es el consecuente, efecto o resultado de otro fenómeno que requiere ser explicado.

Veamos en un ejemplo estos dos tipos de variables. A mayor tranquilidad social mayor afluencia turística. La variable dependiente es "afluencia turística" y la variable independiente es "tranquilidad social". Donde la primera depende de la segunda.

No siempre se da el caso que un determinado fenómeno sea causa de otro, o sea, que la variable independiente sea antecedente de la dependiente o efecto. Sucede que "en situaciones distintas la variable independiente se convierte a su vez en variable dependiente". Se habla entonces de proposición reversible: "Si X entonces Y, pero si Y entonces X", o sea, hay una correlación mutua. Por ejemplo "a más estudio mejores notas y a mejores notas más estudio. Quien estudia saca mejores notas y a su vez, el sacar mejores notas lo estimula a estudiar más". Por el contrario, la proposición irreversible es la que, si se da la variable independiente se da la variable dependiente, pero el hecho de que se de la variable dependiente no significa que se dará también la variable independiente. Es generalmente admitido que a mayor número de años de estudio el ingreso económico será mayor, pero un gran ingreso económico no arguye mu

chos años de estudio, por lo tanto: proposición irreversible - "si X entonces Y; pero si Y no podemos afirmar nada X" (37). El indicador de estas dos características de las hipótesis obedece a la probabilidad de cumplimiento. En este mismo sentido tenemos la hipótesis determinista y la estocástica. La primera utiliza el elemento lógico "siempre". Por ejemplo: "siempre -- que alguien hable articuladamente tendrá más de dos años de -- edad". La segunda, por el contrario, emplea el término "probabilidad" en sentido no necesariamente determinista, "o sea no necesariamente con 100% de probabilidad... Si X probablemente Y. Si las elecciones en años anteriores han sido respetadas, probablemente aumentará el número de votantes" (38).

Variable intercurrente o interviniente. Es aquella que el investigador no ha previsto en su esquema de hipótesis, pero que puede aparecer influyendo indirectamente en el sentido de la relación entre las variables. Por ejemplo, la variable "cooperación ciudadana" u otras no previstas pueden invalidar la siguiente hipótesis: "La salubridad de la ciudad de Mazatlán se debe a los deficientes servicios de limpieza que presta el --- ayuntamiento".

La Operacionalización de Hipótesis. Es el desglosamiento teórico y empírico que se hace de las hipótesis a través de la detección de las variables, indicadores e ítems o índices. Este desagregado tiene como finalidad reducir el nivel de abstracción de las variables para poderlas manejar; es decir, hacerlas

(37) Pardini, Felipe. op. cit. p. 154

(38) Ibidem, p. 155

asibles y poder trabajar con elementos conceptuales identificados y localizados en la realidad que les corresponde. El procedimiento sigue este orden: las hipótesis se delimitan en variables, las variables se desglosan en indicadores, y los indicadores se distribuyen en ítems o preguntas que nos indicarán qué instrumentos y técnicas son necesarios y acordes para recopilar la información y someter a prueba la hipótesis.

La operacionalización sienta las bases para emprender la comprobación de la hipótesis en la cual se establecerá la verdad o falsedad de la explicación propuesta, mediante la contrastación empírica por procedimientos básicos, como son la observación y la experimentación. La observación es el contacto visual que entabla el investigador con su objeto de estudio, escudriñándolo para obtener datos e información objetiva sobre su comportamiento, y determinar si corresponde o no con las proposiciones planteadas. En la experimentación, el sujeto (investigador) introduce al objeto o fenómeno estudiado elementos extraños para provocar una reacción esperada o modificar su comportamiento. En estos dos procedimientos (observación y experimentación) la hipótesis rige, dirige y determina el sentido y contenido que han de tomar cada una de estas operaciones.

Para ejemplificar cada uno de los elementos componentes de las hipótesis, tomaremos el esquema que expone el maestro Ro

jas Soriano (39).

Hipótesis: "Mientras mayor es el interés del alumno por la -- asignatura de Metodología de las ciencias, mayores su nivel de aprovechamiento académico".

Variable independiente:

Interés por la asignatura de Metodología de las ciencias

Variable dependiente

Aprovechamiento académico

Indicadores:

1. Asistencia a clases
2. Puntualidad
3. Participación en clase
4. Realización oportuna de las tareas.
5. Participación en grupos de discusión
6. Elaboración de trabajos

Indicadores:

1. Comprensión de los temas expuestos en clases.
2. Manejo adecuado de los conceptos metodológicos
3. Aplicación correcta de los conocimientos de metodología en una investigación concreta
4. Calificación.

Seleccionamos los siguientes indicadores que, al relacionarlos, permiten establecer otra hipótesis "más empírica" que la anterior: "La realización oportuna de las lecturas que se encomiendan permite al alumno una mayor comprensión de los temas que se exponen en clase".

Para obtener información empírica sobre estos indicadores (realización oportuna de las lecturas y nivel de comprensión de los temas), elaboramos preguntas que se incluyen en un cuestionario, tales como: ¿Realizas las lecturas para el día en que las pidió el profesor? Siempre ___ Algunas veces ___ Nunca ___.

¿Comprendes los temas que se exponen en clase?

1. Siempre ___ 2. Algunas veces ___ 3. Nunca ___.

Orientaciones para formular las hipótesis.

Según lo exponen William J. Goode (40) y Mauricio Andión (41), la formulación de las hipótesis debe satisfacer varias condiciones:

Deben ser: "conceptualmente claras", es decir, que los términos deben ser entendibles para efectos de comunicación.

"Tener referentes empíricos". No manejar juicios de valor o cuestiones meramente subjetivas.

"La hipótesis tiene que ser específica", o sea, referirse a conceptos tangibles, que esté dentro de las posibilidades - intelectuales y empíricas del sujeto investigador abordarlas.

"Deben estar relacionadas con técnicas disponibles"; caso contrario, resultaría inútil o imposible su comprobación o refutación.

"La hipótesis tiene que estar lógicamente bien formulada".

La explicación ofrecida por la hipótesis debe tener el mismo alcance que el problema propuesto.

f) Presentación del informe o resultados de la investigación.

La presentación de los resultados de la investigación no se vale de la lógica que se siguió en el desarrollo de la misma.

Por una parte, como ya apuntamos en páginas anteriores, el pensamiento, conjeturas, ideas, razonamientos y argumentos que del investigador realiza a lo largo de la investigación, no

(40) Goode William, J. Paul K. Hatt. Métodos de Investigación Social. 13a. ed. México: Trillas, 1984, pp. 89-95

(41) Andión G. Mauricio. op. cit. pp. 40-41

discurrir en una secuencia lineal y horizontal, tal como son presentados en el informe final; además, lo que en el informe "se busca es comunicar un conocimiento, crear las condiciones que permitan dar cuenta de los hechos... La necesidad de comunicar eficazmente los resultados encontrados nos exige reconstruir y reordenar el proceso de investigación de tal manera - que se puedan seguir los razonamientos que permitieron la producción de conocimientos.

Para ello es preciso: omitir o incluir pasos en la argumentación, discriminar o rescatar información, organizar los juicios de una manera inteligente, en fin que para realizar un informe se requiere de un esfuerzo y dedicación especial"(42).

La presentación del informe debe, para cumplir con su cometido, de comunicar eficazmente los resultados de la investigación, en su redacción, tener las siguientes precauciones:

- Mantener la unidad entre la forma y el contenido
- La exposición debe ser clara y precisa
- Evitar las vaguedades, exageraciones o expresiones incompletas.
- "Procurar la brevedad, pero nunca en detrimento de alguna - parte fundamental, o de la claridad".
- Ajustarse a las reglas sintácticas y ortográficas
- Colocar las citas, notas y referencias bibliográficas corrrecta y honestamente (43).

(42) Ibidem, pp. 75-76

(43) Cfr. Centeno Avila, Javier. op. cit. p.124

En el esquema de presentación de la investigación, comunmente encontramos los siguientes apartados:

- Portada
- Índice
- Introducción
- Exposición general o cuerpo del trabajo
- Conclusiones
- Apéndices o anexos
- Bibliografía.

La Portada.

La portada contiene los datos indispensables para la identificación del texto. También es llamada página titular y en ella se inscriben generalmente el título del trabajo, el nombre de autor, la institución, la ciudad y la fecha de presentación. Estos dos últimos datos, es raro encontrarlos en la portada de un libro; sino que más bien son las tesis profesionales y los trabajos de investigación escolares las que lo incluyen.

El Índice.

Puede ir colocado en las primeras o en las últimas páginas. Es to es indistinto. En el índice se condensa toda la estructura y contenido de un libro o trabajo de investigación. Ese conden sado permite rápidamente al lector saber qué temas o contenidos están incluidos. Existen distintos tipos de índices: Índice analítico de materias, de autores y títulos, de tablas y --

gráficas, etc.

La Introducción.

Aquí se hace una presentación condensada de lo que trata todo el texto del trabajo. Es la "entrada del lector al tema". Es considerado propiamente ya como parte del cuerpo general como un capítulo, en ella, se exponen las tesis centrales del estudio, la metodología que se siguió en él y los alcances de sus resultados.

La introducción no debe confundirse con el prólogo, pues si bien son los primeros apartados del trabajo, este último, se incluye primero, y hace referencia a las "consideraciones de tipo personal que el autor considera conveniente para enriquecer el marco existencial en donde fue realizada la obra. El autor puede escribir en primera persona singular, y, permitirse libertades de estilo que serían de mal gusto en el texto general" (44).

La Exposición General o cuerpo del trabajo.

Aquí se incluye el desarrollo o contenido de la investigación. Hay quienes (45) consideran que el cuerpo del trabajo se integra con la introducción, el capitulado o temas, y la conclusión. La introducción podría explicarse que forma parte de la exposición general, en virtud de que en ella se expone lo sustancial o más importante del trabajo, como ya se dijo en li--

(44) Gómezjara Francisco y Nicolás Pérez. El Diseño de la Investigación Social. 6a. ed. México: Distribuciones Fontamara y Nueva Sociología, 1984, pp. 89-95

(45) Barahona, Abel y Francisco Barahona. Metodología de Trabajos Científicos. 4a. ed. Bogotá: IPLER, 1984. p. 57

neas anteriores. Muchas veces la introducción contiene las té
sis principales del autor y sin leerse no se podrían abordar
los demás capítulos.

El otro apartado del cuerpo del trabajo lo constituye el capí
tulado, que es la exposición o desarrollo de los temas que --
abarca la investigación, separados de acuerdo a contenidos es
pecíficos , pero que tienen relación en el contexto general -
del trabajo. Aquí quedan incluidos planteamientos del proble-
ma, objetivos, justificación, marco teórico, hipótesis, etc.

Las Conclusiones.

También pueden formar parte del cuerpo del trabajo. Son la --
síntesis de los resultados de todo lo abordado en la investi-
gación y las aportaciones que el autor hace en el campo que -
trató.

Apéndices o Anexos.

Constituyen todos aquellos materiales que complementan el desa
rrollo de los temas y que no se pudieron o no se quisieron in-
cluir en el mismo espacio que le corresponde para no distraer
mucho la atención o perder el hilo del tratamiento de la temá
tica. Son documentos transcritos, inéditos, testimoniales, fi
guras, cuadros estadísticos, fotografías, cuestionarios, ma--
pas, gráficas, etc.

Bibliografía.

La bibliografía se extrae de todas las referencias bibliográfi

cas que se emplearon a lo largo del texto, y de aquellos autores consultados aunque no citados. Puede colocarse por orden alfabético o por orden de aparición en el texto. El más acostumbrado es el primero.

CAPITULO II

EL DERECHO Y LA CIENCIA SOCIAL

A) LA CLASIFICACION DE LAS CIENCIAS.

La clasificación es una operación lógica y es un recurso metodológico a que acude el científico para abordar su objeto, el cual presenta múltiples aristas de análisis. Por ejemplo, el nivel de aprovechamiento escolar de un estudiante puede ser examinado desde el punto de vista sociológico, pedagógico, -- psíquico, psicológico, genético, etc.

En virtud de que un objeto de estudio (por ejemplo la ciencia) no puede concebirse simultáneamente en su conjunto, se recurre a operaciones como la clasificación, pero nunca hay que perder de vista que dicho objeto no deja de pertenecer a una totalidad multiforme.

No solo el hombre científico se ha visto en la necesidad de hacer cortes metodológicos de su objeto de estudio. El hombre común lo ha hecho en su quehacer cotidiano a lo largo de la historia de la humanidad. La naturaleza, los objetos, el medio ambiente circundante se encuentran y se nos presentan como un todo heterogéneo. Hay quienes la aprehenden de un modo, otros la perciben y sienten distinto. De ahí que la separación de los distintos campos de la investigación tuvo su origen en la manera misma de manifestarse las realidades de la vida.

Al querer conocer la estructura del mundo que nos rodea y no poder lograrlo mediante un sólo acto, "el hombre intentó desintegrar en partes la realidad y detener en su pensamiento - el curso de los acontecimientos, como si quisiera inmovilizar por un momento el movimiento y la mutalidad eternos" (1).

Una preocupación epistemológica que se remonta desde los antiguos filósofos griegos, es la clasificación de la ciencia. Aristóteles exponía los límites entre dos ramas o clases - de ciencias: el teórico y el práctico (que se mantienen en la actualidad (atendiendo a criterios de abstracción, la --- utilidad de determinada disciplina y el grado en que refleja una ciencia a la actividad humana. Así encontramos dentro de su clasificación a la lógica, matemáticas, física, y metafísica como ciencias teóricas y como ciencias prácticas a la - ética, la economía, la política. También encontramos dentro de su clasificación del conocimiento el ámbito de la poesía, la retórica y el arte.

En los inicios de la moderna ciencia natural, Francis Bacon- (1561-1626), divide las ciencias desde el punto de vista de - la facultad psíquica que las produce: la memoria, la imaginación y el intelecto o razón. Así, la historia se basa en la - memoria; la poesía en la imaginación y la ciencia y la filoso- fía en el intelecto (2).

(1) Zurawicki, S. op. cit. p. 51.

(2) Larroyo, Francisco. La Lógica de las Ciencias. 19 ed. Mé- xico: Porrúa, 1976, p. 345

Auguste Comte elabora una "división dicótoma" de las ciencias, basándose en los aspectos de carácter utilitario, en disciplinas que "dan al hombre el conocimiento del mundo externo y disciplinas que permiten aprovechar ese conocimiento para fines -- prácticos... Estableció una jerarquía que partía de las disciplinas supuestamente más generales, hasta disciplinas de un --- grado de complejidad cada vez mayor". Formuló un sistema de --- clasificación "lineal", haciendo depender seriadamente todas las disciplinas científicas a partir de la primera en una relación de "generalidad decreciente" y "complejidad creciente" -- que van desde las matemáticas, astronomía, física, química, -- biología y sociología, tomando a esta última como la más compleja de todas las ciencias, pues es resultado de la construcción de las ciencias" (3). así por ejemplo, "la física es más general que la biología, porque sus leyes se aplican al cuerpo vivo, mientras que a los cuerpos físicos no se les podría aplicar todas las leyes biológicas; pero justamente por ello mismo la biología es menos simple o más compleja que la física, pues hace intervenir el concepto de organización (con sus derivados: nutrición, reproducción, etc.), desconocido por la fisiología (4).

Herbert Spencer, partiendo de una epistemología empirista, concibe que todo conocimiento se obtiene del objeto. En la concepción spenceriana, "el principio de la clasificación de las cien

(3) Zurawicki, S. op. cit. p. 61

(4) Piaget, Jean. "Clasificación de las ciencias y principales - corrientes de la epistemología contemporánea", en: Tratado de la Lógica conocimiento científico. Buenos Aires: Paidós, - 1979 pp. 19-20.

cias se debe buscar en su grado de abstracción con respecto al objeto, lo cual conduce a una serie lineal cuyos términos extremos son lo abstracto y lo concreto... "Las ciencias abstractas son la lógica y las matemáticas, y se refieren a las formas como se nos presentan los fenómenos. Las ciencias concretas se refieren a los fenómenos mismos, tales como: astronomía, geología, biología, psicología y sociología, que presentan a los "conjuntos complejos en su carácter de resultantes". Existen también ciencias abstractas concretas, que "buscan los factores de los fenómenos", o sea "disocian los fenómenos en sus elementos", y son: la mecánica, la física y la química (5).

Las teorizaciones cognoscitivas y metodológicas de Federico Engels, en pleno siglo XIX, "no condujeron a una tabla formal de clasificación de las ciencias. Jamás podría constituir un esquema cerrado para siempre, ya que junto con el desarrollo del conocimiento y la penetración cada vez mayor en la realidad -- que nos rodea, a medida que se van descubriendo nuevas formas del movimiento de la materia tendrá que ir cambiando también -- la clasificación de las ciencias, cuyo número y precisión habrán de aumentar constantemente" (6).

Las dificultades metodológicas que algunas disciplinas nuevas -- han tenido para adquirir el 'status' de ciencias constata el -- acierto de Engels. Los objetos de estudio que van surgiendo de la vida científica contemporánea, ya no son tan concretos, discer-

(5) Ibidem, p. 18

(6) Zurawicki, S. op. ct. p. 67

nibles o tan fácilmente identificables que los tradicionales de la física, biología, lógica, etc. Los que surgen son bifurcaciones de áreas de estudios distintos (la psicología comparte hechos sociales y biológicos del individuo) o pertenecen al ámbito de lo social, que son las que más obstáculos metodológicos han encontrado para catalogarse como ciencias (derecho, economía).

Tal vez el error u obstáculo de las áreas sociales se dé a partir de la influencia o supeditación que los científicos sociales quieren darle a las ciencias sociales anteponiendo los históricos cánones metodológicos por los que se han regido las ciencias naturales.

Engels propone una amplia división triótoma de las ciencias: de la naturaleza, de la sociedad y del pensamiento. Esta división la realiza tomando como punto de partida un "carácter objetivo". Zurawicki explica que la historia del desarrollo del universo confirma que el movimiento que caracteriza a la materia inorgánica y orgánica...da un salto gigantesco cuando asume las formas de movimiento que caracterizan a la sociedad humana y que constituyen el objeto de las ciencias sociales, -- hasta que al fin tenemos que habérnoslas con un nuevo salto, -- una forma del movimiento de la materia totalmente nueva, cuando este movimiento cobra un carácter de conciencia y se convierte en el objeto de las ciencias del pensamiento" (7).

La complejidad que paulatinamente van adquiriendo las cien---

(7) Ibidem, p. 66

cias es conteste con la misma complejización de la vida humana. El hombre ya no nada más investiga su entorno físico, los fenómenos biológicos y los movimientos sociales, sino que penetra - en su propio ser consciente, lo que provoca la creación de nuevas disciplinas (y no la mera unión de dos disciplinas). El desarrollo de cada ciencia en particular y la interconexión en todos los sentidos entre ciencias naturales, sociales y del pensamiento exigen la definición de nuevos objetos de estudios con métodos también distintos.

Las interconexiones se pueden dar en cuatro dominios, como los llama Jean Piaget, a saber "dominios conceptuales (A)", "dominios materiales (B)", "dominios epistemológicos internos (C)" y dominios epistemológicos derivados (D)".

Los dominios materiales de una ciencia son los objetos sobre -- los cuales recae su estudio: las matemáticas en los números, -- funciones, etc.; la física y la biología en cuerpos, energías, -- órganos, etc.; la psicología en acciones u operaciones mentales, etc. Los dominios conceptuales son aquellos conjuntos de teorías y conocimientos sistematizados que elabora la ciencia -- sobre sus objetos (teoría de los números, teoría de las masas, -- descripción de los fenómenos biológicos, etc. (8).

El dominio epistemológico interno de cada ciencia "es el conjunto de las teorías que tienen por objeto la búsqueda de los fun-

(8) Piaget, Jean. Op. cit., pp. 33, 35 y 36

damentos o la crítica de las teorías del dominio conceptual". - El dominio epistemológico derivado "deslinda el alcance epistemológico más general de los resultados obtenidos por la ciencia considerada y compara éstos con los de las demás ciencias". En este último nivel la situación se presenta en las relaciones en tre el sujeto y el objeto de cada ciencia. Hay ciencias, como - las matemáticas donde este problema no se desarrolla porque dichas ciencias "no recaen en el sujeto cognoscente como tal". (9)

A decir de Piaget, una clasificación no procede separadamente-- del sujeto o del objeto, sino de su interacción indisociable -- (circularidad del dominio material (A) al dominio epistemológico derivado (D), por ejemplo). Piaget establece que "el sistema de las ciencias presenta una estructura de orden necesariamente cíclico e irreductible a toda forma lineal. Si distinguimos --- -apunta- cuatro grandes conjuntos de ciencias, esto es, I: las ciencias lógico-matemáticas, II: las ciencias físicas, III: las ciencias biológicas y IV: las ciencias psicosociológicas (incluyendo la lingüística, la economía, etc.), el orden sería $I \rightarrow II \rightarrow III \rightarrow IV \rightarrow I$, con posibilidad de interacciones internas ($IV \rightleftharpoons II$ y $I \rightleftharpoons III$), y no se reduciría a una simple serie cerrada que con duce de I a IV" (10).

El sistema de clasificación de J. Piaget rompe con la linealidad de Comte. En las cuatro series de ciencias que establece se contemplan todas las disciplinas que tradicionalmente han adve

(9) Ibídem, p. 36

(10) Ibídem, p. 27

tido sus antecesores, con el agregado que hace en el conjunto - IV, donde incluye a la psicología y no solamente a la sociología como lo hizo Comte, lo cual refleja su formación en la primera disciplina. Además deja abierta la posibilidad, como lo hizo Engels, del surgimiento de más disciplinas, las cuales vendrían de las combinaciones posibles de sus cuatro series. Esto no debe interpretarse como una vinculación formalista o mecánica; sino que más bien, devendrían con el desarrollo histórico de la propia ciencia y la humanidad.

Lo anterior muestra la imposibilidad metodológica de establecer sistemas clasificatorios de ciencias "cerradas", pues una disciplina puede contener elementos que la hagan predominante hacia una serie, a la vez que comparta elementos, de otra u otras series.

El mismo proceso de complejización de la sociedad contemporánea y de las mismas ciencias modernas exige nuevas reglas a esta última para poder cumplir con los fines y objetivos para las que son creadas.

Por ejemplo el hecho de incluir en las investigaciones jurídicas el uso de la cibernética, acaba con la seguridad acerca de si las ciencias jurídicas deben ser clasificadas en las ciencias sociales ? (11).

Es indiscutible que la automatización de la reglamentación jurídica y las resoluciones jurisprudenciales de la Suprema Corte -

(11) Cfr. Zurawicki, S. op. cit., p. 74

de Justicia de la Nación y de los tribunales de las entidades federativas, es ya una necesidad apremiante a fin de que los mismos organos impartidores de justicia, los centros de investigación jurídica y los abogados litigantes cuenten con toda la información jurisprudencial y normativa en forma expedita y oportuna.

Para el caso de las decisiones judiciales el empleo de las computadoras, aún con todos sus sofisticados adelantos de programación, procesamiento de datos, resultados estadísticos, representaciones gráficas, etc., es indiscutible que están impedidas para analizar casos concretos de litigio con todas sus múltiples-determinantes e implicaciones psíquicas, sociológicas, económicas, morales, etc., actividad que sólo el ser humano es capaz de realizar. La computadora es un instrumento del hombre para el hombre. Como dice J. Stone, "las máquinas no pueden tener la voluntad para hacer justicia como los hombres la pueden hacer y como a los jueces se les pide que traten de hacerla" (12). Creemos que, por lo pronto, y quizá por tiempo indefinido, el papel de las computadoras se constreñirá a ser un instrumento auxiliar de almacenamiento de información y datos sobre leyes, jurisprudencia, bibliografía y análisis cuantitativo de apoyo a las tareas de investigación.

Como ya lo dijimos en páginas anteriores, los instrumentos de investigación son meros auxiliares del método científico. Ellos

(12) Stone, Julius. El Derecho y las Ciencias Sociales. México: FCE, 1978, p. 132

no determinan el carácter de la ciencia. Para el caso del derecho, las computadoras son eso, instrumentos de apoyo a las tareas que alrededor de él se realizan. Por lo tanto, en este caso, el empleo de las computadoras no modifica la clasificación del derecho como propia de las ciencias sociales.

Existe un esquema de clasificación totalizadora de las ciencias que comprende dos grandes ramas: las ciencias formales y las ciencias fácticas.

B) CIENCIAS FACTICAS, FORMALES Y SOCIALES.

El objeto de estudio de las ciencias formales es la forma de las ideas u operaciones lógicas que rigen a todas las ciencias, o bien, las fórmulas analíticas, esto es, a fórmulas que pueden convalidarse por medio del mero análisis racional (no necesitan de la experiencia para ser comprobadas). Solo por medio del razonamiento lógico encuentran su validez. Son ciencias puramente formales, la lógica y las matemáticas. Su objeto de estudio no se encuentra en la realidad asible, cosificada; sino en formas o estructuras del pensamiento, como una actividad abstracta, que despliega el cientista para establecer relaciones, axiomas y leyes comunes que dan consistencia a los postulados de las ciencias.

Francisco Larroyo llama también a las ciencias formales como ideales que se encuentran en la idea o pensamiento; en virtud de que su objeto no posee el "carácter espacio-temporal o simplemente temporal; no son objetos -afirma- de experiencias empíricas. Sin embargo, son portadores de una consistencia tal, que -----

nadie puede dudar que existen, ya que son susceptibles de ser - pensados por todo sujeto" (13). Por ejemplo: los números, las - figuras geométricas, los juicios, los conceptos, etc.

Las ciencias fácticas tienen como objetos de estudio los fenóme- nos naturales (físicos, biológicos, químicos, etc.) y los he-- chos sociales. Son dos los objetos de estudio de las ciencias - factuales o reales: unos cuya existencia no depende del hombre (fenómenos naturales), y otros cuya existencia depende directa- mente de la acción del hombre u hombres, "como un producto de - su esfuerzo para adecuar al mundo a la satisfacción de sus nece- sidades" (fenómenos sociales o culturales) (14).

Los fenómenos naturales -apunta Jaime Giraldo-, son producto -- "necesario de otros fenómenos naturales. Su aparición, comporta- miento y desaparición obedecen a leyes determinísticas que se - dan inevitablemente cuando las condiciones apropiadas aparecen: la combinación de dos átomos de hidrógeno y uno de oxígeno de-- termina la extinsión del fuego". Los fenómenos naturales son el instrumento que crea el hombre para alcanzar sus fines. Su aparí- ción, comportamiento y desaparición sólo se comprenden en rela- ción con el fin para el cual fueron creados, y no en una rela-- ción de necesidad, sino de mera posibilidad, la que se define - en función de las metas u condiciones concretas en que deben - ser alcanzadas... Para comprender las características de un fenó- mero cultural es, por tanto, necesario interpretarlo en función de

(13) Larroyo Francisco. op. cit. p. 351

(14) Bunge, Mario, op. cit. p. 39

los fines a los cuales apunta" (15).

Las ciencias sociales son consideradas por metodólogos y epistemólogos como las más controvertidas y que ofrecen mayor dificultad en el conocimiento de su objeto de estudio: los hechos sociales, donde el individuo es sujeto y objeto del proceso de investigación, interviniendo con sus deseos (subjetividad), como ente histórico-social, con su cultura, con sus intereses de clase, etc., a diferencia de las ciencias naturales, (las ciencias-fácticas, por excelencia), cuyo objeto de estudio existe o está-dado por relaciones de causalidad y su variación es tan lenta, - que se mide en siglos.

El objeto de estudio de las ciencias fácticas se encuentra en - el tiempo y el espacio. Requieren de la experiencia (los hechos sociales) y de la experimentación para conocer los hechos y con- trastar sus hipótesis y teorías. Es por ello que también se les conoce como ciencias empíricas. Mario Bunge (16), apunta que -- "la ciencia formal es autosuficiente por lo que hace al conteni- do y al método de prueba, mientras que la ciencia fáctica depen- de del hecho por lo que hace al contenido o significación, y -- del hecho experimental para la convalidación".

De lo anterior podemos inferir que las ciencias sociales se en- cuentran en una situación intermedia entre las ciencias fácti- cas (naturales) y las ciencias (que llamaremos) puramente forma- les (matemáticas y lógica). Su facticidad reside en que suceden

(15) Giraldo Angel, Jaime. Metodología y Técnica de la Investi- gación Jurídica. Bogotá, Temis, 1980, p. 65

(16) Bunge, Mario. op. cit., p. 39

efectivamente en la realidad, aunque no es una realidad cosificada, (no son plantas, animales, cobre, microcomputadoras, --- etc.); sino relaciones sociales, conductas o comportamientos - de los individuos y grupos sociales (comprar y vender, vivir - en familia, elegir gobernantes, educar, etc.) que se rigen por normas sociales de distinto rango: morales, religiosas, familiares, jurídicas. En este plano es donde encontramos la formalización (formal "lato sensu") (que en un primer nivel significaría la elaboración de modelos que dotan de inteligibilidad a las estructuras normativas, detrás de las cuales existe la - experiencia socio-jurídica e histórico real), traspasando lo meramente fáctico, sin llegar a lo puramente formal.

El estudio del campo de lo social ha adquirido una relevancia similar a la que poseen las ciencias fácticas naturales y las ciencias puramente formales, aún cuando estas son pioneras en el pensamiento científico."Hoy día -- dice Duverger--, las ciencias sociales conocen aplicaciones aún más importantes que las de la física nuclear. La propaganda de los estados totalitarios, la publicidad comercial de los países "capitalistas", la guerra revolucionaria y la "acción psicológica", las relaciones públicas, son técnicas que, mucho más que la fusión del -- átomo han transformado la vida de los hombres de nuestro tiempo" (17). Es objetivo reconocer que los problemas más acuciantes por los que atraviesa la humanidad actualmente, pertenecen

(17) Duverger, Maurice. Métodos de las Ciencias Sociales. (Colección Demos). Barcelona: Ariel, 1981, p. 17

al ámbito de lo social; por ejemplo: las guerras centroamericanas, los conflictos de medio oriente, la crisis económica mundial, la violación de los derechos humanos, los regímenes políticos dictatoriales, etc., los cuales ocupan el centro de la preocupación pública; pero lo más importante para el análisis sociológico, es que la solución a estas problemáticas no depende de la toma de decisiones automáticas o de la aplicación de axiomas lógico-matemáticos mecánicos. Aquí entran en juego: tradiciones culturales, memorias colectivas, ideales o valores humanos de justicia, paz, respeto, dignidad, que son inherentes al hombre en cuanto ser humano racional y social. Esto es en gran parte, lo que hace complejo el análisis de la ciencia social.

En el ámbito de las ciencias fácticas, está probado que la solución a sus problemáticas (reconocimiento del espacio planetario, descubrimiento de vacunas y enfermedades peligrosas, detección y prevención de terremotos y desastres naturales) dependen más directamente de "soluciones materiales" como son por ejemplo: el diseño de aparatos e instrumentos que ayuden al hombre a recorrer el espacio, la preparación de sustancias químicas inertes para descubrir el virus que provoca el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida. La separación de estos dos ámbitos de problemáticas "fácticas" y "sociales". lo hacemos poniendo en los extremos a cada uno; sin embargo, sabemos que estos dos campos sociológicos y factual se presentan tanto a nivel del análisis metodológico como en la realidad en forma interrelacionada.

Veamos, pues, en que consisten los hechos sociales. Existe una tendencia a señalar indiscriminadamente como sociales a un sin fin de acontecimientos que ocurren en la vida humana. Con esta tendencia omnicomprendensiva de los hechos sociales, surge enorme confusión cuando, por ejemplo, hechos como "beber", "comer", - "dormir" y "razonar", pueden ser "arrebatados" por la sociología a la biología y la psicología.

E. Durkheim llama "hecho social a todo modo de hacer, fijo o - no, que puede ejercer sobre el individuo una imposición exterior; o también; que es general en la extensión de una sociedad dada, al mismo tiempo que posee existencia propia, independiente de sus manifestaciones individuales" (18).

Hay modos o determinantes sociales que proveen y forjan al individuo como un producto de una serie de relaciones familiares, cívicas, comerciales, costumbres, "son modos de actuar, de pensar y de sentir exteriores al individuo, y que poseen poder de coherción, en virtud del cual se le imponen. Por consiguiente, no es posible confundirlos con los fenómenos orgánicos, pues-- consisten en representaciones y en actos; ni con los fenómenos psíquicos, pues solo existen en la conciencia individual y por ella" (19).

Además de este tipo de hechos sociales constituidos en y por la sociedad como organización (reglas jurídicas, dogmas religiosos,

(18) Durkheim, Emile, Las Reglas del Método Sociológico. (trad. Anibal Leal). Buenos Aires: La Pléyade, 1974, p. 43

(19) *Ibidem*, p. 33

sistemas financieros, etc.) que se le imponen al individuo, hay otros hechos sociales denominados "corrientes sociales", "que -- nos vienen desde fuera, y a los cuales nos adherimos "espontanea^{mente}" (en una asamblea, llevados por la multitud, se presentan movimientos de indignación, compasión, etc.) y los sentimos tan pronto el individuo intente oponerse a esa "manifestación colectiva" (20).

a) Distinción del Hecho Social.

Durkheim afirma que "no es posible caracterizar los fenómenos sociológicos por su generalidad". Si toman ese rumbo es consecuencia de la "repetición", y los aisla o diferencia de los hechos - particulares que los reflejan. "El hábito colectivo no existe solo en estado de inmanencia en los actos sucesivos que el mismo - determina y por el contrario... se expresa de una vez por todas - en una forma que se repite de boca en boca, que se transmite mediante la educación, y que aún se fija por escrito". A decir del mismo Durkheim, "este es el origen de las reglas jurídicas y morales, de los aforismos..." (21).

El dominio sociológico abarca solo a determinados fenómenos. "Se reconoce un hecho social en el poder de 'coherción externa' sobre los individuos, en virtud de que existe una sanción determinada por la resistencia que el hecho opone a toda actividad individual que pretenda violentarlo". El hecho social es, también, -

(20) Ibidem, pp. 34-35

(21) Ibidem, p. 37

independiente de las formas individuales que adopta al difundirse (22).

b) Características de los Fenómenos o Hechos Sociales.

Según Maurice Duverger, ya se ha llegado a admitir que los "fenómenos sociales" son: 1o. Colectivos, 2o. Objetivos, 3o. Generales y 4o. Positivos. Aunque estas características "no tienen todavía el mismo significado para todos" (23).

1. Lo Colectivo en los Fenómenos Sociales.

Hablar de sociedad implica hablar de conjuntos de individuos, - individuos que tienen relaciones que conforman los hechos sociales. Este carácter colectivo de lo social ha sido entendido de distinta manera; ya sea donde lo colectivo está determinado por la individualidad y viceversa, donde lo grupal o colectivo constituye la realidad fundamental. A esta última tendencia pertenecen el organicismo y la "ontología de la comunidad". Según la corriente organicista, "las sociedades humanas son asimiladas a los organismos biológicos... los hombres constituyen las células del organismo social, y en las sociedades, al igual que en los seres vivos, lo esencial es el propio organismo y no las células que lo componen" (24).

Para la "ontología de la comunidad", "el grupo humano es una -- realidad espiritual, no una realidad orgánica". Entre las tendencias psicologistas, o sea las que consideran que los grupos-

(22) Ibidem, p. 40

(23) Duverger, M. op. cit., p. 36

(24) Loc. cit.

o comunidades, "no tienen por sí mismas realidad alguna, sino - que solo constituyen formas de relaciones interindividuales", - encontramos a las de la economía política clásica, la interpsicología y la psicología social. La primera corriente concibe la vida económica "bajo la forma de relaciones establecidas entre individuos, los cuales, por otra parte, no son considerados en su realidad concreta... sino como seres abstractos, esquematizados por el famoso "homo economicus" ". La tendencia psicologista como reacción contra el organicismo, afirma, a través de su primer representante, Gabriel de Tarde, que "la sociología debía ser una psicología intermental... Utilizaba el método introspectivo para el estudio de la psicología de las relaciones interindividuales" (25).

A decir de Duverger, en la actualidad la mayoría de los sociólogos tratan de no incurrir en posturas extremosas, ya sea hacia un colectivismo en detrimento del individualismo, o viceversa, - caer en el psicologismo en detrimento del comunismo, sin que se haya conseguido todavía "determinar con claridad la naturaleza colectiva de los hechos sociales" (26).

La tendencia marxista es la más importante tentativa de conciliación entre las dos posiciones encontradas. Concibe, por un lado, al hombre como producto de la historia, es decir, multideterminado por los distintos factores que tienen lugar en su medio, pero, también, expone que la historia es producto del --

(25) Ibidem, p. 38

(26) Loc. cit.

hombre. "El individuo queda determinado por las condiciones socio-económicas, pero al tener conciencia de esta determinación puede actuar sobre ellas" (27).

Es claro, pues, que el individuo posee "individualidad" y "colectividad", no puede desprenderse, ni de una ni de otra cualidad. En los hechos colectivos se plasman, tanto su ser individual como su ser colectivo, y, también, en los hechos colectivos influyen la individualidad y la colectividad.

2. Lo objetivo de los Fenómenos Sociales.

En sentido común del concepto "objetivo", un objeto cualesquiera un libro, por ejemplo, es objetivo sin discusión alguna, ya que es palpable, medible, tiene peso, etc. Pero en cuanto a los hechos sociales, algunos son solo representaciones y no existen fuera de las conciencias; mientras que los otros si existen fuera de las conciencias y son calificados como hechos materialmente objetivos. Existen, en suma, dos categorías de fenómenos sociales.

Los hechos materialmente objetivos son aquéllos que algunas ciencias sociales toman como referencia para obtener datos e información a partir del empleo de la técnica de observación y otras técnicas de investigación social; por ejemplo: el investigador del derecho civil toma como hechos sociales el número de demandas por alimentos que se interpusieron durante el primer bimestre de 1988, por parte de los habitantes de las colonias populares de la ciudad de Culiacán, Sinaloa. El penitenciario tomará

(27) Ibidem, p. 39

como objeto de análisis, las condiciones materiales de los reclusorios en el país y los intentos de fuga de los reclusos. Para el economista, los hechos sociales son, salarios, precios, exportaciones, importaciones, etc.

Es decir, todos ellos son hechos que ocurren o existen independientemente de la conciencia del individuo y que indiscutiblemente pueden ser calificados como hechos materialmente objetivos.

Las representaciones colectivas. A ellas pertenecen hechos sociales que no tienen un referente inmediato o tan objetivo como los anteriores, "no expresan más que un aspecto de la realidad, aspecto que solo posee el carácter de una representación, de un fenómeno de conciencia..." (28). Por ejemplo, al estudiar la imagen que de un partido político se forman sus miembros, sus adversarios y los indiferentes; las razones por las que se pertenece o no a él, etc., no encontramos hechos sociales objetivos en forma inmediata, sino que son estados de conciencia en los individuos, donde intervienen elementos subjetivos y objetivos y que vienen a formar las representaciones.

3. Lo General de los Fenómenos o Hechos Sociales.

En virtud de que todo hecho social sucede en un tiempo y espacio determinados, no podemos hablar de una generalidad absoluta, sino de una generalidad relativa. Por ello, se habla de que la "generalidad, las regularidades, no son válidas más que en un marco histórico determinado y no es posible transferirlas direc

(28) Ibidem, p. 42

tamente de este marco a otro distinto" (29).

4. Lo Positivo de los Fenómenos o Hechos Sociales.

"La ciencia es positiva porque estudia lo que es, no lo que debe ser". Así se entiende el término "positivo" como aquéllo que se refiere a lo que es, en oposición a la noción de valor; que implica la "adopción de una postura frente a las categorías del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto, de lo bello y de lo feo, etc.", sobre los fenómenos sociales (30). Sin embargo, de esta manera, es extraordinario encontrar fenómenos sociales que se sustraigan a las consideraciones valorativas.

Para Duverger, las ciencias sociales no pueden dejar de estudiar los valores ya que "casi todos los fenómenos sociales son valores en mayor o menor grado"; y, "porque la valoración les confiere, por regla general, su significado esencial" (31).

Los valores pueden ser considerados como fenómenos sociales positivos, ya que las concepciones formadas en los grupos sociales, sobre lo justo y lo injusto, lo útil y lo inútil, etc. --- "constituyen hechos positivos, por cuanto expresan las creencias del grupo, y el observador no adopta, frente a ellas, una postura determinada" (32); o sea, lo toma como es, como un hecho social positivo en el sentido estricto de la palabra.

(29) Ibidem, p. 47

(30) Ibidem, p. 49

(31) Ibidem, p. 51

(32) Ibidem, p. 52

Lo azaroso de la discusión en torno al criterio de científicidad de las ciencias sociales, y particularmente, del Derecho, radica en su abordaje metodológico y la naturaleza sociológica de su objeto. Por un lado se encuentra el 'perfecto' mundo de las ciencias fácticas, cuyo método de estudio hace sentir a las ciencias sociales disminuídas por la falta de certeza absoluta en sus hipótesis y el carácter relativo de sus teorías; y por otro, se encuentra con un objeto de estudio multideterminado y por lo tanto maleable en sumanejo. Con el esquema metodológico de las ciencias fácticas es sumamente complejo abordar a las segundas; por ello, es imperativo partir o construir otra noción de ciencia basada en indicadores propios, de la ciencia social para la ciencia social.

En el contexto de las diversas clasificaciones de la ciencia, y para efectos de esta investigación, distinguiríamos el amplio campo de las ciencias sociales que tienen por objeto de estudio al hombre, en tanto ser social, y el resto ubicadas como ciencias fácticas regidas por leyes causales y que tienen por objeto en general el mundo material que conforma el entorno del hombre.

En una ubicación intermedia situaríamos a las ciencias formales o culturales que creadas por el hombre sirven para explicar fenómenos específicos del entorno material.

Lo que distingue a este concepto amplio de ciencia social, es --

que su objeto de estudio es el hombre, objeto multifacético que es a su vez investigado por el sujeto-hombre en cuya relación compleja el método es construido por el propio hombre-sujeto que investiga para penetrar en la esencia de este objeto, a su vez, el hombre.

Planteado así este paradigma convencional, el Derecho se inscribe indiscutiblemente en el campo de las ciencias sociales porque se visualiza como un conjunto de mandatos, de prescripciones, de disposiciones que creados por el orden público en toda comunidad se aplica para organizar la vida colectiva e individual de los ciudadanos que forman dicha comunidad.

Para el caso de las ciencias sociales en general, y para el Derecho en particular, el sujeto construye el método o métodos aplicables a cada caso; éstos se le presentan al investigador como opciones metodológicas, pues dependiendo del origen y fines de la problemática detectada y de la pertenencia del sujeto-investigador a cierta corriente de pensamiento, - será su inclinación metodológica y el tratamiento que le dé al objeto.

Veamos a continuación dos opciones metodológicas que han tenido mayor trascendencia para las ciencias sociales: el Método de Marx y el análisis estructural-funcional.

C) LOS PARADIGMAS ACTUALES. EL METODO DE MARX Y EL ESTRUCTURAL-FUNCIONALISMO.

EL METODO DE MARX.

El marxismo es una teoría polémica. A mas de cien años de la --- muerte de su fundador, su principal cuerpo doctrinario sigue --- siendo objeto aun de profundas controversias, que no necesaria--- mente han llevado a la anulación del mismo. Frente a la teoría - de Marx hay mas rechazo ético y político que científico.

George Luckacs afirmó que lo único ortodoxo en el marxismo es - su método (33).

El método de Marx no puede identificarse mecánicamente con el -- llamado "materialismo dialectico" que difunden los manuales de - ciencias sociales de algunos países socialistas, donde lo reducen a una filosofía omnimoda y aparentemente capaz de explicar cua-- lesquier fenómeno a través de la dialéctica.

El método de Marx nunca fué expuesto por su autor en forma desa-- rrollada en obra alguna, por lo cual la identificación del mismo debe partir de la caracterización de toda su obra.

La obra de Marx es una crítica histórica de la sociedad burguesa y su ideología desde la perspectiva de la revolución socialista, no es en consecuencia un discurso positivo, no es estrictamente economía, sociología, historia, etc., es una teoría crítica cuya finalidad es desestructurar el discurso de estas ciencias y reve-- lar su caracter de clase, es decir, el hecho que sus postulados teóricos son la expresión ideal de las relaciones capitalistas - a las que presentan como naturales y eternas y demostrando su ca-- racter transitorio en la evolución de la humanidad.

(33) Luckacs, George. Historia y conciencia de clase. México: Grijalbo, 1969.

En el prólogo a la primera edición del libro I de El capital- su aporte principal al conocimiento de la sociedad-, aludió a su -- método al que llamó "método dialéctico (34). Lo distinguió del - método de Hegel que era idealista, siendo el suyo materialista. En el prólogo de la Contribución a la Crítica de la Economía Política (texto antecedente de El Capital) esbozó su concepción materia-- lista sobre la historia de la sociedad e hizo afirmaciones que - permiten explicar su método de estudio.

Al hacer un recuento de su trabajo hasta ese momento, escribió: "...Mi investigación desembocaba en el resultado de que, tanto - las relaciones jurídicas como las formas de estado, no pueden -- comprenderse por sí mismas, ni por la llamada evolución general del espíritu humano; sino que indican, por el contrario, en las condiciones materiales de vida cuyo conjunto resume Hegel, si--- guiendo el precedente de los ingleses y franceses del siglo XVIII, bajo el nombre de la sociedad civil; y que la anatomía de la so- ciedad civil hay que buscarla en la economía política" (35). Esta última afirmación nos ilustra el porque fundamenta su crítica de la sociedad en el estudio de la economía política.

La sociedad se desarrolla por la contradicción entre relaciones de producción y fuerzas productivas que constituyen la estructura económica sobre la cual se exige una superestructura jurídica, - política e ideológica. Al cambiar la primera cambia mas o menos

(34) Marx, Karl. El Capital. México FCE, 1973, p. XXIII.

(35) Marx, K. "Prólogo de la Contribución a la crítica de la econo- mía política", en C. Marx y F. Engels. Obras Escogidas en - tres tomos. t. I, Moscú: Progreso, 1976, p. 517.

lentamente la segunda. Así, los diferentes estadios de desarrollo de la estructura económica marcan diferentes etapas (esclavismo, feudalismo, capitalismo, socialismo).

La razón por la cual se considera: a los hechos económicos como los determinantes en última instancia, no debe entenderse como un reduccionismo económico, sino como un procedimiento metodológico para alcanzar un conocimiento científico de los hechos sociales. Las relaciones económicas constituyen hechos sociales -- que pueden captarse en un modelo científico de regularidad en el cual se puede exponer el movimiento de lo necesario y lo repetible en la sociedad, y a partir de ello conceptualizarse leyes sociales. Sobre esta base se efectúan aproximaciones a la totalidad social asociando o interaccionando las leyes descubiertas a los diversos fenómenos no económicos. V.I. Lenin lo planteó -- así en un trabajo sobre El Capitalismo en Rusia (36): "El materialismo ha proporcionado un criterio objetivo por entero, al destacar las relaciones de producción como estructura de la sociedad y ofrecer la posibilidad de aplicar a esta relación el criterio científico general de repetición".

El procedimiento metodológico para realizar este tipo de estudios es el método de elevarse de lo abstracto a lo concreto. Las meditaciones sobre la naturaleza de esta forma de investigación aparecen en la introducción general a la crítica de la economía -- política (1857), conocida como Los Grundrisse (37).

(36) Lenin, V.I. Quiénes son los amigos del pueblo y como luchan contra los socialistas democratas. Moscú: Progreso, 1979, p.63

(37) Marx, Karl. Elementos fundamentales para la crítica de la economía política. México: S. XXI editores, 1971.

Segun Marx, el uso de la abstracción como método en las ciencias sociales sustituye al laboratorio o experimento de las ciencias naturales.

Su método es de las "aproximaciones sucesivas", que consiste en avanzar paso a paso de lo mas abstracto a lo mas concreto y de un análisis profundo de la esencia de las cosas para llegar a dominarlo, eliminando suposiciones simplificantes en las etapas -- sucesivas de la investigación de modo que la teoría pueda tomar en cuenta y explicar una esfera cada vez mas vasta de los fenómenos reales. El método de la abstracción inquiere decidir de qué hacer la abstracción (qué problema se examina) y de qué no hacerla (elementos esenciales y no esenciales). La tarea de la abstracción es poner de relieve lo esencial de lo no esencial. En el estudio de la sociedad burguesa lo esencial para Marx son las relaciones económicas, el resto podrían explicarse una vez conocidas estas. Ahora bien, al interior de las relaciones económicas, lo esencial eran las relaciones de producción y al interior de estas, a su vez, el proceso de trabajo, por eso su teoría de la sociedad se finca en una noción clave del trabajo humano que da sentido a la teoría total del funcionamiento de la sociedad burguesa.

El método de la abstracción conlleva necesariamente al de la síntesis, es decir, a la articulación dialéctica de todos los procesos que son investigados por separado para proceder a la reconstrucción del conocimiento de la sociedad en una totalidad concreta, síntesis de múltiples determinaciones y relaciones. También,

el estudio de una sociedad permite conocer otras que le precedieron a partir de las categorías de la totalidad que se logre por la abstracción y síntesis de sus relaciones. Así, el capitalismo permite conocer regímenes anteriores. "la sociedad burguesa- dice Marx- es la organización de producción mas desarrollada, mas diferenciada. Las categorías que expresan sus relaciones y permiten la comprensión de su estructura, posibilitan al mismo tiempo, comprender las relaciones de producción de todas las formas de sociedad desaparecidas, sobre cuyas ruinas se halla edificada, y cuyos vestigios, que aun no ha dejado atrás lleva arrastrando, mientras se ha desarrollado todo lo que antes había sido apenas iniciado, etc. La anatomía del hombre es la clave de la del mono. Lo que -- en especies animales indica una forma superior, no puede por el contrario, comprenderse sino cuando se conoce la forma superior. La economía burguesa proporciona así la clave para la economía -- antigua, etc." (38)

En la aplicación del método marxista se recurren a un conjunto de categorías y conceptos para el estudio de lo social.

El término materia. Se utiliza (simplemente) para designar las -- condiciones fundamentales, primarias, de la existencia humana. -- Designa la realidad objetiva que es dada y reflejada en el hombre por las sensaciones y que existe independientemente de el.

Revolución social o cambio histórico-social. Sustitución de una -- formación económico-social caduca por otra nueva, progresiva, en virtud de que las relaciones sociales entran en crisis en la es--

(38) Ibidem, p. 279.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

estructura económica. Las relaciones de producción se convierten -- en freno para el desarrollo de las fuerzas productivas.

Estructura Económica. Es estudiada en el contexto del desarrollo histórico del trabajo humano como relación primaria entre el hombre y la naturaleza, y su intento de clasificar las sociedades humanas en función de sus sistemas económicos. Se integra con las - fuerzas productivas y las relaciones de producción.

Superestructura ideológica. En ella encontramos a las formas ideológicas que se alzan sobre la base económica y son el principal - obstáculo para la investigación científica cuando se les considera por sí mismas, sin tener en cuenta las correlaciones.

En ella encontramos al conjunto de ideas reflejadas por la base o estructura económica y las relaciones ideológicas correspondientes a esas ideas así como las organizaciones e instituciones --- (estado, tribunales, iglesia, etc.)

Fuerzas productivas. Actividad desplegada por el hombre en el proceso o producción en la cual emplea trabajo fisiológico intelectual así como medios o instrumentos de trabajo.

Relaciones de producción. Son aquellas relaciones sociales que -- los hombres establecen entre si durante el proceso productivo.

Sociedad civil. Abarca "todo el intercambio material de los individuos, en una determinada fase de desarrollo de las fuerzas productivas. Abarca toda la vida comercial e industrial de una fase y, si bien, por otra parte, tienen necesariamente que hacerse valer al exterior como nacionalidad y, vista hacia el interior, como estado." (39)

(39) Marx, Carlos y F. Engels. La ideología Alemana. Montevideo. - Ediciones Pueblos Unidos, 1969, p. 38.

Clases sociales. Grandes grupos de personas que se diferencian -- entre si por el lugar que ocupan en un sistema económico de producción.

Conciencia de clase. Conocimiento que tienen los miembros de una clase acerca de su origen, desarrollo, situación económica e intereses que le son propios en relación con su situación económica, política, social y cultural.

Dialectica. Ciencia de las leyes generales del movimiento y evolución de la naturaleza, la sociedad y el pensamiento.

La concepción económica de la historia o materialismo histórico -- fundada por Carlos Marx es de las corrientes teóricas que mas incidencia han tenido en el estudio de las ciencias sociales. Los principios de esta corriente marxista han pretendido, a través de diversas tendencias abarcar analíticamente a la mayoría de las -- ramas de la ciencia social.

El esquema general económico en el cual Marx ubica al Derecho está formado por la estructura económica de la sociedad integrada por el conjunto de relaciones de producción sobre la cual se levanta una superestructura jurídica y política, a la que corresponden -- determinadas formas sociales de la conciencia. El modo de producción de la vida material condiciona el proceso de la vida jurídica. De esto extrae Marx la consecuencia de que la sociedad no es plasmada por el Derecho sino, por el contrario, el Derecho es una forma plasmada que irresistiblemente se adapta a la estructura -- económica de la sociedad. De esta manera el Derecho pasa a convertirse en un producto totalmente histórico y sociológico, en la -- transposición o traducción de lo material" (40). El derecho es --

(40) Novoa M., E. op. cit., p. 242

uno de los elementos integrantes de la capa ideológica donde se encuentran la religión, el arte, política, ética, etc. entendidos como proyección y reflejo de la estructura o sistema económico..

En el citado Prólogo de la Contribución a la Crítica de la Economía Política Marx continua exponiendo "En la producción social de su vida, los hombres contraen ciertas relaciones independientes de su voluntad, necesarias determinadas...Estas relaciones de producción corresponden a cierto grado de desarrollo de sus fuerzas productivas materiales. El conjunto de esas relaciones forman la estructura económica de la sociedad, la base real sobre la que se levanta una superestructura jurídica y política, y a la cual responden formas sociales y determinadas de conciencia. El modo de producción de la vida material determina, de una manera general, el proceso social, político e intelectual de la vida" (41).

A decir de E. Novoa, Marx niega "que la ley sea expresión de la libre voluntad de un legislador, pues esa voluntad está determinada por su base real que son los intereses de la clase dominante. La noción de bien común tan extendida en la filosofía jurídica neotomista y neokantiana le parece una ilusión, que en el fondo trata de ocultar que el estado está al servicio de los intereses comunes de la clase dominante que procura justificar -- las contradicciones insalvables de las clases en lucha. En su -- opinión, el Derecho no es mas que una de las expresiones del poder del Estado y el Estado es a su vez, el instrumento de que se vale la clase dominante para cristalizar su poder" (42) Sin embargo, el derecho burgues asume una peculiaridad de mediador ---

(41) Prólogo a la...op. cit., p. 517.

(42) Novoa M. E. op. cit., pp. 242-243.

necesario para que los procesos de producción y apropiación de los bienes se realicen establemente, en una realidad de la estructura social perceptiblemente desigual.

En la concepción marxista el derecho debe su existencia, su cambio y su perecimiento a la misma suerte de la estructura o sistema social. Así se entiende en el prefacio que estamos transcribiendo: "En cierto grado de su desarrollo- explica Marx-, las fuerzas productivas de la sociedad están en contradicción con las relaciones de producción existentes, o, en términos jurídicos, con las relaciones de producción en el seno de las cuales esas fuerzas productivas se habían movido hasta entonces. Esas relaciones que en otros tiempos constituían las formas del desarrollo de las fuerzas productivas, se convierten en obstáculos para éstas. Entonces nace una época de revolución social. El cambio de la base económica mina más o menos rápidamente toda la superestructura. Cuando se estudian esos trastornos, es preciso distinguir siempre entre la conmoción general que agita las condiciones económicas de la producción y que puede comprobarse con una exactitud científica, y la revolución que derriba las formas jurídicas, políticas religiosas, artísticas o filosóficas" (43).

Existe la opinión reiterada de importantes teóricos del Derecho - que declaran la insuficiencia e inexistencia de una teoría marxista del Derecho.

Según Eduardo Novoa "Los padres del marxismo no suministraron en sus estudios doctrinales elementos que proporcionaran a sus seguidores, ni siquiera como esbozo una teoría marxista del Derecho. -- (43) Marx, Carlos. Prologo... op. cit., p. 518.

Solamente se contienen en sus escritos algunas referencias a lo jurídico, que no tienen toda la extensión y consistencia necesaria como para articularlas en una verdadera teoría. (44)

Para Norberto Bobbio (45) es válida la duda en torno a la existencia de una teoría marxista del derecho en virtud de ciertos argumentos que él mismo señala: "Los pasajes que Marx dedica a la teoría del Estado pueden medirse en páginas, ... y los dedicados a la teoría del derecho se miden en renglones... la mayor parte de los pasajes... no se refieren... a la teoría del derecho sino a la crítica ideológica del derecho burgués;" ni en El Capital, ni en los Grundrisse "no viene citado un solo texto de derecho". Por otra parte, continúa Bobbio, parecería al Estado en el momento de la superestructura." Lo que encuentra Bobbio en las ideas de Marx sobre el derecho son "cinco teorías del derecho en estado embrionario... a) teoría del derecho de Marx es una teoría del derecho como instrumento de dominación de clase... b) el núcleo originario y original de la teoría marxiana del derecho es el descubrimiento del derecho como ideología...; c) la teoría marxiana del derecho es una teoría crítica emancipativa del derecho...; d) es una teoría del mejor derecho... e) es una conciencia de la legitimación..." Todas estas tesis pueden reducirse según Bobbio a la hipótesis "aun por demostrar en su totalidad, del derecho como instrumento de dominación de clase y, por tanto como institución o conjunto de instituciones características de una sociedad dividida en clases antagónicas."

(44) Novoa M. E., op. cit., p. 241.

(45) "Teoría del Derecho y Sociología del Derecho" en: Revista crítica jurídica. México, 1987, año 4, No. 5 pp. 7-11.

En respuesta a la posición de Bobbio, Renato Treves opina que, -
efectivamente con la hipótesis mencionada Marx "no ha contribuido
en forma relevante a los estudios de teoría del derecho", pues --
esta disciplina se desarrolla en forma autónoma, "sin considerar
a la lucha de clases". Sin embargo, afirma este mismo autor, ----
"observo que con la hipótesis mencionada Marx en cambio ha contri
buido notablemente al estudio de la sociología teórica del -----
derecho" A él y a Engels se debe "la concepción conflictiva de la
sociedad y el señalamiento del "lugar y la función del derecho -
dentro de esta misma concepción". También, Marx y Engels han con-
tribuido al estudio de la sociología del derecho, al concebir a
este como "una variable dependiente respecto a la parte de la so-
ciedad que detecta el poder y dispone de la fuerza, y del otro, -
una variable independiente respecto a la parte de la sociedad que
no detenta el poder y termina por tanto estando subordinada u ---
oprimida por la parte opuesta" (46)

En definitiva, creemos que no se puede hablar de una teoría del -
derecho en Marx. El teórico del socialismo no tuvo esa intención
como tampoco la tuvo para elaborar una teoría antropológica, psi-
cológica o política. Lo que ocurre es que del análisis detenido -
que hizo de la sociedad burguesa vertió algunos elementos teóri-
cos sobre tal o cual disciplina y de ellos han partido otros cien
tíficos para estudiar algunas disciplinas sociales y naturales.

(46) Treves, Renato. "Marx y la Sociología del Derecho" en: ---
Revista Crítica Jurídica, No. 4., op. cit., pp. 13-14.

EL ANALISIS ESTRUCTURAL-FUNCIONALISTA.

El estructural-funcionalismo es un análisis científico explícito de la realidad a través de metodologías que, en último término, se reducen al par categorial de estructura y función.

El "estructuralismo" y el "funcionalismo" son corrientes del pensamiento que aparecen en la historia de la sociología como tendencias que se confunden en el estudio de la interacción social y las instituciones humanas, como ocurre elocuentemente en la escuela inglesa influida por Radcliffe-Brown, especializada en trabajos sobre la estructura política, estructura de parentesco, organización ritual, etc. Sin embargo, el análisis estructural-funcionalista es más identificado como una de las variantes de la investigación funcionalista, debido a que el estatuto teórico de esta corriente es más acotable en el estudio de la sociedad. La especificidad epistemológica de los estudios estructural-funcionalistas se constituyen, según Marion J. Levy Jr., (47) alrededor de tres preguntas fundamentales:

-¿Qué uniformidades observables, o pautas, pueden describirse o suponerse en los fenómenos estudiados, que implica preguntar además sobre las estructuras presentes en esos fenómenos.

-¿Qué condiciones (estados empíricos de las cosas) resultantes de operaciones previas pueden descubrirse o suponerse en los fenómenos estudiados?, que implica preguntar además sobre las funciones resultantes o realizadas.

(47)Levy, Marion J. Análisis funcional. Enciclopedia Internacional de las ciencias sociales, Tomo I, Madrid: Aguilar, 1979, pp. 229-300.

-Cuando se descubre (o supone) que un proceso se desarrolla según uniformidades observables, qué condiciones resultantes cabe descubrir, que implica preguntar además sobre las funciones que se realizan en una estructura dada.

Esto significa que a partir de pautas, o uniformidades observables, es posible configurar unidades de análisis o sistemas que expliquen cierta regularidad en los fenómenos estudiados. Lo anterior guarda una relación significativa con la investigación jurídica, muchos de cuyos enfoques derivan de esta metodología científica.

Antecedentes del estructural-funcionalismo

Desde el siglo XVI el término de estructura, originado en el lenguaje de la construcción de edificios, se utiliza en la anatomía y de ahí deviene en categoría de estudios de tendencia biológica y mecanicista de la sociedad. En Hobbes, Montesquieu y, en general, en el pensamiento de la Ilustración se concebía a la sociedad como un todo compuesto por partes interrelacionadas. Es la economía política clásica primer intento científico por descubrir las leyes que regían el funcionamiento de ese todo, que se daba el rango de "orden natural" (48). La consecuencia teórica de sus postulados desembocó, en una de sus vertientes, la sociología. Con Marx, el término estructura aparece más como metáfora que como categoría prestada de las ciencias naturales, cuestión que si sucederá en los creadores de la sociología (positivismo, funcionalismo y, en general, en lo que Marx mismo llamó "ciencia burguesa"). (49).

(48) Napoleoni, Claudio. Fisiocracia, Smith, Ricardo, Marx. Barcelona. Oikos-tau, 1981, pp. 31-45.

(49) Consultar: Korsch, Karl. Karl Marx, Barcelona: Ariel, 1974.

Con el inglés H. Spencer aparece explícito el uso de las categorías distintivas de lo que terminó constituyéndose como estructural funcionalismo. Definió el objeto de la sociología como el estudio de la estructura social y asoció los conceptos de estructura y función en la explicación de la sociedad (50). En Durkheim se reformulan éstos y empezarán a generalizarse en el análisis de la sociología y la antropología.

Históricamente el estructural-funcionalismo responde en sus orígenes, al cambio que experimentó el régimen capitalista en el último cuarto del siglo XIX, cuando el colonialismo inglés enfrentó la necesidad de explicar y justificar su dominio de pueblos de cultura distinta a la Europa, así como el surgimiento del imperialismo. Se mantiene, además, como ciencia justificatoria del sistema capitalista. Teóricamente expresa el abandono del criterio historicista en las ciencias sociales (51), privilegiando el análisis comparativo de sociedades a partir de metaconceptos de relaciones sociales, incluyendo en un mismo eje temporal a los grupos humanos, estudiando sus cualidades y procesos a la luz del patrón clásico de la sociedad capitalista y elevando al nivel de relaciones naturales esa especificidad transitoria de la organización humana. En el terreno ideológico es una reacción ante el evolucionismo positivista y el marxismo.

Durkheim consideraba a la ciencia demasiado inmadura para prever el futuro e inició una tradición en el campo de las ideas y le -

(50) Tomado de: Timasheff, Nicholas S. La Teoría Sociológica. 8a. reimp. México: FCE, 1980, pp. 57-58

(51) Tomado de: Korsch, Karl... op. cit.

imputa a la sociología el estudio del presente, del orden vigente, a partir de conexiones causales y el método comparativo (52). La influencia de Durkheim en la antropología inglesa, después de la primera guerra mundial, a través de Bronislaw Malinowsky y -- Radcliffe- Brown, sirvió de puente al funcionalismo contemporáneo, siendo crucial en ello la obra del norteamericano Talcott - Parsons, discípulo del primero. En la fase inicial de su trabajo, Parsons fincó el análisis sociológico en la "teoría general de la acción". La acción configuraba tres grandes sistemas: el sistema de la personalidad, el sistema social y el sistema cultural. Ahora bien, la teoría de la acción era el principio integrador de todos los conocimientos en cada uno de los sistemas a la vez que operaba como síntesis de los mismos. En una segunda etapa del -- trabajo de Parsons el papel central pasa de la acción al "sistema social" (53).

Esto significa que a partir de pautas, o uniformidades observables, es posible configurar unidades de análisis o sistemas que expliquen cierta regularidad en los fenómenos estudiados. Lo anterior guarda una relación significativa con la investigación jurídica, muchos de cuyos enfoques derivan de esta metodología -- científica.

(52) Consultar: Gouldner, Alvin. La crisis de la sociología occidental, Buenos Aires: Amorcourt, 1973.

(53) Tomado de: Timasheff, Nicholas S...op. cit. pp. 301-311.

Según A. Hernández Gil, (54) el análisis estructural del derecho - se dirige a "inquirir las reglas conforme a las cuales se relacionan, combinan y contraponen ciertos elementos solidarios respecto de método. "En este análisis no se utiliza la generalización inductiva, ni tampoco su absoluto apriori. Para una "intelección estructuralista, el ordenamiento presupone y se remite a un sistema no derivado de él, en el que se han ido formando las reglas de las -- reglas conforme a las cuales se hace posible la articulación normativa y sus desenvolvimientos individuales a través de la realización del derecho". La elaboración del Derecho se basa en la combinación y oposición de elementos lingüísticos. Se trata mediante -- este análisis de estudiar las significaciones jurídicas del lenguaje mismo y no "del lenguaje que habrá de ser para el estructuralismo del Derecho." El estructuralismo implica o le subyace una determinada ideología que se conforma por las diversas manifestaciones políticas, culturales, económicas, que se dan en una sociedad determinada.

MAX WEBER.

El derecho en el contexto de su tridimensionalidad y de las concepciones dependiente e independiente de la sociedad, es una necesidad histórica que nace en toda comunidad humana. Primero enraizado en esquemas mítico-religiosos, luego acatado consuetudinariamente por los grupos humanos al momento que la normal moral se impone a la conducta humana y normativiza las actividades y costumbres . -

(54) Hernández Gil, Antonio. Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica. Madrid: Civitas, 1976, pp. 101-102.

de los diversos sujetos sociales, pasa mas tarde a racionalizarse en el concepto de Estado moderno, del cual se desprende con una - función específica de ejercicio del poder y control social. Desde este punto de vista, el Derecho revestido de formalidades legales, pasa a ser un factor de legitimación del Estado contemporáneo y - de los gobiernos que actuan dentro de él en el sentido que lo concibe Max Weber.

Según resume Philip Selznick, las tendencias sociojurídicas que - postulan ir mas allá de los confines tradicionales del conocimiento jurídico, enfatizan que: a) las "ideas e instituciones jurídicas deben estudiarse en sus principios históricos, y los moldes de la evolución legal ser vistos como resultados no previstos del -- juego de las fuerzas sociales (historicismo); b) el Derecho es - el medio para mantener el orden público y dilucidar conflictos, - para facilitar transacciones y arreglos voluntarios para otorgar legitimidad política, para educar y participar en la vida civil y para determinar aspiraciones sociales" (instrumentalismo); ----- c) "siempre existe un vacío considerable entre un sistema de normas generales y su imposición, dado que las normas son aplicadas por seres humanos que tienen sus propios intereses y problemas. - Una crítica a las reglas y conceptos abstractos tiende a precisar la atención en el proceso social que determina el curso de una -- actitud discrecional y en el nacimiento de reglas informales que suplen, y algunas veces transforman, el sistema oficial reconocido" (antiformalismo); y, d) "Es en las regularidades presentes - de la vida de grupo en donde encontramos el derecho viviente.", o sea, "'la ley que domina la vida misma aunque no haya sido plas-

mada en proposiciones legales". La realidad jurídica "está en - la institución, esto es, en la asociación o empresa tanto pública como privada, que tiene establecida su propia autoridad y procedimientos adecuados" (pluralismo) (55).

Como se observa, en estas corrientes sociológicas prima la búsqueda de lo jurídico fuera de su esfera convencional, lo que -- trae como consecuencia el riesgo de disolución de la idea del -- Derecho en los amplios conceptos de orden social y control so-- cial. "La concesión de un '"derecho vivo"' -dice P. Selznick-, agrupando todas las regularidades de la vida de grupo, no ofrecen un punto de contacto con lo característicamente jurídico" -- (56). Weber trató de dar una solución a esta problemática ofreciendo una definición funcional del Derecho.

Este autor distingue a las normas jurídicas por la posibilidad - que se tiene para hacerlas cumplir obligatoriamente. "Un orden - -expone Weber-, debe llamarse Derecho: Cuando está garantizado - externamente por la probabilidad de la coacción (física o psíquica) ejercida por un cuadro de individuos instituidos con la misión de obligar a la observancia de ese orden o de castigar su - transgresión" (57). O sea que la amenaza o la coacción física no es única en la acción legal, pues puede consistir en una censura pública o en un boicot, lo cual amplía el campo de acción del Derecho mas allá de la comunidad política. "Una teoría adecuada -- del derecho -señala Selznick, debe identificar el trabajo especí

(55) Selznick, Phikip. "Sociología jurídica", en: Sánchez Azcona, Jorge. Lecturas de Sociología y Ciencia Política (antología) 3a. ed. México: UNAM, 1987, pp. 227-230.

(56) *Ibidem*, p.230.

(57) Weber, Max. Economía y Sociedad. 7ª reimp. México:FCE,1984, p.27.

fico que realiza el Derecho en la sociedad, los recursos especiales del mismo y el mecanismo característico de su acción... el punto clave en el estudio del derecho no es la coacción. "Es la validez... El orden jurídico es preeminentemente un orden legítimo y los problemas fundamentales a los que la jurisprudencia se enfrenta, nacen de los enigmas y ambigüedades que se producen por identificar los orígenes de las normas vigentes, la aplicación de éstas y la naturaleza del cambio legal en las reglas existentes" (58).

La legalidad presupone un orden legítimo. La legitimidad de un acto legal se da en atención a su origen, si la autoridad que lo emite tiene competencia, si tiene el consenso, si ha sido -- electa democráticamente, etc. El acto legítimo tiene mayores -- expectativas de obediencia y este cumplimiento determina hasta dónde y en qué extensión existe un orden jurídico. "La legitimidad acarrea la viva semilla de la legalidad implantada por el principio de que el ejercicio del poder debe ser justificado. De aquí, es un paso a aceptar que la razón debe darse para defender actos oficiales. La razón invita a la evaluación, y la evaluación requiere la evolución de los estándares públicos. Al mismo tiempo implícita en la norma fundamental de que la razón debe darse, es la conclusión de que donde las razones son una autoridad defectuosa es ampliamente debilitada, incluso invalidada" (59).

(58) Selznick, p. op. cit. pp. 231.

(59) Ibidem, p. 235.

Para Max Weber (60), el fundamento primario de la legitimidad - puede ser: de carácter racional, tradicional y carismático; en tanto el carácter tradicional de la legitimidad "descansa en la creencia cotidiana en la santidad de las tradiciones que rigieron desde lejanos tiempos y en la legitimidad de los señalados - por esa tradición para ejercer la autoridad" (autoridad tradicional). El carácter carismático se expresa y "descansa en la - entrega extracotidiana a la santidad, heroísmo o ejemplaridad - de una persona y a las ordenaciones por ella creadas o reveladas (autoridad carismática)".

El carácter racional de la legitimidad, que es la que a nosotros nos interesa explicar, "descansa en la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando (autoridad legal)". Para el ejercicio del poder público regularmente se combinan las formas de legitimidad legal y algunas veces carismáticas; sin embargo, el carácter (legal) es el que prima y da sustento formal y reconocimiento a una autoridad (pública)". (*)

Entre las "categorías fundamentales de dominación legal", que concibe Weber, encontramos las siguientes:

- "1. Un ejercicio continuado, sujeto a ley de funciones, dentro de
- "2. Una competencia, que significa:

(60) Weber, Max. Economía y Sociedad. 7a. Reimp. México: FCE, 1981, p. 174.

* Se actúa racionalmente con arreglo a fines quien oriente su acción por el fin, medios y consecuencias implicadas en ella y para lo cual sopesa racionalmente con los fines, los fines con las consecuencias implicadas y los diferentes fines posibles entre sí; en todo caso, pues, quién no actúe ni afectivamente ni con arreglo a la tradición. (Economía y Sociedad, pag. 21).

- a) Un ámbito de deberes y servicios objetivamente limitado en virtud de una distribución de funciones.
- b) Con la atribución de los poderes necesarios para su realización, y;
- c) Con fijación estricta de los medios coactivos eventualmente admisibles y el supuesto previo de su aplicación..."

Bajo la vertiente estructural funcionalista, con Weber, la legalidad presupone la legitimación y el consenso racional. Este último tiene su sustento en las bases sociales del gobierno del derecho. El consenso racional se puede aproximar bajo -- dos condiciones que se vinculan: "1. En el devenir histórico, sentimientos racionales soportan a la conductaracional, por ejemplo, cuando ciertos modos para comprender al hombre y la sociedad fomentan la autodisciplina y la tolerancia al equívoco. 2. Hay una - amplia oportunidad para una opinión pública que emerja fundada en el libre juego del interés ideológico, sin impedir la res--- puesta a ideas y sucesos. "El consenso racional presupone, pues, una genuina opinión pública.

Los principios en que se fundan el consenso racional y la legitimidad constituyen un valioso apoyo social a la toma de decisiones legales: en la elaboración de las normas, en su valoración y aplicación a circunstancias cambiantes, etc. "En una comunidad que aspira a un alto orden de legalidad, el obedecer la ley no es una sumisión compaciente. Es un conocimiento dado libremente por una comunidad competente" (61)

A diferencia de las tesis marxistas según las cuales los fenómenos culturales, la religión, el derecho, (la superestructura), - (61) Selznick, p. op. cit. pp. 236-237

están determinadas por la evolución de las fuerzas productivas y las relaciones de producción; Weber concibió al capitalismo - que general como "un sistema de empresas lucrativas unidas por relaciones de mercado, que se ha desarrollado históricamente en muchos lugares y en diversos tiempos". Este capitalismo, es distinto al capitalismo maduro de la época moderna, ya que este último posee un carácter racional y una organización racional de la mano de obra libre. "No se basa en el simple impulso adquisitivo. Es una actividad racional en la que tienen gran importancia el orden, la disciplina y la jerarquía dentro de la organización". (62)

Tenemos pues, que el análisis teórico metodológico del Derecho, es apremiante para la función que tiene asignada la investigación jurídica científica en nuestros días. Es inobjetable que el papel que juega el Derecho en el mundo contemporáneo es determinante en cuanto que regula la vida política, económica y social de un país.

En la actualidad cuando se abre el debate sobre la discusión en torno al Estado, el poder y sus formas de ejercicio para la convivencia democrática, donde legendarias polémicas sobre el carácter del Estado, límites que debe tener en la rectoría económica y espacios políticos que debe ofrecer a los partidos políticos, el derecho juega su rol significativo, en tanto norma -- las acciones de cada actor o sujeto social, así como las instancias representativas para el ejercicio de la democracia real --

(62) Timasheff, Nicholas S. op. cit., pp. 217-218.

que respete la legalidad vigente a fin de mediatizar la ingobernabilidad de un régimen dado.

El Derecho no solo debe ser un factor de legitimación y control social, sino también, en una perspectiva científica, previsor y autoregulador de las desviaciones que los sujetos puedan hacer al margen y a partir de el (caso de los gobiernos de facto), -- debido a que norma las actividades generales y específicas que conlleven a la autoregulación de las estructuras que componen e integran el sistema político, esto con el fin de dinamizar el crecimiento del Estado con una tendencia modernizante y dar estabilidad al sistema político en el ejercicio de la democracia y la alternabilidad en el poder.

Indudablemente que el derecho, en la perspectiva weberiana no se divorcia de la filosofía política, donde el ser y deber ser están ligados para ofrecer una mejor perspectiva para el ejercicio del poder, ya que si no conocemos qué poseemos y qué pretendemos, sentido mentado en la acción social, no podríamos conocer el papel del derecho para normar no sólo en el presente sino con una visión proyectiva que define el futuro del Estado Moderno.

CAPITULO III

EL DERECHO COMO FENOMENO JURIDICO TRIDIMENSIONAL.

A) GENERALIDADES. EL DERECHO EN SU TRIDIMENSIONALIDAD.

La tradición jurídica de las distintas naciones es milenaria. El desarrollo teórico en este campo, ha experimentado vertientes de análisis diversas y divergentes. La densa gama de problemáticas-ubicadas por los juristas, las corrientes y escuelas del Derecho así como las múltiples hipótesis propuestas como solución a las mismas, han producido un enorme caudal de conocimientos en esta área que provocan aún controversias. Así lo notamos en el estudio de este objeto enfocado hacia tres elementos o punto de vista que son consustanciales a la experiencia jurídica: las normas, los hechos (conductas) y los valores. Veamos a continuación algunas apreciaciones al respecto.

La perspectiva de análisis que el jurista argentino Carlos Cossio (1) plantea para el abordaje del Derecho, se basa en el estudio - que realizó Manuel Kant sobre la experiencia natural, de la cual destaca dos elementos: la materia y la forma, presentes en las formas puras de sensibilidad, del entendimiento y de la razón. Según Kant, en un dato científico cualquiera de la experiencia, - por ejemplo la ley física, según la cual el calor dilata los metales, encontramos una materia o contenido empírico que aprehendemos por intuición sensible (lo percibimos por medio de los sentidos; vista, tacto, etc.); y una forma o estructura lógica de Indole conceptual, racional, que se adecúa a una forma lógica (todos los S son P).

(1) Tomado de Aftalión, Enrique. et. al. Introducción al Derecho. 6a. ed. Buenos Aires: Librería El Ateneo, 1960, pp. 141-144

Llevada esta experiencia kantiana al Derecho, vemos que toda -- proposición jurídica contiene una materia regulable (contenido) y una norma reguladora de esa materia (forma); pero, además de los ingredientes normativo formal y material contingente existe un ingrediente axiológico (valoración jurídica).

Veamos en un ejemplo concreto la expresión de estos tres elementos. Tomemos el dato de que la capacidad jurídica se alcanza a los 18 años (legislación mexicana). Aquí encontramos una estructura lógica si lo expresamos normativamente mediante un juicio-del deber ser: Si los contratantes poseen 18 años y son individuos normales (en sus facultades mentales) podrán celebrar todo tipo de contratos (si S es P). El contenido empírico pudo haber sido distinto; en vez de 18 años, 22 u otra edad biológica, o bien, la muerte de los padres; en lugar de capacidad pudo haber sido raza, sexo, color, etc. En tercer lugar, encontramos el elemento que escinde radicalmente la experiencia jurídica de la experiencia natural. La capacidad jurídica adquirida a los 18 años no solo es un juicio normativo y un conjunto de referencias dogmáticas contingentes, "sino que además significa, siempre, un cierto orden, una cierta seguridad, un cierto punto de vista sobre la justicia"; o sea, una valoración de conducta. Este tercer elemento, "no obstante ser necesario, no es formal si no material porque, al confrontarlo con la forma normativa, se advierte que constituye -junto con los datos empíricos-dogmáticos con los que se compenetra indisolublemente- la materia que es pensada normativamente"(2).

(2) Ibidem, p. 144

Tal como lo apreciamos en los principales exponentes del pensamiento jurídico, el énfasis o mayor importancia que le den a -- uno de los tres elementos, los ubica dentro de cierta corriente: jusnaturalista, positivista, sociologista, etc.

A.1. EL DERECHO COMO NORMA.

Las definiciones más socorridas de Derecho aluden a este, como "conjunto de normas", las cuales dan idea de una concepción --- pragmática del mismo. Es lo que el común de los individuos piensan del Derecho: como un reglamento, los códigos, la constitución, etc., donde se encuentran plasmadas una serie de reglas-- referidas a una materia legal con el propósito de indicar a las personas cómo deben comportarse: conduciendo en la vía pública - un automóvil, al realizar una compraventa, al arrendar un inmueble, etc.

a) Distinción y Relaciones entre Derecho y Moral.

Los tratadistas del Derecho recurren reiteradamente al establecimiento de la distinción y relaciones entre normas morales y - normas de Derecho. ¿Por qué de esta insistencia? ¿Acaso por la cercanía existente entre ellas (ambas son conductas humanas) al grado que en ocasiones se confunden en una misma?

Una manera de distinguir a las normas de Derecho de las normas - morales es la que expone Giorgio del Vecchio (3); para él "el Derecho reside en la interferencia intersubjetiva de la conducta".

(3) Giorgio del Vecchio, citado por Aftalión, et.al. op. cit. p, 132

El punto de partida de del Vecchio para establecer esta definición, según Aftalión, lo constituye "el hecho de que todas y - cada una de las acciones humanas son susceptibles de ser consideradas en su relación... con otras acciones humanas, ya sea - que se piense en otras acciones que el mismo sujeto pudo reali- zar en vez de la que hizo (correlación entre el hacer y el omitir del agente), ya sea que se la contraponga con las acciones de otros sujetos (correlación entre el hacer del sujeto y el - impedir por parte de otros)" (4).

Veamos un caso que ejemplifique la interferencia del Derecho y la moral, y, a la vez la distinción entre ambos: Un farmacéuti- co (que dispone de droga autorizada en su negocio) ve a un in- dividuo drogadicto en tercer grado muriéndose por la falta de- psicotrópicos que ya le son indispensables para continuar vi- viendo. ¿qué debe hacer el farmacéutico, según el Derecho y - que según la Moral? Por un lado, sabe que existen disposicio- nes normativas, que de acuerdo a reglamentos de salud, prohi- ben la venta de estos productos, excepto previa receta médica- autorizada. Sin embargo, desde el punto de vista moral, esta - persona se siente impelida a auxiliar al drogadicto. ¿A quién debe obedecer? En el plano de la moral, puede- optar por una u otra conducta (hacer o no hacer). En el plano- del Derecho, contrasta su actuar con lo que pueden hacer otros individuos (autoridades).

El hacer en este terreno puede ser impedido por otro. En el am

(4) Aftalión, E. op. cit. p. 132

bito del Derecho como dicen Aftalión y García O., "los derechos de uno no se conciben si no es en correspondencia con los deberes de otro" (5).

A esto mismo se refiere el maestro García Maynez cuando expresa que, "la diferencia esencial entre normas morales y preceptos jurídicos estriba en que las primeras son unilaterales y las segundas bilaterales", en el sentido de que en las primeras no hay una persona que obligue al cumplimiento de un deber (imperatividad); y, en las segundas existe una suerte de correlación de deberes y derechos (normas imperativo-atributivas) (6).

Además de estos atributos, García Maynez califica a las normas morales por su interioridad (el moralista estudia en primer término la "dimensión subjetiva" del individuo); por su incoercibilidad ("su cumplimiento ha de efectuarse de manera espontánea"); y, por su autonomía ("tienen su fuente en la voluntad de quienes deben acatarlos"). Las normas de Derecho, por el contrario, se caracterizan por su exterioridad (al jurista le preocupa en primer término "la dimensión objetiva de la conducta"); por su coercibilidad ("posibilidad de que la norma sea cumplida en forma no espontánea, e incluso, en contra de la voluntad del obligado"); y por su heteronomía (el origen de las normas jurídicas "no están en el albedrío de los particulares, sino en la voluntad de un sujeto diferente") (7).

Para Rafael Preciado, las diferencias entre Derecho y moral, de-

(5) Ibidem, p. 133

(6) García Maynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. 38a. ed. México: Porrúa, 1986, pp. 15-16

(7) Ibidem, pp. 18 a 22

rivan de la naturaleza de los fines específicos que cada uno -- persigue. El primero "está ordenado al bien del prójimo o del - hombre en su aspecto social y la segunda, al bién personal o individual del hombre" (8).

Jean Piaget, al referirse a las analogías y diferencias entre - las relaciones de Derecho codificado (normas jurídicas) y las - relaciones de orden no codificado (normas morales), expresa que "una gran diferencia (de grado, pero no de naturaleza), opone a estos dos tipos de relaciones". En las normas morales, "las re- laciones interindividuales constituyen lo esencial (promesas, - acuerdos, etc.) y las relaciones entre el individuo y la colec- tividad como tal son mucho más difusas", mientras que en las -- normas de Derecho "las relaciones entre el individuo y el Esta- do representan lo esencial y las relaciones interindividuales - resultan menos importantes". Para Piaget, el Estado como elemen- to interventor distintivo de ambas relaciones, se explica o justifica porque donde las relaciones no codificadas son insufi- -- cientes para conservar los valores, o el equilibrio no se esta- blece espontáneamente, intervienen las relaciones codificadas - (de Derecho). Aquí se encuentra también la explicación de la diferencia, por grado, entre ambas relaciones (9).

En cuanto a la construcción de estas dos clases de normas, Pia- -- get explica que, si bien las relaciones codificadas son válidas en virtud de un acto del Estado, las obligaciones morales "son- válidas igualmente por su forma, bien porque hayan sido impues-

(8) Preciado Hernández, Rafael. Lecciones de Filosofía del Dere- -- cho. México: UNAM, 1982, p. 106

(9) Piaget, Jean. Estudios Sociológicos. Barcelona: Ariel, 1983, pp.157-158

tas por personas respetadas a título de deberes para quienes - las respetan, bien porque resulten de una reciprocidad de valoración". También las normas morales observan una "construcción progresiva" (en cada individuo y no en el conjunto de la sociedad) a base de "promulgaciones" y "ejecuciones" simultáneas - de normas "encajadas unas en otras en un sistema jurídico de conjunto..." Entre estos dos órdenes sociales tiende a haber - un equilibrio, aunque sujeto a perturbaciones y retrocesos. Así, por ejemplo, "la relación bilateral" en Derecho tiende con la democracia a dominar sobre la relación unilateral o a inspirar sus normas" (10).

b) El Concepto de Norma en Alf Ross.

En su libro sobre Lógica de las normas Alf Ross establece que, - "para que el concepto 'norma' sea útil y fértil en la teoría legal... su definición debe cumplir ciertas condiciones: 1) las - normas deben estar intrínsecamente conectadas con los directi--vos, y 2) la explicación del concepto debe permitir decir que - ciertas normas existen realmente, o tienen vigencia".

Se entiende por directivo "una idea-acción concebida como forma de conducta; por ejemplo: cuando un policía nos dice: ; está -- prohibido estacionarse aquí !", es un directivo; en cambio, si un amigo nos dice que no nos estacionemos frente a su casa no - tendrá el mismo efecto. El directivo describe una forma de conducta y en circunstancias apropiadas, evoca en la persona a la - que se dirige la respuesta de realizar esa forma de conducta" - (11).

(10) Ibidem.

(11) Ross, Alf. Lógica de las Normas (trad. José S.P. Fierro). Madrid: Tecnos, 1971, pp. 41-44

La primera condición refiere a que la norma jurídica debe construirse gramaticalmente de tal modo que implique un directivo - (no expresiones puramente informativas, ni expresiones emotivas). La segunda condición alude a que el concepto "norma" expresa no un fenómeno lingüístico, sino una condición fáctica, o sea, hechos sociales que efectivamente suceden. Una norma legal, por tanto, debe reunir las dos condiciones anteriores: ser un directivo impersonal, cuyo concepto refiera o corresponda a hechos sociales empíricos

c) El análisis de las Normas Jurídicas a la Luz de la Semiótica.

La semiótica como teoría de los signos cobra gran importancia en la ciencia contemporánea, en virtud de tres razones: "a) la ciencia como obra social requiere de la comunicación del conocimiento a través de palabras habladas y escritas que son, en consecuencia, no tan sólo un accesorio, sino un medio esencial de la misma; b) las palabras facilitan el trabajo de los científicos por ser algo material susceptible de aprehensión; y c) por último, la mente perfila determinadas ideas que se hacen más precisas si se comunican a través de las palabras como medio de expresión que determina, en un momento dado, si la investigación se lleva por buen camino". (12)

Respecto a la relación derecho-lenguaje, el maestro Abascal Zamora (13) explica que:

"Existen diversos medios de expresión de las ideas, pero el más importante es el lenguaje. Afirmación indiscutible cuando se trata de aprender, expresar y desarrollar el Derecho. Esta dis-

(12) Torres Charles, Sergio. "¿Qué es la Semiótica Jurídica?," en: Revista Crítica Jurídica. México, mayo de 1976, año 3, No. 4, pp. 130-131.

(13) Abascal Zamora, José María. "Lenguaje, derecho y realidad", en: Revista Jurídica de la Universidad Iberoamericana. México, 1982, No. 4, p. 99.

ciplina se explica y desarrolla a base de palabras, que utiliza mos en dos sentidos para entender y para explicar el Derecho en todas sus manifestaciones y en todos los campos de la actividad jurídica: Al establecer leyes, interpretarlas y exponerlas; al aprender el Derecho a través de sus fuentes formales, materia-- les e históricas y al escuchar a los profesores, al investigar y desarrollar los sistemas jurídicos y al poner por escrito el resultado de tales investigaciones y desarrollos."

De acuerdo a las relaciones que se den entre las palabras (dentro de un lenguaje), será la dimensión en que se ubique. Así las relaciones que se establecen entre la palabra con otras del mismo lenguaje se les llama relaciones sintácticas. La relación de la palabra con su significado se conoce como semántica; y -- las relaciones de las palabras con ellas mismas y los individuos que las emplean se llama pragmática.

El análisis semiótico del Derecho, a través de la sintáctica, - la semántica y la pragmática, brinda la oportunidad de integrar la ciencia jurídica, aunque el Derecho no es (puramente) lenguaje, sí posee uno propio que lo identifica y diferencia de los - lenguajes de otras disciplinas. Las cualidades o característi-- cas del Derecho se manifiestan a través de: "las relaciones que existen entre sus expresiones y quienes las anuncian..., las -- que se establecen entre las expresiones del Derecho y los pensa mientos significados, o cosas, o estados de cosas designadas, - y... las que unen las expresiones del Derecho en sí" (14).

(14) Torres Ch., S. op. cit., p. 138.

El análisis semiótico viene a dar un giro importante a la ciencia jurídica en su desarrollo como teoría del Derecho; pues el Derecho, en tanto norma (una variante) se expresa a través del lenguaje prescriptivo., que se asienta en reglamentos escritos que, formalmente guían la aplicación del Derecho.

El lenguaje prescriptivo, según Sergio Torres (15), son "expresiones que se utilizan de ordinario para guiar la conducta humana propia o ajena, mediante normas y principios que permiten criticar las acciones, juzgar, recomendar, ordenar o simplemente aconsejar determinado comportamiento". Este lenguaje está -- compuesto de "imperativos, normas y expresiones valorativas según ordenen, regulen, aprueben o desapruében una acción determinada". Los imperativos son empleados en distintas facetas de la vida del individuo social (por un maleante, por un policía, por un padre, etc.) para ordenar la realización de determinado comportamiento. Las normas se expresan para regular la conducta de las personas, sobre la base de palabras como "deber", "poder", "estar obligado a", "estar permitido", etc., bajo la égida de -- principios de derecho, morales, religiosos, castrenses, etc. -- Las expresiones valorativas califican, en el sentido de satisfacer las exigencias de alguien, a las personas, las cosas o los actos (bueno, malo, justo, injusto, bello, útil, etc.). Podríamos decir, pues, que existe cierta correlación entre los componentes de la semiótica y del Derecho. El Derecho como hecho (pragmática), el Derecho como norma (sintáctica), los que, (15) Ibidem, pp. 134-135.

en tanto interrelacionados, conforman el orden del Derecho y el de la Semiótica, respectivamente. No obstante sabemos que el Derecho posee su lógica interna, la semiótica juega un papel directivo de primer orden, en tanto que apoya al Derecho brindándole significado y sentido a sus normas.

De esas tres vertientes de análisis lingüísticos del Derecho, podemos desprender las siguientes consideraciones.

La propiedad pragmática, o sea, las relaciones que existen entre las expresiones del Derecho y quienes las anuncian está determinada por el sujeto legislador que produce el Derecho y la posición o corriente jurídica a la que pertenece tal sujeto, de donde se deriva que un sistema jurídico de un país determinado adquiera un tinte positivista, naturalista, realista, etc. Otras propiedades pragmáticas del lenguaje del Derecho son: "la de ser escrito, o la de ser consuetudinario, es decir, plasmado en los textos legales en forma de leyes, o en precedentes que serán reconocidos por el Estado como obligatorios". Esto nos remite a las fuentes del Derecho, su clasificación, forma de promulgación, etc. (16)

La propiedad semántica del lenguaje de Derecho, o sea, las relaciones entre las expresiones del Derecho y sus significados, nos remite a los que el legislador comunica a los sujetos cuando expide una norma. Las que por su carácter o función pueden ser: prescriptivas, que permiten, prohíben u ordenan una acción determinada, se enuncian "para que algo sea, pueda o tenga que (16) Ibidem, p. 139.

ser hecho"; directivas, que señalan los medios para alcanzar un fin determinado; y las regulativas que "son dictadas para adecuar las acciones a ciertos patrones de conducta". (17)

La función sintáctica del lenguaje del Derecho, o sea, la construcción del lenguaje jurídico, se integra por tres elementos: el enunciado o proposición normativa, el juicio normativo que el enunciado significa y el enunciado que designa y que constituye la relación entre el agente normativo y la acción. Si no se cubren estos tres elementos, no obsta para que puedan ser -- consideradas como normas, "ya que no debe tomarse en cuenta únicamente su corrección sintáctica, sino sobre todo, la norma que ella significa". (18)

d) la clasificación de las Normas Jurídicas.

Las diversas características que se le imputan a las normas-jurídicas imposibilita prácticamente la elaboración de una clasificación homogénea que incluya la amplia variedad de las mismas. Hay normas jurídicas escritas y consuetudinarias (no escritas), normas que emiten órdenes, que confieren potestades privadas a particulares (celebrar compraventas, otorgar testamentos, contraer matrimonio) y potestades públicas y oficiales (atribuciones de los funcionarios públicos, competencia de los jueces, condiciones para ocupar cargos públicos en las tres ramas del - poder público, reglas que especifican la materia sobre la cual puede ejercerse potestad legislativa, etc.), normas que imponen deberes -análogas a las órdenes respaldadas por amenazas-, normas sustantivas y adjetivas, etc. (19). De aquí que el concepto de norma jurídica no pueda reducirse al carácter imperativo que le asignan autores como Hans Kelsen. Si bien - es cierto que éste es un rasgo fundamental de las normas de De-

(17) Ibidem, p. 143

(18) Ibidem, pp. 140-141

(19) Cfr. Hart, H.L.A. El concepto de Derecho. 2a. ed. MEXICO: Editorial Nacional, 1980, pp. 33-39.

recho, también es cierto que no es el único. ¿Querría decir que sería imposible concebir como normas jurídicas a aquéllas que -- confieren capacidad jurídica, nacionalidad y otras; o sea, no mas que no expresan propiamente una prohibición?

Hay normas jurídicas que, en atención al principio de imperati-- vidad no reúnen el requisito prescriptivo y son declaradas co-- mo incompletas. Para Karl Larenz (20), son normas incompletas las "aclaratorias; las restrictivas y las remisivas". Las primeras -- son aquéllas que "delimitan más concretamente un concepto o tipo-- de empleados en otras normas jurídicas (delimitadoras), o bién, -- especifican o completan el contenido de un término utilizado en -- su significado general con respecto a distintas configuraciones -- del caso (complementarias)". Las normas jurídicas restrictivas -- son aquéllas que se dictan para restringir su contenido literal o "cuando el supuesto de hecho... se concibe ampliamente en la -- ley que abarca hechos para lo que no debe valer". Las normas remi sivas "o remisión es un medio técnico-legal para evitar incómodas repeticiones".

A.2. EL DERECHO COMO HECHO O CONDUCTA.

El análisis del Derecho quedaría incompleto si no contemplamos -- también su abordamiento como hecho o conducta.

Tal y como vimos al inicio de este capítulo, siguiendo a Carlos -- Cossío, la experiencia jurídica, además de la estructura formal -- que adopta para su expresión (la norma), posee un contenido em---

(20) Larenz, Karl. Metodología de la Ciencia del Derecho. 2a. ed. Barcelona: Ariel, 1980, pp. 250-254

pírico, "ciertos tramos de conducta circunscriptos o perfilados por referencias o circunstancias de hecho, dogmáticamente elegidas y mentadas por el legislador e imputadas como antecedentes o consecuentes de la norma" (21).

Tomaremos como sinónimo para el caso de señalar los contenidos empíricos del Derecho, los siguientes términos: hechos, conducta y comportamiento humano.

Entre normas y conducta hay una relación intrínseca, de correspondencia similar a la que existe entre forma y contenido. De tal suerte que una norma siempre se refiere a conducta de los individuos, tomada no como hecho biológico, sino como hecho social. Enrique Aftalión plantea que "el conocimiento de la conducta, en cuanto dato, no se agota con la perspectiva causal-explicativa, pues trata de un dato que trasciende del mundo de la naturaleza y penetra en el orbe de la cultura en cuanto tratamos de 'comprender' su 'sentido', sentido que resulta mutilado en una consideración causal-explicativa y que nos obliga, por lo tanto, a aprehender el dato normativamente, por comprensión" (22).

El comportamiento humano para efectos de Derecho no es únicamente voluntad psíquica interna, sino que requiere materializarse en una acción, la cual se ve definida por una decisión voluntaria valorativa, tendiendo al cumplimiento de un fin. Es la unidad del sentido finalista y valorativo la que permite ha

(21) Tomado de Aftalión, Enrique, et. al. op. cit, pp. 143

(22) Ibidem, p. 123

blar de una acción o comportamiento. A diferencia de lo que, - disciplinas como la psicología hacen objeto de su estudio, el elemento psíquico interno de la acción, al Derecho importan, - más bien, las acciones o comportamientos íntegros, con el elemento físico externo. Por ejemplo, la acción de matar a un hermano tiene diferentes connotaciones para la psicología y para el Derecho. Si únicamente se tuvo el impulso interno, aunque - no se llevó a cabo esa acción, sí importa a la psicología y no al Derecho estrictamente. El Derecho conceptualiza esas acciones, en lo general, en una norma. Norma y conducta son distintas. La conducta o acción se lleva a cabo, se hace, adquiere - materialidad en el tiempo y el espacio; la norma no se lleva a cabo en el tiempo y el espacio; es una abstracción irtelectiva, es una conceptualización que no se refiere a tal o cual hecho - en lo particular, es un objeto ideal (23).

El ejemplo visto arriba, no significa que el Derecho (o la --- ciencia jurídica) se construya como un objeto en sí y para sí. De ninguna manera. El Derecho, sin renunciar a su especificidad es multideterminado y apoyado por distintas disciplinas, como - la medicina, la ética, la economía, la sociología, la historia, etc. Se vale, pues, de aspectos externos e internos del individuo que estudian las distintas ciencias. De conductas determina das, ya sea por fenómenos naturales (físicos, biológicos, geo-- gráficos) o sociales (económicos, demográficos, históricos, po-- líticos).

(23) Cfr. Aftalión, E. op. cit. p. 126

A.3. EL DERECHO COMO VALOR.

El dato de valoración jurídica da al Derecho el carácter de objeto social o cultural. Constituye, junto con los hechos sociales o la conducta de los individuos el elemento material del Derecho, ya que agrega al hecho social una consideración valorativa. El hecho social es pensado y reflexionado, dando sentido a una conducta. A la conducta le es inmanente (por naturalaleza) la valoración.

El elemento valorativo es dado por la posibilidad que tiene el individuo como ser pensante que vive en un medio determinado y que convive con otros individuos, de calificar y considerar -- los actos humanos como buenos, malos, justos o injustos, útiles o inútiles.

Las normas jurídicas conciben las conductas humanas como un deber ser. Deber ser que se guía por el conjunto de valores jurídicos que la experiencia y la historia de una sociedad han conformado de tal suerte que dicha valoración se convierte en un ingrediente inherente a la conducta social. No es estrictamente que la realización de los valores jurídicos sean una meta, -- sino que estos son inmanentes a dicha conducta.

Aftalión y Garcia (24), consideran que la alteridad o bilateralidad son condición necesaria para que un valor de conducta -- cualquiera pueda ser tomado como jurídico. La alteridad se refiere a que deben ser "valores sociales o de comunidad, que se

(24) Ibidem, p. 156

presentan en relación al sentido de la conducta de varios sujetos coactuantes, y no de valores que se pueden dar en la conducta aislada de un individuo". Por ejemplo, la justicia es un valor jurídico, pues no puede ser concebida sino en presencia de más de un sujeto. La doctrina jurídica ha coincidido en considerar a la justicia como el valor jurídico central. La filosofía y axiología jurídicas es al que más atención han dedicado; lo cual no quiere decir que no se admitan otros, como el orden, la seguridad, la paz, la cooperación, la solidaridad, etc.

La temática de los valores rebasa con muchos los propósitos de este trabajo, ya que pertenece más estrictamente al campo de la filosofía, lo que nos sacaría de nuestro propósito central que es la metodología, por lo cual únicamente destacamos en esta ocasión su carácter esencial general para la integración del Derecho.

No obstante que concebamos al Derecho como una totalidad histórica en su integridad concreta, integrada por normas, hechos y valores: la evolución de las escuelas y corrientes jurídicas, en etapas distintas han dado preponderancia a alguno de estos factores por encima de los otros, lo cual ha marcado analíticamente líneas divisorias en la historia del Derecho. Así tenemos que el pensamiento jurídico se ha desarrollado en torno a dos grandes corrientes: la doctrina del Derecho natural y

el positivismo jurídico.

La Doctrina del Derecho Natural. La evolución y transformaciones que ha observado el Derecho Natural puede ser la misma que ha experimentado el Derecho a lo largo del desarrollo de la humanidad, y con ella el pensamiento jurídico. Esta doctrina se inició en la "Grecia Clásica, que pasó de allí a Roma y que tuvo amplia aceptación en la escolástica de la edad media. En los siglos XVII y XVIII fue reformulada bajo la forma de un Derecho natural profano y de esta manera ejerció notable influjo sobre la ilustración y los teóricos de la Revolución Francesa". El denominador común de todas las escuelas y teorías que han seguido esta doctrina a lo largo de dos milenios -dice Eduardo Novoa-, "sería la idea de que existe, antes y por encima del Derecho positivo un conjunto de normas o principios rectores - capaces de dar un contenido propio a las nociones de justo y de injusto, válidos por sí mismos y fundados en la naturaleza del hombre" (25). Ese conjunto de principios están por encima del legislador, y a este corresponde ajustar al Derecho natural los preceptos que dicte. "En esencia, el Derecho natural pretende hallar el origen, la primera sanción y la obligatoriedad de las normas legales en la propia naturaleza humana, a manera de sentimiento espontáneo e innato" (26).

Contra poniéndose a las tesis iusnaturalistas, el positivismo jurídico, no reconoce otro Derecho que el impuesto por el legislador humano. Parte de "distinguir con toda precisión Dere-

(25) Novoa Monreal, Eduardo. El Derecho como Obstáculo al cambio Social. 6a. ed. México: Siglo XXI, ed. 1983, p. 233

(26) Lamprea Rodríguez, Pedro. op. ct. p, 41

cho y moral; considera además que el Derecho se entiende exclusivamente como el resultado de la autoridad política, esto es, sencillamente que el Derecho es la voluntad del Estado"

Enrique Aftalión, apunta que el iuspositivismo "importa una -- adecuada aplicación al campo jurídico del principio positivista rectamente entendido, como principio de la fundamentación científica. Significa que el jurista deberá controlar sus afirmaciones con los datos que le suministre la realidad, teniendo en cuenta que ésta presenta un carácter histórico-contingente, mudable en el tiempo y el espacio" (27).

Esta amplia corriente de pensamiento jurídico comprende distintas vertientes, entre las que los más destacados tratadistas coinciden en señalar a: la escuela de la exégesis, la dogmática jurídica y la teoría pura del derecho; mismas que abordaremos a continuación en el marco de la temática sobre el Derecho como variable independiente.

B) EL DERECHO COMO VARIABLE INDEPENDIENTE.

De acuerdo a la relación que se establezca entre el Derecho -- concebido en su tridimensionalidad y la sociedad, se perfilan dos concepciones del mismo: una que lo considera como variable independiente y la otra que lo ubica como variable dependiente. La concepción metodológica independentista centra el estudio e investigación del Derecho como norma jurídica en su contenido-

(27) Aftalión, E. op. cit. p. 788

dispositivo abstracto. Se reduce el Derecho al Derecho del Estado y hace residir en la ley del Estado la fuente suprema del Derecho, descartando las fuentes tradicionales como la costumbre, las decisiones judiciales y la doctrina antigua y actual de los juristas. Son, para estas corrientes legalistas dogmáticas la legislación y la jurisprudencia el objeto primordial y último de investigación científica; conforme a ellos se debe aplicar el Derecho a casos concretos, igualmente la interpretación de los códigos y reglamentos debe atenerse a la letra de los mismos y a la voluntad del legislador.

En esta perspectiva, los tres componentes del Derecho; la norma, los hechos y los valores quedan subsumidos o se reducen a uno solo; la norma. El valor es entendido como que le es atribuido a la conducta por la norma. El hecho se toma en cuenta en tanto se oponga o vaya en el sentido de la norma: la norma positiva es hecho.

La concepción del Derecho como variable independiente se identifica por la prevalencia de un denominador común en las corrientes del pensamiento del Derecho; nos referimos a la separación que hacen del Derecho, respecto de otros ámbitos del conocimiento, variables psicológica, económica, antropológica, etc., que aunque se le relacionen no forman parte de él. Es decir, tomar al Derecho como conjunto normativo, en tanto entes ideales u objeto de razón. Dentro de estas corrientes encontramos a la dog-

mática jurídica, la exégesis, el método histórico-natural de R. I hering, la escuela analítica de jurisprudencia y la teoría general del Derecho (teoría pura del Derecho de Hans Kelsen).

a) La Dogmática Jurídica.

Esta corriente propone "el conocimiento racional y sistemático de los fenómenos jurídicos a través de la búsqueda de los conceptos generales que se entienden objetivamente en el ordenamiento jurídico positivo". A partir de esos conceptos medulares se hace un análisis de los mismos en su calidad de parte integrante de una estructura coherente amplia, lo cual permite, a través del método de abstracción, proponer las instituciones jurídicas correspondientes. Se le conoce como dogmática, en virtud de que el jurista "no valora el contenido de las disposiciones que componen un determinado sistema jurídico positivo, sino que considera a estas como imperativos indiscutibles, con respecto a los cuales no cabe otra tarea científica..." (28). Su análisis llega hasta la norma. La norma así asumida es una realidad propia, adquiere vida independiente de las conductas y comportamientos sociales; lo cual significa que "sobre el material normativo positivo dado señala Enrique Aftalión-, nada tiene que decir el jurista para aceptarlo o rechazarlo: nada tiene que hacer su tarea con una investigación sobre el Derecho natural o la justicia. Con relación a la obra hecha por-

(28) Novoa Monreal, E. op. cit. pp. 236-237

el legislador, la tarea del jurista es meramente reproductiva; con relación al material que el legislador le suministra - la norma positiva- el jurista nada tiene que objetar: lo acepta -- dogmáticamente, su tarea consiste en ordenarlo" (29). Bajo este esquema, el sistema jurídico de un país determinado tiende a -- congelarse, pues el aferrarse a lo que el legislador propone im pide la retroalimentación y rectificación de las normas jurídicas, que pueden convertirse en una "camisa de fuerza" para la actuación de los tribunales y jueces, o bién, el desfase u obslescencia entre las leyes nacionales y la realidad política, -- económica y social imperante. Así también, las prácticas en un dogmatismo (teniendo como referentes indiscutidos los ordenamientos jurídicos locales y federales) refuerza el tradicionalismo y la memorización en demérito de la innovación y la creatividad en la enseñanza-aprendizaje e investigación del Derecho. Para los casos en que las normas que el poder legislativo expide, no regulan o no alcanzan a regular efectivamente las conductas sociales (desuso de la ley, sentencias contra ley, etc.), -- la dogmática las deja de lado por considerarlos "a-jurídicos", -- "no Derecho". Cuestión esta que se asemeja a la postura iusnaturalista cuando frente a un Derecho positivo violatorio de las normas eternas del Derecho natural, optan por considerarlo como "no derecho" (30).

Esta corriente retomó los gérmenes de dogmatismo que presentaba

(29) Aftalión, E. op. cit., p. 805

(30) Ibidem, pp. 807-808

la escuela histórica. Esta postulaba un acercamiento a lo real, a lo histórico. En ella se manifestó un iuspositivismo unido a un análisis incompleto de la experiencia jurídica que ignora la valoración; o sea que: 1) si el contenido de la norma lo da el legislador, al jurista le basta con estudiar y sistematizar --- esos contenidos; 2) el historicismo jurídico, basado en el Derecho romano lo hacía llegar a las escuelas no como un Derecho viviente, sino a través de textos dados en forma dogmática; 3) la elaboración técnica del derecho por parte del legislador, no se compaginaba con el postulado del Derecho como expresión del espíritu del pueblo (31).

b) Escuela de la Exégesis.

Asimismo, la dogmática guarda un paralelismo con la escuela --- francesa de la exégesis; pues, para esta última, el Derecho es la ley y para la primera, es la norma jurídica. Una tendencia --- positivista se da en ambas, pues las normas y leyes tomadas como antes ideales se despegan de la vida social y las relaciones humanas como características del Derecho. Una diferencia -- que se encuentra entre ambas corrientes, es que en la dogmática los conceptos legales pertenecen a la lógica y en la exégesis a la psicología.

Para la escuela de exégesis el principio iuspositivista "toma la forma de un positivismo a-valorativo, estatal y legalista".

El carácter a-valorativo consiste en que "no hay más Derecho --

(31) Ibidem, p. 805

que el que encarna en la ley, considerada como un hecho o suceso, con criterio crudamente "naturalista", "positivista"; el principio estatal concibe que el Derecho emana del Estado; y, del carácter legalista se desprende que "el estado establece el Derecho positivo por una sola vía o fuente: la ley". En consecuencia, "se niega todo valor de Derecho a la costumbre; al juez toda labor creadora... y circunscribe la acción del jurista como intérprete... para: a) sacar las consecuencias que lógicamente están incluidas ya en los textos legales; b) acudir, en caso de necesidad, a la intención del legislador, como último recurso para suplir la oscuridad... del texto legal..."(32).

c) El método histórico-natural de R. Ihering. A decir de Karl-Larenz, el pensamiento jurídico de este connotado jurista tuvo dos períodos. En el primero acepta la jurisprudencia formal de conceptos y de construcción, y en el segundo, la persiguió con burla e intentó sustituirla por una nueva.

En el primer período, en su aportación a la jurisprudencia formal de conceptos, concibe al Derecho como "producto natural";- lo compara con una máquina u organismo que se configura por medio de una "fuerza transformadora" a él inherente, siendo ésta la "antítesis más extrema del mecanismo" que se forma y mantiene en movimiento por mano ajena.

Según Ihering, el Derecho tiene una tarea sistemática, superior a la histórica y a la interpretativa, que consiste en ---

(32) Ibidem, p. 802

"descomponer los institutos jurídicos particulares y las normas jurídicas a ellos relativas en sus "elementos lógicos" y en --- destilar ampliamente éstos, y luego reconstruir con ellos, por combinación, tanto las normas jurídicas ya conocidas como también otras nuevas". Esta descomposición y recomposición en vez de un gran número de normas jurídicas, logra un número claro de cuerpos simples", los que posteriormente pueden recomponer las normas jurídicas particulares. Así puede existir un crecimiento de las normas "desde dentro". Mediante la combinación de elementos diferentes, la ciencia puede formar nuevos conceptos y normas jurídicas: los conceptos son productivos, se emparejan y engendran otros nuevos. Larenz critica el procedimiento de formación de conceptos de Ihering, calificándolo como "exclusivamente inductivo", lo mismo que la de las ciencias naturales --- exactas. "Solo que -concluye- aún no ha habido un científico de la naturaleza que haya abrigado la idea de poder construir nuevas plantas mediante la mera combinación de notas distintas conceptuales individuales, inductivamente obtenidas, como la que emplea, por ejemplo, el sistema botánico: ¡plantas cuya exigencia estaría ya demostrada porque es posible pensarlas!"(33)

d) La escuela analítica de jurisprudencia y la teoría general del Derecho.

La tarea común a la que se abocaron ambas escuelas, fue la des--

(33) Larenz, Karl. op. cit. pp. 45-46

cripción de los conceptos jurídicos generales válidos para las diversas ramas de un ordenamiento jurídico, y también para los diversos órdenes jurídicos históricamente dados. Es decir, en ambas corrientes se dió la tendencia a superar a la dogmática-jurídica elaborando y explicando los conceptos jurídicos universales, tales como: deber jurídico, norma jurídica, Derecho-subjetivo, etc. El método a emplear sería la inducción empírico-positiva sobre los ordenamientos jurídicos existentes. Su pretensión era que los conceptos así extraídos tuvieran no solamente una validez general (empírica) sino una validez universal (filosófica); es decir, extender la validez a todo ordenamiento jurídico y no solo a los que fueron objeto de análisis.

La orientación de estas escuelas fué mantenerse en el plano meramente científico. Sin embargo, la separación entre "conceptos generales-contingentes y conceptos universales-necesarios. .. implica ya el comienzo o el supuesto de una verdadera filosofía del Derecho, es decir, de aquélla disciplina que apunta a las verdades universales y necesarias sobre lo jurídico" (34)

Como representante fundador de la escuela analítica de jurisprudencia sobresale el jurista inglés John Austin. Para él, la ciencia de la jurisprudencia se ocupa de leyes positivas, o leyes en sentido estricto, fuera de su bondad y maldad. Recurre insistentemente al uso del lenguaje para probar sus argumentos. Así, encuentra que "mandato y deber ser son términos correlati-

(34) Cfr. Aftalión, E. op. cit. p. 841

vos, ya que el significado denotado por cada uno se encuentra implicado o supuesto por el otro". O cambiando la expresión, - "donde sea que un deber exista, un mandato ha sido expresado; y donde sea que un mandato es expresado, un deber es impuesto". También, cuando la sanción es equiparable al deber y mandato, afirma que el castigo (daño en que se incurre en caso de desobediencia) estrictamente hablando, es solamente una clase de sanciones. En consecuencia, "el término es muy limitado para expresar el significado de sanción en forma adecuada" (35).

En opinión de Austin, la norma jurídica es un mandato que ordena. Es general, no porque obligue a un determinado número de personas, sino porque ordena una clase de comportamiento. Los mandatos o normas jurídicas deben provenir, para ser tales, de una instancia especial, de superiores políticos a inferiores políticos, y por ello, son normas positivas, las que a su vez constituyen el objeto propio de la ciencia del Derecho (36).

La Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen.

La teoría de Kelsen constituye uno de los más sólidos intentos por conformar al Derecho como una verdadera ciencia. Intenta constituir sobre las bases del impositivismo dogmático y estatal una teoría general del Derecho, tal como lo habían intentado algunos pensadores de la corriente analítica de jurisprudencia. Kelsen realiza un análisis exhaustivo de la --

(35) Austin, John, citado por: Tamayo y Salmorán, R.op.cit.p.

39.
(36) Cfr. tamayo y Salmorán, R. op. cit. pp. 43-45

ciencia jurídica desde el punto de vista lógico y metodológico y no con un carácter meramente empírico.

Ante el avance que estaban adquiriendo las corrientes sociologistas del Derecho y frente a una concepción que confería a la ciencia jurídica el papel de una tecnología o de un medio auxiliar en la aplicación del Derecho, Kelsen se propuso realizar una profunda reflexión metódica de la ciencia del Derecho. A continuación, expondremos sus postulados fundamentales.

La pureza metodológica es la columna vertebral y uno de los objetivos primordiales del pensamiento de Kelsen. El mismo la define así, en virtud de que la ciencia jurídica se estaba viendo envuelta en confusiones y oscuridades, provenientes de las corrientes sociologistas y ius naturalistas (política, moral, justicia, sociología), que venían acrecentándose, ante lo cual Kelsen propone que el único objeto de estudio de la ciencia jurídica es el Derecho positivo.

De aquí parte también para establecer la distinción entre ser y deber ser. El ser se refiere a los hechos que se presentan ó no se presentan (independientemente de las normas de Derecho), en cambio, en virtud del Derecho, los juicios sobre el ser pasan a concebirse como deber ser. El primero es un suceso fáctico observado, "en juicio exacto; el segundo, es un enunciado sobre algo que debe suceder (independientemente de que suceda realmente o no) es un enunciado vigente.

Son dos modos de consideración diferentes los que se usan en cada uno de estos niveles; los hechos son explicados por sus causas y lo normativo conoce el contenido de un deber ser por las normas que le son dadas. Así, según Kelsen, "la ciencia del Derecho no tiene nada que ver con la conducta fáctica de los hombres, sino solamente con lo jurídicamente preceptuado. Por ello, no es una ciencia de hechos, como la sociología, sino una ciencia de normas, su objeto no es lo que es o lo que sucede, sino un complejo de -- normas" (37). La condición de la pureza del Derecho radica en que estos dos ámbitos se mantengan separados.

La teoría pura del Derecho es una teoría general del Derecho, por que a diferencia de la dogmática jurídica que analiza el contenido de un determinado ordenamiento legal (brasileño, mexicano, --- etc.), su conexión sistemática y aplicación; aquella se ocupa de la estructura lógica de las normas, el sentido, posibilidad y límites en general.

En el primer capítulo de su obra, La Teoría Pura del Derecho lo dice expresamente". . . constituye una teoría sobre el Derecho positivo; se trata de una teoría sobre el derecho positivo en general, y no de una teoría sobre un orden jurídico específico. Es una doctrina general sobre el Derecho, y no la interpretación de normas jurídicas particulares nacionales o internacionales" (38).

La teoría pura se ocupa de las normas jurídicas no como hechos -

(37) Cfr. Larenz, Karl. op. cit. p. 91

(38) Kelsen, Hans, Teoría Pura del Derecho. (trad. Roberto J. Verengo). México: UNAM, 1982, p. 15.

de conciencia, sino como contenidos de sentido. (39).

Para alcanzar la autonomía de la ciencia jurídica y delimitar la de las demás ciencias, Kelsen recurre al principio de imputación, atribuido a las normas jurídicas. Este principio es el que permite establecer la diferencia del objeto de las ciencias normativas del de las ciencias naturales, y solo a través de él pueden estudiarse las ciencias del deber ser, a diferencia de las ciencias naturales (del ser), que se basan en el principio de la causalidad. El principio de la imputación establece una relación entre una condición y una consecuencia. Si la condición se realiza, la consecuencia debe ser.

"El Derecho es un orden coactivo.. en el sentido de que reaccionan con un acto coactivo (con un mal), como la privación de la vida, salud... ante ciertas circunstancias considerados indeseables, en cuanto socialmente perjudiciales, en especial ante conducta humana de ese tipo... aún contra la voluntad -- del que lo padece, inclusive... recurriendo a la fuerza física, es decir, coactivamente. "Ese acto coactivo se asume como un mal al que se le aplica aunque puede darse el caso de que se asuma como un castigo bueno por remordimiento. Las sanciones que estatuye un orden jurídico son socialmente organizadas. La coacción no significa que siempre tenga que ser utilizada la fuerza física, no obstante que el Derecho estatuye en

(39) Larenz K., op. cit. p. 93

sus normas actos de coacción atribuibles a la comunidad jurídica (40).

La validez es la forma particular de existencia de la norma, que es diferente del acto de voluntad que la ha producido. No lo requiere. "Más ella adquiere validez justamente cuando el acto de voluntad, cuyo sentido constituye, ha cesado de existir. Por ello, es inadecuado definir a la norma como un acto de voluntad psicológica del legislador o del Estado. Como la validez de la norma es algo real, tenemos que distinguirla de su eficacia o sea del hecho real de que ella sea aplicada y obedecida, de que se produzca fácticamente una conducta humana correspondiente a la norma. Validez y eficacia de una norma jurídica son dos cosas distintas, aunque hay cierta relación entre ellas". La eficacia es una condición de validez de la norma. Kelsen plantea que si una norma nunca es aplicada y obedecida, no es considerada válida, necesita un "mínimo de la llamada efectividad" (41). Eficacia se refiere a finalidad, y efectividad a la aplicación y obediencia de esa norma.

Según Albert Calsamiglia, al requerir Kelsen el suceso de --- ciertos hechos para que una norma sea válida "es una inconsecuencia con su método, el cual le exige una separación absoluta de la ciencia jurídica de todas las demás ciencias". Para evitar esta crítica, Kelsen eleva a "categoría de hipótesis lógico-trascendental la relación entre validez y efectividad, -

(40) Kelsen, Hans. op. cit. pp, 46-47

(41) Ibidem, pp. 24 y 220

afirmando que si no se acepta este supuesto, no podemos interpretar el fenómeno jurídico, es decir, no podemos pensar el Derecho. Sin embargo, si no lo hace así, su teoría se hubiera disociado de la realidad jurídica" (42).

Kelsen define el fundamento de validez de la norma jurídica - en los siguientes términos: "Que una norma valga... significa que obliga, o sea, que el hombre debe comportarse de la manera determinada por la norma". El fundamento de validez de la norma, "solo puede encontrarse en la validez de otra norma...considerada superior". O sea, no es el hecho de que la norma sea establecida por alguna autoridad, sea ente humano o divino, - no constituye el fundamento de validez, sino que es un enunciado deontico, que expresa la norma superior -premisa mayor- del silogismo-, y la conclusión que constituye el enunciado - de la norma inferior, y la premisa menor es el caso concreto o circunstancia de hecho (43).

El fundamento de validez de la conclusión es pues la premisa mayor que en el caso de la norma sería la norma superior ("deben obedecerse los mandamientos de Dios"). Pero como el fundamento no puede buscarse infinitamente en una norma superior - "tiene que concluir en una que supondremos la última, la suprema...". o sea, "la norma fundante básica" que es la "fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a uno y el mismo orden (44). Es decir, mediante una operación lógi-

(42) Calsamiglia, Albert. Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica. 2a. ed. Barcelona: Ariel, 1978, p. 32

(43) Kelsen, H. op. cit. pp. 201 y 223.

(44) Ibidem, p. 202

ca Kelsen remite el fundamento de las normas jurídicas a una - norma supuesta pensada.

Albert Calsamiglia (45), somete a cuatro puntos de crítica la noción de validez y su fundamento en la norma de Kelsen:

"1o. La noción de validez es ambigua, porque puede significar- la existencia o bien la legalidad de la edicción de la norma".

"2o. la efectividad como condición de validez de la norma im-- plica inconsistencia metodológica" en Kelsen, la efectividad - se ubica en el campo metodológico del ser (positivismo) y la - metodología propia de Kelsen es el deber ser (formalismo).

"3o. El carácter iusnaturalista de la norma fundante básica, - se define a la norma fundamental como un 'sollen' (deber ser)- que no corresponde a un 'wollen' (voluntad).

"4o.... No existe ninguna justificación para considerar que la norma fundamental sea necesariamente una norma". Pues el deber ser en el que se funda "solo puede ser deducido de otro deber- ser o bien puesto por una voluntad humana".

Teoría de los grados del ordenamiento jurídico. Kelsen afirma que "el orden jurídico no es un sistema de normas de derecho - situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino - una construcción escalonada de diversos estratos de normas ju- rídicas" (46).

La norma fundamental . Kelsen habla de la constitución en sen- tido material, que es la que regula la producción de las nor--

(45) Calsamiglia, A. op. cit. pp, 146-151

(46) Kelsen, H. op. cit. p. 232

mas jurídicas generales. La constitución pudo haber sido producida por la costumbre o por un acto legislativo. En esta constitución se distingue la constitución formal que es escrita y se refiere a objetos políticamente importantes y a la forma de derogación o modificación de las normas o leyes (47).

Kelsen expresa que la norma fundante básica -en tanto constitución, en sentido lógico-jurídico establece no solo el acto -- del constituyente, como hecho productor de derecho, sino también a la costumbre constituida por la conducta de los sujetos sometidos al orden jurídico producido conforme a la constitución (48).

Legislación y Costumbre. En el esquema normativo kelseniano, a la constitución le sigue en un grado inferior las normas jurídicas generales producidas por vía legislativa o consuetudinaria. La legislación en este escalón es producida por órganos legislativos especiales competentes. Estas son normas aplicables por los tribunales y los organismos administrativos. Cuestión fundamental aquí es la integración y constitución del órgano legislativo, pues ello determina la forma de Estado, que puede ser una monarquía, dictadura o democracia (49).

Según Kelsen, "además de las normas jurídicas generales producidas por vía legislativa, la constitución puede también establecer como hecho creado de Derecho un hecho consuetudinario espe-

(47) Ibidem, pp. 232-233

(48) Ibidem, p. 234

(49) Cfr. Kelsen H. op. cit. p. 235

cíficamente caracterizado". Ese hecho se reconoce "en cuanto los hombres pertenecientes a una comunidad jurídica se comportan bajo ciertas condiciones iguales, en forma determinada -- igual; en que ese comportamiento se produce durante un tiempo suficientemente largo; que de ese modo con la costumbre que los individuos constituyen con su actuación, surge la voluntad colectiva de que así debe uno comportarse". Kelsen reitera que, como requisito de validez para que la costumbre calificada sea hecho creador de Derecho, tiene que ser reconocida por la constitución positiva.

Cuando una constitución es producida vía costumbre, no puede interpretarse -- aclara Kelsen -- como si la costumbre fuera establecida como hecho productor de Derecho por la constitución consuetudinaria en sentido jurídico-positiva, que es la norma que regula la producción de normas generales. Esta situación solo puede aceptarse por Kelsen en atención a que el hecho -- productor de Derecho tiene su presupuesto en la norma fundante básica o constitución en sentido lógico jurídico (50).

Esto quiere decir, bajo el presupuesto o condición anterior -- como lo supone Calsamiglia, que "la norma fundamental no solo habilita a la constitución positiva para la creación de las normas generales, sino también a la costumbre en el mismo grado y con la misma jerarquía". Vista así esta situación "la teoría kelseniana, es en cierta medida un instrumento técnico

(50) Ibidem, pp. 236-237

que sirve para justificar que hechos efectivos se conviertan en normas válidas..." La costumbre así concebida, ejerce la función de introducir la efectividad en el campo de la validez y de ahí la necesidad de la remisión del problema a la norma fundamental cuando el Derecho positivo no establece directamente ese instrumento" (51). Esto indica que Kelsen quiere seguir siendo consecuente con su metodología. El recurso constante, en el tratamiento de las categorías fundamentales que aborda, a la norma fundante básica o constitución lógico-jurídica, así lo demuestra. Es el eslabón último en el que recurrentemente se apoya, además no admite conflictos en su teoría. Por ejemplo cuando se refiere a la relación entre normas de distinto nivel; o sea, del nivel superior al nivel inferior, en que la segunda no corresponde a la primera que predetermina su contenido.

Para Kelsen, simplemente una norma producida así "no podría ser vista como norma jurídica válida, por ser nula, lo que significa que, en general, no constituye norma jurídica alguna, lo que es nulo no puede ser anulado por vía del Derecho" (52) Para efectos de derogación de las leyes, Kelsen concede igual facultad al Derecho legislado y al derecho consuetudinario. La norma constitucional no puede ser enmendada o eliminada por una ley simple, sino por otra norma de nivel constitucional. El derecho consuetudinario no nada más tiene efecto derogatorio con respecto de una norma constitucional formal, sino tam-

(51) Calsamiglia, A, op. cit. p, 161
(52) Kelsen, H. op. cit, p. 274

bien con respecto de aquélla norma constitucional que excluya su aplicación (53).

La teoría de la pirámide jurídica de Kelsen, como también se le ha denominado, se resume cuando este se refiere a la producción de las normas jurídicas... la producción de la constitución se efectúa aplicando la norma fundante básica. Aplicando la constitución se producen las normas jurídicas generales por legislación y costumbre; y es en aplicación de estas normas generales que se efectúa la producción de las normas individuales, a través de sentencias judiciales y resoluciones administrativas" (54). La norma superior puede determinar el órgano de producción de la norma inferior, su procedimiento y contenido.

El concepto de fuentes del Derecho en Kelsen, tiene una amplia connotación. Se designa así a todos los modos de producción del Derecho que van desde la creación de una norma inferior por una superior. Se entiende también por fuente de Derecho al fundamento de validez y, especialmente al último fundamento de validez, la norma fundante básica de un orden jurídico. "En la práctica -afirma Kelsen-, solo es fuente el fundamento de validez jurídico positivo de una norma jurídica, o sea la norma superior positiva que regula su producción (55). De esta suerte, toda norma jurídica superior, es creadora de Derecho. Se equipara, pues, la noción de fuente con la concep-

(53) Cfr. Kelsen, H. op. cit, p. 237

(54) Ibidem, p. 244

(55) Ibidem, p. 243

ción gradual del ordenamiento jurídico, de acuerdo con la cual "un ordenamiento es un sistema de normas generales y particulares que están unidas unas a otras por el hecho de que la creación de cada una de las normas que pertenece al sistema está regulada por otra norma del sistema y en último término por la norma fundamental" (56).

Derivada del carácter dinámico de la construcción escalonada del Derecho, la teoría jurídica debe buscar los métodos de producción del Derecho. Aquí interviene el principio de libertad, en sentido de autodeterminación del individuo, respecto de la sanción que determina la autonomía o heteronomía; o sea que, - el individuo frente a las normas puede tener dos posiciones: - si la obligación ante las normas se produce con su voluntad, - y si eventualmente se produce contra ella. En el terreno de -- las formas del Estado esto se traduce en las diferencias entre democracia y autocracia, o república o monarquía. Kelsen equi para la forma de Estado a la forma de Derecho, o método de pro ducción del Derecho regulado por la Constitución, que serían - las normas jurídicas generales. Sin embargo, la forma estatal como determinante en la producción de normas jurídicas generales a nivel de la Constitución, se deriva en todos los ni --- veles de producción del Derecho, como son las normas individua les, acto administrativo, sentencia judicial, negocio jurídico. Como un caso de acto administrativo, se encuentra la orden ad ministrativa, la cual presenta la característica de ser una --

(56) Ibidem, p. 232

norma individual implantada por un órgano administrativo del Es tado; " mediante la cual el sujeto al cual... se dirige queda - jurídicamente obligado a comportarse conforme a lo ordenado"; - esto es una relación típica de Derecho público. Dentro del nego cio jurídico se encuentra especialmente el contrato, o sea "la norma individual producida por contrato, mediante la cual las - partes contratantes quedan obligadas jurídicamente a un compor tamiento recíproco". Una característica peculiar es que los su jetos participan en la producción de la norma que los obliga -- "... se trata de... un notorio método democrático de producción de Derecho", del dominio de la autonomía privada (57). Esta dis tinción es reflejo fiel de dos métodos diferentes de producción de Derecho; sin embargo, en ambos está plasmada la voluntad es tatal.

Para H. Kelsen, el Estado se reduce en sus principales elemen tos componentes al Derecho. El derecho determina al Estado. Aun que no todo orden jurídico es estable; por ejemplo, el orden -- jurídico primitivo, el orden jurídico internacional, pues cons tituyen ordenamientos coactivos enteramente descentralizados.

Los tres elementos componentes del Estado: población, poder y te rritorio, solo pueden -en la Teoría Pura del Derecho- "ser deter minados jurídicamente, o entendidos como la validez y los domi nios de validez de un orden jurídico". Así, la población de un - Estado "no puede reconocerse sino en el hecho de que un mismo ór den jurídico vale para esos hombres en que su conducta se encuen

(57) Ibidem, pp. 285-287

tra regulada por un mismo orden jurídico". También, en el territorio del Estado "ningún conocimiento natural, sino solo un conocimiento jurídico, puede dar respuesta a la pregunta referente a cómo se determinan los límites del espacio estatal, a la constitución de su unidad". El poder o potencia del Estado solo puede mostrarse en los recursos de fuerza específicos de -- que disponga el gobierno, tales como prisiones, hombres con -- uniformes de policía o militar, los cuales solo son 'objetos-muertos', a menos que acaten las normas que regulan su comportamiento bajo las órdenes que les imparte el gobierno (58).

(58) Ibidem, pp. 292, 293 y 299.

C. EL DERECHO COMO VARIABLE DEPENDIENTE.

La concepción metodológica fincada en la relación estrecha entre Derecho y sociedad ha adquirido solidez. Lo que inició como el rechazo a opiniones dogmáticas hoy ha llegado a convertirse en una nueva rama de la ciencia jurídica: la sociología jurídica. Resultado también del fenómeno de especialización que las ciencias en general, y el Derecho en particular han observado en los últimos tiempos.

Consideramos que la dependencia (término usado por la metodología de las ciencias como uno de los componentes de las hipótesis o sea, las variables a las cuales es común ya clasificarlas en dependientes e independientes), como concepción epistemológica y metodológica en el Derecho, deriva del carácter socio-cultural de los hechos o fenómenos jurídicos. El ámbito macrosocial donde ellos tienen lugar, donde se generan, se desarrollan y se diversifican; se presenta como un todo interrelacionado, que se refleja en el individuo en tanto ser social, que adquiere y refleja las creencias, mitos, valores, hábitos, costumbres que se dan en un entorno natural y social.

El Derecho, pues, no escapa al medio ambiente social donde se crea, aplica y desarrolla; sin que por esto pierda su especificidad atendida a conductas socio-jurídicas plasmadas en normas. No se trata de una determinación casuística-mecánica, sino más bien de una suerte de interrelación de hechos.

Por otra parte, el surgimiento de tendencias destinadas a rescatar las raíces históricas sociales del Derecho obedeció también al excesivo formalismo y a las desviaciones que se estaban dando en torno a él. Las corrientes sociologistas plantean situar en primer plano el rescate del hombre como centro del fenómeno jurídico, subordinando las concepciones estatistas y privilegiando el hombre individual y socialmente considerado.

En la vertiente que concibe al Derecho como dependiente de la sociedad encontramos a lo largo de la historia del pensamiento jurídico a destacados teóricos del Derecho y a distintas corrientes doctrinarias como la escuela histórica del Derecho, la jurisprudencia de intereses, y la escuela del Derecho libre, entre otras. Nosotros señalamos estas corrientes como las más identificadas con esta idea, sin que ello signifique que otras no hayan incubado el germen sociológico-jurídico.

a) La Escuela Histórica del Derecho.

Esta escuela nació en Alemania como una reacción contra un racionalismo acendrado hasta el siglo XVIII. Gustavo Hugo (1768-1834) sentó las bases del historicismo escribiendo como título de una de sus obras: "¿Son las leyes las únicas fuentes de reglas jurídicas?". En esta obra formula su "comparación ante el origen del Derecho y del lenguaje". Y expresa que "así como se ha comprobado que el lenguaje no ha sido inventado por Dios ni creado por los hombres de mutuo acuerdo, sino que ha sufrido una transformación

progresiva a través de siglos y siglos, así también la costumbre y el Derecho se han producido y desenvuelto gradualmente, sin la intervención de Dios... Las necesidades y usos de los pueblos han sido las verdaderas causas de la formación paulatina del Derecho, que viene a ser un producto de la historia" (59).

F.K. Von Savigny (1779-1860). Este ilustre jurista refuta el origen meramente accidental del Derecho, al comprobar con el método histórico que en cada pueblo el Derecho revista características peculiares distintas: "el Derecho -nos dice-, lejos de ser una creación arbitraria del Estado, está condicionado históricamente, es un producto del espíritu del pueblo, del cual es expresión inmediata la costumbre; se crea primero por las costumbres y las creencias populares, y luego por la ciencia del Derecho; siempre, por tanto, en virtud de una fuerza interior, y tácitamente activa, jamás en arbitrio de ningún legislador". Además, para llegar a la codificación -en opinión de Savigny- era necesaria la organización progresiva de la ciencia del Derecho, o sea los estudios de Derecho Histórico que harían los jurisconsultos. Esto atrajo la reacción antagónica de algunos juristas que pretendieron llamar la atención de los gobiernos, argumentando que el método histórico trataba de arrebatarles la facultad legislativa para ponerla en manos del pueblo y los jurisconsultos; a lo que Savigny replica diciendo que "ni el príncipe, ni el legislador, ni el jurista pueden crear el Derecho; la misión de aquellos es reconocer, sin poner su propia voluntad en el lugar de dicho Derecho. El jurista no crea Derecho, pero como conoce las

(59) Aftalión, E. et. al. op. cit. p. 792

palpitaciones del Derecho vigente, de la vida jurídica, se inspira en ese fondo vivo para espejarlo y traducirlo luego en normas escritas" (60').

Al considerar al Derecho como conjunto de reglas producidas espontáneamente por la sociedad, Savigny contribuyó a poner las bases de la teoría sociológica que posteriormente vendría a tomar gran auge.

Savigny tiene el mérito, según E. Aftalión, de haber señalado a la "experiencia del Derecho históricamente dado como el dato, el punto de partida inexcusable para todo intento de definición del Derecho". A partir de este elemento, y pese a que no definió nunca esa esencia, al jurista no le queda la menor duda sobre su objeto de estudio: "el Derecho tal como se da en la experiencia... el Derecho positivo". Sin embargo, señala Aftalión, el análisis de los datos que siguió Savigny, "padecía de una grave insuficiencia: el no haber advertido que en el dato jurídico, además de un ingrediente normativo formal y de un ingrediente material contingente, había un ingrediente axiológico a la vez material y necesario". Toda teoría del Derecho que olvide que las proposiciones jurídicas poseen un punto de vista so

(60) Ibidem, pp. 791-796.

bre la justicia, el orden y la seguridad, llega solo a resultados trunco e insatisfactorios, como sucedió con la escuela histórica, la dogmática y el positivismo a ultranza del siglo XIX- (61).

En Francia, las investigaciones jurídicas se basaban en la indagación sobre la voluntad del legislador imprimiéndole un seggo empírico; la ley era vista como la expresión del legislador, o sea un hecho de la experiencia. En Alemania, los textos jurídicos eran dogmáticamente aceptados y como no eran más que palabras, toda su significación se traducía en conceptos. A estos - conceptos se les conoce a través del pensamiento, razón por la cual la ciencia jurídica alemana se volvió racionalista.

Cosa contraria sucedía en Inglaterra, donde se cumplían mejor - los ideales de la escuela histórica. El Derecho inglés surge de toda su historia, "vivía en los 'espíritus del pueblo', con formas e instituciones propias; primero en las costumbres y luego - en los estrados de los tribunales, independientemente de toda - legislación estatal". Las transformaciones sociales que sufría - la nación inglesa, fácilmente se incorporaban o fundamentaban - las resoluciones judiciales (62). Así, el 'Common Law' pervive - desde tiempos remotos de la historia de Inglaterra, se revisa y revitaliza constantemente, enriqueciendo la tradición jurídica - de ese país.

(61) Ibidem, pp. 800

(62) Ibidem, p. 809

En ese marco a-estatal y a-legalista, el pensamiento jurídico - inglés toma como modelo a la historia. Así como el racionalismo toma a la lógica y matemáticas y el empirismo francés a las --- ciencias naturales. De acuerdo a esta modalidad historicista -- (vigente desde el siglo XVI) para el pensamiento jurídico in--- glés "los datos se comprenden a la luz del pasado. No constituyen puntos de partida que ponen fin a algo anterior, sino modulaciones y desarrollo de lo que siempre ha existido". Donde "incluso las leyes nuevas... suponen un cuerpo de derecho no escrito que les es preexistente, que no está en sus manos suprimir y del cual constituyen meras ampliaciones o modificaciones parciales" (63).

Según síntesis del maestro Rolando Tamayo "esta escuela representa una reacción contra el racionalismo del siglo XVII y el - espíritu de la Revolución Francesa. La jurisprudencia histórica invoca a la historia (la tradición, la costumbre, el espíritu - del pueblo) como el factor fundamental en la creación jurídica - en contraposición a la creación jurídica consciente a través de la legislación. El Derecho no es producto de la razón humana -- abstracta, sino resultado de los 'Volksgeis' (del espíritu del pueblo)" (64).

Posteriormente, Ihering, en la que se considera la segunda etapa de su pensamiento, dando un giro considerable; pues de ser -

(63) Ibidem, pp. 810-811

(64) Tamayo y Salmorán, R. op. cit. p. 54

uno de los más importantes representantes de la dogmática jurídica basada en la jurisprudencia de conceptos, pasa a concebir que "el fin es el creador de todo Derecho, que no existe ninguna norma jurídica que no deba su origen a un fin, esto es, a un motivo práctico". El fin a que se refiere Ihering no es un "fin como un todo con sentido peculiar del Derecho, autoubicado en él, en una teleología objetiva e inmanente al Derecho, cuanto en los fines prácticos de las normas jurídicas particulares". O sea, que los fines no crean automáticamente al Derecho, sino que es el sujeto el que los establece y los persigue al hacer prevalecer el Derecho. Ihering pone énfasis así en el papel del sujeto. El legislador en cuanto sujeto creador de las normas jurídicas actúa, no como persona individual, sino como representante de un "querer o aspiración común a los individuos en sociedad". La sociedad necesita garantizar las condiciones de sus miembros para lo cual autocrea un poder coactivo con el Estado. La "forma de aseguramiento de las condiciones de vida de la sociedad procurada por el poder coactivo del Estado es el Derecho", y es precisamente ese el fin del Derecho. Ihering deriva así la creación del Derecho desde el sujeto, la sociedad y el Estado. La norma jurídica creada por el Estado cumple así un fin determinado. Esto denota el abandono de este autor de la teoría de la jurisprudencia de conceptos por una jurisprudencia pragmática, que constituyó el punto de partida de la jurisprudencia

dencia de intereses(65).

b) La Jurisprudencia de Intereses.

Surge como una primera reacción contra la ciencia jurídica dogmática racionalista. Se derivó también, como ya vimos, de la jurisprudencia pragmática de Ihering.

Respecto de la jurisprudencia de conceptos, que "limita al juez a 'la subsunción lógica de la situación de hecho bajo los conceptos jurídicos', concibe al orden jurídico como un sistema cerrado de conceptos jurídicos, el cual requiere para el trabajo científico jurídico 'el primado de la lógica'". La jurisprudencia de intereses "aspira a un 'primado' de la investigación de la vida y de la valoración de la vida". Heck habla de una ciencia práctica del Derecho como equivalente a la ciencia dogmática del Derecho. Para este autor, la jurisprudencia de intereses consiste en intentar no perder de vista la meta final, vista como "satisfacción de necesidades de la vida, de las apetencias y tendencias -apetitivas, tanto materiales como ideales, existentes en la comunidad jurídica", a la que denomina como: intereses; lo cual no se debe perder de vista, incluso, en cada operación particular, - en cada formación del concepto (66).

Para Karl Larenz, la jurisprudencia de intereses considera el Derecho como protección de intereses; lo que significa que "los --

(65) Cfr. Larenz Karl. op. cit, pp. 68-69

(66) Larenz, Karl, op. cit. p. 74

preceptos legales - que en lo esencial constituyen también para Heck el Derecho- no solo están dirigidos 'a delimitar intereses sino que ellos mismos son productos de intereses como todos los demás preceptos activos" (67).

Para Philipp Heck el legislador como persona pasa a segundo plano, pues las leyes son resultado de distintos intereses: mate--riales, nacionales, religiosos y éticos, que se contraponen ---unos con otros y luchan por su reconocimiento. Esta es la no---ción fundamental de la jurisprudencia de intereses. Su plantea--miento metodológico consiste en "conocer con exactitud históri--ca, los intereses conocidos para la resolución del caso". En --atención al principio de la jurisprudencia de intereses, la in--terpretación de la ley traspasa la acción del legislador, es decir, está por encima de sus ideas y va a los "intereses causa--les de la ley". Por ello, Heck rechaza las teorías objetivas de interpretación de la ley y postula como método la "investiga---ción histórica de los intereses" (68).

Dentro de esta misma corriente Heinrich Stoll (69), suma el in--grediente valorativo que el legislador despliega en la forma---ción de los preceptos legales. Al querer "delimitar unos de ---otros intereses vitales que luchan entre sí", el legislador tiene presente la idea de un orden deseable, o sea un valor social. Según Karl Larenz, con la intervención de este ingrediente valo

(67) Ibidem, p. 72

(68) Heck, Philipp, citado por Larenz, K. op. cit., pp. 72-73

(69) Stoll, Heinrich, citado por Larenz, K. op.cit., p. 75

rativo "se abandona en realidad la consideración meramente 'causal' de las normas jurídicas. Al indicar al juez que lleva a término, con respecto al caso enjuiciable, los juicios de valor contenidos en la ley, la jurisprudencia de intereses influyó liberadora y fecundamente en una generación de juristas educada en el pensamiento formal y en el positivismo legal estricto -, sin por cierto derribar realmente las barreras del positivismo" (70).

El antecedente de la corriente histórica con Savigny a la cabeza y a las posteriores teorías que fueron insistiendo sobre la idea del Derecho contra el principio de la totalidad del Derecho y a favor de un pluralismo jurídico, siguieron teorías que ya específicamente se establecen como sociología del Derecho. Así encontramos las principales expresiones en juristas franceses, alemanes y norteamericanos.

1. EL MOVIMIENTO DEL DERECHO LIBRE.

esta corriente es actual, sus postulados se mantienen desde su generalización el siglo XX. La divisa común de este movimiento; en el cual se ubican principalmente la escuela francesa, con Francois Geny a la cabeza, la escuela del Derecho libre de Alemania y la escuela sociológica norteamericana; es contraponer a los postulados de las escuelas dogmáticas del siglo anterior, - cuyas tesis fundamentales giraban en torno a la concepción de - que el Derecho emana del Estado; el común denominador que esta-

(70) Larenz, Karl, op. cit., p. 75

blece que junto a la "ley o la norma estatal como fuente de Derecho, o aun por encima de ella, se colocan factores naturales o sociales que el jurista debe tener muy en cuenta (71).

Esta escuela va más allá de la jurisprudencia de intereses y - con mayor razón que la corriente dogmática. La primera acude a la investigación de los intereses y su enjuiciamiento según - la pauta de valoración subyacente a la ley. Para la segunda, - el juez debe acatar exclusivamente a las normas jurídicas existentes dictadas por el Estado. La escuela del Derecho libre -- sostiene que el Derecho se forma en el seno de la vida social, independientemente de la ley y del poder estatal.

En Francois Geny germinó la tésis que retoma la Escuela de Derecho Libre, cuando llegó a sostener que el juez, ante el sistema de las fuentes formales debe 'formar su decisión de Derecho según las mismas vistas que serían las del legislador si - este se propusiera reglar la cuestión'.

Kantorowicz, uno de los principales representantes de esta escuela, se lanza contra el dogmatismo jurídico que había predominado hasta principios del siglo XX, señalando que la "imagen ideal del jurista como un hombre que, armado solamente de una fina máquina de pensar y un código del Estado, es capaz de encontrar la solución de un caso cualquiera". Así también, afirma que "la experiencia enseña que los intérpretes siempre se han valido de principios extraestatales, destinados a valorar, --

(71) Aftalión, E. op. cit., p. 814

completar, desenvolver o derogar al Derecho estatal" (72).

Las tesis sostenidas por la corriente que tratamos están fuera del Derecho Natural; pués aquélla "no pretende ninguna validez general y eterna". También retoma de la escuela histórica el aserto de que "ningún Derecho existe 'naturalmente', sino solo y en cuanto detrás de él existe un poder, una voluntad, un reconocimiento". El Derecho libre aventaja al Derecho estatal; - pues a este último lo conocen el usurero, el chantajista; mien - tras que al primero lo conoce todo el pueblo. Las lagunas de - Derecho son una insuficiencia que al Derecho estatal le es im - posible subsanar, mientras que el Derecho libre "aparece fun - cionando permanentemente como complemento del Derecho estatal. ..(73). Esto mismo lleva a la emancipación del juez frente -- al legislador. Kantorowicz explica que la "jurisdicción es y - debe seguir siendo misión del Estado. El juez, obligado por su juramento, debe resolver su caso de acuerdo con la ley, pero - el juez -continúa el mismo autor-, debe prescindir de la ley - si ésta no le ofrece una decisión carente de dudas... Si el -- juez no fuese capaz de formarse por sí dicha convicción, se -- inspirará en el Derecho libre" (74).

2. Francois Geny y la escuela científica francesa, En oposición a los métodos exegéticos de interpretación de la ley, en Fran-- cia empieza a destacar el método histórico-evolutivo. según el

(72) Ibidem, p. 819
(73) Ibidem, pp. 819-820
(74) Ibidem, p. 820

cual "la interpretación de la ley no debe constreñirse a los - antecedentes legislativos y las condiciones que le dieron nacimiento: debe adaptarse... a las condiciones cambiantes del medio social, que le insuflan una nueva vida. Al adecuarse la -- ley a las modificaciones sociales operadas en el transcurso -- del tiempo, su sentido evoluciona paralelamente al cambio de - la sociedad" (75).

Sobre el método de interpretación Geny está de acuerdo en que la ley se aplique cuando preve el caso a resolver, pues es la primer fuente formal del Derecho. El problema se presenta cuando la ley no basta para resolver el caso. Aquí, propone Geny, - debe acudir a las otras fuentes formales: 1o. la costumbre, 2o. la autoridad -jurisprudencia y doctrina moderna-, y 3o. la tradición - jurisprudencia y doctrina antiguas. Pero si aún estas fuentes no solventan el caso legal, el intérprete debe recu--- rrir a los elementos objetivos revelados en una libre investigación científica. Estos elementos pueden extraerse de: 1o. dados históricos, que son hechos humanos procesados por la costumbre, leyes, la religión, etc. (por ejemplo: el matrimonio - aparece como la unión natural de sexos regulada por una autoridad civil, religiosa, etc.); 3o. datos racionales, necesarios y universales que la razón deriva de la naturaleza del hombre - (por ejemplo: el matrimonio es un hecho racional en tanto es - una unión estable y permanente por acuerdo de voluntades, por-

(75) Hernández Gil, Antonio, citado por Aftalión, E. op. cit. - p. 815

el contrario la monogamia absoluta sería un dato irracional); y 4o. datos ideales, que son las aspiraciones humanas en un momento dado de la vida de los pueblos. Sobre estos cuatro elementos o datos se levanta lo "construido por la técnica". "Mediante lo construido por la técnica recibe la materia de lo dado una forma determinada". La técnica, en primer lugar, está representada por la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina moderna y antigua; y, en segundo lugar por la "aprehensión, más o menos exacta, que hace el jurista de la realidad del Derecho", en esta segunda forma de representación de la técnica está el lugar adecuado del análisis y la síntesis lógica; de la generalización, la analogía, la construcción jurídica" (76).

Es de resaltar, pues, la aportación científica que hace Geny para el análisis del Derecho. Con las categorías de lo dado y lo construido aporta dos elementos esenciales sobre los que se ha centrado la discusión de lo jurídico: la forma y el fondo.

3. León Duguit (1859-1928). Fue alumno y colega de Emile Durkheim. Este jurista francés consideró a la ciencia jurídica como una ciencia social que, como cualquier otra ciencia de esta clase, debe fundarse sobre la observación objetiva de los hechos y sobre los razonamientos experimentales concernientes a hechos. La corriente francesa del solidarismo, de la cual Duguit fue impulsor a través de sus obras, "El Estado, el Derecho objetivo y -

(76) Geny, Francois, citado por Aftalión, E., op. cit. p.816

la ley positiva", y "El Derecho Social", se derivó de la jurisprudencia de intereses en cuyos principios se encontraba insinuada la influencia sociológica. El pensamiento de Duguit parte de la filosofía positiva de Augusto Comte. Para Duguit, el Derecho es una rama de la sociología, concibe al Derecho como hechos sociales, de ahí distingue reglas normativas y reglas constructivas. Las primeras son las que representan verdaderamente al Derecho; o sea los hechos sociales y las segundas son las normas positivas, con el procedimiento técnico tendiente a realizar el Derecho contenido en la regla normativa. El contenido y fundamento de las reglas normativas lo constituye la solidaridad, o sea, la interdependencia social que constituye el hecho fundamental de toda sociedad en la que todos los individuos tienen conciencia de este sentimiento de sociabilidad. De esta suerte las acciones de los individuos deberían confluir en obligaciones de solidaridad (77).

El principio de solidaridad que propone Duguit, encuentra expresión en el siguiente aserto: "los hombres viven en sociedad y quieren vivir en sociedad; 1) porque tienen conciencia de necesidades comunes que no pueden satisfacer, sino por medio de la vida en común (solidaridad por semejanza); 2) porque tienen conciencia de tener aptitudes y necesidades diversas y de no poder asegurarse la satisfacción de estas necesidades diversas, sino por medio de un intercambio de servicios, debido a la diversidad de las aptitudes particulares (solidaridad por la división del trabajo); 3) de la constatación del hecho de que los hombres

(77) Cfr. Aftalión, E. op. cit. p. 813

son seres individuales y sociales al mismo tiempo y de que la - individualidad y la sociabilidad no están en oposición entre sí, sino que se integran recíprocamente" (78).

Respecto a la relación derecho-Estado, la posición de Duguit es clara: "El hombre-asienta-, ha concebido el Derecho antes de -- concebir al Estado y no el Estado antes de concebir el Derecho, y la noción de Derecho, tanto en sentido objetivo como en sentido subjetivo es pues anterior y superior a la noción de Estado. .. El Estado -continúa- no es más que el producto de una diferenciación natural... entre los hombres de un mismo grupo del - que deriva lo que se llama poder público, que no puede de ningún modo resultar legitimado por su origen, sino solamente por -- los servicios que presta de conformidad con la regla de Derecho" (79).

4. Maurice Hauriou. En lo general, coincide con Duguit y los representantes del movimiento antidogmático en que el Derecho no depende estrictamente del Estado, sin embargo, en lo particular, - discrepa con Duguit en considerar a las reglas del Derecho como "producto del ambiente" y que "las acciones humanas no pueden - producir efectos jurídicos, salvo que se ajusten a la regla"; para Hauriou el verdadero elemento "objetivo del sistema jurídico es la institución... son las que hacen las reglas de Derecho y no son tales reglas las que hacen las instituciones. Ante un-subjetivismo y objetivismo que no aclaran la fundación del Estado

(78) Duguit, León, citado por Treves, Renato. Introducción a la Sociología del Derecho. Madrid: Taurus, 1978, p. 64

(79) Ibidem, p. 66

do y las reglas de Derecho, este autor considera que las instituciones son sustancialmente el centro y la fuente de la juridicidad (dichas instituciones van desde las simples, como la familia y la tribu, hasta la más compleja, que es el Estado. Según R. Treves, en Hauriou se entiende por institución toda forma---ción social que tiene por centro un poder en torno al cual gravitan las adhesiones de los individuos, que todos juntos dan lugar a una situación estable" (80).

En Hauriou se destacan, según R. Treves, dos momentos de su --pensamiento que tienen que ver con la cohesión de la institución. En primera fase, presenta el poder como factor de unidad en la institución; en la segunda fase da mayor importancia a los elementos anteriores a la finalidad, a la idea. En su segundo momento expresa que "una institución es una idea de la obra o de empresa, que se realiza y dura jurídicamente en un ambiente social; para la realización de tal idea se organiza un poder que la dota de órganos". Los órganos juegan el papel de organizadores y reguladores de las manifestaciones comunitarias de los miembros del grupo social. Dichas manifestaciones están también reguladas por procedimientos que son "las vías seguidas por la institución en su movimiento uniforme las vías que señalan el paso" 'recogiendo en cada forma superior lo que había de esencial en los grados inferiores'" (81).

(80) Cfr. Treves, Renato, op. cit. pp. 66-67

(81) Ibidem, p. 67

En la escuela alemana de Derecho libre, encontramos a dos destacados juristas alemanes E. Ehrlich y Germán Kantorowicz. Este último recoge en su libro "La lucha por la ciencia del Derecho," voces distintas que se levantan contra el ideal jurídico dogmático. Para Kantorowicz el ideal del jurista que armado de una máquina de pensar y un código del Estado, es capaz de encontrar la solución de un caso cualquiera no puede ser admitido sin más ni más..., la experiencia enseña que los intérpretes siempre se han valido de principios extraestatales, destinados a valorar, completar, desenvolver o derogar el Derecho estatal". Contrario a lo que puede pensarse de que esta no es más que una tesis ~~iusnaturalista~~ del Derecho libre "no pretende ninguna validez general, ni eterna... tal y como lo enseña la escuela histórica de que el Derecho es positivo... que detrás de el existe un poder, una voluntad, un reconocimiento: A su vez lo que lo distingue del positivismo estatista es que declara que "el Derecho rige independientemente del poder estatal... siempre nos servimos ~~asevera~~ de principios destinados a valorar, completar, desenvolver o derogar el Derecho estatal... Estos principios no pueden por esa su función pertenecer al Derecho Estatal ... han de incluirse en el Derecho libre", al que el pueblo conoce y el otro solo lo conocen los técnicos... los pájaros de cuenta, los usureros, los chantajistas, es el suelo del Derecho estatal, en las lagunas de Derecho, aparece como complemento " de ese Derecho (82).

(82) Kantorowicz, G., citado por Aftalión, E., op. cit., pp.818-819.

5. Germán Kantorowicz. La escuela de Derecho libre, por conducto - de G. Kantorowicz plantea la independencia del juez frente al - legislador: "la jurisdicción -afirma-, es y debe seguir siendo - misión del Estado". Si hay ley, conforme a ella resolverá el --- juez, pero si esta no le ofrece solución debe prescindir de --- ella, y también "cuando, de acuerdo con su convicción, el poder estatal existente no hubiese dictado la resolución que debería- haber dictado el poder del Estado para el caso de autos. Si el juez no fuese capaz de formarse por sí dicha convicción, se inspirará en el Derecho libre" (83)

De hecho estos principios sobre la actuación de los jueces está reconocido en la legislación vigente de varios países (México, - por ejemplo), y a ellos acuden los jueces en los casos de insuficiencias normativas. Este aserto, tal y como lo dice Aftalión es patrimonio común de todas las escuelas modernas de Derecho.

6. E. Ehrlich. Para Ehrlich, destacado pensador de la corriente de Derecho Libre, la existencia de un Derecho que no el del Estado, sería un Derecho de la sociedad, basado en ciertas institucio-- nes previas a toda sanción legislativa: que serían, el matrimo-- nio, la familia, la posesión, el contrato. Cuando al juez se le presenta un caso y no existe ley aplicable, su resolución que, - "pretende sofisticadamente haber sustraído de la ley, es en reali-- dad la creación de una ley para el caso". Posteriormente se dictará una ley sobre ese particular, que la convertirá en Derecho estatal. " Pero ni el Derecho estatal ni las decisiones de los-

(83) Cfr. Aftalión, Ec. op. cit., pp. 818-821

tribunales agotan el campo jurídico: hay infinidad de relaciones que jamás llegan a los estrados de los tribunales, y que son regidas directamente por el Derecho social" (84).

Las instituciones sociales que dan lugar a Derecho, son anteriores a las leyes, estas no hacen mas que formalizarlas mediante los actos del Estado. Entre los antecedentes de las normas jurídicas se encuentra también a un conjunto de reglas que surgen en los grupos y no se les impone, sino que se dan "generalmente amparadas por otros conjuntos de reglas que desempeñan la misma función de organizar la vida interna del grupo". Entre dichas reglas, Ehrlich señala las de "la moral, la religión, la costumbre, la moda, etc." La diferencia entre estas reglas y las de Derecho reside en la diversa 'intensidad de sentimiento' que las del Derecho provoca y en las diversas 'emociones' que suscitan en el mismo momento, en el que se reaccionan frente a su transgresión. Cuando Ehrlich habla de grupos sociales abarca según Renato Treves, no solo a grupos limitados que viven unos al lado de otros, sino también al más amplio de todos: al Estado. El Estado es concebido por Ehrlich como un simple órgano de la sociedad, porque según él, es la voluntad de la sociedad la que debe ejercer el Estado y contra la que éste no puede actuar. La fuerza que el Estado emplea para hacer eficaces las normas establecidas por el, es proporcionada por la sociedad (84).

(83) Ibidem, p. 821

(84) Cfr. Treves, Renato. op. cit., pp. 59-61

Así es como este autor muestra su concepción del Derecho como variable dependiente de la sociedad. Concluye que, "tanto en el -- tiempo presente, como en cualquier otra época, el centro de gravedad del desarrollo del Derecho, no se encuentra en la Legislación, ni en la ciencia jurídica, ni en la jurisprudencia, sino en la sociedad misma"(85).

d) El Sociologismo Norteamericano. Roscoe Pound. En Estados Unidos de Norteamérica, a decir de Aftalión y García, la escuela de derecho natural, ejerció una enorme influencia, más prolongada que en Europa. La declaración de Derecho contenida en su Constitución "y la atribución que tomaron sobre si los jueces deben dejar de lado" las leyes que desconociesen los "principios superiores...", robustecieron la creencia general en el Derecho Natural". Los métodos de aplicación de las leyes, eran predominantemente logicistas y racionales. En este contexto surge la escuela pragmática sociológica fundada por Roscoe Pound.

Esta corriente busca el estudio detras y por debajo de las normas, de los intereses vitales, humanos, que constituyen su razón de ser. Ve en la eficacia la señal inconfudible de la verdad, le interesa el Derecho en su creación y no el estudio de las normas ya terminadas. A Pound le interesa la jurisprudencia sociológica, pues en ella se analizan "los intereses humanos existentes sean o no titulados como 'Derechos' por las reglas".

(85) Ibidem, p. 60.

Para R. Pound, las demandas deben ser satisfechas en lo posible y la única razón por la cual tal satisfacción puede rehusar su surgimiento, es el conflicto o demanda con otro interés. De --- aquí se plantea la hipótesis sobre la existencia de un conflicto de intereses, cuya solución con la creación normativa "consistirá en el adecuado ajuste de los intereses en conflicto". Dichos intereses pueden ser invocados en nombre del interés individual o social. Por ejemplo, puede haber un "interés individual de la personalidad en la libertad de palabra, pero en relación a la misma, existe también un interés social en la discusión de la ideas y el progreso". Este mismo autor considera, -- que los intereses sociales e individuales, sin embargo, deben ser puestos en el mismo nivel y por comodidad como intereses so ciales. El listado de estos últimos, es colocado de la siguiente forma: seguridad social general (paz, orden y salud pública y seguridad de adquisiciones y transacciones), seguridad de las instituciones sociales (familia, sucesiones), seguridad de las - instituciones políticas, religiosas, culturales y económicas, - interes social en el progreso general (económico, político, cultural), interés de standards mínimo de vida, interés en la moral general, interés en la conservación de los recursos naturales.

e) Georges Gurvitch. Por último, en esta misma perspectiva sociológica tenemos el pensamiento de Georges Gurvitch. Este autor se opone a las doctrinas que reducen todo el derecho a Derecho del Estado y hacen ver en la ley la fuente del Derecho -

en demérito de las costumbres, la doctrina jurídica y las decisiones judiciales.

Respecto de las tesis pluralistas, que son las que miden la intervención del Estado, (a través de las instituciones) en la -- creación del Derecho, la define como la "doctrina según la cual: el poder jurídico no reside sólomente en el Estado, sino que reside también en muchos otros entes diferentes e independien-- tes del Estado; el Derecho del Estado no es el único Derecho -- existente, sino que existen numerosos ordenamientos jurídicos - diferentes e independientes del Estado; la ley del Estado no es la única ni la principal fuente del Derecho, sino únicamente -- una de estas fuentes y ni siquiera la principal" (86). O sea -- que, estas tesis no hacen radicar exclusivamente en el Estado - el origen y desarrollo del Derecho, sino que lo equiparan con-- juntamente como coautor de este último, con otras fuentes. En-- cuenta que, la fuente principal del poder jurídico y el Dere-- cho mismo, son los hechos normativos. Que son creados fundándo-- se en el Derecho y generando Derecho al mismo tiempo.

La concepción de Gurvitch, según la cual el Derecho es producto de la sociedad, está implícita -según Treves-, en la base de -- las tres partes en las que se divide nuestra disciplina: 1) la -- microsociología jurídica, que tiene como tarea el estudiar hori-- zontalmente 'las especies de Derecho en función de las diversas formas de sociedad', y verticalmente las especies de Derecho --

(86) Cfr. Treves, Renato. op. cit., pp. 69-70

en función de seis diversos estratos de profundidad 'individua-
lizables' en el ámbito de cada forma de sociabilidad en cuanto
'hecho normativo'; 2) la sociología diferencial del Derecho, --
que estudia 'las manifestaciones del Derecho en cuanto funcio-
nes de reales unidades colectivas' y que se divide en dos par-
tes: la tipología jurídica de los grupos particulares activos, -
capaces de crear superestructuras organizadas (grupos familia-
res, territoriales, profesionales, sindicales, etc.) y la tipolo-
gía jurídica de las sociedades globales, clasificadas en va-
rias categorías; 3) la sociología genética del Derecho, que es-
tudia, de un lado, las regularidades tendenciales de cambio en
el ámbito de cada tipo de sistema jurídico, y de otro lado, los
factores que determinan esas mismas regularidades de cambio, es
decir, el factor económico, el factor religioso y el factor eco-
lógico (sobre todo en cuanto que consideran el volúmen y la den-
sidad de la población)" (87).

La caracterización que Gurvitch hace del Derecho en las distin-
tas etapas históricas de la sociedad, es la siguiente: "en las-
sociedades patriarcales, se caracteriza por la falta de diferen-
ciación de las competencias y de sus manifestaciones, a través-
de las costumbres, las prácticas y los precedentes;... en la so-
ciedad liberal y democrática, se funda sobre el estatalismo ju-
rídico, la declaración de Derechos y la promulgación de códigos;

(87) Ibidem, pp. 70-71

... en las sociedades fascistas está empapado (el Derecho) de mitología carismática; de nacionalismo y de tecnicismo, y encuentra su expresión en las decisiones arbitrarias de los jefes y en las intuiciones de los sustentadores del régimen; ... en las sociedades planificadas, según los principios del colectivismo descentralizador, es aquel en el que el equilibrio entre el ordenamiento jurídico del Estado territorial y el de una organización económica planificadora independiente gestionada por los propios interesados se funda sobre una base paritaria y federalista" (88).

Sobre las relaciones entre Derecho y grupos sociales, se muestran en este autor mas de cerca los factores sociológicos inherentes al Derecho: para él, "la clase agrícola, que se encuentra frente a un ordenamiento jurídico que se refiere a la propiedad colectiva agraria, a su posesión y disfrute (sea individual o en común), a la posición de los miembros de la familia y en fin al Derecho de sucesión"; la clase burguesa, que ha conquistado el poder utilizando como palanca el Derecho mercantil, y más aún el Derecho contractual individualista y el Derecho de administrar libremente las empresas; y que después de haber conquistado el poder se vincula, hoy sobre todo, 'a los acuerdos industriales y a la acción de los trusts, de los cartels y de las especulaciones financieras'; la clase proletaria, cuyo ordenamiento jurídico se refiere preferentemente 'a la libertad de huelga, el boicot de los esquirols, el derecho del trabajo y el

(88) Ibidem, pp. 71-72

derecho al trabajo, el derecho a construir sindicatos, el repudio de la autocracia patronal', etc." (89)

Las tesis de Gurvitch nos ponen en contacto con la realidad con flictiva que viven los individuos en distintos ámbitos de su ac cionar (laboral, familiar, financiero, etc.) y que es el motor- que impulsa y genera el derecho vivo, actuante, en dependencia- directa con la sociedad, en primera instancia.

(89) Gurvitch, Georges. citado por Treves, Renato. op. cit. pp. 71-72

CAPITULO IV
METODOLOGIA Y TECNICAS DE LA INVESTIGACION JURÍDICA
TEORICO-FORMALISTA.

A) GENERALIDADES

La investigación jurídica se concibe como la actividad científica que despliega el jurista para conocer, describir, explicar y predecir los hechos o fenómenos sociales, históricos, epistemológicos, lingüísticos, etc. que tengan relación con el Derecho.

Los dos elementos fundamentales de existencia de la investigación científica en general, son el sujeto y el objeto. La relación que se establece entre ambos requiere de un método. En la investigación jurídica se da un símil: el sujeto-jurista se aboca al estudio de un objeto de Derecho que puede ser una norma, - una ley, una institución, las relaciones de estas con el entorno social, etc.

El objeto-Derecho a estudiar en la investigación jurídica puede abordarse de dos formas: mediante una investigación teórico-formalista o dogmática, y a través de una investigación fáctica-sociológica.

Si el jurista-investigador concibe a su objeto desde una perspectiva legalista o dogmática, este será "el material legislativo y documental doctrinario que integran la materia prima del tema en cuestión". Su estudio se remitirá a las fuentes jurídicas directas, es decir las reconocidas expresamente por la legislación

como fuentes: la ley, la jurisprudencia y la doctrina, o sea las formas en que se expresa el Derecho regulando determinadas situaciones a circunstancias histórico-social. En cambio, si el objeto es asumido "con una óptica amplia y real en donde convergen factores económicos, sociales y políticos influyendo y determinando a las expresiones normativas, el objeto a investigar será el fenómeno jurídico-social..." Esto amplía el campo de la investigación jurídica, ya que no se constriñe a la doctrina y documentos legislativos, sino que va más allá donde se encuentran las fuentes jurídicas indirectas o materiales (1).

El doctor Jorge Witker caracteriza a la investigación jurídica formal o dogmática, como "aquella que concibe el problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento fáctico o real que se relacione con la institución, norma jurídica o estructura legal en cuestión". Este modo de investigar al Derecho lleva implícita una concepción sobre el mismo; desde lo que es el Derecho, la clase de ciencia a la que pertenece, variable hipotética en la que se le ubica en su relación con la sociedad, etc. Así, se toma al Derecho como norma racional, como ciencia puramente formal, como variable independiente de la sociedad, etc. Desde este esquema "los dogmáticos y formalistas investigan lo que los hombres dicen que hacen con el Derecho" (2).

(1) Witker Velázquez, Jorge. Cómo elaborar una tesis de grado en Derecho. México: PAC, 1985, p. 27.

(2) Consultar, *Ibidem*, p. 97

B) TEORIA DE LAS FUENTES JURIDICAS.

Las fuentes a que acude el investigador jurídico están en función directa de la metodología concreta adoptada. Veamos brevemente distintas visiones de lo que se considera en general por fuentes de Derecho.

El maestro Eduardo García Maynez considera que las fuentes provienen de tres factores separados: la forma, la realidad y la historia. La primera se encuentra en los "procesos de manifestación de normas jurídicas. Cada fuente formal está constituida por diversas etapas que se suceden en cierto orden y deben realizar determinados supuestos". Así, encontramos a la ley, la costumbre y la jurisprudencia". En estos casos, la formalidad (seguimiento de etapas ordenadas) condiciona la validez de las normas que es tomada (la formalidad) como fuente de Derecho, o sea, que son "requisitos de índole puramente extrínseca lo que equivale a declarar, que nada tienen que ver con el contenido de las normas... con lo que éstas en cada caso, permiten o prescriben" (3).

Enrique Afatalián y García Olano consideran que las fuentes son "en última instancia, lo que es invocado como 'derecho aplicable' por los litigantes en sus escritos o por el juez en su sentencia". Para estos autores, los jueces y las partes, en la aplicación del Derecho además de apoyar sus soluciones basadas en una ley, doctrina, jurisprudencia o costumbre, se apoyan en

(3) García Maynez, Eduardo, op. cit., pp. 51-52

"hechos acaecidos", o sea, en los "substratos de conducta que - configuran los perfiles de los 'casos'. Las fuentes del Derecho no son s olamente "el origen, el nacimiento o causa del caudal - que a partir de ellas corre", sino que es tambi en "la manifestación o exteriorización de una corriente subterránea que la origina..." (4).

De acuerdo a lo que establece F. Savigny, el nacimiento del Derecho no es posible encontrarlo a la luz del día, ya que antes de una relación jurídica, el Derecho general existe desde siempre en la conciencia común del pueblo...", y en su espíritu. -- Así, la misma costumbre no sería la fuente u origen del Derecho, sino una manifestación de aquella fuente originaria (la conciencia y el espíritu del pueblo) (5).

El autor de la Teoría Pura del Derecho, Hans Kelsen, identifica a la fuente con el fundamento de validez, ya que además del método de promulgación y por la costumbre, etc., toda norma superior regula la producción de una inferior. La norma fundante básica es el fundamento de validez y la fuente de las normas jurídico-positivas. "La constitución -afirma-, es la fuente, por -- vía de la legislación o de la costumbre, de las normas jurídicas generales producidas; estas a su vez serían "la fuente de la sentencia judicial que la aplica representada por una norma individual; y tambi en la sentencia judicial podría ser conside-

(4) Aftalión, Enrique, et. al. op. cit. pp 269-270

(5) Savigny, F.V., citado por: Aftalión, E., op. cit. p. 270

rada fuente de las obligaciones y derechos que estatuyen entre las partes litigantes..." De acuerdo a su posición formalista, Kelsen concibe que "fuente del Derecho solo puede ser el Derecho" (6).

Esta es solo una muestra de la heterogeneidad de opiniones que la doctrina jurídica ha vertido sobre las fuentes del Derecho. Por nuestra parte las ubicaremos en el contexto de las investigaciones jurídicas formalistas y sociologistas.

C) LAS FUENTES DE LA INVESTIGACION JURIDICA TEORICO-FORMALISTAS

A la investigación formalista se le conoce también como investigación dogmática, en virtud de que todo el proceso de indagación, desde planteamiento del problema, formulación y comprobación de las hipótesis y resultados, giran en torno a las leyes estatuidas, normas e instituciones jurídicas. Es decir, el objeto de estudio desde este enfoque está constituido por las -- fuentes formales.

Bajo la óptica del estudio formal del Derecho, el encuentro -- con los objetos reales (conductas y comportamientos de los individuos), que son el sustrato concreto real del Derecho, no es prioritario. Se analiza la norma, el documento que la contiene.

Así también, en el "proceso de vida" de una norma jurídica, se vería su creación u origen como un acto del Estado, del cuerpo

(6) Kelsen, H., op. cit., p. 243

legislativo en particular. Su aplicación como un acto de acatamiento de los destinatarios y como una directriz a seguir por los órganos encargados de su misma aplicación. Su interpretación como el desentrañamiento de lo que expresa la norma utilizando el método lógico sistemático, o sea que el juez declara únicamente el sentido de los textos legales. Y, finalmente, el fenecimiento de la norma jurídica se da cuando otra norma superior a ella misma dispone que así sea.

Debemos reconocer que las fuentes formales del Derecho reflejan la naturaleza propia de esta disciplina como ciencia formal que es, y cuyo objeto de estudio es un intermediario entre esta ciencia y los hechos o conductas sociales, que son en última instancia el sustento de los hechos de Derecho. Es decir, en la ciencia jurídica, como en las ciencias sociales, el objeto y el sujeto de la investigación es uno mismo: el hombre, cuyas conductas y comportamientos sociales supeditados a un proceso de formalización da lugar a las normas jurídicas. Son productos de las costumbres y la cultura que vive y genera un pueblo y que son recogidos mediante el mecanismo legislativo para formalizarlos en normas jurídicas, en instituciones legales, -- etc.

Las principales fuentes formales que alimentan a una investigación jurídica, son, en consecuencia, "los hechos creadores de una norma jurídica, es decir, de la forma normativa específica que necesariamente deben revestir las valoraciones o conviccio

nes vigentes para pasar a formar parte del orden jurídico con - el carácter de normas jurídicas obligatorias" (7).

En el contexto de la investigación jurídica formalista desta-- can tres fuentes del Derecho: la ley, la jurisprudencia y la -- doctrina. Veamos a continuación cada una de ellas.

a) La Ley como fuente de la investigación formalista.

La Ley, vista como el origen o el recurso principal a que acude el jurista investigador a su estudio, es tomada como fuente for-- mal.

La fuente formal "está constituida por las distintas reglas jurí-- dicas que ordenan el comportamiento de los asociados". Es decir, que la investigación "se realiza al interior del derecho y por -- eso su objeto está constituido por las fuentes formales" (8).

La doctrina jurídica acostumbra emplear el concepto de Ley para-- designar tanto al proceso que se sigue en la producción o crea-- ción de las normas jurídicas (legislación); como al resultado de dicho proceso (ley en sentido estricto). De esto se deducen dos-- enfoques formalistas de lo que son las fuentes del Derecho.

Se considera a la Ley, en sentido estricto, como fuente formal-- en tanto la Constitución Política de un país y los reglamentos-- establecidos, lo asienten explícitamente en sus artículos.

La doctrina jurídica se refiere a la ley y la legislación como -- sinónimos. Son por tanto fuentes formales de Derecho y de las in

(7) Aftalión, E. op. cit. p. 275

(8) Giraldo Angel, Jaime. Metodología y Técnica de la Investiga-- ción Jurídica. Bogotá: Temis, 1980, p. 3

investigaciones jurídicas teórico-formalistas en consecuencia.

Por legislación se entiende al proceso o mecanismo estatuido - por la propia ley al cual deben sujetarse los órganos legislativos para la producción o establecimiento de leyes. En México los órganos legislativos dotados de competencia para establecer leyes son el poder legislativo, que funciona a nivel federal (Congreso de la Unión) y a nivel local en las entidades federativas (Congresos de los Estados). Las etapas contempladas para el proceso legislativo son: iniciativa, discusión, aprobación, sanción, publicación e iniciación de vigencia (9). Debemos hacer notar que en las tres primeras fases intervienen los poderes legislativos y en las otras tres, el poder ejecutivo, - lo cual quiere decir que la función legislativa no es exclusiva del poder legislativo. Se da, pues, una integración y no -- una separación tajante de los poderes públicos.

Enrique Aftalión (10), hace un análisis interesante de la ley - a partir de su definición; la cual dice: "La ley es la norma - general establecida mediante la palabra por el órgano competente (legislador)". De esta definición extrae cuatro elementos - contenidos textualmente en ella: a) "norma general", que es el elemento material; o sea, el sentido jurídico de conducta que - buscan el juez o el intérprete en la fuente (en este caso la - legislación). Es el contenido de la norma jurídica. De los cuatro elementos, según Aftalión, este es el que contiene el in--

(9) Consultar García Maynez, E., op. cit. pp. 54-61

(10) Aftalión, E. op. cit. pp. 291-293

gradiente material, los demás son elementos formales.

2) el concepto "Establecimiento": Se refiere a que el procedimiento de creación de una ley queda finiquitado, o que dados los pasos formales necesarios queda completo. "Mediante el establecimiento, el legislador manifiesta inequívocamente su voluntad de que la norma en cuestión tenga vigencia en la comunidad. Hasta antes de este acto, las opiniones vertidas en torno a la materia del proyecto de ley no constituyen ley.

3) "mediante la palabra". Según Aftalión, "El sentido genérico de conducta, que es la norma, se encuentra significado en las palabras de la ley". La existencia de la palabra escrita es un elemento que distingue a la ley de la costumbre.

4) "el legislador" es el sujeto ungido por el consenso de la comunidad, a quien debe pertenecer, a fin de que cumpla funciones particulares, primordialmente el establecimiento de leyes o normas generales que se requieran para la convivencia de la población. La figura del legislador es un requisito indispensable, - en la mayoría de los países, para la creación de leyes. Su ausencia implica la desaparición de la ley, "ya que en el caso de normas establecidas por quien no revistiese ese carácter no pasarían de ser opiniones doctrinarias, es decir, fuentes voluntarias y no obligatorias".

El hecho de que no es únicamente el órgano legislativo el facultado para expedir leyes, sino que también el poder ejecutivo y

los ayuntamientos municipales tengan asignada esa función de dotarse de ciertas normas reglamentarias, como los bandos de policía y buen gobierno; determina la existencia de leyes en sentido amplio y leyes en sentido estricto. Las primeras están comprendidas dentro de los actos legislativos que proceden de los poderes ejecutivos (federal, local y municipal) en uso de sus atribuciones administrativas, o por delegación y mandato de leyes formales que señalan su poder reglamentario (11).

Las leyes en sentido estricto, de acuerdo al órgano que las emite, son aquellas establecidas por el órgano legislativo por excelencia.

El análisis de la ley como fuente de la investigación jurídica formalista comprende a la Constitución Federal, las constituciones locales de las entidades federativas, las leyes orgánicas de los organismos descentralizados y centralizados, los reglamentos, acuerdos, decretos y circulares que expida el ejecutivo federal, etc.

b) La Jurisprudencia como fuente de la investigación formalista.

La doctrina jurídica ha sostenido reiteradamente dos distintas acepciones del concepto jurisprudencia. Algunos autores la conciben como sinónimo de Derecho o ciencia del Derecho (tal es el caso de la tradición jurídica inglesa). Otros como el caso -

(11) Cfr. Witker, V. Jorge, Como elaborar... op. cit., p. 31

de los autores mexicanos la ubican como el conjunto de principios contenidos en las decisiones judiciales de los Tribunales (12).

La investigación jurídica dogmática retoma a la jurisprudencia en tanto esta se formaliza; es decir, en tanto se establezcan las tesis derivadas de la deliberación de los tribunales en los libros de cada materia. Además, la legislación nacional debe prever que la jurisprudencia sea recurso de aplicación o interpretación en la toma de decisiones en los tribunales judiciales. En nuestro país, por ejemplo, en el artículo 193 bis de la Ley de Amparo se estipula que "la jurisprudencia que establezcan los Tribunales Colegiados de Circuito en su materia de competencia exclusiva, es obligatoria para los mismos Tribunales, así como para los Juzgados de Distrito, -- Tribunales Judiciales del Fuero Común, Tribunales Administrativos".

Para el análisis de la jurisprudencia como fuente formalista, es conveniente delimitarla desde dos ángulos: por un lado está su formación o establecimiento y por otro se toma como recurso de solución de casos jurídicos. A este segundo aspecto corresponde la consideración de la jurisprudencia como fuente de investigación formalista.

(12) Cfr. García Maynez, E. op. cit., p. 68

En cuanto a su formación, sucede que, tal y como lo explica el doctor Jorge Witker, "con frecuencia los tribunales se enfrentan a situaciones que no aparecen resueltas con nitidez en la legislación y mediante su interpretación a través de normas -- constitucionales, los principios generales del derecho, la doctrina y las circunstancias sociales tomadas en cuenta por el legislador al establecer la institución respectiva, dan la resolución que estiman corresponde en derecho, estableciendo los criterios que, con su reiteración, llegan a constituir jurisprudencia y, en algunos casos, son adoptados por el legislador, quien para ello reforma, adiciona o modifica las leyes aplicables al caso" (13).

En síntesis, la resolución de un tribunal de un número determinado de casos particulares, que versen sobre una misma materia, en un mismo sentido y que no estén tipificados en la ley, crea jurisprudencia. O bien, para decirlo en los términos de la Ley de Amparo, artículo 192, párrafo segundo que determina: "Las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia funcionando en pleno constituyen jurisprudencia; siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario y que haya sido por lo menos aprobada por catorce --- miembros y en los Tribunales Colegiados de Circuito, por unanimidad."

(13) Witker V., Jorge. Cómo elaborar... op. cit., p. 32

Sin embargo, una vez creada la jurisprudencia, su aplicación -- para la resolución de casos concretos de litigio, está supeditada a que la ley le reconozca fuerza obligatoria. La Constitución Federal Mexicana en su artículo 94, párrafo séptimo, señala que: "La Ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre la interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano, así como los requisitos para su interrupción y modificación". En este sentido, la investigación jurídica formalista preferencia la consulta de las resoluciones judiciales y tratados como se marcan en la ley. Faustino Ballvé en su libro "Esquema de Metodología Jurídica", señala dos momentos en los preceptos jurídicos. Expresa que su nacimiento, es decir, su creación mediante el acto legislativo, donde los preceptos jurídicos toman la forma de un juicio hipotético o premisa mayor (por ejemplo una regla parte de un supuesto general que puede decir: "el que mate morirá" o, "el que priva a otro de su posesión debe reintegrarle en ella"). Pero en un segundo momento., "los preceptos deben ser aplicados a los casos concretos de la vida". A este momento es al que Ballvé -- llama jurisprudencia, o sea, que es el juicio jurídico. A este acudiré el juez cuando se le plantee un caso jurisprudencial o -- "práctica del juicio jurídico consistente en subsumir un caso individual al precepto que le es aplicable. Esta subsunción se da -

buscando la premisa mayor dentro de la cual quepa el caso individual a juzgar" (14).

Jurisprudencia y costumbre. A partir de la definición de Jurisprudencia, Enrique Aftalión hace un interesante análisis de esta y su relación con la costumbre, la cual, como fuente de Derecho y de la investigación jurídica le da un giro diferente a la jurisprudencia. Su concepto de jurisprudencia, apoyado en Carlos Cossio, dice que, a este acto judicial, debe buscársele en las "decisiones de los órganos jurisdiccionales del Estado", que se "manifiestan como una repetición, como una forma habitual o uniforme del pronunciarse, forma que denota la influencia de unos fallos sobre otros, y aun la presencia de un conjunto de principios y doctrinas (comunes) contenidos en las decisiones de los tribunales". Hasta aquí el punto de vista del profesor argentino es similar al de los juristas mexicanos. Sin embargo, buscando el trasfondo de las resoluciones jurisprudenciales, encuentra -- que su secreto está en la "existencia de un núcleo ideal genérico, idéntico, común a una serie indefinida de casos individuales, pese a que estos son, en su concreta realidad existencial, diversos". De esta aseveración concluye que la jurisprudencia es similar a la costumbre, vista la primera como "costumbre judicial" -- (15). El surgimiento de ambas sigue un mecanismo semejante. Veamos cuáles son las diferencias y semejanzas que existen entre -- ellas:

(14) Ballvé, Faustino. Esquema de Metodología Jurídica. México: Botas, 1956, pp. 87-88

(15) Aftalión, E., op: cit. p. 336

"1) La costumbre general o pura es obra de todos y cada uno de los miembros de la comunidad; la jurisprudencia, en cambio, es obra de un sector perfectamente definido, formado por los órganos jurisdiccionales;

2) la costumbre general se forma también en el espontáneo ejercicio de sus derechos o cumplimiento de sus deberes por parte de los particulares; la jurisprudencia solamente en caso de -- conflicto que deba dirimirse por la intervención estatal; 3) - la costumbre es espontánea, la jurisprudencia reflexiva 4) - en la costumbre pura, el núcleo de identidad se encuentra meramente dado en las acciones repetidas; en la jurisprudencia se encuentra también pensado en los fallos concordantes". La considerable similitud existente entre estas dos fuentes de Derecho hace concluir a Aftalión que la jurisprudencia es una especie de conjugación de fuente formal y fuente material (16).

Las anteriores consideraciones nos hacen reflexionar sobre el papel que la jurisprudencia deberá jugar el orden jurídico de las modernas sociedades contemporáneas, donde la problemática-jurídica va adquiriendo una amplia diversificación, pues cada vez es más difícil que los códigos y reglamentos prevean en toda su complejidad la problemática sociojurídica. La jurisprudencia deberá asumir en este caso una función paralela a la de la ley, con un sentido más ágil y dinámico.

En la jurisprudencia se conjugan más cotidianamente formalidad

(16) Ibidem, pp. 336-341

y materialidad. En su dinamicidad recurre y se forma del análisis incesante de la ley; pues la relaciona y compara con los acontecimientos que la sociedad vive en sus diversas manifestaciones, políticas, económicas, culturales, demográficas, etc.

En un mundo contemporáneo, convulsionado por la crisis económica que ha afectado a todos los países del orbe, indistintamente de la forma de Estado y sistema económico que los rija, provocando relaciones financieras desventajosas y tensas, conflictos bélicos externos e internos, etc.; el Derecho está emplazado a desempeñar un papel más actuante acorde a esta situación crítica. La solución, en nuestro país, con un sistema jurídico escrito, no sería obviamente modificar las leyes cada vez que cambien las circunstancias. La jurisprudencia sería, en todo caso, el recipiente donde estuvieran fluyendo y refluyendo la realidad social y las normas estatuidas, mediante la revisión continua de las normas, apoyándose en la doctrina jurídica, la opinión pública, las valoraciones colectivas, etc.

b) La Doctrina como fuente de la investigación formalista.

La caracterización de la doctrina como fuente de investigación formalista sufre la misma suerte que la jurisprudencia. En la doctrina jurídica encontramos el análisis, las opiniones, la construcción de conceptos, principios y categorías jurídicas que los juristas han desarrollado y expuesto ante la comunidad de investigadores del Derecho, abogados litigantes, jueces, -- profesores y estudiantes de esta disciplina.

La doctrina es fértil en producción teórica, tiene el límite - que la capacidad de los pensadores del Derecho le imprimen. El jurista investigador contrasta lo que en la aplicación, la enseñanza y el litigio hacen los individuos con el Derecho.

Si la costumbre es determinada por los actos y hechos sociales - que el individuo en su cotidianidad realiza; la doctrina la generan los investigadores del Derecho en los distintos ámbitos y campos de acción donde éste tiene lugar (la investigación, el litigio, las decisiones judiciales, la pedagogía, etc.).

Podemos decir que la doctrina es también una fuente con características formales y materiales. Lo material le viene dado por las consideraciones ya formuladas. Sin embargo, el exploramiento del Derecho por los autores, a través de las investigaciones teóricas y fácticas, no tendría oportunidad de incidir en la toma de decisiones judiciales si el juez o aplicador del Derecho - estuviera imposibilitado formalmente para recurrir a dichos estudios.

Una manera muy peculiar en que la doctrina ejerce influencia o es fuente de derecho, y en consecuencia de las investigaciones - jurídicas, es la que expone el doctor Jorge Witker en su libro - sobre "Como elaborar una tesis de grado en Derecho", que dice: - "podrá discutirse si la opinión de los juristas constituye o no una fuente de Derecho, pero no se discute la importancia que -- tienen dichas opiniones en la evolución y transformación del De

recho mismo. Su influencia se manifiesta en la enseñanza del De recho, pues ellos lo comentan y crean doctrinas nuevas; toman-- parte en la redacción de las leyes y de los códigos; dan fundamentos en sus estudios que influyen en el desarrollo del Dere-- cho, etc.". Concretamente, concluye el mismo autor, la doctrina "se produce principalmente ante los jueces y ante los legislado res, ayudan a los magistrados y contribuyen a la preparación de las nuevas leyes" (17).

La doctrina jurídica ha contribuido históricamente en la siste-- matización y aplicación del Derecho a través de las escuelas, - corrientes de pensamiento y juristas que han manifestado su po-- sición epistemológica, pedagógica, metodológica, en general, en todos los campos de aplicación, desarrollo y conocimiento del - Derecho, la doctrina proporciona ilimitados elementos teóricos- que mantienen viva y renuevan constantemente tanto a la ciencia jurídica como a los ordenamientos legales de un país.

Las posiciones doctrinarias se manifiestan principalmente a tra-- vés de textos escritos; sin embargo, ellos también se actuali-- zan en las confrontaciones y discusiones que se dan en congre-- sos locales, nacionales e internacionales, foros universitarios, foros políticos, debates públicos en la prensa, sesiones de co-- legios y asociaciones de abogados, tesis profesionales para obte-- ner grados académicos, etc.

D) EL METODO LOGICO FORMAL.

El Derecho asumido como forma (norma) en una investigación jurí-

(17) Witker V., Jorge. pp. 34-35

dica formalista se basa primordialmente en el método lógico-formal, el cual circunscribe el tratamiento de la problemática jurídica al análisis de la construcción formal de los conceptos - estructurando a la ciencia jurídica en un sistema totalitario. Savigny, con su escuela dogmática, puso las bases para el uso - abstracciones, generalizaciones, clasificaciones, definiciones, etc., de este método en el Derecho, al mostrar que "cada ley, en sus relaciones de coordinación y subordinación con las demás, - integra un ordenamiento total - el ordenamiento jurídico-, y -- que el despliegue de sus virtualidades lógicas alcanza todos -- los casos posibles" (18).

El método lógico-formal ha encontrado tanto arraigo entre los - juristas, a tal grado que el mismo Derecho ha sido concebido como ciencia formal, en el sentido en que son concebidas la lógica y las matemáticas (a las que hemos ubicado como ciencias puramente formales). Sin embargo, lo formal de la ciencia jurídica no procede de un carácter axiomático, tal como sucede con la lógica y matemáticas, cuyos enunciados se basan en convenciones de naturaleza linguístico-conceptual, se contrastan con procedimientos deductivos y están vacías de un contenido real. El Derecho, en cambio, tiene referente empírico real en los hechos y - comportamientos de los individuos como entes sociales. Las --- ciencias puramente formales realizan una función auxiliar fundamental hacia las ciencias fácticas, suministrándoles elementos-

(18) Savigny, F. citado por: Aftalión, E. op. cit. p. 426

de inferencia para sus análisis teóricos.

Como ya vimos en el capítulo II de este mismo trabajo el Derecho es ciencia formal social. El carácter social, o la referencia a hechos socio-jurídicos interiorizados y formalizados a través de expresiones lingüísticas (o sea, no es como la biología, por -- ejemplo, que toma directamente como objeto a los seres vivos) como son las normas jurídicas, es lo que lo ubica como ciencia formal. Por ello, gran parte de los estudios teórico-metodológicos-que hace la ciencia jurídica se refieren al análisis normativo.

En virtud de lo anterior, las investigaciones jurídicas pueden -desarrollarse recurriendo fundamentalmente a dos métodos: el lógicaco-formal y el empírico interdisciplinario. El primero lo aborda remos en el presente capítulo y el segundo en el siguiente capítulo VI.

El método lógico-formal atiende a los lineamientos, leyes y conceptos que emplea la lógica formal. Este método analiza la forma como discurre el pensamiento; establece las reglas que deben observarse para llegar a obtener un conocimiento verdadero. También trata de las relaciones posibles entre proposiciones. independientemente de su contenido. Así, el pensamiento puede adoptar formas lógicas aplicables a cualesquier ciencia, ellas son: los conceptos, los juicios y los razonamientos considerados como ya preparados o formados de antemano, los cuales se pueden expresar por medio de fórmulas. Mediante las fórmulas, la lógica, al igual --

que en las matemáticas, física, química, "pueden expresar de manera concisa la dependencia general que existe entre determinados objetos". También en ella "se refleja de manera general una determinada correlación (resultado) y el camino que conduce a la obtención de dicho resultado"(19).

Por ejemplo, en mecánica se utiliza la fórmula $f=ma$, que expresa la dependencia de la fuerza, respecto de la masa y la aceleración de un cuerpo, e indica también como puede obtenerse esa correlación (para calcular la fuerza que actúa sobre un cuerpo de movimiento uniformemente acelerado, se multiplica la masa de dicho cuerpo por su aceleración).

Estas fórmulas que se aplican en la física no se construyen para un caso particular de un cuerpo, sino que son aplicables a todo lo que sea "cuerpo". Así, las reglas y leyes de la lógica se formulan no para un pensamiento concreto, "sino para un conjunto de pensamientos concretos que poseen una misma forma lógica".

El concepto constituye un "reflejo en la mente generalizado de determinados vínculos y relaciones entre los objetos y sus propiedades". Al concepto se le concibe, desde el punto de vista de la lógica, siempre formando parte de determinada relación lógica (juicio o razonamiento). Es un pensamiento acerca de las propiedades del objeto "puede ser pensado como refiriéndose al objeto, a una propiedad del objeto o a la relación entre objetos" (20).

(19) Gorski, D.P. y P.V. Tavants. Lógica. 2a. ed. México: Grijalbo, 1968, p. 17

(20) Ibidem, pp. 41-42

Por ejemplo el concepto "libro" puede ser pensando o referirse a un documento escrito, con un contenido X (grueso, delgado, etc.). Cuando el objeto se piensa en relación con sus características, - interviene otra construcción o forma lógica, como lo es el juicio.

El juicio es un pensamiento en el que se afirma o se niega algo - de algo. El juicio puede adoptar las formas S es P, A es igual a B, A es más rojo que el objeto B, S no es P., etc.

Los elementos del juicio son: el sujeto, el predicado y la cópula. El sujeto es el objeto del juicio (S); el predicado (es, no es), es lo que se afirma o niega acerca del objeto; la cópula (P) "establece que lo pensado en el predicado es propio o no es propio - del objeto del juicio" (21). De esta forma el juicio se compone - de una serie de conceptos concatenados.

El razonamiento "es una operación discursiva por medio de la cual - obtenemos un conocimiento nuevo; inferido partiendo de otro conocimiento" (22). En esta definición se concentra gran parte el principio de la inferencia del método lógico formal. Veamos. "en todo razonamiento -dice Gorski- es necesario diferenciar:

- 1) el conocimiento inicial" (premisa mayor)
- "2) el conocimiento fundamentador, expresado en la regla del razonamiento; " (premisa menor)
- "3) el conocimiento inferido, expresado en la consecuencia o conclusión".

(21) Ibidem, p. 90

(22) Ibidem, p. 144

El proceso lógico para obtener conocimientos nuevos, siguiendo el esquema anterior, puede partir, de un conocimiento inicial o premisa mayor en relación a la conclusión o conocimiento inferido, de un conocimiento general, de un conocimiento particular o de menor generalidad, o de un conocimiento de igual generalidad (tanto de la premisa mayor como de la conclusión); o sea, pueden ser razonamientos deductivos, inductivos y traductivos o analógicos.

En los razonamientos deductivos (silogísticos) el proceso discursivo parte de un conocimiento de cierto grado de universalidad a un conocimiento nuevo de universalidad menor. Por ejemplo:

Todos los hombres son mortales

Juan es hombre

Juan es mortal.

En los razonamientos inductivos "el proceso discursivo parte de un conocimiento de cierto grado de universalidad a un conocimiento nuevo de mayor grado de universalidad. Por ejemplo:

La hipoteca es un contrato accesorio

La prenda es un contrato accesorio

La hipoteca, la prenda y la fianza son todos contratos de garantía reconocidos por el derecho mexicano.

luego, todos los contratos de garantía reconocidos por el derecho mexicano son accesorios.

El razonamiento traductivo o analógico "va de lo singular o particu-

lar a lo singular o particular afín", o sea de un conocimiento de determinado grado de generalidad a otro del mismo grado de generalidad. Por ejemplo:

"En un valle conocido de la tierra con un determinado tipo de vegetación y de clima, hay fauna silvestre útil al hombre;

en otro valle al que por primera vez arribamos existe el mismo tipo de vegetación del valle conocido;

luego, en el segundo valle probablemente también exista fauna silvestre útil al hombre" (23).

El método lógico-formal se fundamenta en el conocimiento inferido, que es aquél que se obtiene de "verdades preestablecidas sin recurrir de manera directa a la experiencia, a la práctica, aplicando las leyes de la lógica a proposiciones verdaderas y demostradas". Según Gorski y Tavants "el objetivo fundamental de la lógica como ciencia estriba, precisamente, en el estudio de las leyes de las relaciones que existen entre los pensamientos en el proceso que se sigue para obtener un conocimiento inferido" (24).

Los principios generales del Método Lógico-Formal. Los principios lógicos aplicables a todas las ciencias, corroboran el papel de este Método como axiomas básicos que rigen a las ciencias; les sirven como punto de partida, ya que "son principios del pensamiento mismo y como tales, previos a los principios especiales que poseen

(23) Galvez Betancourt, Carlos. Elementos de Lógica y Reflexiones Sobre Filosofía. México: UTEHA, 1987, p. 216

(24) Gorski, D.P. op. cit. p. 21

cada ciencia particular" (25). Incluso su trascendencia ha llegado más allá de la ciencia, en la comunicación cotidiana de las personas, por ejemplo, se denota la expresión conforme a estos principios. Estos principios son: de identidad, no contradicción, tercero excluido y razón suficiente.

Un principio es, para Aristóteles, "aquello de lo cual procede una cosa". Según Knut Metzger "cada ciencia parte de conocimientos primarios -también llamados axiomas- que no reposan en ningún otro -- conocimiento y a partir de los cuales, se derivan otros, así construyendo un sistema de relaciones". Un principio jurídico puede -- ser por ejemplo el juicio que dice: "el causante es responsable por el daño producido" (26).

De acuerdo al principio de identidad, todo pensamiento es idéntico a sí mismo; o bien, cualquier proposición se implica a sí misma". Este principio exige "mantener estable la extensión y el contenido de los conceptos... durante todo el curso de un razonamiento. De -- alterarse en un mismo proceso discusivo el contenido o la extensión de los conceptos se pierde el enlace o secuencias necesarios para fundamentar la conclusión". De variar el contenido de extensión de un concepto se cambiará, en todo caso, a otro concepto, -- quizá más preciso o exacto, u otro nuevo (27).

(25) Metzger, Knut. La investigación jurídica y sus fundamentos científicos. Tegucigalpa. UNAH, 1982, p. 146.

(26) Loc. cit.

(27) Gálvez Betancourt, C. op. cit. p. 203

El principio lógico de no contradicción establece que "en un mismo tiempo y bajo una misma relación, un mismo predicado no puede afirmarse y negarse a la vez de un mismo sujeto, es decir, una proposición y su negación no pueden afirmarse conjuntamente". En el campo del derecho ese principio podría expresarse así: "dos normas se contradicen cuando, teniendo ámbitos iguales de contenido, espacio y tiempo, una permite y la otra prohíbe a la misma clase de sujetos la misma conducta" (28).

Es conveniente advertir que la "oposición considerada por el principio (de no contradicción) como es obvio observar, es la oposición lógica; esta requiere se excluyan o contrapongan entre sí -- las propiedades o características objetivas denotadas por los conceptos relativos, lo cual solo puede darse si se atiende al objeto en un mismo tiempo y una misma relación" (29).

El principio lógico de tercer excluido. Este es una combinación del principio de identidad y el de no contradicción. Según este principio, "un pensamiento es o no es verdadero; no hay término medio". Dicho de otro modo, "al sujeto de mi juicio le corresponde necesariamente la afirmación o la negación de un mismo predicado en un mismo tiempo y en una misma relación..., o se afirma una proposición o se afirma su negación". Si dos juicios se oponen contradictoriamente no pueden ser ambos falsos o ambos verdaderos. Conocida la falsedad de un juicio se infiere la verdad de su contradictoria (30). Se puede simbolizar de la siguiente manera: "Si

(28) Metzger, K., op. cit. p. 148

(29) Gálvez B., C., op. cit. p. 208

(30) Ibidem, p. 205

A es A tiene que ser P o no P". Por ejemplo "si hay seres vivos en el planeta Marte, estos necesariamente son o no son seres Humanos". En Derecho, un principio jurídico de tercero excluido puede ser el que expresa: " cuando dos normas de Derecho se contradicen no pueden ambas carecer de validez". En el caso concreto de dos normas -- jurídicas que se contradigan, la lógica no nos puede indicar particularmente cual de las dos es válida. El principio de tercero excluido indica en lo general que una debe ser verdadera y la otra - falsa, o, que no hay término medio entre ellas. Para un caso concreto de dos normas contradictorias solo la interpretación del juez - puede definir cual es la norma válida y cual la no válida.

El principio lógico de razón suficiente. Este principio dice: "todo juicio verdadero necesariamente tiene una razón suficiente". La experiencia generalizada ha demostrado que en "el universo nada -- existe en forma independiente, aislado o separado, sino por el contrario, que todo mantiene conexiones entre sí: cosas, fenómenos, - procesos, etc.". También se ha "corroborado, mediante innumerables actos realizados por el hombre la existencia de una correlación de tales conexiones con sus reflejos mentales..." los conocimientos - referidos a objetos relacionados tendrán a su vez relación entre sí y, en consecuencia, que para validar la verdad de un conoci- - miento siempre se encontrarán otros que la fundamenten" (31).

En este caso se entiende por razón, el fundamento de un juicio; y, es suficiente cuando subsana o garantiza su verdad. La razón suficiente de un juicio es su fundamentación en la experiencia y en -

(31) Ibidem, p. 209

las leyes generales de la ciencia. La lógica misma ha elaborado - sus principios en base a hechos que incesantemente se han repetido y corroborado por la experiencia; se han sucedido infinidad de hechos en un sentido y regularidad suficiente para establecer un principio."La lógica -dice Carlos Gálvez- se aplica en forma rigurosa al pensamiento científico y su gran importancia radica en estudiar y establecer los procedimientos seguros para fundamentar y demostrar la validez formal de un proceso discursivo. La materia que determina en cada caso concreto la verdad o falsedad la dan - la experiencia en general y las diversas ciencias que estudian -- los objetos en el juicio referido" (32).

Podemos coincidir, desde el punto de vista formal y de acuerdo al principio de razón suficiente, por ejemplo que: "Juan es especialista en filosofía de Hegel, porque durante diez años ha analizado su obra". O sea, existe la experiencia que la dedicación y - la constancia en el estudio especializan al profesionalista.

Del desarrollo de las características principales del método lógico podemos concluir que este brinda un apoyo sólido a la ciencia en particular, a través de los procedimientos que fundamentan y demuestran la validez formal de un proceso discursivo. Este método evita caer en el error y facilita el encuentro con la verdad. Y, tal como afirma Metzger, "nada sería más erróneo que concluir que en vista de la estructura lógica del orden jurídico positivo y de métodos lógicos que se aplican en la investigación, -

(32) Ibidem, pp. 210-211

el derecho se interpreta desde el punto de vista lógico-formal..., " (33) únicamente, sin tomar en cuenta los hechos o comportamientos socio-jurídicos que efectivamente se dan en la realidad.

Los métodos de la lógica-formal tratan primordialmente de la corrección del conocimiento inferido, no toman en consideración, en el caso de la interpretación del Derecho por ejemplo, los aspectos de valoración y finalidad de las conductas sociales, no ponderan los intereses involucrados en un acto jurídico, etc.

El recurso al método lógico-formal se presenta en la interpretación legal. Ballvé expresa que, la "legislación es la elaboración de la premisa mayor, la jurisprudencia es la búsqueda de esta premisa mayor". Esta búsqueda plantea el problema de la interpretación o hermenéutica jurídica"; el cual se ubica dentro de la técnica jurídica entendida como la aplicación del Derecho. Para este autor "el problema interpretativo surge cuando se ha de determinar la extensión y significado de un precepto jurídico en cuanto a premisa mayor debajo de la cual quepa o no quepa el caso concreto que, como premisa menor, hay que encajar en el silogismo, que significa el juicio jurídico... Una práctica de cerca de cincuenta años en la profesión de abogado -continúa Ballvé-, nos ha demostrado que, recurrir a los comentarios y aún a las exposiciones de motivos ante una dificultad compleja es casi siempre perder el tiempo. Según este mismo autor, "es fácil subsumir el caso a su regla" (34). Los cuerpos de Derecho, leyes o códigos, obedecen para él, estrictamente a la regla de la construcción y de la sistemática jurídica. "Sus pre-

(33) Ibidem, p.211

(34) Ballvé, F. op. cit. pp. 79-80

ceptos están agrupados orgánica y jerárquicamente. Para encontrar la regla que cubre el caso concreto, se procede por inducción. Si no se encuentra en su lugar una regla especial para el caso, se remonta el camino de la sistemática y de la construcción hasta encontrar el precepto que cubre dicho caso, ya solo ya en grupo con otros" (35).

Los pensadores de la escuela exegética parten de la idea de que toda interpretación de la ley es siempre exégesis de los textos. O sea que el sentido de la ley debe buscarse dentro de ella, descubriendo la intención de la legislación. De acuerdo a la corriente exegética, cuando la ley es clara se debe aplicar lo que gramaticalmente expresa; pero, cuando la ley no es clara, es oscura o incompleta se debe hechar mano de la interpretación lógica.

La interpretación lógica pretende desentrañar a través del razonamiento el pensamiento real que el legislador plasmó en la ley, al dictarla. Para llevar a cabo esto se recurre a las notas del codificador, al texto de las actas de debate y de las consideraciones que se vertieron en los trabajos preparatorios de la ley.

En el caso de que la ley no disponga expresamente la solución de un caso la exégesis propone recurrir a, "1) la aplicación de leyes análogas y 2) la aplicación de los principios generales del derecho. El recurso a las leyes análogas se fundaba en una interpretación de la voluntad presunta del legislador", y la remisión a los principios generales del derecho como último recurso. Esto, a decir de Enrique Aftalión, "pone de manifiesto la quiebra de la ilusión acerca de la omnipotencia y omnipresencia del legislador -

(35) Ibidem, p. 99

al romper en pedazos la lógica interna del sistema" (36). Resulta pues, remota la posibilidad de encontrar en la sola voluntad o intención psicológica del legislador el sentido de la ley. Esta dificultad se demuestra en el uso por parte de los exégetas, de una serie de máximas o principios lógicos como reglas para la aplicación de la ley que nada tienen que ver con la voluntad del legislador. Veamos algunos de ellos.

Argumento a contrario. Quiere decir que, "cuando un texto legal encierra una solución restrictiva, en relación con el caso a que se refiere puede inferirse que los no comprendidos en ella deben ser objeto de una solución contraria" (37). Por ejemplo si la ley menciona quienes (requisitos) son ciudadanos, se infiere que los que no se encuentran en esa mención no son ciudadanos.

Argumento Analógico. Se basan en la idea de que en todos aquellos casos en que existe una misma razón jurídica, la disposición debe ser la misma. La aplicación de una ley a un caso semejante al que la ley contempla no basta la similitud. Por analogía se requiere que la razón en que la regla legal se inspira exista igualmente en relación con el caso imprevisto.

La sobrestimación del sentido de la legislación y las codificaciones como recurso de interpretación llevan a una idea desviada sobre las formas de subsanar las definiciones de la ley. Debemos pensar que, si bien es cierto que el legislador juega un papel activo

(36) Aftalión, E. op.cit., pp. 434-435

(37) Ibidem., p. 335

en la elaboración de las leyes; no es la concepción propia de él sobre determinado hecho social la que únicamente determina el sentido de la ley, sino que se ve determinada (la ley) por un conjunto de variables y condiciones históricas concretas reinantes en un momento determinado (un movimiento revolucionario de reforma, una crisis económica, etc.).

Para F. Savigny, principal exponente de la escuela dogmática, "las leyes no son hechos sino significaciones lógicas, que en su coordinación y subordinación sistemáticas con otras integran un movimiento total, en el sentido que el despliegue de sus virtuales lógicas alcanza todos los casos jurídicos posibles" (38). Esto deriva del carácter abstracto genérico de las leyes de la lógica aplicables a las distintas disciplinas científicas. Con el uso del método lógico-formal en la formulación e interpretación de las leyes, todos los casos concretos que se presenten al juzgador podrán ser colmados dentro de ella. Mientras los exégetas ponían la clave de la interpretación en una investigación con datos empíricos -las palabras de la ley y la intención del legislador- la dogmática considera a la ley como una significación objetiva lógica, como razón.

La dogmática tomaba al ordenamiento jurídico como totalidad sistemáticamente estructurada, cuyas partes -las normas aisladas- se vinculan entre sí y reciben su sentido del todo en que se insertan. Las normas jurídicas así poseen un sentido lógico y en ese sentido hay que desentrañar su significado acudiendo a las opera-

(38) Savigny, F. citado por Aftalión, E. op. cit. p. 438

ciones de la lógica formal (clasificación, definición, generalización, etc.).

La investigación jurídica bajo la óptica de la lógica formal -- adopta el método lógico-formal que, a decir de nuestro maestro -- Jorge Witker, "es el propio de los aplicadores del derecho vía -- exégesis, sistematización o finalidad de significado y sentido -- del orden normativo (lógico-deductivo)" (39). Este método no busca la resolución de problemas, sino más bien los ubica dentro de un esquema formalmente preestablecido. Así, los problemas jurídicos se plantean dentro de los códigos y reglamentos, y ahí mismo se les busca solución.

Para decirlo con Faustino Ballvé: "corrientemente es fácil subsumir el caso a su regla. Los cuerpos de derecho, leyes o códigos - obedecen a las reglas de construcción y de la sistemática jurídica. Sus preceptos están agrupados orgánica y jerárquicamente. Para encontrar la regla que cubre el caso concreto se procede por - inducción" El Derecho es así, un sistema de normas orgánicas y - jerárquicamente establecidas, que tiene su lógica propia; y dentro de ese sistema es posible encontrar la solución a los casos - concretos que se le presenten al juzgador. Pero no solo eso, también, ella, la ley, prevee cómo crear las normas que vengán a re solver los casos no previstos o bien como resolverlos mediante - la interpretación. "Si no se encuentra en su lugar una regla espe cial para el caso -asienta Ballvé-, se remonta el camino de la -- sistemática y la construcción hasta encontrar el precepto que cu-

(39) Witker V, Jorge. Como elaborar... op. cit. p. 107

bre dicho caso, ya solo ya en grupo con otros" (40).

Este método es general. Abarca los procesos de creación y aplicación de la ley (legislación) basándose en las reglas de la inducción y la deducción. Mediante la reunión de varios casos particulares y el establecimiento de una regla general, la cual se aplica a los casos particulares que se presenten. Si la ley no previene particularmente la resolución de un caso concreto; sí previene como debe procederse en tal situación: remite a la jurisprudencia, a la doctrina, a la costumbre, etc.

Al método lógico-formal le importa la sujeción a las normas (formales) y no a los hechos (reales).

E) LA HIPOTESIS.

En el marco del método lógico-formal, la hipótesis a lanzarse entorno a una problemática legal-formalista se quedaría encerrada o se dirigiría a solucionar alguna incongruencia o contradicción --- existente entre dos o más argumentos diferentes, ya sean de igual rango, o de inferior a superior (el reglamento respecto de la --- Constitución General); o entre normas particulares dentro de un --- mismo código o entre códigos diferentes.

Cuando la construcción de la hipótesis se constriñe al análisis de un documento formal: código, reglamento, norma particular, etc. -- ella se vuelve formalista. Se concreta a buscar identidades, contradicciones, suficiencias en los textos legales, es decir, se su-

(40) Ballvé, Faustino. op. cit. p. 99

pedita a las formas lógicas por sobre los contenidos. La hipótesis no puede ir más allá de lo que el método adoptado en la investigación plantea. En el caso del método lógico-formal, se cuida que -- aquella tome una estructura acorde a las formas del pensamiento, o sea como juicio o razonamiento. Analicemos con Mario Bunge esta -- arista de la hipótesis (41).

En la ciencia formal se conserva el sentido originario de la palabra hipótesis, o sea, el de ser un supuesto, "premisa o punto de partida de una argumentación". La premisa es una fórmula previamente aceptada (axioma, teorema, convención). Sería en el caso de la hipótesis el sustento teórico ya establecido por la doctrina o por la ciencia. (La hipótesis es una premisa usada en el razonamiento, y por tanto, es un supuesto). " En este sentido lógico de la palabra --dice Bunge-- , son hipótesis todos los supuestos iniciales --- (axiomas) de una teoría, formal o factual; ..." que se distinguen de las hipótesis básicas o fundamentales. " El procedimiento que consiste en desarrollar una teoría empezando por formular sus puntos de partida o hipótesis básicas y deduciendo luego sus consecuencias con la ayuda de las subyacentes teorías formales se llama método hipotético-deductivo".

En la investigación formal los axiomas son hipótesis en el sentido lógico. En la investigación fáctica son hipótesis en dos sentidos: el lógico-epistemológico y el metodológico (van más allá de la experiencia y son rectificables). Pero ambas investigaciones --

(41) Bunge, Mario. op. cit., p. 253

requieren el apoyo de las técnicas de investigación.

La formulación correcta de la hipótesis es importante para llevar a terreno seguro las investigaciones en torno a cierta problemática. Al respecto, Gorski señala que, " si la hipótesis no es una lucubración artificiosa, sino una conjetura científica sólidamente argumentada y concordante con la realidad, de su suposición fundamental podrán ser inferidos analíticamente los hechos conocidos al ser formulada, sino incluso los que se descubran más tarde". Esta capacidad de aclarar, tanto fenómenos conocidos con anterioridad como los que pueden surgir, "constituye una condición importante para comprobar la veracidad de dicha suposición fundamental" (42).

Aunque no aceptemos que existan reglas predeterminadas que nos den la fórmula para elaborar hipótesis certeras, si creemos que hay lineamientos generales, producto de años acumulados de experiencia investigativa, que coadyuvan al científico a no partir de "cero" en esta actividad. En este sentido tomemos la serie de condiciones que para formular hipótesis nos presentan algunos autores (43).

a) Las hipótesis deben ser lógicamente correctas. Esto significa que en su formulación deben atenderse mínimamente los principios lógicos para ser coherentes y razonables. No debemos usar expresiones como: " porque me parece que así ha de ser", "porque siempre ha sido así"; ya que denotan apoyo en subjetivismos, creencias etc.

(42) Gorski, P. V. op. cit. p. 245

(43) Consultar. Troncoso Bravo, Ernestina. Metodología de la Ciencia. I. México: Publicaciones Culturales 1976 pp. 107-109

b) Las hipótesis deben ser " atingentes al objeto que pretendan explicar. Esto significa que, ya que toda hipótesis está dirigida a explicar el origen, la causa o el desarrollo de algún hecho o fenómeno...; el hecho en cuestión debe ser deducible de la hipótesis propuesta".

c) La hipótesis debe fundarse en conocimientos previos y compatibles con los conocimientos científicos existentes. Si bien es --- cierto que esta condición es fundamental para el logro de hipótesis certeras; también es cierto que pueden plantearse contra hipótesis ya comprobadas o teorías establecidas. Por ejemplo, en física, " el fenómeno de la radiactividad, observado por primera vez durante la última década de 1819, condujo a la modificación de -- teorías que casi se habían considerado absolutas. Una de estas -- fue el principio de la conservación de la materia, el cual afirmaba que la materia no podía crearse ni destruirse. La hipótesis de que los átomos de radio sufren una desintegración espontánea, era incompatible con ese viejo principio, sin embargo, este se abandonó en favor de la nueva hipótesis".

d) La hipótesis debe tener posibilidades de ser sometida a comprobación. Esto a su vez requiere un sustento empírico y teórico de la misma, y la posibilidad de hacer deducciones u observaciones y experimentos que confirmen o nieguen la hipótesis. La comprobación no necesariamente es la contrastación directa de lo planteado con su objeto concreto; pues hay infinidad de hipótesis que -- son entidades inobservables (electrones, ondas electromagnéticas,

derecho, etc.).

a) Hipótesis Dogmática.

El planteamiento de hipótesis puede implicar una actitud científica o dogmática del investigador ante los hechos y fenómenos que estudia. La hipótesis basada en una actitud científica o "abierta" es aquella que se plantea con el objetivo de aceptar nuevos conocimientos que vengan a revolucionar o corroborar los conocimientos existentes. Su proceso de desarrollo brinda la posibilidad de contrastarla con el cuerpo de conocimientos existentes o con la realidad objetiva que le es atingente. Subyace en ella la concepción dinámica de los objetos, el pensamiento y la sociedad. Un ejemplo de esta disposición "abierta" es la que nos narra Josefina Troncoso; es el caso del filósofo y matemático alemán "Gottlob Frege - (1848-1925) cuando después de años de trabajos acerca de la lógica matemática y a punto ya de publicar un libro al respecto, recibe de Bertrand Russel... la demostración de una inconsistencia en su lógica cuantificacional. Convencido Frege de que la razón estaba de parte de Russel, la aceptó" (44).

En cambio la hipótesis basada en dogmas, es cerrada. En este caso el investigador no admite la posibilidad de una explicación de sus hipótesis distinta a la que tiene prevista, para lo cual se encierra en su esquema. Eso sucedió a los contemporáneos de Galileo, quienes sostenían que los planetas no tenían satélites; Galileo con el empleo del telescopio contempló las lunas de jupiter, y a-

(44) Ibidem., p. 105

pesar de haberles ofrecido su telescopio no lo aceptaron, "ya - que nada podía verse, puesto que las lunas del planeta no estaban mencionadas en el tratado de astronomía de Aristóteles". En este caso el dogmatismo viene del pensamiento de una autoridad; - aunque también pueda basarse en creencias, prejuicios, costumbres etc.

En el caso de la ciencia jurídica la hipótesis dogmática se plantea al interior de las leyes que buscan la explicación de la problemática que surge en torno al derecho, dentro de los códigos. Las soluciones a las irregularidades de las normas jurídicas que se plantean son la reforma, abrogación o sustitución.

Asimismo, en la investigación jurídica formalista se recurre a - otros tipos de hipótesis, entre las cuales encontramos:

b) Hipótesis descriptivas. En ellas se pone de manifiesto el modo de conexión entre los hechos que se quieren explicar. Su función es de apoyo previo al desarrollo de la hipótesis principal. (En algunas ocasiones sirven de guía inicial para explicar conexiones complejas de datos que a primera vista aparecen inconexas). Estas hipótesis pueden tener una o dos variables y relacionarse - de distinta manera:

a) Hipótesis descriptivas con una sola variable. Prueban simplemente la existencia de una característica o cualidad de un código o ley determinada y abre el camino para sugerir hipótesis que expliquen la presencia de ciertas características. Por ejemplo la

hipótesis que dice; El Código Civil Mexicano posee reminiscencias sustanciales del código napoleónico. Podrá comprobarse comparando las características que poseen ambos códigos.

b. Hipótesis descriptivas que relacionan dos o más variables en forma de asociación o covarianza; La relación que se establece entre las variables dependiente e independiente de la hipótesis es de que, si cambia la segunda traerá un cambio proporcional directo o inverso en la primera. Raúl Rojas Soriano (45) nos dice que, " la mejor manera de plantear estas hipótesis es la siguiente: a mayor o menor X... mayor o menor Y". Estas tampoco explican los fenómenos pues la relación que entre ellas se establece es de asociación. Por ejemplo a mayor reglamentación del Instituto de Readaptación Social en Sinaloa, mayor organización de su funcionamiento. Aquí no se da una relación causal puesto que ambas variables pueden ser causa y efecto.

c. Hipótesis que relacionan dos o más variables en forma dependiente. Aquí si hay una relación causal. Para establecer estas hipótesis se requieren: 1. Existencia de variación concomitante, o sea que si varía la variable causal variará la dependiente; 2. la covariación no será producto de fenómenos aleatorios, por lo que esa relación si sucede en la realidad, y 3. la variable independiente ocurre antes que la variable efecto o dependiente. Ejemplo: " La deficiente reglamentación interna del trabajo del Supremo Tribunal de Justicia de Sinaloa ha provocado el rezago de ex-

(45) Rojas Soriano, Raúl. Guía para... op. cit., p. 92

pedientes desde hace treinta y cinco años" (46).

c) Hipótesis Analógica. Se basa en los siguientes razonamientos: Lo que es verdadero para un conjunto de fenómenos, puede ser verdadero para otro conjunto, debido a que ambos tienen ciertas propiedades en común. Estas hipótesis son formuladas "por captación intuitiva de semejanzas en dos niveles o zonas distintas de la realidad" (47). En la investigación jurídica formal, "la realidad", serían los códigos, leyes o reglamentos. Por analogía podemos decir que, un país regido por un sistema político dictatorial tendrá una Constitución autoritaria.

d) Hipótesis inductivas. Se forman con base en características observadas en uno o algunos casos aislados. Por ejemplo: si partimos del hecho de que "la legislación electoral de los estados de Durango, Zacatecas, Tamaulipas y Sinaloa contemplan la representación proporcional en la asignación de diputaciones locales a los partidos políticos, por inducción podemos concluir que los demás estados de la República Mexicana proveen dicha representación proporcional".

F) LAS TECNICAS DE INVESTIGACION DOCUMENTAL EN LA INVESTIGACION JURIDICA FORMALISTA.

Como ya hemos dicho, el método determina el tipo de técnicas a emplear dentro de la investigación. La investigación formalista visualiza los problemas jurídicos a la luz de las fuentes formales del Derecho, descartando los elementos fácticos reales. En ella --

(46) Consultar Rojas Soriano, R., op. cit., pp. 91-93

(47) Briones, Guillermo. Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales. México: Trillas, 1982, p. 30

predominan por tanto, el recurso a las técnicas de investigación documental. Como su misma denominación indica, estas son el conjunto de normas y procedimientos que se siguen en la recolección y manejo de información y datos extraídos de fuentes documentales.

Las técnicas documentales son utilizadas en el proceso de investigación desde la selección del tema hasta la comprobación de las hipótesis. Apoyan a través de la búsqueda, selección, interpretación y procesamiento de la información requeridas, al proceso de investigación. Por eso se dice que las técnicas son auxiliares -- del método. El método vislumbra el camino, con las técnicas se re corre.

La investigación jurídica formalista busca las fuentes que provean la información atingente a la hipótesis planteada en ese tenor; a saber: las fuentes jurídicas directas o formales que ya vimos en páginas anteriores de este mismo capítulo. Estas fuentes, a decir del doctor Jorge Witker son "la expresión o manifestación de las normas jurídicas", o sean "los modos o formas por los cuales se manifiestan o exteriorizan las normas jurídicas o si se quiere el lugar donde se encuentra el Derecho positivo de un país" (48). De esta suerte, la investigación formalista acude a la Legislación Federal y Local, los reglamentos, acuerdos, decretos y circulares que son expedidos por el Ejecutivo Federal en uso de sus facultades administrativas y su poder reglamentario ("estos productos le-

(48) Witker V., Jorge, Como elaborar... op. cit., p. 27

gilsativos los podemos encontrar en El Diario Oficial de la Federación y de las entidades federativas), a los tratados internacionales, los convenios firmados entre federación y estados, leyes orgánicas, la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito.

Sobre el proceso de investigación documental en las ciencias jurídicas existe una vasta producción literaria de autores colombianos, chilenos, hondureños, mexicanos, que ofrecen sugerencias que van desde presentaciones de portadas, clasificación de libros, técnicas de fichaje, técnicas del escrito jurídico, diseño de tesis de grado, etc. Por nuestra parte nos concretaremos al análisis documental técnico basado en el sistema de fichaje.

El sistema de fichaje.

La ficha es una papeleta de medida convencional (la más común es de tamaño media carta) utilizada para hacer las anotaciones que el investigador va extrayendo en la consulta de fuentes documentales y el recurso a las fuentes indirectas. Hay que aclarar que las fichas en sí no son fuentes documentales, sino que son una herramienta común a las fuentes materiales y formales; pues su función primordial es evitar el olvido de datos e ideas que el investigador obtiene en el proceso de investigación.

Para Aníbal Bascuñan, son dos los propósitos fundamentales que pueden mover al investigador en sus anotaciones en las fichas: "A. la retención textual (transcripción) o traducción (literal o libre), en versión o extracto de obras o documentos extensos; o su fijación material (recortes); y B. el asiento para fines-nemotécnicos o de referencia: a) de datos que nos son proporcionados por las fuentes y, b) de observaciones y sugerencias-que, con ocasión de ellas, elaboramos por nuestra cuenta" (49).

Como ya dijimos anteriormente, el hábito de formular fichas, - así como la forma y contenido que deben poseer, no pueden dictarse desde la doctrina. En primera instancia, cada investigador adopta sus propios hábitos y ritmos de recolección y manejo de datos. Sin embargo, lo que sí debe convertirse en regla es la adopción de una técnica uniforme para toda la investigación a fin de dar una imagen de orden y sistematicidad de los datos y manejarlos más fácilmente.

Tal y como vimos en el Capítulo I de este trabajo, las dos clases de fichas que se usan en la investigación en general, y en particular en la investigación jurídica son: la ficha bibliográfica y la ficha de trabajo. Las modalidades que a su vez estas adquieren, son en virtud del material o la fuente de la --cual extraigan la información; que pueden ser periódicos, revistas, enciclopedias, informes oficiales, libros, boletines, etc. La ficha de trabajo incluye los datos de identificación -

(49) Bascuñan V., A. op. cit., p. 71

de la fuente, su relación con el tema de investigación y el resumen o consideraciones sobre el tema particular que incluye la ficha. La ficha bibliográfica es una papeleta de 9x12 centímetros aproximadamente, donde se asientan solamente los datos de la obra. Pedro Lamprea la define como "la tarjeta de información del material bibliográfico que utiliza un autor como fuente de conocimiento, complementación o sustentación del trabajo que emprende" (50).

El uso de fichas bibliográficas ordenadas por temas o por autor permite localizar rápidamente el tema de interés específico o el autor que requerimos, y leer solamente las fichas que en ese momento necesitamos y así nos evitemos tener que repasar el legajo de fichas que poseemos. Hay quienes como Aníbal Bascuñan, consideran que las fichas bibliográficas deben contener también "una breve síntesis" del contenido de la obra " y de un sumario crítico y comparativo" de la misma; lo cual ayuda al investigador a delimitar con certeza la información de dicha obra. (51).

La ficha de trabajo puede denominarse también ficha de trabajo bibliográfica, ya que además de utilizarse como apoyo en la relación del trabajo, contiene los datos para su identificación. En ellas se integran: nombre del autor, título global de la materia de referencia (p.ej. Metodología Jurídica), subtema que indica la utilidad de la información para cierto capítulo o --

(50) Lamprea Rodríguez, P. op. cit., p. 263

(51) Bascuñan V., A. op. cit. p: 218

apartado del trabajo (p.ej. el Método lógico-formal en la investigación jurídica), el cuerpo de la ficha que puede ser: resumen general de un libro u otro documento, observaciones del investigador sobre un tema, transcripción de un párrafo de la obra consultada con la página(s) respectiva(s).

La ficha de trabajo hemerográfica. En ella varían solo los encabezados. Aquí se incluye el nombre del periódico, el autor del Ar---tículo o reportaje y la fecha. Se ponen también el tema y subtema que estemos investigando y el lugar donde podamos localizar el pe---riódico. Estas fichas pueden ser literales y de síntesis. Las litera---les son las que reproducen fielmente el contenido de la nota pe---riodística; incluso se puede recortar la nota y pegarse en la fi---cha. Las de síntesis son las que extraen la esencia del artículo. Estas fichas pueden elaborarse en forma combinada.

Las fichas bibliográficas y de trabajo legales.

La ficha bibliográfica legal condensa los datos suficientes --- para localizar las fuentes formales o documentales de la in ----vestigación jurídica. Pueden tomarse de códigos, leyes, jurispru---dencia, tratados de derecho, decretos del titular del poder ejecu---tivo, entre otras. Veamos los datos que deben incluir.

Ficha bibliográfica de tratado de derecho. Contiene: nombre --- del autor, título de la obra, número de edición, país donde ----

se publica, editorial, año, número total de páginas, y lugar - donde se puede localizar el volumen (biblioteca pública o particular).

Ficha Bibliográfica de artículo extraído de libro. Se usan --- cuando no poseemos la obra original del autor de alguna idea y la tomamos de otro libro. Contiene: nombre del autor del artículo y título del mismo entre comillas, seguido de la frase "tomado de:", nombre del autor del libro o compilación, título - de la obra subrayado, número de edición, país, editorial, número de páginas, y lugar donde se puede localizar el libro.

Ficha bibliográfica de fuentes jurídicas positivas. Registra da tos de leyes, decretos y reglamentos. Contienen: estado donde - se expide la ley, materia que regula (penal, laboral, civil), - denominación oficial de la ley, denominación usual, fecha de vi gencia o derogación (se coloca en la parte superior de la fi--- cha), relación cronológica de su publicación, publicación; y, - fuentes de consulta: diario oficial, recopilación, boletín, edi ciones oficiales o privadas (52).

Ficha de cuerpos legislativos. Incluye país, alusión al Congre so de la Unión y cámara de que se trate (o congresos locales de las entidades federativas), tema legislado (se subraya), número de legislatura, fecha de expedición de la ley o reglamento, edi torial que publica, año y número de páginas.

(52) Loc. cit.

Ficha de decreto presidencial (o de gobernador). Se empieza -- por poner el país o estado de que se trate, referencia a la -- palabra "Presidente" o "Gobernador", período que cumple, nombre del presidente o gobernador, datos del decreto (título y fecha de expedición), nombre de la editorial u oficina que lo publica, fecha, número de páginas.

Ficha de tesis. Contiene: nombre del autor, título de la tesis, alusión a que es tesis para obtener grado de licenciatura, --- maestría o doctorado, país, institución a la cual se presenta, año y número de páginas.

Ficha de enciclopedia. Pueden ser de artículo firmado o no firmado. Cuando está firmado se empieza por el nombre del autor, - título del artículo entrecomillado, nombre de la enciclope dia subrayado, país, editorial, año, volumen y páginas consultadas.

Ficha de publicaciones oficiales. Se empieza por el nombre del país, institución y departamento, nombre de la publicación, fecha y páginas.

Ficha de trabajo legal.

La información de una ficha de trabajo legal se extrae de las - distintas obras jurídicas y publicaciones atinentes al Derecho: diccionarios, libros de texto, revistas de análisis y crítica, tesis para obtener grados, antologías, actas de debates de las

cámaras legislativas, decretos presidenciales, jurisprudencia - de la corte, tratados internacionales, códigos, leyes orgánicas, etc.

Las fichas de resumen o síntesis. Dan una idea general de los - contenidos de un documento legal u obra jurídica. Son muy úti- - les, pues el investigador con ello ubica inmediatamente la obra respecto de su trabajo; si le es útil o no, si lo descarta o lo reserva para otra temática, etc.

Las fichas de citas o transcripciones. Se hacen con el fin de - tener a la mano las ideas, teorías o supuestos más importantes - de un autor, los cuales deben ser rigurosamente entrecomillados. La ficha metodológica legal. Estas no plasman estrictamente in- formación de las leyes u obras doctrinales, sino que son elabo- radas a medida que vamos consultando la bibliografía, las leyes, la jurisprudencia, etc., y a partir de ellas vamos construyendo nuestro diseño de investigación o lo modificamos. Es decir, nos da elementos metodológicos para el tratamiento de nuestra temá- tica. Por ejemplo "si la investigación se relaciona con una se rie de variables y tenemos información teórica, así como estu- dios previos de cada una de dichas variables y de la relación- que guardan entre sí dentro del marco teórico, sería convenien te delimitar secciones que abarcaran cada uno de los aspectos- relevantes, a fin de integrar aquellos datos pertinentes a nues- tro estudio" (53).

(53) Pick, Susan y Ana Luisa López. Como Investigar en Ciencias Sociales. 3a. ed. México: Trillas, 1984, p. 27

A partir del extracto de los temas y subtemas que manejamos en las fichas de trabajo podemos conjuntarlas para luego analizar su contenido y sugerir si podemos armar un esquema a partir de esos encabezados. O sea que esto se logra con la integración de las fichas.

La investigación teórico-formalista concibe al objeto o problema jurídico desde una perspectiva estrictamente normativa. Ello implica privilegiar a nivel de fuentes del conocimiento jurídico a la ley, la jurisprudencia y complementariamente a la doctrina de autores que han teorizado sobre el problema-materia de investigación de este tipo. La finalidad de esta investigación la encontramos en la búsqueda de la voluntad expresa o implícita, que el legislador externó a través de una expresión lingüística llamada norma jurídica; por ello buscará o intentará encontrar las motivaciones que inducen a la creación de una ley. Acto seguido, procederá a despejar eventuales contradicciones que puedan presentarse en la sistemática de una ley, de tal forma que se logre desentrañar el significado semiótico de vocablos, palabras, frases, etc. que aclaren al máximo dichas contradicciones. También esta investigación buscará perfeccionar vía interpretaciones gramaticales o literales históricas, determinadas omisiones que pueda ostentar una ley, asimilando esta tarea investigativa a las funciones jurisdiccionales que-

frente a un caso concreto podría aplicar un juez. En esta misma línea formalista el investigador evaluará la constitucionalidad o eventual inconstitucionalidad que una ley puede contener; --- cuestión que puede llegar a ameritar propuestas de reforma legislativa.

Como vemos, el material formalista normativo viene a ser el --- 'quid' de este tipo de investigación que en nuestro medio constituye el quehacer cotidiano de los juristas y cuyo recuento evaluatorio, si bien es positivo, nos parece insuficiente para registrar y dar cuenta el complejo horizonte del derecho en --- nuestras sociedades en desarrollo.

CAPITULO V

METODOLOGIA Y TECNICAS DE LA INVESTIGACION JURIDICA FACTICA-SOCIOLOGICA.

A) GENERALIDADES.

Heños afirmado anteriormente que el Derecho puede concebirse - como una ciencia que expresa normativamente relaciones sociales que se dan en los grupos sociales y en las interacciones - individuales de los sujetos imputables por el orden jurídico. Desde esta perspectiva, el dato normativo es la manifestación de estas relaciones, de tal suerte que interesa la norma en -- cuanto formaliza realidades sociales, siendo esta la sustancia que da contenido a las formas jurídicas. Más que la estructura formal del Derecho interesa a esta concepción el carácter funcional que cumple el orden normativo, controlando y regulando los fenómenos sociales, económicos, antropológicos y culturales.

En este contexto, el Derecho es una variable dependiente del orden social y sus fuentes y proyecciones se enraizan en la vida social de un pueblo, y por ende su generación, implementación y aplicación, están en todo momento influenciadas por el entorno socioeconómico que le dio origen. El investigador, en esta vertiente epistemológica, se preocupa de la función y eficacia del Derecho, y tiene como centro fundamental al hombre; de tal suerte que es éste, en su interacción individual y social,

el que le da eficacia y positividad a las normas. El Estado - viene a ser el órgano que reconoce y formaliza una vida jurídica consustancial a la vida del hombre en sociedad.

El material que nutre una investigación jurídica fáctica-sociológica está en el conjunto de datos y factores económicos, sociales, políticos, etc., que determinan el nacimiento y generación de una norma de Derecho. En segundo lugar, las normas positivas vigentes, dotadas de una vigencia formal se entienden que articulan un orden normativo. Debemos tener presente - que las normas como dato jurídico fijan los límites del conjunto de datos socioeconómicos que interesan al jurista. Podemos decir, en un simil, que la norma para una investigación - dé este tipo, viene a ser una especie de techo que con su estructura sombrea una realidad, realidad contextuada por la -- norma que va a ser un ingrediente esencial para estas investigaciones. En tercer lugar, en esta relación norma-realidad, - este tipo de investigación va a intentar medir la distancia - que se da entre el discurso normativo (mandato, prescripción, prohibición, persuasión, etc.) y la realidad, destinatarios o impetrados; a los cuales habrá que observar en su comportamiento, ya sea espontáneo o coactivo, y en tal caso, indicador de la mayor o menor eficacia de una norma jurídica.

A.1. Definición y presupuestos de la investigación jurídica fáctica-sociológica.

De acuerdo a la metodología sociológica, los fenómenos jurídi-

cos objeto de la investigación jurídica, no se agotan en sus expresiones formales. Los hechos o actos jurídicos no pueden desvincularse de la realidad social; más bién, de ella surgen. "La realidad, -explica el doctor Witker-, es el universo material donde se dan las relaciones e interacciones entre individuos, grupos, administradores y administrados. Los hechos sociales son los factores que generan las normas jurídicas y éstas no pueden abstraerse dogmáticamente... por el contrario, - el dinamismo social impacta y afecta al orden jurídico interpenetrándose en forma dialéctica" (1).

La investigación jurídica sociológica puede enfocar su método hacia tres ámbitos de desarrollo del Derecho: su origen o establecimiento, su desarrollo o aplicación y su interpretación. - (A lo largo del estudio de este capítulo inmiscuiremos estos tres ámbitos). Así, en el análisis de su origen, se investiga al Derecho "a partir de la vida social y concibiéndolo como el resultado de procesos sociales". En esta perspectiva, investigando su efecto en el desarrollo social, se le concibe como -- "regulador de la acción social". En las tres vertientes de análisis prevalece, pués, el enfoque sociológico de interdependencia del Derecho y la vida social. No se ve al Derecho como conjunto normativo en sí, sino como normas jurídicas efectivas, - vivas. "Una ciencia de la realidad -afirma el maestro Jorge -- Witker-, no observa tan solo el Derecho vivo tal y como se .

(1) Witker V. Jorge. Como elaborar... op. cit., p. 35

deja desprender de la práctica jurídica, esto es, teniendo en cuenta el comportamiento de quienes se ocupan especialmente - del establecimiento, aplicación e imposición de las normas jurídicas..."; sino que también tiene que "ser observado el comportamiento de los sometidos al Derecho, esto es, el comportamiento de aquellos sobre los que encuentra aplicación el Derecho. Porque el Derecho es un instrumento de dominio que está-destinado a configurar y corregir la vida social. Solo por medio de la observación de la vida social -concluye-, puede establecerse si se consigue realmente esta tarea" (2).

La investigación jurídica sociológica tiene un campo de acción con un amplio espectro de posibilidades. El investigador puede optar, por ejemplo, por el estudio del Derecho relacionándolo con los diversos factores que determinan la creación, aplicación e interpretación de las normas, como son los factores económicos, políticos, culturales, psicológicos, antropológicos, etc. Con este esquema metodológico se puede diagnosticar la armonía o distancia existente entre un orden jurídico abstracto y un orden social concreto. De aquí que las fuentes a que acude esta investigación no se encierran dogmáticamente a lo que establece formalmente la ley, sino que abarca a cualesquiera objetos que permitan al investigador obtener racionalmente una información de relevancia jurídica para su tema.

(2) Ibidem, p. 36

Esta clase de investigación se distingue de la formalista por el tipo de técnicas que utiliza en la recopilación de la información. Como ya vimos en el capítulo anterior, la investigación formalista emplea las técnicas de investigación documental concentrándose en las fuentes directas del Derecho, en tanto normas jurídicas plasmadas en documentos escritos y formalizados por un acto jurídico legislativo. En cambio la investigación sociojurídica concentra la mayor parte de su atención en los fenómenos sociales efectivos, que dan origen e influyen en la creación y aplicación de las normas; sin que esto signifique un desprendimiento total por la ley como ordenamiento jurídico formal. En la investigación sociojurídica se intenta también "detectar científicamente la distancia que se da entre el derecho normativo y el derecho real o vivo, el análisis de la norma jurídica en función de su eficacia social, reguladora de conductas, verificando al efecto el grado de acatamiento o desobediencia de los impetrados" (3).

Retomando lo que los postulados que nuestro maestro, el doctor Jorge Witker aplica para la enseñanza dinámica del Derecho, - podemos decir con él, que la adopción de nuevas formas de investigar al Derecho a través de una metodología interdisciplinaria, conjuntamente con la metodología formalista, obedece a las siguientes consideraciones. La realidad social, económica, política y cultural que vive la sociedad sufre cambios in-

(3) Witker V., Jorge. Metodología de la enseñanza del Derecho. 3a. ed. México: UAEM, 1982, p. 192

cesantes, los cuales es necesario contemplarlos en las inves
tigaciones jurídicas para reflexionar sobre el papel que jue
ga el derecho en la obstaculización o mantenimiento de un es
tado de cosas en una sociedad determinada. Asimismo, la actua
lización y desarrollo del Derecho como ciencia y como ordena
miento social, requiere de su contrastación constante con --
los hechos y fenómenos sociojurídicos que le son atingentes.

Sin embargo, el incremento cuantitativo en la expedición de-
reglamentos, en un intento de cubrir la nueva actuación cam-
biante, ha traído efectos contradictorios. Se dictan leyes -
sobre seguridad industrial, circulación de vehículos de alta
velocidad, utilización de medios masivos de comunicación, --
trasplante de órganos humanos, etc., lo cual permite cada --
vez mas la interferencia pública en la vida privada. "Este -
crecimiento fuera de toda medida asevera-Novoa-, hace que --
las antiguas especialidades jurídicas no sean bastantes hoy-
para dotar a una persona del dominio de toda la materia le--
gislativa que antes abarcaban". También esa atomización del-
Derecho, es "contraria a su naturaleza y finalidad, pues --
quiebra el concepto mismo de lo que debe ser un conjunto sig
temático, ordenado, claro y accesible de reglas de conducta-
exigidas -normalmente- a todos los hombres." "El maremagnum -
de los reglamentos -expresa el mismo autor-, se convierte en
una impenetrable selva normativa, que mas que ordenar la vi-

da social la desarticula y confunde" (4) . En gran parte, las causas de esto son determinadas por la forma "rígida y precipitada en que se dictan... las nuevas leyes"; se confunde lo urgente con lo importante, se excluye toda planificación de conjunto, y se desvirtúa con ello la finalidad inmediata del Derecho, que es regular las conductas de los hombres para conducir al progreso, la paz y la armonía individual y colectiva.

Ante una urgente perspectiva de modernización del Derecho, requerimos incrementar y diversificar las investigaciones jurídicas basadas no solamente en el método lógico formal, sino también en métodos más dinámicos y totalizantes de la realidad social como es el método interdisciplinario.

B) LAS FUENTES DE LA INVESTIGACION JURIDICA SOCIOLOGICA.

Esta investigación se nutre de las disposiciones contenidas en un orden normativo, de la realidad social y los factores que permitieron generar y establecer las normas, los fines que la presidieron y los problemas que pretendió resolver, de la aplicación efectiva de las normas en la realidad conflictiva y los factores que influyen en su eficacia para resolver dichos conflictos, etc.

En la óptica de esta investigación, el jurista opta por un espectro o campo de investigación más amplio y real, el cual in

(4) Novoa Monreal, Eduardo. op. cit., pp. 55-56

cluye factores sociales, económicos y políticos en el problema jurídico a tratar. Concretamente, el objeto a investigar será el fenómeno jurídico social, esto es: "el orden normativo y las realidades sociales que permitan establecer los factores que determinan la generación de las normas respectivas". Este tipo metodológico, dice K.Metzger, "quiere diagnosticar la armonía o dicotomía existente entre el orden jurídico abstracto y el orden social concreto". Por tanto, su concepto de fuente tiene un amplio espectro; pues, "abarca cualquier objeto que permite al investigador sacar racionalmente una información de relevancia jurídica para su tema" (5). A estas fuentes se les conoce como fuentes materiales o indirectas.

Aníbal Bascuñán (6) expone un cuadro clasificatorio de las -- fuente indirectas, las que no se refieren "específicamente, - pero si conexamente a las formas y a la vida del Derecho. En esta clase de fuentes -acota el mismo autor-, encontramos a - las mediatas e inmediatas".

A. Las fuentes indirectas mediatas son "producidas por un intermediario para fines científicos y, aún, artísticos, no jurídicos en sí, pero con proyección jurídica". Se trata de literatura producida por distintos autores, no precisamente sobre ciencia jurídica, sino de literatura social conexa, que - en un momento dado puede apoyar la emisión de un juicio jurí-

(5) Metzger, K. op. cit., p. 188

(6) Bascuñán V., A. op. cit., p. 51

dico normativo, o reforzar el establecimiento de una ley. En esta literatura podemos encontrar la que se refiere a: ciencia política (derecho electoral), ciencias naturales (leyes de ecología y conservación del medio ambiente), psicología, filosofía, moral (refuerzan los principios y definiciones -- del Derecho; por ejemplo el concepto de persona); economía, (códigos de comercio, exportaciones, instituciones bancarias), etc. Esta literatura puede ser obra de un autor, recopilaciones, antologías, diccionarios, enciclopedias, entre otros.

B. Las fuentes indirectas inmediatas, "dan noticia accidental o secundaria de lo jurídico o de lo científico social -- con proyección jurídica, sin la intervención finalista de un agente". Pueden provenir de hechos, formas u objetos.

a) Los hechos se refieren a las conductas humanas, costumbres, usos y hábitos que se dan alrededor del Derecho en sus variantes tipo "pre, proto, ante y metajurídicos". Estas conductas generan el establecimiento de una normatividad, la suprimen o derogan; o bien, refuerzan la interpretación y aplicación de las leyes.

b) Las formas se refieren a:

1. Normas éticas, higiénicas, económicas, técnicas, religiosas, etc. que surgen espontánea o deliberadamente en la sociedad y que prevalecen en el acontecer cotidiano de estas actividades con cierta regularidad y aceptación común.

2. Resoluciones, instrucciones, órdenes, etc. del orden administrativo. Por ejemplo, una circular que se envía a todos los departamentos de una Dirección X de una Secretaría de Estado cada seis meses cambiando el horario de entrada y salida del personal a ciertas horas, que aunque cambian cada tanto -- tiempo siempre son las mismas.

3. Terminología política, administrativa, económica, técnica, etc. Se da el caso en México, que cada sexenio presidencial se envían reformas a la Constitución General de la República; -- y en ellas encontramos un serie de términos o frases distintivas del discurso oficial en turno.

4. Refranes, aforismos, locuciones, etc. (de contenido social). Es sabiduría popular que se maneja por los individuos en forma de refranes, "dichos" populares", etc.

5. Piezas orales, escritas, grabadas, fotografías, etc. de creaciones intelectuales, de autoridades o particulares de contenido pre, proto, anti y meta jurídico.

c) Los objetos pueden ser:

1. Objetos individualizados en la legislación, resoluciones judiciales, formularios jurídicos, etc. pero de contenido pre, -- proto, anti y meta jurídico. Son actos particulares que están -- dentro de las actividades que se dan en torno a actos jurídicos -- sin que sean actos jurídicos propiamente dichos. Aquí cabe recor

dar el concepto de fuente real que expone Jaime Giraldo. Para él la fuente indirecta es "metajurídica, es decir, que está más allá del derecho, pues ella es anterior al derecho mismo; ... da origen al derecho, pero no es por si misma derecho..."- (7).

2. Monumentos históricos, obras artísticas, restos etnoarqueológicos.

3. Otros objetos representativos de la vida social, la cultura y la civilización.

En esta misma perspectiva, encontramos otras variables determinantes en la gestación del derecho y que son indicadores de una investigación fáctica-sociológica. Veamos:

a) Los factores económicos y políticos que rodean la generación del derecho. Por ejemplo, en México tenemos que a raíz de las elecciones para presidente de la República, senadores y diputados federales, en julio de 1988, se ha hecho necesario la modificación del Código Federal Electoral vigente.

b) Los factores etnológicos del medio ambiente como es el crecimiento poblacional, mal o no planeado en las zonas urbanas - de mayor productividad (lo que ha provocado contaminación del medio ambiente) ha orillado a las instituciones públicas como la Secretaría de Educación Pública en México, a modificar las disposiciones sobre calendario escolar y horario de entrada y-

(7) Giraldo Angel, Jaime. op. cit. p. 3

salida en los centros escolares del Distrito Federal; y también ha creado la necesidad de legislar en materia ecológica y de -- conservación del ambiente.

c) Valoración de la eficacia de las leyes vigentes, respecto de la realidad social que regulan. Para valorar la eficacia e ineficacia de las leyes, estas deben ser contrastadas con la realidad. Carnelutti (8), usando una paradoja nos explica que, "las órdenes del derecho, como los fusiles no están destinados a permanecer alineadas en su estante; los artículos del código son continuamente extraídos de su anaquel para hacer uso de ellos - en la vida". Pero el uso de "un fusil puede dar un chasco y hasta disparan por la culata". En el caso de las leyes hay que observar las leyes vivas, no las "ordenes embalsamadas". Observar las órdenes vivas es observarlas en su acción; si son obedecidas o desobedecidas. En los actos de obediencia o desobediencia las leyes quedan realizadas. Aquí es donde "el muestrario de -- los datos se amplían desmesuradamente". Por eso al lado del contrato se observa también el delito. Este no es derecho, sino -- por el contrario, es "no derecho o contra derecho... si no se le conoce, no se conoce el derecho...". El pensamiento de Carnelutti constata que la investigación "ampliada" del derecho, permite su mejor conocimiento, en sus aspectos formal y fáctico.

d) El análisis de las normas y códigos en atención a su aca --

(8) Carnelutti, Francescó, Metodología del Derecho. México: UTEHA, 1962, p. 29.

tamiento o transgresión por los destinatarios, a través de los trabajos de investigación jurídica fáctica. Los ordenamientos-jurídicos también son objeto de estudio o fuente de la investigación fáctica sociológica. Esta no implica el análisis aislado de los factores sociológicos que influyen en la creación y aplicación de dichas leyes y normas. Se analizan estos factores en tanto determinantes de normas, y no en sí mismos. Al respecto Charles Comte (9) afirma que "la ciencia y la legislación al tener la tarea de descubrir las leyes generales según las cuales los pueblos prosperan, decaen o permanecen estacionarios" no debe limitarse a estudiar las normas separadas de los hechos, sino que debe estudiar los hechos y las normas inherentes a los hechos...". " Con frecuencia se cree -dice Renato Treves citando a Comte-, 'que una ley es una orden escrita dada por un gobierno, redactada y publicada con ciertas formas determinadas. Estas cosas forman parte, de hecho, algunas veces de una ley, pero no constituyen nunca una ley completa". El mismo Comte define a la ley como "un poder que determina ciertas formas de actuar y de proceder, pero este poder raramente es un ser simple". Son múltiples fuerzas que confluyen en un objetivo común, "... las que actúan sobre un gobierno y que lo empujan a ordenar ciertos comportamientos o a prohibir otros; la influencia ejercida por una parte de la población sobre la otra, por medio del ejemplo y la opinión pública; 'las necesidades, las pasiones, las ideas o los prejuicios de las -

(9) Comte, Charles. citado por: Treves, Renato. op. cit. p.30

diversas fracciones de que se compone una población'; las opiniones religiosas que contribuyen a menudo a determinar un -- cierto tipo de acciones; y en fin, las diversas condiciones - naturales, físicas y geográficas en los que los hombres se encuentran situados y que determinan su manera de vivir, sus -- ideas, sus costumbres y sus relaciones recíprocas".

Los códigos y normas son referentes obligatorios en cualesquiera investigación jurídica. Su enfoque o metodología es lo que diferencia a una investigación de otra.

Del conjunto de fuentes indirectas de la investigación sociológica, es difícil deducir la preponderancia que tenga una u --- otra para un tema concreto. No es el mismo caso de las fuentes formales, cuyo valor u orden de acatamiento se indica en la misma ley. En este caso, no cualquier ley es fuente más valiosa - que un factor socioeconómico, solo por ser norma legislada. -- Así por ejemplo, en una investigación para reformar el Código-Civil Mexicano, la Constitución será de poco valor, no obstante ser la codificación de rango más alto del país.

De esta suerte, según Metzger (10), el valor de una fuente de investigación jurídica se concreta principalmente en tres criterios.

"1. el contenido: si el contenido de la fuente coincide plenamente con el asunto por investigar, la fuente será principal o di--

(10) Metzger, Knut. op. cit. p. 191

recta". Este es el caso donde no hay conflicto jurídico y las normas se estancan. "En cambio, si el centro de interés o extensión de la fuente no coinciden con el punto de investigación, la fuente será secundaria o indirecta".

"2. la presencia de un intermediario: si entre el asunto por investigar y el investigador interfiere un intermediario un expositor con fines de dar testimonio científico- que da su versión o interpretación del asunto, la fuente es mediata".

"3. la relación temporal: si la fuente se reduce sin interrupción significativa en el tiempo, con respecto al asunto por investigar, la fuente es originaria; es, en cambio derivada, si nace o se hace con considerable ulterioridad al asunto del cual dan testimonio".

C) ELEMENTOS METODOLOGICOS DE INTERDISCIPLINARIEDAD.

- La investigación interdisciplinaria en Jean Piaget.

Para el científico suizo la investigación interdisciplinaria atiende a dos clases de preocupaciones: una relativa a los mecanismos comunes (naturales de las cosas) y otra a los métodos comunes, o de ambas a la vez. En el primer caso estan los análisis de estructuralismo lingüístico donde se pregunta si las estructuras elementales tienen relación con la lógica o con estructuras de la inteligencia.

Como ejemplo del segundo caso estan las aplicaciones de la teoría de los juegos.

Las posibilidades de colaboración interdisciplinaria entre las ciencias naturales y las de las conductas humanas (en --

las primeras estan la matemáticas, física, química, biología y en las segundas la economía, la antropología, el derecho,...) - son distintas. Las ciencias naturales admiten un orden jerárquico de generalidad y complejidad decreciente o creciente, lo que obliga al especialista a mirar mas allá de las fronteras de su disciplina. En las disciplinas humanas "sería inútil buscar un orden análogo" (no hay una razón para colocar a la lingüística antes que a la economía, por ejemplo). En estas ciencias hay -- mas bien tendencias "reduccionistas" o "anexionistas", reduccción que hace en la dirección que representa el autor (sociólogos que reducen todo a la sociología). "Las jerarquías que pueden establecerse entre las ciencias del hombre-afirma Piaget-, seguirá siendo una cuestión abierta mientras no se haya resuelto el problema central de la sociología, que es el de la sociedad considerada en su totalidad y de las relaciones entre los - subsistemas y el sistema de conjunto" (11).

Piaget señala además dos circunstancias contingentes que influyen en la determinación de la colaboración interdisciplinaria: "una es el trágico reparto de la enseñanza en facultades universitarias cada vez mas separadas entre si o incluso en secciones interiores a estas facultades..." La otra se refiere a la "idea de que salir de las fronteras de la propia disciplina implica - una síntesis y que la disciplina especializada en la síntesis, si es que esto se puede decir...no es otra cosa que la propia -

(11) Piaget, Jean, W.J. M. Mackensie, Paul M. Lazarfeld y otros. Tencencias de la investigación en Ciencias Sociales. Madrid: Alianza Editorial, 1976, p. 203.

fisiología", la cual adolece de la verificación experimental o estadística que ya han conquistado la psicología y la sociología.

A pesar de los obstáculos para la interdisciplinariedad en las ciencias humanas; esta se puede comenzar haciendo una comparación de los problemas. En esto, según Piaget, llaman la atención tres hechos fundamentales: "en primer lugar, la convergencia de ciertos problemas generales, que se encuentran en todas las ramas de nuestro inmenso dominio; en segundo lugar, el hecho de que estos problemas generales tienen poco que ver con los del mundo inorgánico, pero que en cambio, están muy directamente relacionados con cuestiones centrales de las ciencias de la vida; y por último, que para resolver estos problemas no hay más remedio que recurrir a ciertas nociones cardinales que recubren en realidad mecanismos comunes". El estudio de estos mecanismos comunes exige un esfuerzo interdisciplinario concertado a fomentar entre las ciencias humanas, pero en algunos casos en relación con la biología (12).

Las tres cuestiones más centrales y específicas en las ciencias biológicas son: el desarrollo o evolución de la producción gradual de formas organizadas con transformación bajo sus formas equilibradas o sincrónicas; y, la de los intercambios entre el organismo y su medio físico y otros organismos.

Para Piaget las conexiones interdisciplinarias entre ciencias sociales es difícil sino imposible en virtud de los mecanismos

(12) Ibidem, p. 205.

a que están sujetas cada una de estas ciencias; por las "ignorancias recíprocas, a veces sistemáticas" "sobre las mismas; por la organización de la investigación en los centros nacionales de investigación, los poderes universitarios, etc.

Una forma de favorecer los intercambios interdisciplinarios es -- estableciendo los posibles elementos de comparación entre las -- tendencias y las corrientes de las ciencias humanas. Sin -- embargo, estos intercambios se restringen a las ciencias socia-- les y humanas que utilizan "técnicas propiamente científicas en el sentido estricto del término: investigación de 'leyes' por -- observación sistemática, experimentación, matematización o deduc-- ción cualitativa regulada por algoritmos simbólicos rigurosos -- (como en la lógica moderna). Piaget separa a las ciencias socia-- les o humanas en cuatro categorías: ciencias de leyes (sociolo-- gía, antropología cultural, psicología, economía política y eco-- nometría, lingüística, demografía, cibernética, lógica simbólica, pedagogía experimental), disciplinas históricas (historia, filo-- logía, crítica literaria, etc.), disciplinas jurídicas (filoso-- fía del Derecho, historia del Derecho, Derecho Comparado, etc.) y disciplinas filosóficas (moral, metafísica, teoría del conoci-- miento, etc.)

Las relaciones interdisciplinarias entre las disciplinas de las categorías son "bastante pobres", por lo que Piaget desaconseja un plan tan ambicioso. Claro que, dice el autor, hay "interconexio-- nes de hecho" pero no pueden "llegar tan lejos como las interac-- ciones internas entre las disciplinas de la categoría 'ciencias de leyes'" (13).

(13) Piaget. Jean. Psicología y epistemología. Barcelona: Ariel, 1973, pp. 157-160.

Según J. Piaget entre Derecho y lógica hay "relaciones tradicionales". Trata de relaciones en sentido único mas que de verdaderas interacciones: la sociología recoge informaciones de la disciplina jurídica mas bien que a la inversa, y "no acaba de verse... como el Derecho se va a contentar con un fundamento sociológico". Lo mismo se da entre la filosofía del Derecho y la filosofía general. En cambio, la antropología social, según este mismo autor tiende necesariamente al estatuto interdisciplinario por los progresos internos de sus métodos, lo mismo que la psicología. (14).

A decir del maestro Roberto Follari, la teoría interdisciplinaria aparece como discurso recurrente en el ámbito educativo, en el universitario concretamente.

El origen de la idea de interdisciplina en los países capitalistas, en el campo universitario, se remonta a la década de los 70s. cuando los problemas y las protestas estudiantiles de París contra el sistema social recibieron una explicación por la deficiencia u obsolescencia del aparato universitario.

Este necesitaba ponerse a la altura de los tiempos creando la departamentalización y la interdisciplina. Sin embargo, advierte Follari "este origen... es aludido y eludido en el discurso sobre la interdisciplina.." y se presenta, en el Congreso de Niza (sobre la interdisciplinaria en las Universidades, Francia del 7 al 12 de septiembre de 1970 como una necesidad epistemológica,

(14) Ibidem, p.166

como un avance logrado en la teoría del conocimiento." Así, --- Piaget, dice el mismo autor, recurre a un acentrado biologismo, a la "reducción de la particularidad de las ciencias sociales a los métodos de explicación de las ciencias naturales, su círculo de las ciencias que achata la especificidad de cada disciplina - particular para engazarla en una lógica de explicación común -- con las demás (15).

Según Roberto Follari, otras formas de fundamentar la interdisciplina son: 1) La apelación a la modernización científica", como sinónimo de avance social hacia formas mas maduras en las relaciones de producción. 2) La "idea de recuperar la 'totalidad périda' ante las prácticas disciplinarias cada vez mas especializadas, con lo que se pretende recuperar una unidad práctica en la interioridad de la actividad científica, 'totalidad' que no ha existido nunca en la teoría, y es por ello irrecuperable". -- 3) La identificación "del marxismo con totalidad de conocimiento; es decir con un discurso omnipotente sobre el conjunto de las - realidades posibles en vez de ceñirlo al ámbito particular de la explicación histórico-social" (16)

Ante este panorama conviene señalar qué no es interdisciplina -- para ver cuales son sus posibilidades

La interdisciplina no es una mezcla lisa y llana de elementos de diversas disciplinas. "La imaginaria tarea de eliminar la disci-

(15) Follari, Roberto. Interdisciplinariedad. (Ensayos) México: UAM, s/f, pp. 113-114.

(16) Ibidem, p. 115.

plinas en aras de lo interdisciplinar señala Follari resulta - errónea ya que su aplicación estricta de no existir una formación disciplinaria previa resulta devastadora para el proceso lógico del conocimiento." Además cada ciencia tiene su método y el acercamiento a su objeto desde otras disciplinas "no encontrará método alguno o resultará un sincretismo poco fecundo. Al mezclar ciencias se pueden subsumir unas a otras a producir hegemonías -- automáticas y no tematizadas.."(17).

La interdisciplinariedad tampoco implica la existencia de ciencias auxiliares de otras. Por ejemplo siempre han existido apoyos conceptuales en la física que vienen de la matemática, y esto es simplemente auxilio de una ciencia a otra, "no una forma orgánica de conceptualización por encima de cada ciencia particular". Tampoco es la "indefinición de límite en las ciencias", por ejemplo el -- que la psicología social no sepa donde acaba la sociología y empieza la psicología. La interdisciplina, asimismo no puede ser -- predisciplinar, o sea, "realizarse sin el conocimiento previo de la disciplina; solo quien ya conoce una disciplina la puede relacionar a otras; no se trata de una mezcla a priori de las distintas ciencias. (18)

En virtud de las acotaciones hechas a la interdisciplinariedad, Follari, concluye que puede haber interdisciplinariedad, "en primer lugar, solo cuando hay algo que inter-mezclar, es decir a -- posteriori de las ciencias particulares conformadas. De esto se

(17) Ibidem, p. 61

(18) Ibidem, pp. 115-116

desprenden dos modalidades básicas de interdisciplinariedad:

a) conformación de un nuevo objeto teórico entre dos ciencias previas (biofísica, bioquímica), lo que lleva luego a una nueva disciplina particular; b) este es modo fundamental y más fecundo: - aplicación a un mismo objeto práctico de elementos teóricos de diferentes disciplinas. No se trata de abarcar la totalidad teórica a las ciencias..sino de la aplicación a un mismo objeto empírico de elementos de diversas disciplinas (19).

Es claro, por ejemplo, que para obtener resultados más eficaces en la planeación urbana, es más viable un equipo de especialistas de diferentes disciplinas: sociología, economía, derecho, medicina, etc., que lo que cada uno de ellos pudiera hacer por separado. "Este es- concluye Follari- el lugar real de la interdisciplinariedad, lejos de las interpretaciones supuestamente teóricas y de las confusas elucubraciones sobre la 'totalidad' que -- muestran ciertas izquierdas: eficacia tecnológica al servicio de la resolución de problemas concretos" (20)

El profesor belga Leo Apostel (21) destaca tres niveles de interdisciplinariedad, según el grado de interacción alcanzado entre sus componentes:

1o. "Cuando la solución a un problema requiere obtener información de una o dos ciencias o sectores del conocimiento sin que -

(19) Ibidem, p. 116.

(20) Loc. cit.

(21) Apostel, Leo. "Sistemas conceptuales para la investigación interdisciplinaria:" Interdisciplinariedad. México: ANUIES, 1975, pp. 166-170.

las disciplinas que contribuyen sean cambiadas o enriquecidas. - "Este es el caso, por ejemplo cuando un geólogo tectónico para reconstruir la historia y explicar la formación de una cadena -- montañosa requiere de datos paleontológicos y de conocimientos de mineralogía para determinar los estratos del terreno."

2o. Cuando "la cooperación entre varias disciplinas o sectores - heterogéneos de una ciencia llevan a cabo interacciones reales, es decir, hacia una cierta reciprocidad de intercambios que dan como resultado un enriquecimiento mutuo". Por ejemplo, cuando los "etnógrafos emplean el estructuralismo lingüístico para desmitificar una serie de mitos, no se trata de un proceso unilateral, - pues sus análisis ayudan a aclarar el carácter simbólico de los mitos y por tanto se orientan a la constitución de una semiología general ansiosamente esperada por los lingüistas".

3o. "La transdisciplinariedad, la cual no solo cubriría las investigaciones o reciprocidades entre proyectos especializados - de investigación, sino que también situaría estas relaciones dentro de un sistema total que no tuviera fronteras sólidas entre las disciplinas." Tal es el caso de las relaciones entre la lógica y las matemáticas.

Como vemos la interdisciplina implica distintas formas y grados de interacción entre las disciplinas o de componentes de una o - mas disciplinas. Existen casos de interacciones de dos disciplinas que han llevado a la creación de una estructura nueva básica que conforma una disciplina original (Bioquímica, electromagnetismo) (interdisciplinariedad estructural). En el caso de proyectos de investigación prácticos se presenta una interdiscipli

nariedad restrictiva, o sea que se "restringe el campo de aplicación de cada disciplina puesta en juego por un objetivo concreto. Cada disciplina... impone con fines técnicos, económicos o humanos sobre las otras", ejemplo: En un proyecto de urbanismo el psicólogo, el sociólogo, el arquitecto, el economista el jurista, impondrán cada uno un número de restricciones que tomadas en su conjunto delimitarán el área de posibilidad dentro de la cual -- pueda situarse el proyecto (22).

Podemos entender que el método interdisciplinario implica la "interacción entre dos o más disciplinas diferentes" la cual puede variar desde la simple comunicación de ideas hasta la mutua integración de conceptos, metodología, procedimiento, epistemología, data y organización de la investigación y de la educación -- en un campo. Tenemos pues que " un grupo interdisciplinario -- se compone de personas instruidas en diferentes campos de conocimiento (disciplinas) con diferentes conceptos métodos, data y -- terminología, organizadas en un esfuerzo común sobre un problema común; continua intercomunicación entre los participantes de diferentes disciplinas" (23).

La interdisciplinariedad se presenta como una posibilidad viable para el desarrollo de las ciencias sociales y la investigación -- ante la progresiva atomización de las disciplinas; y la complejización de los campos sociales donde tienen cabida tanto las dis-

(22) Heckhausen, Heinz. "Disciplina e interdisciplinariedad," en: Interdisciplinariedad... op. cit., p. 97.

(23) Concepto tomado de: Revista Universidades, Unión de Universidades de América Latina. México, Julio-septiembre de 1973, No. 53 (Reseña del seminario sobre la interdisciplinariedad en las Universidades celebrado en Francia del 7 al 12 de septiembre de 1970)

ciplinas facticas como las humanas. Los crecientes problemas naturales propios de la ingeniería civil, la química, la biología, la medicina, entre otros, y los de conflictos de índole social - como son el intenso tráfico automovilístico en las ciudades, la falta de lugares para el esparcimiento y la diversión y su programación, el acaparamiento del mercado interno por empresas --- transnacionales, la insuficiencia de viviendas, etc.; requieren en forma apremiante la investigación científica conjunta, donde confluyan profesionales de los distintos ámbitos del conocimiento que constituyan equipos interdisciplinarios, tal como en las --- tareas de establecimiento de asentamientos humanos- donde intervienen psicólogos, etnólogos, arquitectos, ingenieros civiles y ambientales, abogados, etc.

En la actividad interdisciplinaria se reduce la brecha metodológica existente entre las ciencias naturales y sociales, pues el -- compartir objetivos hacia un fin práctico determinado acerca sus objetos de estudio.

La investigación jurídica factica requiere de un estudio integral de los hechos que rodean al fenómeno jurídico, del concurso de - otros especialistas tales como sociólogos, politólogos, etnólogos, lingüistas, etc. a partir del elemento interdisciplinario, abre más y amplias perspectivas de análisis de dichos fenómenos jurídicos. Ya lo dijo el eminente jurista F. Carnelutti: - "las reglas lógicas no son mas que uno de los grupos de las innumerables reglas que gobiernan los fenómenos del derecho. Al lado de ellas son de tener en cuenta las de otros géneros: psicológico, fisiológico, sociológico, económico y hasta físico" (24).

(24) Carnelutti, F. op. cit., p. 9.

La relación sujeto-objeto que se da en la investigación fáctica sociológica es indudablemente de tipo dialéctica porque la norma jurídica elegida nos va a dar una área o universo sombreado por la norma que requiere ser descrita, comprendida y evaluada -- por el sujeto que investiga. Para lograr este acercamiento y -- privilegiar la función y eficacia social de una norma o institución jurídica se requieren elementos metodológicos de interdisciplinariedad que permitan sumergir la norma jurídica en la relación social pertinente y penetrar en un objeto totalizador -- con ingredientes económicos, sociales, antropológicos, culturales y políticos de tal suerte que el producto que se obtenga dé cuenta de esa totalidad y no particularice estancos autónomos -- que impidan una visión de conjunto que necesariamente implica -- una investigación jurídica fáctica sociológica. En este contexto la interdisciplinariedad en la disciplina jurídica implica -- nutrirse de una concepción totalizante de la norma-realidad o -- institución jurídico-social y en consecuencia los elementos de esta metodología tendrán que ser conceptos, definiciones, hipótesis, variables e indicadores que tengan como horizonte este objeto jurídico social totalizador e integrado.

Ya lo hemos anotado antes, el objeto determina el método. El -- principio de objetividad se manifiesta metodológicamente en esta definición. Si bien es cierto que existe un amplio espectro de métodos, estos preexisten epistemológicamente; sin embargo su -- función la cumplen en tanto un objeto y sus características. El derecho en tanto objeto multideterminado puede ser analizado desde distintos enfoques. Como dice Hernández Gil., "El conoci-

miento científico del derecho no se integra en un solo tipo, tanto porque el llamado específicamente jurídico es susceptible de diversos enfoques como porque no agota todas las perspectivas - de que es susceptible el objeto " (25).

Ahí tenemos por ejemplo la proliferación de distintas clases --- de derecho, donde la clasificación tradicional del derecho en -- privado y público se le ha agregado el de derecho social, y a su vez a los principales tipos de derecho se le anexan otros que singularizan cada vez mas el objeto-derecho.

Es comun que nadie discuta el uso del método experimetal en las ciencias facticas (biología, física y química) pues su objeto esta bien localizado (seres vivos, objetos físicos, fenómenos naturales, etc). En ocasiones lo que obstaculiza la investigación de - estos objetos es mas bien la construcción de técnicas e instru-- mentos apropiados que ayuden a identificar, comprobar hipótesis del objeto específico que se investiga. En cambio, el objeto de -- la ciencia jurídica, sur. no acaba de asirse. Hay de origen un -- planteamiento problemático en la ciencia y su objeto. La doctrina es suficientemente elocuente. Ha habido numerosos intentos -- por definir el objeto- derecho; unos ya complementándose, otros contradiciéndose; sin embargo, todavia no confluyen en una idea unitaria. En cualesquier intento de conocimiento de alguna area del derecho se vuelve a su problema fundamental de ¿qué es el derecho?

(25) Hernández Gil, Antonio. Problemas epistemológicos... op. cit., p. 88

En este contexto de problematicidad del objeto-derecho, el método de la ciencia jurídica presenta también dificultades, en las distintas fases de la vida del derecho, su creación, su desarrollo teórico y aplicación. La concepción formalista-dogmática de aplicación e interpretación del derecho "no... trata... de ponderar únicamente lo resuelto como solución..." conforme a una -- norma jurídica particular en sí. "El estudio del proceso mental seguido y las fórmulas argumentales utilizadas abre otros horizontes, por ejemplo. Es importante constatar cómo el razonamiento judicial no atiende solo a los textos positivos, sino que incorpora consideraciones de utilidad, de justicia, ideológicas, - etc.," (26).

El conocimiento y la aplicación del derecho no se agotan, pues, - en las normas integrantes de un ordenamiento jurídico positivo, - La experiencia jurídica en todos los ámbitos de desarrollo, aplicación interpretación, establecimiento del derecho, ha mostrado distintas formas de abordarlo como son: el método histórico, el - sociológico, el comparativo, etc. En el conocimiento histórico se capta una situación de fluencia diacrónica...que se dirige -- sobre todo a la ponderación de la génesis y el cambio de las instituciones". En el conocimiento sociológico se persigue el análisis real de las normas, su efectividad sus conexiones y dependencias en un contexto social dado. El conocimiento comparativo por su parte" comprueba las regularidades y diversidades apreciables en el conjunto de los ordenamientos jurídicos, en grandes series o familias de ellos o en la regulación por los mismos de determi (26) Cfr. Hernández, Gil, A. Problemas... op. cit., p. 96.

nadas instituciones. "Cada uno de ellos descubre y analiza facetas del derecho y además guardan conexión entre sí. En el análisis sociológico se aprecian rasgos históricos. "Estos tres conocimientos aspectuales-como dice Hernández Gil-, responden a un positivismo de mayor alcance que el de la dogmática; el positivismo de los hechos, de las realidades, de los grupos humanos social y políticamente organizados." (27)

La visión de conjunto del objeto de la ciencia, busca el sentido de los elementos en función del todo, son un imperativo del concimiento científico moderno. Los conceptos de relación, sistema, estructura, grupos, modelos, conjuntos, están dirigidos a buscar el sentido de los elementos en función del todo. Si bien es cierto que debe buscarse, en el amplio mundo de los objetos que pueden someterse a investigación científica, la precisión o delimitación del objeto de una investigación concreta, eso no implica que el método también deba construirse o dejar de lado la visión del todo que le es atingente al tema particular. Los últimos avances de la ciencia van en este sentido, tal es el caso -- del uso de la cibernética y el análisis estructural aplicables - al derecho.

(27) Ibidem., p. 98.

D) LA HIPOTESIS EN LA INVESTIGACION JURIDICA SOCIOLOGICA.

El estudio de la metodología recién analizada para esta investigación, nos indica que las hipótesis que se pueden plantear aquí tienen el amplio espectro que ofrece la interdisciplina, -- contrario a lo que en una investigación jurídica dogmática sucede; donde aquella se encierra en la codificación legal y en -- ella trata de encontrar las soluciones y respuestas a la problemática planteada.

Aquí la hipótesis parte de un conjunto de conocimientos establecidos y ciertos que le ofrecen la lógica jurídica, los principios generales del derecho y la doctrina jurídica existente, y que son reconocidos y aceptados por la comunidad científica de juristas (parte objetiva). Asimismo, en esta hipótesis intervienen la combinación de los elementos objetivos y subjetivos -- existentes acerca del problema y la propuesta de su solución -- por parte del investigador (parte subjetiva).

En la investigación sociológica, para plantear sus hipótesis el investigador acude a las codificaciones vigentes o no vigentes, la bibliografía existente; y, principalmente a los hechos y fenómenos económicos, culturales, ecológicos, psicológicos, políticos que influyen en la creación e interpretación de las leyes, y la eficacia que estas tienen en la sociedad.

Debemos tener presente, que la hipótesis es una explicación suelta o solución primaria de un fenómeno o hecho problemático

que está sujeto a constatación. Alrededor de ella girará el desarrollo del marco teórico conceptual que provee los elementos teóricos y fácticos para su comprobación o reprobación. Por --- ello, deberá formularse en forma coherente con el problema ---- planteado y el método propuesto, a fin de que proporcionen una dirección general a la investigación. " El científico no puede olvidar que la hipótesis debe considerarse como un medio, jamás como un fin. Un medio de orientación, de dirección y de trabajo, que debe ser abandonado y sustituido desde el momento en que es contradicho por los hechos" (28).

La investigación jurídica fáctica sociológica ofrece la posibilidad de manejar diversas clases de hipótesis, ya que sus fuentes de información se diversifican aún más que en la investigación formal. En la primera, el investigador emplea técnicas documentales y técnicas de campo o sociales.

a) Hipótesis sustantivas y estadísticas.

La hipótesis sustantiva "es el tipo usual de hipótesis que expresa una afirmación conjetural sobre la relación entre dos o más variables". No es en sí comprobable, sino que su expresión conceptual debe traducirse en variables susceptibles de medirse. Es, por así decirlo hipótesis puramente teórica. En la investigación sociojurídica, estas hipótesis deben, para poder comprobarse, convertirse en hipótesis estadísticas, a través de -- términos operacionales y experimentales. De esta suerte, la hi-

(28) Bascuñán V. A. op. cit., p. 98

hipótesis estadística " expresa un aspecto de la hipótesis sustantiva original en términos cuantitativos y estadísticos. Predica los resultados de las estadísticas utilizadas en el análisis de los datos cuantitativos del problema por investigarse" (29). Por ejemplo, el 80% de los accidentes de trabajo en la ciudad de Culiacán, en la industria de la construcción, se deben al incumplimiento de las normas de seguridad en el trabajo que prevee el reglamento respectivo.

Las variables eminentemente teóricas utilizadas en la hipótesis de la investigación sociológica, necesitan traducirse en elementos observables, susceptibles de probarse.

b) Hipótesis nula.

Bajo estos parámetros también puede emplearse la hipótesis nula, que es la forma negativa de la hipótesis estadística o de trabajo. Es una proposición que afirma la inexistencia de una relación entre las variables. Esta es una alternativa del investigador cuando en el proceso de investigación su hipótesis de trabajo resulta incierta o falsa. Por ejemplo, según Milena Covo, "si una hipótesis originalmente afirma en forma simbólica que X y Y están relacionadas, la hipótesis nula propondría que no hay relación entre ambas, o mejor dicho, que cualquier relación que se encuentre se deberá al azar". O bien, "si probamos a través de los datos recogidos que hay, efectivamente una relación entre X y Y mayor de la que podría esperarse si so

(29) Kerlinger, Fred N. citado por: Covo, Milena. Conceptos comunes en la Metodología de la Investigación Sociológica. México: UNAM, 1983, p. 78

lo el azar la determinase... la hipótesis nula queda rechazada y que por lo tanto la hipótesis de trabajo es válida" (30).

Según Susan Pick, la hipótesis nula es importante porque:

"1. es una hipótesis que se acepta o se rechaza, según el resultado de la investigación

2. el hecho de contar con una hipótesis nula ayuda a determinar si existe una diferencia entre los grupos, si esta diferencia es significativa, y si no se debió al azar". Además "teniendo una hipótesis nula, el experimentador está conciente de que puede no haber diferencias, es decir, de que puede aceptarse la hipótesis nula. Esto, para un investigador puede ser problemático, ya que puede pensar que sus esfuerzos han sido en vano; sin embargo, si reporta estos resultados puede ayudar a otros investigadores en la formulación de hipótesis en futuras investigaciones" (31).

c) Hipótesis alternativa.

Este tipo de hipótesis se plantean previendo la improcedencia de la hipótesis de trabajo. Siempre sucede que ante una problemática dada el investigador tiene varias soluciones posibles, o sea, varias hipótesis; sin embargo, no todas tienen la misma probabilidad de ser aceptadas.

Es importante que se establezcan distintas variables independientes que expliquen un mismo fenómeno. Felipe Pardinás seña-

(30) Covo, Milena. op. cit., pa. 79

(31) Pick, Susan y Ana Luisa López. op. cit., p. 40.

la que: " por la seguridad de nuestro trabajo, para no p rd r - tiempo en b sq edas inútiles es conveniente esforzarnos en buscar diferentes hipótesis alternativas como respuesta a un mismo problema y escoger entre ellas cuáles y en qué orden vamos a -- tratar su comprobación" (32). Este recurso también es válido pa -- ra el caso de que el investigador no cuente con una hipótesis - sólida o est  inseguro de su certeza.

E) LAS TECNICAS DE INVESTIGACION SOCIAL O DE CAMPO EN LAS INVE -- TIGACION JURIDICA FACTICA SOCIOLOGICA.

La investigación sociojurídica utiliza técnicas documentales y -- de campo o sociales. Estas últimas son las que le dan el car c -- ter fáctico. Las técnicas de campo o sociológicas acuden a las -- fuentes materiales indirectas que producen los fenómenos jurídi -- cos y sus conflictos. El uso de estas técnicas es la mejor mane -- ra de constatar en los hechos la trascendencia, cumplimiento y -- validez de las normas jurídicas. Hay momentos en que el sistema -- de información bibliográfica no resuelve las hipótesis y el in -- vestigador tiene que ir a la realidad concreta para comprobar -- la. Las técnicas de investigación social ayudan a diagnosticar -- el grado de armonía entre el orden jurídico y el orden social y -- medir la trascendencia de la norma en este último órden.

En la investigación jurídica fáctica sociológica es posible co -- nocer de cerca al derecho como hecho, como norma y como valor.

(32) Pardinas, Felipe. op. cit., p. 159

Esto es, se conoce su origen formal y fáctico, se constata su efectividad en la aplicación de las normas a la realidad social que regula, se evalúa el grado de armonía entre el orden jurídico y el orden social. Mediante el uso de las técnicas de investigación social, previo al acto legislativo, habrá más probabilidad de que las normas jurídicas se adecúen a la realidad que regularán.

Las técnicas sociales que estudiaremos: el muestreo, la observación, la entrevista y el cuestionario, se enfocan a la realidad social que se manifiesta en determinadas personas o grupos sociales, quienes serán los informantes principales del investigador; en ellos se debe buscar 'lo que dicen' y 'lo que hacen'. Según Metzger (33), estas dos formas de expresión humana se entienden de la siguiente manera: "1. lo que dicen los informantes es el resultado de las preguntas que les ha planteado el investigador o sea en forma oral (entrevista, encuesta) o sea en forma escrita (cuestionario/cédula)... 2. lo que hacen los informantes se puede notificar por medio de la observación y el experimento". El uso de las técnicas de campo se inscribe dentro de una investigación concreta bajo ciertos lineamientos metodológicos y con objetivos precisos. No podemos, -- por ejemplo, realizar una observación de una sesión del Congreso de la Unión, nada más porque se nos ocurra, sino porque sea para cumplir un objetivo de la investigación.

(33) Metzger, K. op. cit., p. 304

El conjunto de las técnicas de campo se pueden utilizar combinadamente. Es común que los investigadores recurran a ellas, según el nivel de información que quieran obtener y los objetivos que dicha información vaya a cumplir.

E.1. El muestreo.

La investigación social y particularmente la investigación jurídica a gran escala requiere hoy en día de instrumentos y técnicas de investigación que le apoyen en el estudio de problemas macrosociales. En el derecho el recurso a la estadística social se impone como una necesidad ingente para poder analizar los nuevos problemas jurídicos que afrontan las sociedades contemporáneas. Este apoyo viene dado por el empleo de fórmulas estadísticas para determinar el tamaño de una muestra hasta el uso de la informática y las computadoras para almacenar y procesar la información sociojurídica relevante para una investigación.

Por otra parte, debemos anotar que del correcto manejo de la técnica de muestreo dependen los óptimos resultados de la aplicación de observaciones, cuestionarios y entrevistas, a través de las encuestas. O sea que, antes de que el investigador aplique cuestionarios o haga entrevistas, debe saber a quienes y que características deben poseer los entrevistados o cuestionados. Estas y otras cuestiones se determinan a través del muestreo.

"La teoría del muestreo tiene como propósito establecer los pasos y procedimientos a través de los cuales sea posible hacer genera

lizaciones sobre la población a partir de un subconjunto de la misma, con un grado mínimo de error" (34).

E.1.1. conceptos empleados en la técnica de muestreo.

Para manejar la técnica de muestreo, es preciso conocer algunos conceptos preliminares.

UNIVERSO O POBLACION. Constituye el total de elementos que componen un área de interés a investigar. La población va de acuerdo al problema u objeto de estudio que se plantea; elementos humanos, materiales, abstractos, etc.

ELEMENTOS. Son los integrantes de una población escogida; pueden ser personas, grupos, comunidades, si se trata de una población humana; edificios, revistas, automóviles, en casos de poblaciones materiales; campesinos, burócratas, profesionistas, empresarios, en casos de población ocupacional; etc.

LA MUESTRA. Se forma con una parte del conjunto total de elementos que conformen una población y que se toman para su análisis.

PARÁMETRO. Son los valores o medidas que poseen los elementos de una población que se investiga. Caracterizan las distribuciones en el universo o población. Cualquier característica medible de una población; por ejemplo, la proporción real de demócratas inscritos entre todos los ciudadanos norteamericanos en edad de votar.

(34) Padua, Jorge. Técnicas de Investigación aplicadas a las Ciencias Sociales. 2a. reimp. México: El Colegio de México FCE, 1979, p. 63

El siguiente paso a dar una vez detectada la población objeto de estudio, es la selección de la muestra. Esta debe ser representativa. La representatividad se refiere a que las porciones escogidas como muestra han de condensar lo más posible las características principales del universo muestreado.

Diseñar una muestra no es únicamente calcular cuantos casos serán encuestados, ni tampoco indicar quienes se sujetarán a dicha encuesta. Implica discutir:

1. los objetivos del estudio
2. la disponibilidad de recursos financieros, humanos y materiales.
3. la normalidad de la población de la cual se va a extraer la muestra: homogénea o heterogénea.
4. el nivel de confianza y precisión para estimar los parámetros de la población.
5. el tipo de preguntas que se incluyen en el instrumento de recolección de datos: abiertas o cerradas.
6. el número de preguntas del cuestionario, que está en relación con la cantidad de variables sujetas a investigación.
7. el plan de análisis estadístico (35).

E.1.2. categorías de muestreo.

Existen dos grandes categorías de muestreo: el probabilístico y el no probabilístico.

(35) Rojas Soriano, Raúl. Guía para... op. cit., p. 164

E.1.2.1. Muestreo probabilístico.

Este se distingue por su amplia representatividad. Todas las -- unidades que integran una población determinada tienen las mismas posibilidades de ser escogidas como muestras.

Para obtener muestreos probabilísticos se emplean diversos procedimientos, clasificados de acuerdo al tamaño de la muestra -- que se pretende obtener: al azar, estratificado, por conglomerado y sistemático. Además este procedimiento supone que todas -- las unidades que integran la población donde se va a muestrear son iguales. Por ejemplo, si vamos a recoger la opinión de una población de electores, suponemos que cada uno de ellos tiene -- una opinión y el voto de cada persona tiene igual importancia. Habrá otras investigaciones donde resulte difícil estandarizar u homogeneizar las unidades.

Muestreo aleatorio simple o al azar. Este muestreo implica que las unidades que van a formar la muestra son escogidas al azar. se obtienen de tal forma que desde todos los puntos de vista -- pertinentes, el investigador no tiene motivo alguno para creer que habrá de producir alguna propensión o tendencia.

La probabilidad de inclusión de cada unidad en la muestra se -- calcula mediante la siguiente fórmula: $f = \frac{n}{N}$, donde la fracción de muestreo (f) relaciona el tamaño de la muestra (n) con el tamaño de su universo (N).

Para sacar una muestra aleatoria es necesario poseer un marco --

de muestra, o sea, listas del total de unidades a muestrear, - sean estas personas, empresas, edificios, etc., numeradas del 1 hasta N (tamaño de la población). Uno de los procedimientos más sencillos para obtener muestras al azar, consiste en "enrollar trozos de papel escribiendo un número en cada uno de ---- ellos (del 1 hasta N). Después se concentran en un recipiente de donde se extraerán al azar, uno por uno hasta completar el tamaño de la muestra. Cuando se ha terminado este proceso, se procede a elaborar una muestra de las personas elegidas que re presentarán a la población" (36).

Muestreo estratificado. Es una combinación del muestreo al --- azar con otro método calculado, a fin de que se aumente la representación. Esto permite usar muestras más pequeñas, con lo cual aumenta la precisión y la economía de tiempo y dinero. Es te muestreo es conveniente cuando la población puede ser divi dida en estratos, grupos o categorías "que tienen un interés - analítico y que por razones teóricas o empíricas presentan diferencias entre ellos. La ventaja que ofrece la estratifica--- ción es que mediante ellas se logra una mayor homogeneización de la muestra final" (37). Por ejemplo una población se puede es tratificar de acuerdo a su religión, edad, ocupación, etc.

Muestreo por conglomerado o racimos. En este caso una pobla--- ción amplísima tiene que ser clasificada y subclasificada en--- varias ocasiones de acuerdo a la magnitud y requerimientos de-

(36) Ander-Egg, E. Introducción a las técnicas de investigación so
cial. 4a. ed. Buenos Aires: Humanitas. 1979, pp. 166.

(37) Padua, Jorge. op. cit. p. 73

La investigación. " generalmente, una vez definidos los racimos se selecciona entre ellos y después dentro de ellos. Por ejemplo: se muestrean las manzanas de una ciudad (racimos), luego las viviendas dentro de cada manzana seleccionada (subracimos) y finalmente los individuos por estudiar" (38).

Muestreo sistemático. Se acude a él cuando la población a muestrear es tan grande que resulta imposible usar números aleatorios. Aquí también se elabora una lista con todos los elementos de la población a muestrear, solo que para completar el total de la muestra se utiliza un procedimiento mecánico para calcular el intervalo que se dejará entre caso y caso. Por ejemplo si se necesita tomar una muestra de 300 estudiantes de una escuela que cuenta con 1,050, entonces el intervalo de selección sería $k = \frac{1,050}{300} = 5$

Comprende los siguientes pasos:

- "a) Conocer el tamaño de la población (aunque sea aproximado) y de la muestra.
- b) Dividir el tamaño de la población entre la muestra.
- c) Sortear los números del 1 al 9 para determinar el elemento a partir del cual se iniciará el conteo de 9 en 9. Esto es necesario para asegurarse que el número con el que se empieza a seleccionar fue elegido al azar" (39). A este muestreo se le objeta

(38) Covo, Milena. op. cit. p. 97

(39) Rojas Soriano, R. Guía para... op. cit. pp. 169-170

ya que no es estrictamente probabilístico; pues, una vez elegido el intervalo se descartan automáticamente los casos que no correspondan con el.

E.1.2.2. Muestreo no probabilístico.

La principal implicación que trae consigo esta categoría es la imposibilidad de generalizar para toda una población los resultados de la muestra. Están comprendidos en él: el muestreo a criterio o casual, el de cuotas y el intencional. Se usan aduciendo razones prácticas de tiempo y economía. Si el muestreo probabilístico presupone determinar el error posible de la muestra, este muestreo anula esa posibilidad.

Muestreo por cuotas. Se le conoce con ese nombre en virtud de que una vez determinado el tamaño de la muestra, se le asigna a cada encuestador un número de casos que a él le corresponderá entrevistar. Para llevar a cabo este muestreo se siguen dos pasos: 1. se seleccionan los grupos más importantes de la población a investigar, que pueden ser por sexo, edad, ingreso, etc. 2. una vez determinado el tamaño de la muestra cada investigador recibe su cuota o porcentaje de casos a muestrear. Por ejemplo: 50% de hombres y 50% de mujeres, cinco pueblos y tres rancherías, etc. " el entrevistador por lo tanto, recibe únicamente una información respecto a la característica y al número de personas que debe entrevistar. Por lo tanto, las personas entrevistadas pueden provenir de diferentes medios, niveles académi-

cos, etc.; y por tanto, el error de la muestra es imposible de discernir" (40).

Muestreo intencional. La selección de los casos que integrarán la muestra es realizada según el criterio de algún experto. Su pone o exige cierto conocimiento del universo a estudiar. El - investigador escoge intencionalmente y no al azar las catego-- rías que el considera típicas. Se recurre a este muestreo cuando se necesitan casos que pueden ser representativos de la población investigada. "La selección se hace de acuerdo al esque ma de trabajo del investigador. Por ejemplo, si tiene interés - de aplicar entrevistas estructuradas a informantes clave deberá recoger aquellos que ofrezcan información sobre los indicadores que se investigan" (41).

Muestreo casual. Es la clase de muestreo que presenta un menor grado de representatividad. Consiste en abordar a individuos - en forma casual y hacerles preguntas. La usan los reporteros - de radio y televisión y agencias de investigación de mercados.
E.2. La observación.

La observación como técnica de investigación sociojurídica consiste en mirar detenidamente las conductas humanas con significado jurídico, con el fin de detectar el funcionamiento realde una institución jurídica para evaluar la distancia que hayentre el deber ser prescrito y su efectivo desarrollo o cumplimiento de funciones

(40) Pardinás, Felipe. op. cit. p. 80

(41) Rojas Soriano, R. Guía para... op. cit. pp. 171-172

La observación es la técnica más sencilla que puede usar el investigador. Los medios o instrumentos técnicos que se necesitan son mínimos, se pueden reducir a una libreta de registro de observaciones y el traslado al lugar del hecho que importan a la investigación. Los lugares donde se localizan principalmente los hechos jurídicos son los juzgados y tribunales judiciales, las instituciones públicas del poder ejecutivo, las cámaras legislativas, la Suprema Corte, los actos de particulares con repercusiones de trascendencia jurídica (constitución de asociaciones civiles, celebración de matrimonios), etc.

E.2.1. Normas de la observación.

En virtud de que la observación, a diferencia de las otras técnicas captan los fenómenos de interés en el momento mismo en que están sucediendo, es necesario tomar las providencias necesarias (42):

Las Condiciones Previas.

1. Antes de comenzar el trabajo sobre el terreno, el observador debe familiarizarse con los objetivos de la investigación.
2. Las técnicas de observación y anotación deben ser ensayadas con antelación, a fin de obtener notas de buena calidad sobre el terreno.
3. El observador debe memorizar una lista de control de los elementos que se propone observar.

(42) Theodore, Caplow. citado por: Rojas Soriano, R. op. cit., pp. 131-132

Procedimiento.

4. Las observaciones deben ser anotadas sobre el terreno, en la medida que las circunstancias lo permitan; en caso contrario, lo más pronto posible.
5. El intervalo de tiempo admisible entre la observación y la anotación se mide en minutos o, en caso de condiciones particularmente difíciles, en horas.
6. El observador no debe olvidar que forma parte del sujeto de observación y que es necesario que anote sus propias reaccio--nes durante la observación.

Contenido.

7. Las notas deben incluir, la fecha, hora, duración de la ob--servación, lugar exacto de ubicación, la circunstancia, la función atribuida al observador, los aspectos determinantes del ambiente físico, entre otros.
8. Las opiniones, las deducciones u observaciones sobre el carácter o la personalidad de los sujetos deben ser eliminados.
9. Las conversaciones y diálogos deben ser transcritos en estilo directo.
10. Las opiniones y las deducciones sacadas de las notas del --observador deben ser anotadas separadamente en un diario de investigación o en una agenda, de manera regular.

Ordenación.

11. Las notas deben ser revisadas lo antes posible con el obje

to de hacerles las correcciones y adiciones necesarias.

E.2.2. Modalidades de la observación.

La técnica de observación jurídica puede adoptar diferentes modalidades de acuerdo a: los medios utilizados para la sistematización de lo observado, el grado de participación del observador y el número de observadores.

a) Según los medios utilizados pueden ser: no estructuradas y estructuradas.

La observación no estructurada es conocida también como observación directa libre o simple. Consiste en reconocer y anotar los hechos sin recurrir a la ayuda de medios técnicos especiales. En todo caso, los medios de que se vale en una investigación jurídica la observación no estructurada son simplemente los sentidos e instrumentos primarios como tarjetas de trabajo, libretas, cuadernos de notas, etc. Para la realización de esta observación se poseen únicamente líneas generales sobre lo que se va a observar. Sirve para lograr un primer contacto con el objeto a investigar y ayuda a establecer pautas provisionales para la realización de otra observación más detenida, o sea la observación estructurada.

La observación estructurada (sistematizada o metódica). A --- ella se va con un plan previamente determinado que indicará con precisión los elementos o conductas que se han de observar, sus peculiaridades o detalles. Pero no solamente eso, sino que

para desarrollarla el observador se vale de ciertos instrumentos que garantizarán el manejo posterior de datos e información y además lo auxiliará en el registro y conservación de sus impresiones.

b) Según la participación del observador, o sea el grado de contacto del observador con la realidad estudiada, las observaciones pueden ser: participantes y no participantes.

Observación jurídica participante. En ocasiones el fenómeno a estudiar es complejo, y requiere que el investigador penetre muy al fondo del fenómeno sociojurídico. Lo ideal es que el investigador sea parte de la realidad específica que quiere estudiar. Son casos 'sui generis' el de los legisladores que se avocan al análisis de una temática o realidad presentada en el seno de las cámaras legislativas durante su período; los ministros y magistrados del poder judicial, los jueces y secretarios de juzgados, etc. En estos casos el investigador debe tener mayor cuidado de no incluir cuestiones subjetivas que le resten credibilidad y científicidad a su estudio.

Se entiende que mediante esta observación el jurista investigador participa realmente y convive con el grupo o la realidad que está estudiando.

Cuando el observador no es parte integrante de la realidad a analizar, sino que se incorpora a través de otras formas, se llama participación artificial. Esto tiene la limitante de que

el observador puede provocar con su presencia un comportamiento distinto o prejuiciado del natural de las personas. Veamos algunos ejemplos de observación con participación que nos da Renato Treves (43): "a fines del siglo pasado... Charles Booth se fue a vivir a los barrios más pobres de Londres, participó en la vida de los obreros, compartiendo con ellos sus pasiones sus sufrimientos y sus esperanzas, y llegó a trazar así una pintura viva de los conflictos de trabajo, de sus causas de sus modos de solución, de los juicios arbitrarios, de las leyes laborales, de los abusos de los empresarios, etc." Hay que tener presente, sin embargo, que en estos casos se requiere gran dosis de voluntad y sacrificio personal en el investigador, además de una disposición holgada de recursos materiales para no truncar una investigación de estas magnitudes. Cuando predomina el empleo de esta técnica participante, la investigación misma toma el carácter de participante.

Observación no participante. Es en oposición a la anterior, aquella donde el observador permanece ajeno u observa desde fuera el fenómeno sociojurídico de su interés. Si entra en contacto con los sujetos, pero sin participar en su vida, sus reuniones, por ejemplo, si el investigador jurídico quiere constatar la forma de aprobar una ley, puede acudir a las sesiones de las cámaras sin tener que intervenir.

Si bien es cierto que con esta técnica, el observador no introduce elementos distorsionantes en la conducta de las personas,

(43) Treves, Renato. op. cit. p. 143

si corre el riesgo, en algunos casos, de quedarse al margen - o no enterarse de datos e información mas precisa y significativa.

c) La observación según el número de observadores puede ser: individual y colectiva.

Observación individual. Cuando la magnitud del caso no amerita el empleo de varias personas en la observación, se hace individualmente, pudiendo ser el propio investigador el observador.

La observación en equipo o colectiva, se realiza cuando se trata de una investigación institucional o simplemente cuando la magnitud de la problemática así lo requiere. Se lleva a cabo de diferentes formas:

" - todos observan lo mismo, con lo cual se procurará corregir distorsiones que puedan provenir de cada investigador en particular;

- cada uno observa un aspecto diferente;

- el equipo recurre a la observación, pero algunos miembros emplean otros procedimientos;

- se constituye una red de informadores distribuidos en una ciudad, región o país, se trata de la técnica denominada observación masiva u observación en masa" (44).

Estas observaciones son factibles de emplearse en las investigaciones jurídicas patrocinadas por una institución pública o

(44) Ander-Egg, E. op. cit., p. 100-105

particular, por la magnitud de recursos humanos y financieros - que se necesitan.

Las ventajas : que ofrece utilizar las técnicas de observación son (45): " se puede obtener información independientemente del deseo de proporcionarla y de la capacidad y veracidad de las -- personas" que son portadoras o autores del fenómeno jurídico.

Los fenómenos se analizan en su totalidad, "y aunque no es posible aprehender todos los resultados de las interrelaciones y -- otros aspectos, se trata de un procedimientos que aborda globalmente a una problemática".

" Los hechos estudian en lo posible sin intermediarios, con lo cual se evitan posibilidades de distorsión de los informantes, -- provenientes de que estos no pueden proporcionar datos en forma correcta... o no quieren hacerlo".

E.3. La entrevista.

Se entiende por esta técnica a la comunicación que se establece entre dos personas, una es la entrevistadora y otra la entrevistada, con el propósito de dar y obtener información sobre la base de un objeto de estudio. Esta técnica compensa ampliamente -- la inexistencia de datos e información escrita, en obras de de-recho.

En la investigación jurídica, las entrevistas deben ser preparadas minuciosamente cuando se pretende interrogar a personajes -

(45) Ander-Egg, E., op. cit. p. 105

claves (senadores, diputados, magistrados, juristas, etc.) Para ello el entrevistador deberá tener una preparación académica suficiente para entablar la plática y obtener información importante. Debemos tener presente, que hay algunos casos de personajes que no fácilmente proporcionan la información. En el caso de los líderes, dice M. Duverger (46), "no hablan de buena gana... consideran secretos de estado lo que saben... están más inclinados a deformar la verdad que otros hombres..." actúan más " en interés de su doctrina o partido que definen. En cambio, los que por lo general hablan mucho " más gustosamente " y en ocasiones poseen " mayor experiencia y conocimientos" son los " líderes de segunda fila, los cuadros medios y subalternos de los partidos y los grupos, etc."

La entrevista jurídica sociológica se hace a personas que "viven" el derecho o su aplicación.

E.3.1 Modalidades de la entrevista.

Las modalidades de entrevista que se utilizan en las investigaciones sociales, y en particular, para las investigaciones-- jurídicas son:

Entrevista estructurada.

Aquí, la entrevista se desarrolla bajo un formulario de preguntas que se exponen al interrogado en forma ordenada y se externan siempre en los mismos términos. A pesar de ello, no -

(4.6) Duverger, Maurice. op. cit., p. 286

se coarta al entrevistado para que se exprese ampliamente. Para llevar a cabo esta entrevista es necesario contar con una guía de entrevista diseñada con base en preguntas abiertas o por temas. La información puede recabarse utilizando libretas de campo o grabadoras cuando el informante da permiso para -- usar estas últimas.

Entrevista libre o no estructurada.

Cuando se va a llevar a cabo esta entrevista el entrevistador no lleva consigo una guía estructurada que le señale en que orden y como ha de hacer las preguntas al entrevistado. Se deja al interrogado en libertad para que se exprese en sus contestaciones. Se procede de acuerdo a un plan muy flexible que varía de acuerdo a los individuos interrogados, el orden de las preguntas y los términos en que son hechas. El investigador debe estorbar lo menos posible la espontaneidad del sujeto.

Como se puede desprender de lo anterior, la codificación u organización de las respuestas, producto de una entrevista libre, es difícil de lograrse, puesto que no existe un orden en la pregunta y mucho menos en la respuesta. Sin embargo, la información que se recaba puede ser rica y abundante y nos proporciona datos o referencias que pudimos no haber contemplado al inicio de la entrevista. Dentro de este tipo de entrevista encontramos otras modalidades.

Entrevista focalizada. Esta entrevista se lleva a cabo bajo un plan donde el tema de la entrevista versa sobre experiencias objetivas, situaciones o actitudes particulares del entrevistado; que haya participado en un movimiento social que haya presenciado una conferencia, etc. Para ella, el investigador establece una lista de los tópicos centrales del programa, y al momento de desarrollarse la entrevista pregunta sobre ellos.

Entrevista repetida. Consiste, como su nombre lo indica, en repetir una entrevista a intervalos de tiempos regulares, una muestra debidamente establecida del grupo del cual se quieren seguir las modificaciones de opinión y de actitud, en el curso de una situación movil y según determinaciones externas sufridas por el grupo. O sea esta entrevista se hace en distintos tiempos a personas que están experimentando un cierto fenómeno político, cultural, económico, emocional, etc..

E.3.2. Normas para la realización de la entrevista.

A continuación exponemos en forma resumida las principales -- normas que se deben atender en la realización de una entrevista (47).

- abordar "gradualmente al interrogado creando una corriente de amistad, identificación y cordialidad;

(47) Ander-Egg, E. op. cit., p. 118

- Ayudar al interrogado para que se sienta seguro y locuaz;
- déjele concluir su relato y ayúdele luego a completarlo contrastando fechas y hechos.
- evite formulaciones embarazosas con carácter personal o privado;
- actúe con espontaneidad y franqueza, y no con astucias y rodeos;
- escuche al informante con tranquilidad, paciencia y comprensión;
- no dé consejos y no haga admoniciones morales;
- no rebata al informante"; etc.

E.4. El cuestionario.

El objetivo que se persigue con el empleo del cuestionario, al igual que en el caso de la entrevista, es recolectar información o datos que nos sirvan para sustentar o apoyar determinada investigación. O sea, un cuestionario se formula sobre la base de una hipótesis de investigación a comprobar.

El cuestionario en la investigación jurídica, puede ser un instrumento bastante útil para conocer la opinión de amplios sectores de la población que enfrentan problemas con la aplicación de disposiciones jurídicas. En México, no obstante el desconocimiento popular de muchas leyes, es posible encontrar sectores de la población que si tienen interés por la problemática

jurídica, tales como colegios y asociaciones de abogados, estudiantes de derecho, empresarios, líderes sindicales, etc. Creemos que la investigación jurídica sociológica tiene, con el -- uso de técnicas como el cuestionario, un campo fértil por explorar.

E.4.1. Formas de administrar el cuestionario.

La información a obtener mediante el cuestionario se -- puede recabar en forma directa, por correo o por teléfono.

Cuestionario directo. Es cuando encuestador y encuestado se encuentran frente a frente. O sea que, la resolución de las preguntas se hace estando presente el entrevistador. Este tipo de cuestionario se asemeja grandemente a la entrevista estructurada. Es propio para los casos en que los encuestados no saben leer y escribir, por lo que puede llegar a todos los niveles económicos y culturales. Ofrece la ventaja de que cualquier dificultad que aparezca a la hora de contestarlo puede -- ser consultada al entrevistador presente para su aclaración. -- Sin embargo, aquí surgen las desventajas de los costos y número de entrevistadores.

El cuestionario por correo o postal. Como su nombre lo indica, es aquel que se lleva a cabo valiéndose de este medio de comunicación.

Al momento de emplearlo debemos saber si esta técnica es la indicada para el caso que nos importa.

Lo apropiado del cuestionario por correo dependerá de las necesidades de investigación de un determinado problema: a) el tipo de información que se necesita; b) el tipo de contestante al que se llega; c) la accesibilidad de los contestantes, y d) la precisión de la hipótesis.

a) El tipo de información que se necesita. Hay que tener en cuenta que con un cuestionario no podemos obtener muchos datos; por lo tanto se usará cuando la información a obtener sea mas bien reducida.

b) Tipo de contestante al que se llega. Es indispensable, en primer lugar, que el contestante sepa leer y escribir, luego que sea capaz de expresar claramente sus reacciones y esté dispuesto a hacerlo; además de que responda con sinceridad y se sienta obligado a decir la verdad.

c) Accesibilidad de los contestantes. El cuestionario por correo es un medio que acarrea costos reducidos en una investigación donde se requiere obtener datos de un número considerable de personas y que además se encuentran muy dispersas geográficamente.

d) Precisión de la hipótesis"...el cuestionario es por demás útil cuando ha habido una cantidad considerable de trabajo exploratorio que ha reducido las preguntas que necesitan contestación" Cuando más exactamente está enfocada la hipótesis más útil será el cuestionario.

Una de las desventajas que presenta el cuestionario por correo es el riesgo de la no devolución. Para disminuir -- este riesgo se acostumbra enviar junto al cuestionario un sobre ya franqueado (con estampilla) y con la dirección escrita, esto facilitará la labor devolutiva del contestante.

Cuestionario por teléfono. Se acude cuando la premura del tiempo y la naturaleza de la información a obtener es urgente. Es una técnica demasiado accesible y cómoda para el investigador, puede arrojar tiempos cortos en su administración y - altos porcentajes de respuestas. Brinda la posibilidad de realizar encuestas a gran escala a las pocas horas de haberse producido un suceso coyuntural, con objeto de obtener las reacciones inmediatas.

Existe una desventaja importante en esta técnica: la muestra que se extrae no es representativa de la población general. Efectivamente, los poblados remotos tampoco disponen de él, no todos los usuarios del teléfono están inscritos en un directorio.

E.4.2. Diseño del Cuestionario.

Todo cuestionario (postal, por teléfono, directo) debe diseñarse tomando en cuenta: (48).

1. Los datos para su identificación: nombre de la institución patrocinadora, nombre del entrevistador, número del cuestionario de la muestra y todos los datos que nos sirvan para el control de la investigación.

2. Introducción del entrevistador y presentación de los objetivos del estudio, instrucciones para el entrevistado. etc.

3. El orden de las preguntas (de unas sencillas o mas difíciles) : En primer lugar sobre aspectos personales (edad, estado civil, escolaridad, etc.); enseguida el tema propiamente dicho y, finalmente, las de opinión y las difíciles.

4. El apartado final sobre el cierre del cuestionario, espacio para escribir observaciones, notas sobre cooperación del entrevistado y su actitud hacia la entrevista.

Una vez que tenemos elaborado correctamente el cuestionario, debemos ponerlo a prueba antes de aplicarlo a la muestra de la población que hemos escogido, a esto se le llama cuestionario piloto.

Es importante darle una secuencia a las interrogantes de tal manera que el cuestionado permanezca atento y con interés en el cuestionario. Lo primero que el entrevistador debe

(48) Baena P., G. op. cit., p. 66.

hacer cuando la entrevista ha comenzado, es obtener que el res
pondente se relaje y tenga confianza en el entrevistador.

Acerca del tamaño del cuestionario es necesario evi--
 tar extender la cantidad de preguntas más allá de los propósi-
 tos de la investigación. Un cuestionario demasiado corto lle-
 va a una pérdida de información y no da tiempo al responde
nte para compenetrarse del problema. Un cuestionario demasia-
 do largo, por otro lado, no es aconsejable ya que podría ser -
 difícil mantener en un nivel adecuado el interés del entrevista-
 do.

Tipos de preguntas del cuestionario.

El diseño de las preguntas debe ser cuidadosamente --
 elaborado con el fin de obtener las máximas y mejores respues-
 tas por parte del entrevistado. Por la forma en que son expues
tas en un cuestionario las preguntas pueden ser:

Preguntas abiertas. Esta pregunta brinda la posibili-
 dad de que el individuo se extienda en su contestación.

¿Qué diferencia encuentra usted entre los productos -
 mexicanos y los extranjeros? , (por ejemplo).

Preguntas parcialmente estructuradas. Aquí se contem-
 plan opciones preestablecidas para el registro del entrevista-
 dor. Por ejemplo: ¿Lees los periódicos todos los días?

() SI () NO () NO RESPONDIO

Pregunta cerrada o estructurada. Son aquellas en las que se plantean alternativas de respuestas al entrevistado. -- Por ejemplo: ¿Que programa de T.V. prefieres ver los fines de semana? () musicales, () películas, () deportivos, () culturales, () informativos, () otros, () no respondió.

Por el contenido que poseen, las preguntas pueden ser literales o de hechos. Se refieren a cuestiones concretas y fáciles de precisar. Ejemplo: ¿Cuál es su profesión?, ¿De qué nacionalidad es? Son preguntas corrientes sobre estado civil, edad, domicilio, escolaridad, etc.

Preguntas de acción. Tratan sobre actitudes o decisiones tomadas por la persona. Ejemplo: ¿como participaría usted en una campaña contra la contaminación ambiental?

Preguntas de intención. Averiguan lo que haría el individuo si eventualmente se diera una determinada circunstancia. Ejemplo: ¿Por cual partido votarías si mañana hubiese elecciones? Los resultados de este tipo de encuestas se consideran aproximativos únicamente, pues existe una diferencia entre una supuesta situación y una situación real.

Preguntas de opinión. Con estas preguntas se le solicita al interrogado una observación u opinión sobre determinado fenómeno. Ej-¿Cree usted que la sentencia que se le impuso es justa?

La contestación a estas preguntas resulta más difícil que las anteriores, pues se requiere mayor nivel de reflexión por parte del interrogado. Además, en virtud de que se solicita

ta una opinión personal, el individuo se siente comprometido - con su respuesta y trae como consecuencia poca sinceridad y -- objeción. a responder.

Las dos clases de preguntas que se acaban de exponer pueden ser combinadas entre sí. O sea, podemos formular preguntas --- cerradas que a la vez sean, o de hechos, o de acción, etc., -- preguntas abiertas que se combinen con las de opinión, de inten- ción, etc.

Exposición de las preguntas.

A la hora de expresar las preguntas en un cuestionario debemos tener presentes ciertas condiciones como son: "natura- leza de la información que se desea obtener, nivel socio-cultu- ral de quienes serán interrogados, características, modalida- des, costumbres, prejuicios, tradiciones, conflictos, etc., de la población donde se realiza la encuesta; así como también variables buscadas, posibilidad y límites de la investigación, etc. (49).

Guillermína Baena (50) sugiere:

- "-Redactar las preguntas en forma simple con términos - de fácil comprensión.
- Que sean claras, precisas y concisas.
- Que no insinuen la respuesta (si preguntamos: ¿no cree usted que...?, la respuesta inmediata va a ser NO).

(49) Ander- Egg, E. op. cit. p. 131.

(50) Baena P., G. op. cit., p. 68.

- Que no se empleen términos técnicos o ambiguos. En caso necesario habrá que explicarlos brevemente.
- Que no se exija una respuesta única a dos preguntas diferentes: ¿está usted por el PARM y por la prosperidad del país? Es lógico que haya dos respuestas.
- Que las preguntas no causen reacciones y molestias en los entrevistados. Preguntas que exigen opinión tienen respuestas nulas o negativas;..."

CAPITULO VI

LA APLICACION DE AMBOS METODOS AL ESTUDIO DE LA LEY PARA PROMOVER LA INVERSION MEXICANA Y REGULAR LA INVERSION EXTRANJERA

La investigación jurídica permite acudir a un amplio espectro metodológico. Esto es propio de las ciencias que tienen por objeto de estudio hechos o fenómenos de la sociedad, vistos en ocasiones como productos culturales. El objeto genérico de lo social se conforma en tanto objeto científico de manera multiforme. Se conforma con la intervención de la antropología, la historia, la sociología, la psicología, entre otros.

La ciencia jurídica en tanto ciencia social comparte de esa interrelación, sin desligarse de la naturaleza formal (en sentido amplio) que le es intrínseca, en virtud de que el Derecho es un hecho normativo.

Esta característica del Derecho de ser un objeto multideterminado permite practicar análisis variados y enriquecedores de la ciencia jurídica desde un nivel epistemológico, histórico, filosófico, sociológico, formal, dogmático-formal, etc.

El somero estudio que hemos hecho en los dos capítulos anteriores de este trabajo nos describieron la existencia de dos grandes métodos para investigar una institución jurídica, un cuerpo normativo o cualquier disposición jurídica positiva. Como ya lo

hemos dicho, según sea el método que se opte, los resultados -- frente a una institución o norma jurídica serán distintos, ya -- que en las ciencias sociales, en general, y en la ciencia jurídica en particular el método empleado crea e influye en el objeto abordado.

En el análisis jurídico el método lógico-formal enfoca su objeto; una ley, una norma jurídica particular, un orden jurídico, en tanto norma, con su propia dinámica, como documento con una lógica interna determinada.

En cambio el análisis interdisciplinario de una norma jurídica prevee las determinaciones externas o influencias políticas, -- económicas, sociológicas, etc. que rodean la conformación de -- dichas normas; sin que estas hagan, por ningún motivo, a un lado los mecanismos formales que le dan su carácter normativo jurídico o económico.

Hemos seleccionado para probar los asertos arriba señalados -- a la Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera, a través de la cual comprobaremos la premisa -- fundamental de que el método determina al objeto. Premisa que es aplicable a todas las ciencias sociales, que ratifica la -- carga subjetiva que rodea a las investigaciones que tienen como centro al hombre y sus interacciones grupales y de clases.

A) EL DERECHO ECONOMICO INTERNACIONAL.

Antes de analizar el objeto de estudio e investigación de la inversión extranjera y su regulación jurídica en México, debemos situar este análisis en el contexto del Derecho Económico Internacional, nueva rama del Derecho internacional que emerge a la ciencia jurídica contemporánea para dar cuenta de fenómenos inéditos que superan la tradicional normatividad tanto en su vertiente de Derecho Público Internacional como de Derecho Internacional Privado.

Tal y como veíamos en el Capítulo II de esta investigación, la clasificación de las ciencias no puede ser estática manteniendo un cuadro de disciplinas tradicionales que históricamente han venido abarcando los objetos de estudio. Estos objetos se han venido diversificando conforme la sociedad y el mundo progresan o cambian. Ni siquiera las ciencias fácticas conservan un cuadro clasificatorio acabado.

En la actualidad, las ciencias sociales han adquirido una acelerada dinámica, pues ellas atienden a las circunstancias interrelacionadas de los factores económicos, ecológicos, demográficos políticos, culturales, etc. que se manifiestan interactuando - cada vez con mayor intensidad.

La clasificación tradicional del derecho comunmente utilizada en la enseñanza e investigación, es hoy mas dinámica. Al derecho público y privado se le ha agregado el derecho social; y a su vez cada una de estas ramas se han ampliado ya sea porque si ga una línea ascendente. como el principio continuo de clasifica

ción o porque comparta objetos cíclicos de las distintas categorías de ciencias. Enrique Aftalión afirma que el origen de las diversas ramas...se puede pesquisar históricamente en sus variantes de detalle de tiempo y lugar...y a la creciente complejidad de las relaciones interhumanas" Así las ramas del derecho aparecen en "número no limitado y, en rigor, no en una clasificación cerrada sino en una serie abierta" (1).

El Derecho Internacional, según Modesto Seara nace en el momento en que empiezan a producirse relaciones entre comunidades sociales distintas, cualquiera que sea la forma que tales comunidades revistan" (2). Al margen de los obstáculos o argumentos que se esgrimen; en el sentido de que no hay un cuerpo legislativo común que dicte reglas, ni un tribunal internacional que las aplique, ni tampoco una autoridad o fuerza que las haga respetar; el derecho internacional, como dice Max Sorensen, es -- una "denominación estrictamente técnica" que "designa el sistema jurídico cuya función primordial es regular las relaciones entre los Estados". Y a "medida que los Estados han formado, - organizaciones entre sí, esa disciplina ha debido ocuparse también de las organizaciones internacionales, y es de esperar que su preocupación por ellas ha de aumentar aún más por la corriente que presenciamos hacia la "integración de la comunidad de los - Estados.Y como estos se componen de individuos y existen principalmente para satisfacer las necesidades de ellos, el derecho -

(1) Aftalion, Enrique, et. al. op. cit., pp. 509-510

(2) Seara Vazquez, Modesto. Derecho Internacional Público. 8a. ed. México: Porrúa, 1982, p. 29

internacional ha prestado siempre cierta atención, asimismo, a las relaciones de los individuos, si no con su propio Estado, al menos con otros Estados" (3).

Las fronteras y las relaciones que en distintas materias se -- establecen cada vez con mayor cotidianidad, por efectos del -- comercio, la navegación marítima y aérea, la cooperación de los países para el desarrollo científico, la defensa mutua, etc. prevee la creación inmediata de otras ramas del derecho interna cional, quizá con los mismos ámbitos y complejidades y las --- múltiples divisiones y categorías que tienen los sistemas de - derecho interno.

En el concierto de las relaciones internacionales de las últi- mas décadas ha tomado un auge vertiginoso el comercio de mer-- cancías y la inversión extranjera, los créditos financieros, - la transferencia de tecnología, el transporte marítimo, entre - otros; los cuales han venido a revolucionar las bases concep-- tuales del derecho internacional, dando paso a una nueva rama de esta disciplina jurídica: el derecho internacional económi- co. Tenemos, por ejemplo, que el principio de igualdad jurídica de los Estados es inoperante ante una realidad nítida de países altamente industrializados y países subdesarrollados. "El sis- tema de naciones se nos presenta como un sistema estratificado y descentralizado. Estratificado, por estar las naciones ---- jerarquizadas por su poder, según sea su dimensión, su capacidad económica y tecnología y su fuerza militar. Descentralizado, - puesto que a diferencia de un sistema político nacional, no -- existe en el sistema internacional un solo detentador de la --

(3) Sorensen, Max. Manual de Derecho Internacional Público. (2a. reimp.) México: FCE, 1973, p. 53

fuerza, un monopolizador de la coerción física, sino una pluralidad de centros de poder de distinta magnitud" (4).

Asimismo, existen otros fenómenos que han modificado el escenario del sistema jurídico internacional: La expansión hegemónica del capital financiero internacional, la proliferación de empresas transnacionales en las economías regionales, la descolonización e independencia de multitud de nuevos Estados, la formación de monopolios de mercados tecnológicos, etc. Así, surge una disciplina que renueva al Derecho Internacional y que "siendo técnicamente autónoma y esencialmente interdisciplinaria, incorpora una noción de universalización..." que este derecho "estaba perdiendo" (5).

En virtud de los factores diversos (económicos, culturales y -- políticos) que convergen a partir del elemento económico en las relaciones interestatales se conforma el Derecho Económico Internacional.

Para el doctor Witker (6) la nueva rama del derecho se inscribe en una "estrategia de política internacional que surge como respuesta orgánica a las crisis de la economía internacional", --- bajo técnicas y formas de creación inéditas y desconocidas; pues ellas han nacido al calor de los cuestionamientos hechos al orden

- (4) Félix Peña citado por Jorge Witker. "La carta como código marco del nuevo Derecho Internacional Económico", en: ---- Derecho Económico Internacional (análisis jurídico de la carta de Derechos y deberes de los Estados). varios autores. México: FCE, 1976, p. 106
- (5) Witker, Jorge. La carta como..op. cit., p. 113
- (6) Witker, Jorge. El Derecho Económico Internacional y el arbitraje comercial" en: El Arbitraje Comercial Internacional (selección de lecturas). México: UNAM, IMCE, ADACI, 1983, - p. 21

económico internacional que rige relaciones comerciales y financieras entre Estados desiguales tratados como iguales. Las encontradas definiciones o descripciones que se hacen del D.I. Económico muestran el campo conflictivo en el que se ha originado. -- Para unos autores, este derecho implica "el estudio de las nuevas relaciones económicas que surgen con la revolución científica y tecnológica y con los nuevos problemas que ella ha traído, especialmente, con los fenómenos de transnacionalidad e integración de la economía mundial" (7).

En cambio, para otros como el doctor Jorge Witker, es el "conjunto de principios y normas impulsadas por los países dependientes en busca de un equilibrio en las relaciones económicas contemporáneas" (8).

Por su parte Schwarzenberger señala como campos de esta rama jurídica: " a) la propiedad y la explotación de recursos naturales; b) la producción y distribución de bienes; c) las transacciones internacionales, visibles o encubiertas de carácter económico o financiero; d) la moneda y las finanzas; e) otros asuntos relacionados con los anteriores y, f) el status y la organización de aquellos que se dedican a este conjunto de actividades" (9).

Como se ve, la materia que regula el derecho económico internacional, tiene contornos indefinidos y flexibles, en virtud de los -

- (7) Celso Lafer citado por Jorge Witker...El Arbitraje...op. -- cit., p. 21
- (8) Witker, Jorge. El derecho económico internacional y el arbitraje comercial. Op. cit. p. 20
- (9) George Schwarzenberger citado por Jorge Witker. loc. cit.

factores diversos que convergen a partir del elemento económico en las relaciones interestatales. Además, dichos perfiles acompañan al D.I. Económico en su elaboración, su contenido y su sanción. Estas características hacen de ella una disciplina dinamista y constantemente novedosa, lo cual la lleva a "detectar - un apego a los hechos, es decir a la información fáctica, a -- datos económicos de los problemas a regular y a una permanente comunicación entre las partes interesadas en la regulación jurídica" (10).

B) LA INVERSION EXTRANJERA EN MEXICO.

En el contexto de la actividad económica y política de nuestro país la inversión extranjera se ha desenvuelto en distintas perspectivas y ocupado rubros variables de acuerdo a las políticas que los gobiernos mexicanos han diseñado. Como antecedente primario tenemos la dominación española que explotó intensamente - la gran riqueza del subsuelo mexicano durante tres siglos. Luego durante los años veinte del siglo pasado se da un breve encuentro con el capital privado británico en la minería, el cual fué un desastre tanto para los inversionistas como para el país receptor, debido a que intentaron "inyectar una tecnología europea avanzada en una economía poscolonial subdesarrollada". De 1830 a 1870 se da un estancamiento económico, " hay una intermi

(10) Weil Prosper citado por J. Witker, ibidem, p. 22.

nable cadena de expediciones punitivas e intervenciones directas a favor de los acreedores de México o destinadas a convertir al país en un apéndice de las economías industriales europeas - que se encontraban en rápida expansión" (11).

Posteriormente, el porfiriato (1880-1910) abrió las puertas al capital privado europeo y norteamericano, convirtiéndose México en una importante fuente de materias primas (mineras y productos agrícolas para aquellos países).

Después de la Revolución de 1910 y de 15 años de guerra civil, viene un período de reforma agraria y reconstrucción política y económica (1925-1940) "caracterizados por continuos conflictos.. entre la sociedad posrevolucionaria y las inversiones privadas extranjeras en la minería, los servicios públicos, las comunicaciones y los transportes, que culminaron en 1938 con la expropiación de las compañías petroleras norteamericanas, británicas y holandesas". Este período comprendido entre las dos guerras mundiales fué una época importante ya que, como dice Leopoldo Solís, durante el mismo "se formó la base del actual sistema político, se acabó el predominio de los candillos militares..., se organizó a obreros y campesinos en el seno del partido oficial, se reformó la política de Gasto Público para orientarlo - al fomento económico y social, se establecieron los fundamentos del sistema financiero con la creación del Banco de México.." (12)

(11) Solís M., Leopoldo. "Comportamiento de la economía mexicana a partir de 1910: fase y características", en: México 75 años de Revolución (t.1) Desarrollo Económico II. varios autores. México: FCE, 1988, p.875

(12) Wionczek, Miguel S. Capital y tecnología en México y América Latina. México: Miguel Ángel Porrúa ed., 1981, p.15

El cuarto de siglo de 1945 a 1970 se caracteriza por un esfuerzo de industrialización orientado hacia adentro y altamente protegido, "donde el Estado Mexicano basado en el apoyo de los grupos de empresarios nacionales y de extensos sectores de la opinión pública" eliminó progresivamente de la inversión extranjera los sectores tradicionales: industrias extractivas, servicios públicos y comunicaciones y transportes (13).

Desde la década de los 60s., una tendencia muy marcada de la inversión extranjera en México, particularmente proveniente de empresas norteamericanas, ha sido la de controlar total o mayoritariamente la rama manufacturera: industrias química, farmacéutica y de cosméticos, alimentos procesados y bebidas, industria automotriz y auxiliar e industria de aparatos electrodomésticos. Así lo expone M. Wionczek cuando afirma que la corriente de inversiones principalmente norteamericanas representan un claro ejemplo de como se aprovecharon y se siguen aprovechando un conjunto de medidas estatales tendientes a promover la industrialización, - mismas que van desde exenciones impositivas hasta subsidios abiertos o velados, que se ofrecen al sector industrial en conjunto, bajo la forma de grandes obras de infraestructura financiadas con fondos públicos y de ventas a muy bajo precio, a las empresas industriales privadas, de bienes y servicios producidos por las empresas estatales, tales como energéticos y servicios de transporte. El elemento de protección arancelaria -concluye el autor-, parece jugar un papel particularmente importante en las decisiones de inversión de capital privado extranjero" (14).

(13) Wionczek, Miguel S. op.cit., pp. 24-25

(14) Loc. cit.

Según opiniones gubernamentales (15) la "estrategia de industrialización basada en la sustitución de importaciones, permitió crear una planta industrial que logró ocupar un sitio destacado entre las quince primeras del mundo y que, sin embargo, pronto llegó a su punto de agotamiento al no favorecer el crecimiento equilibrado del país, tanto en la producción, como en la ubicación territorial de las industrial".

La política de Miguel de la Madrid (1982-1988) en materia de inversiones extranjeras, "se ubicó dentro de la estrategia de cambio estructural del país y de su inmersión eficiente en la economía mundial." Se promovió la I.E. "en áreas relacionadas con exportaciones no petroleras y de transferencia de tecnologías (de 1983 a 1985 se habían aprobado 150 proyectos con 100% de capital foráneo); aprobación de proyectos de inversión orientados hacia la exportación (maquilas) y acceso al mercado mexicano de pequeñas y medianas empresas extranjeras con tecnología avanzada." (16) Asimismo se sistematizaron las resoluciones generales de la CNIE, se simplificaron y actualizaron los procedimientos administrativos y se desconcentraron las Delegaciones Federales de la SECOFI, etc.

En nuestro derecho positivo vigente, el concepto legal de inversión extranjera está señalado en el artículo 2 de la Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera (L.I.E.), que considera a esta actividad como la realizada por: "I. Personas morales extranjeras; II. Personas físi--

(15) Apertura comercial y modernización industrial. Cuadernos de Renovación Nacional. México: FCE, 1988, pp.17,32 y 74

(16) José María Calderón Rodríguez. "La ruptura del colaboracionismo de clases y las perspectivas de la democracia", en: Gutiérrez Esparza, Esthela (coord.) La crisis del estado del bienestar. México: s.XXI ed.-UNAM, 1988, p.87

cas extranjeras; III. Unidades económicas extranjeras sin personalidad jurídica; y IV. Empresas mexicanas en las que participe mayoritariamente capital extranjero o en las que los extranjeros tengan, por cualquier título la facultad de determinar el manejo de la empresa."; y que permitan a través de ciertos actos o negocios "su intervención en el patrimonio, en el capital o en la administración de empresas mexicanas (en el sentido mas lato de esta expresión)." (17)

El maestro Jorge Barrera destacó de la definición legal de inversión extranjera tres notas: 1) la subjetiva, relativa a los sujetos de la I.E., los cuales estan anotados en el artículo -- citado. 2) la nota objetiva integrada por los "actos y negocios jurídicos en que concurra la I.E. "en cuanto a "las -- operaciones a que la ley se refiera (artículo 2° último párrafo) según Barrera Graf- su elenco debe ampliarse en algunos casos - en que el texto de la L.I.E. es muy limitado; por ejemplo, cuando el artículo 8° párrafo primero habla de actos o serie de --- actos a virtud de los cuales se adquiera mas del 25% del capital no se debe hacer una interpretación restrictiva ni literal de - los actos de adquisición sino que deben comprenderse como tales, actos y hasta omisiones de inversionistas mexicanos, que conduzcan a que el inversor extranjero adquiera mas del 25% del capital social, o mas del 49% de los activos fijos de la empresa "

(18) La nota teleológica, "es decir, que tenga en cuenta la fin

(17) Barrera Graf, Jorge. La regulación jurídica de las inversiones extranjeras en México. México, UNAM, 1981, p. 45

(18) Ibidem, pp. 46-47

lidad de los actos realizados por el sujeto, consistentes en la intervención en el patrimonio, o en la expansión de éste, y en la administración de empresas mexicanas" (19).

Desde otros puntos de vista como el económico la inversión extranjera "supondría el desplazamiento de bienes de una persona (el inversor) a otra (el receptor)" También, para otros organismos como el Pacto Andino, "el concepto de la I.E. se da en función de aportes provenientes del exterior; y del derecho a reexportar su valor y transferir utilidades al exterior (Decisión - 24 de la Resolución del Acuerdo de Cartagena) " (20).

En México la política económica gubernamental en materia de inversiones extranjeras en los últimos años ha tomado como base, sustentar el "desarrollo nacional en una mas amplia apertura de la economía, que brinde mayores oportunidades de generar divisas, así como empleo e ingreso real para la población." La inversión extranjera directa, tal como se asienta en el informe - 1983-1987 que rinde la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, " debe concurrir de manera complementaria a la inversión nacional." Para ello se han tomado algunas medidas: "En materia de políticas intersectoriales se contempla la coordinación de las medidas fiscales, comerciales, crediticias y promocionales para estimular la eficiencia y productividad del aparato productivo."

La estrategia de promoción de la inversión extranjera diseñada "tomó en cuenta la necesidad de proporcionar información al po-

(19) Ibidem, p. 45.

(20) Tomado de Barrera G., Jorge, op. cit., pp. 45 y 50.

tencial inversionista sobre la legislación y la política en la materia, así como sobre las oportunidades de inversión." Además dicha promoción "buscó una diversificación de las fuentes de inversión, tratando de captar la que proviene de fuentes distintas a las tradicionales." Se busca, asimismo que los proyectos de inversión de empresas extranjeras "se ubiquen en sectores -- prioritarios y se adecuen cada vez mas a las necesidades del -- país y a su potencialidad en el ámbito mundial." (21).

a) Impacto de la IE en el Desarrollo del País.

La política oficial ha brindado todo tipo de oportunidades a inversión nacional y a la entrada y desenvolvimiento de la inversión extranjera en tanto que "un proceso de mayor capitalización, absorción tecnológica, generación de divisas y empleo, -- propiciado por dichas empresas, "beneficia a México", contribuyendo al desarrollo económico y al aseguramiento de "beneficios netos para el país" (22).

De acuerdo a los criterios de la CNIE, los fundamentos que confirman el aserto citado son los siguientes: de acuerdo a los rubros de empleo, presupuesto de divisas (comercio exterior e ingresos generados en la cuenta de servicios no financieros) (23).

Empleo. "En 1986 el empleo generado por las empresas con inversión extranjera directa fue de 12.1% del total del empleo registrado por el IMSS y se estima que a finales de 1987, las empresas con IED habrían contribuido con el 14% del empleo registra-

(21) México. Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras. Informe 1983-1987, pp. 14-15.

(22) Ibidem., p. 22

(23) Ibidem, pp. 22, 23 y 24

do. En 1984 esa proporción era del 9.3% y en 1985 del 10%, lo que permite advertir una capacidad de ajuste de la IED a procesos mas intensivos de mano de obra, al mismo tiempo que el mayor dinamismo de la IED le permite absorber una proporción mayor de mano de obra."

Presupuesto de divisas. Comercio exterior. El optimismo de la CNIE respecto del incremento de divisas para el país generados por las empresas con IED obedece a la comparación de los siguientes datos: de 1971-1982 "el déficit comercial acumulado por las empresas con IED fué de 16,648 millones de dólares. Tan solo en 1981 el déficit alcanzó su nivel mas alto con 4,339 millones. En 1982 fué de 2,617. " Sin embargo, a partir que la CNIE adaptó las políticas de concertación de compromisos y metas hacia la promoción de proyectos que tuvieran una elevada capacidad -- generadora de exportaciones, la balanza comercial ha observado una mejoría gradual. "Para 1986 y 1987 el superávit fue de --- 896.5 y 1,886 millones de dólares respectivamente. Para el --- período 1983-1987 la balanza "arroja un superávit acumulado de 2,328 millones, como resultado principalmente de un aumento en la exportaciones de las empresas con IED de 470% en dicho ---- período."

Es importante destacar también el siguiente dato: El valor total de las exportaciones de las 500 empresas mexicanas consideradas como las principales exportadoras, ascendió en 1986 a --- 5,324 millones de dólares, mismos que representaron el 55% del valor total de los productos no petroleros exportados por el -

país. Entre esas 500 empresas, existen 103 con IED que en conjunto exportaron 2,339 millones de dólares, esto es, 45% del total de las 500 empresas."

Ingresos generados en la cuenta de servicios no financieros. En este renglon se encuentran los servicios de transformación de plantas maquiladoras y las empresas turísticas. Las primeras en 1983 contaba con 629 establecimientos, en tanto que a finales de 1987 alcanzaba los 1,432 y duplicado su personal ocupado. -- "La IED ha participado con porcentajes crecientes...y alcanza el 71% del capital actual de la industria, generando un poco -- mas del 90% de los ingresos brutos de divisas del sector." En cuanto a la segunda, se ha venido expandiendo como resultado de la participación de IED, "debido principalmente al aprovecha--- miento de las facilidades a la nueva inversión, por el mecanismo de sustitución de deuda pública por inversión...Se realiza--- ron operaciones con un valor nominal aprobado de 673.4 millones de dólares."

La inversión extranjera en México adquiere distintas modalidades de acuerdo a lo que prevee la ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera, en relación con -- los demás ordenamientos legales que le son atinentes. Veámos-- los con el doctor Jorge Barrera Graf. (24)

a) "Desde el punto de vista de las obligaciones que asuma el -- sujeto...puede consistir en una obligación de dar...aporta--- ciones de dinero...bienes,...derechos...adquisiciones de acti--- vos fijos, pagos de rentas,..."

(24) Barrera G., J. op. cit., pp. 51 y 52

- b) "En consideración a la actividad del sujeto, la operación de la I.E., puede ser realizada por el inversor extranjero en favor de la empresa mexicana en que invierta (sujeto activo); o bien, por ésta en favor de aquél (sujeto pasivo)." En el primer caso se dan la suscripción y pago de acciones o partes sociales y pago de rentas de empresas. En el segundo, la venta de activos fijos a favor del extranjero, el arrendamiento, la transmisión a su favor del uso y goce de la empresa o bienes que arriende.
- c) "En relación a la nacionalidad, los tres primeros casos del artículo 2° de la L.I.E. "La calidad de extranjero se predica del sujeto mismo (individuo, persona moral o 'unidad económica');" en el caso de la fracción IV "no se predica del sujeto (empresa mexicana), sino del socio de ésta."
- d) "Respecto a la naturaleza jurídica de los sujetos de la I.E., los de las dos primeras fracciones del artículo 2° L.I.E. -- son personas jurídicas... Los de la fracción III, son sujetos de derecho sin personalidad..." "En cuanto a la fracción IV, -- "si son asociaciones normalmente carecerían de personalidad y si se trata de empresas, nunca tienen personalidad, la que correspondería al empresario."

Por otra parte, en el contexto socioeconómico, la inversión extranjera asume la forma de empresas o conglomerados transnacionales como fenómeno que se produce y expande a las mas diversas naciones del mundo, alterando las relaciones económicas, culturales y políticas internacionales, llegando en ocasiones a ser ---

centros imputables de derechos y obligaciones entre distintos territorios nacionales. Esta supra o extraterritorialidad ha llegado a disputar a los estados nacionales sujetos y actores únicos hasta hace algunos años de la comunidad internacional. La empresa transnacional ha adquirido en el mundo contemporáneo acta de ciudadanía y su presencia es hoy día preocupación de los estudiosos del derecho internacional, de la ciencia política, de la sociología y la economía.

C) LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES.

Hablar de empresa o unidad transnacional nos remite a distintas acepciones del concepto, ya sea desde el punto de vista económico, jurídico, político o sociológico. Así, los autores recurren a criterios distintos o conjuntados. Algunos la definen como "aquella que a partir de una casa matriz habitualmente situada en un país desarrollado, expande y universaliza sus actividades a nivel global, en beneficio de los intereses de los inversionistas del país central" (25). Para otros son "corporaciones gigantes" que "se caracterizan por el control centralizado en el país que aloja la casa matriz y operan a nivel mundial, a través de subsidiarias manufactureras y de otro tipo" (26). Para Francois Perroux son "unidades privadas, simples o complejas, macrounidades, o grupos eventualmente en relaciones durade

(25) Díaz Muller, Luis. EL SELA y las empresas multinacionales en el marco del desarrollo regional. México: UNAM, 1981, -
E.27

(26) Wionczek, Miguel S. op. cit., p. 22

ras con unidades públicas y beneficiándose en todos los casos -- con las infraestructuras y las organizaciones colectivas...tales unidades 'desbordan' la nación, van 'más allá' de ésta, no solo como una extensión territorial, sino en los movimientos de un -- conflicto- concurso, de una lucha-cooperación con los centros -- públicos que representan (o que se considera que representan) a las poblaciones nacionales " (27).

Hablar de transnacionales implica situarse en un ámbito macroanalítico de las relaciones entre este tipo de empresas, corporaciones o unidades con los estados nacionales, su economía, su cultura, sus ordenamientos jurídicos, su soberanía.

Formalmente se entiende que la internalización y funcionamiento - de las empresas transnacionales a un país, como en el caso de --- México, requiere obligatoriamente la sujeción a lo que los ordenamientos legales prescriben para esos efectos. Sin embargo los mecanismos jurídicos frecuentemente son dejados de lado hasta en - tanto no se constituya o registre la persona física, moral, o -- unidades económicas o empresas mexicanas donde participe mayoritariamente capital extranjero.

Las transnacionales actúan en un mundo en el que el desarrollo - de la economía es vital para los estados y para el mantenimiento del poder. Mientras los individuos y las pequeñas unidades intercambian mercancías a través de las fronteras sujetas a la ley de los precios, se conforma un intercambio internacional. "Todo - cambia cuando intervienen las inversiones directas, la implanta-

(27) Las empresas transnacionales y el nuevo orden económico del mundo. (trad. Hugo Rangel Couto). México: UNAM, 1982, p.45

ción duradera de medios de producción, cuando aparecen las firmas transnacionales...para lucrar al máximo con filiales o asociaciones en cualquier país del mundo..., ligadas al monopolio. y a la economía mixta, en la que los intereses privados y públicos están espacialmente ligados." (28)

Los principales argumentos que se esgrimen para dar paso a las unidades transnacionales, sobre todo en América Latina, son la supuesta contribución decisiva de la inversión extranjera en manufacturas, a la solución de las dificultades de balanza de pagos y a su presumiblemente positivo efecto sobre los niveles de --- bienestar y tecnología de las economías en desarrollo. Sin embargo, dice M. Wionczek, citando a Harry G. Johnson, "los beneficios ni estan generalizados ni son tan significativos," ya que, "si la empresa extranjera simplemente reemplaza las importaciones por productos internos, cobrando el mismo precio y pagando los salarios bajos a la fuerza de trabajo local, y remitiendo los intereses sobre su capital y la renta sobre su tecnología, por concepto de utilidades, el país receptor no ganará nada. De hecho -advierte-, si la inversión extranjera fuese --- atraída por un subsidio fiscal o arancelario, el país receptor sufriría pérdidas. " (29) Las transnacionales se instalan en --- ciertos puntos siguiendo una regla: que haya salarios bajos y recursos naturales abundantes.

La intromisión de las corporaciones transnacionales en la vida política y económica de los países receptores es evidente y ---

(28) Perroux, F. op. cit., p. 16

(29) Wionczek, Miguel S. op. cit., p. 22

preocupante. Desde 1974, señala Miguel S. Wionszczek, "el informe del Grupo de Personas eminentes de las Naciones Unidas...indica que...En los países de origen, puede ocurrir que dichas empresas influyan en la política exterior y en los asuntos internos gracias a su gran poderío financiero y a sus relaciones, -- con frecuencia estrechas, con altos funcionarios públicos. Pueden entonces ejercer presión en apoyo o en contra de los gobiernos de los países que las acogen, según reciban o no un tratamiento especialmente favorable" (30).

La cobertura geográfica y económica, y consecuentemente política de las unidades transnacionales ha sobrepasado ya las jurisdicciones nacionales llegando a nuevas fronteras como son los servicios de satélites de comunicación y los recursos de alta-mar, ya no se trata únicamente de compañías establecidas en el mundo para lograr menores costos de producción y abastecer los mercados mundiales bajo una política centralizada, sino de enormes conglomerados integrados tanto vertical como horizontalmente. La primera significa que no solo se dedican a actividades que van desde la fase de materias primas hasta productos terminados, sino que emprende, con el mismo nombre u otra razón social, actividades como comercio y financiamiento internacional. La integración horizontal se da cuando una empresa realiza numerosas actividades en sectores heterogéneos, en muchos países y al mismo tiempo. De esta suerte, "una sola actividad en un país tiene importancia para la empresa transnacional sólo en el mar-

(30) *Ibidem*, pp. 271-272.

co de su estrategia global...A menudo cierta situación de mercado...tiene importancia marginal para el sistema transnacional)." Las transnacionales actúan frecuentemente al margen de lo que el país huésped podría esperar de sus operaciones. Continúa o -- suspende la producción de mercancías, adquiere servicios locales o los importa, aporta recursos financieros o los retira de la -- filial, etc. (31)

Miguel S. Wionczek muestra algunos postulados que América Latina ha presentado en conferencias internacionales y que ponen en -- tela de duda los pregonados beneficios que traen las inversio-- nes extranjeras a los países receptores de esta región: a) "Las transnacionales deben someterse a las leyes y reglamentos en -- los países en que actúan;" b) "deben abstenerse de interferir en cualquier forma en los asuntos internos del país receptor;" --- c) prohibir a "las transnacionales servir como instrumento de -- política exterior de otro estado;" d) deben "acatar las políti-- cas, objetivos y prioridades nacionales de desarrollo de los -- países que las acogen," e) acceder a "los elementos necesarios para evaluar las actividades de las transnacionales y para com-- probar sus consecuencias fiscales, financieras, crediticias y -- de comercio exterior y balanza de pagos;" f) hacer "continuas -- contribuciones de recursos financieros netos al país en el que actúan;" g) deben "contribuir a desarrollar la capacidad cientí-- fica y tecnológica nacional de los países en los que actúan;" h) un último principio refiere a "las consecuencias sociales...

(31) Ibidem., p. 269.

de importar...pautas de producción y de propaganda comercial... patrones de consumo...que distorsionan las características sociales y culturales del país que se trate y provocan en él tensiones sociales...y alienación..." (32)

En este contexto creemos que el análisis de la inversión extranjera concretada en acciones de empresas transnacionales, recorriendo al método lógico-formal es bastante reducido. Las implicaciones efectivas del actuar de las corporaciones en la vida política, económica, cultural de los estados, requieren del recurso a un método de amplio espectro como sería el interdisciplinario.

D) LA LEY PARA PROMOVER LA INVERSION MEXICANA Y REGULAR LA INVERSION EXTRANJERA.

a) Antecedentes.

Como ya vimos anteriormente en este mismo capítulo, la inversión extranjera en México toma un giro distinto al culminar el movimiento revolucionario en 1910 de cuyas proclamas fundamentales surge la independencia y autodeterminación económica del país - y que fueron plasmadas en la Constitución Federal en su artículo 27, antecedente primigenio de la inversión extranjera y de las materias o actividades básicas reservadas al Estado.

(dominio del suelo y subsuelo, uso de aguas), las cuales podían ser dadas en concesión para su explotación a los particulares.

O sea que, el texto constitucional solo restringía "las inversiones de extranjeros, al prohibirles adquirir el dominio de -----tierras, aguas y concesiones sin que renuncien previamente a --

(32) Ibidem, pp. 270-276

pedir la ayuda a sus gobiernos, en caso de conflicto, bajo la - pena de perder sus bienes en beneficio de la nación mexicana -- (Cláusula Calvo), y prohibirles la adquisición de inmuebles y - de derechos reales sobre ellos en una franja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta a lo ancho de las - costas (zonas prohibidas) (33).

En los períodos presidenciales de Alvaro Obregón (1920-1924) y Plutarco Elias Calles (1924-1928) se trató de reglamentar la industria petrolera, cuya culminación más importante fue la Ley - Orgánica de las fracciones 1 y 14 del artículo 27 constitucio-- nal (Diario Oficial del 21 de enero de 1926) y su Reglamento. - Estos ordenamientos además de retomar las restricciones a ex--- tranjeros contenidas en el artículo 27 constitucional, prohíben la concesión de permisos por parte de la Secretaría de Relaciones Exteriores a extranjeros que quieran participar con un 50% o mas del capital total en sociedades mexicanas que posean fondos rústicos con fines agrícolas (artículo 3°). En su artículo 6° señala que "cuando alguna persona extranjera tenga que adqui- rir por herencia derechos cuya adquisición estuviese prohibida a extranjeros por la ley, la Secretaría de Relaciones Exteriores dará el permiso para que se haga la adjudicación ... con la con- dición de transmitir los derechos de que se trate a persona --- capacitada conforme a la ley, dentro de un plazo de cinco años." Estos principios se han recogido y perduran hasta la fecha en - la L.I.E.: Cláusula Calvo, en el artículo 7°; participación ex- tranjera menor al 50% en sociedades agrícolas, artículo 8° ---- (33) Barrera Graf, Jorge op. cit., p. 12

párrafo primero; intervención de la SRE en la constitución de - sociedades en las materias sobre dominio de tierras y aguas en las franjas fronterizas y costeras que señala el artículo 27 -- constitucional, en artículo 7° de la LIE. (34).

A raíz de la suspensión de garantías constitucionales decretadas por el ejecutivo federal en 2 de junio de 1942 con motivo - de la segunda guerra mundial, en materia de inversiones extranjeras se dictaron las siguientes prevenciones: "Decreto que establece la necesidad transitoria de obtener permiso para adquirir bienes a extranjeros y sociedades extranjeras que tengan o tuvieran socios extranjeros (D.O. 7 de junio de 1944)." (35)
Bajo la misma situación nacional e internacional se publica el 29 de junio de 1944 el llamado "Decreto de Emergencia," que prescribía principalmente:

"1° La necesidad de obtener permiso de la SRE para:

a) que los extranjeros y sociedades con socios extranjeros no pudieran adquirir...empresas o el control de ellas; o -- bienes inmuebles, concesiones de minas, aguas y combustibles minerales....

b) Que se pudieran constituir, modificar...sociedades que - tuvieran, o pudieran tener socios extranjeros...

"2° Se concedieron facultades discrecionales a la SRE para ne--gar conceder o condicionar los permisos, y se le facultó -- para establecer:

a) Que los mexicanos participen en el capital de sociedades cuando menos en un 51% de su monto.

(34) Ibidem, p. 13

(35) Ibidem, p. 14

b) Que cuando menos la mayoría de los administradores fuesen mexicanos...

Expresamente se permitía a la Secretaría de Relaciones dispensa ra del cumplimiento de los requisitos anteriores a las empresas que se organizaran para el establecimiento en el país de una -- nueva explotación industrial." (36)

Desde el 28 de diciembre de 1945 se publicó la ley que puso fin a la suspensión de garantías individuales hasta la fecha en que entró en vigencia la L.I.E. se dictaron una serie de acuerdos - respecto de la inversión extranjera.

a) "El 27 de mayo de 1947 la SRE dictó un acuerdo para restringir al 49% la inversión extranjera en el capital de sociedades... para la elaboración de aguas gaseosas.

b) "...se creó (1947) una comisión mixta intersecretarial - tendiente a coordinar la aplicación de las disposiciones -- legales aplicables a la inversión de capitales nacionales y extranjeros", misma que dictó algunas normas para: limitar "en un 49% la inversión extranjera respecto a las adquisiciones de empresas que ya estuvieran establecidas" (1948); exigir la "aprobación de la SRE para empresas que se constituyen con fines de explotación de la industria petrolera" -- (1948); exigir que las acciones representativas del capital social de las sociedades que se establecieran y fueran suscritas por mexicanos, fueran nominativas" (1951); someter a la industria del hule a la limitación del 49% extranjero." (1953).

(36) Ibidem., pp. 15-16

c) Se fijó (julio de 1970) " el mismo límite de 49% a la I.E." para actividades relacionadas con la siderurgia, cemento, vidrio, fertilizantes, celulosa y aluminio."

d) "En octubre de 1972" se incluyó la industria manufacturera de componentes automotrices dentro de las actividades industriales restringidas a la inversión extranjera" con un 40% - del capital (37).

La Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera vigente data del 9 de marzo de 1973 y se integra con 6 capítulos y 36 artículos de los cuales 5 son transitorios. El capítulo I define a la ley como de observancia para toda la República Mexicana y su objeto es promover la inversión mexicana y regular la extranjera "para estimular un desarrollo justo y equilibrado y consolidar la independencia económica del país" (artículo 1º). La primera finalidad se atiende en los artículos 9 y 10 de la LIE que conceden discrecionalidad a la Comisión -- Nacional de Inversiones Extranjeras (CNIE) para "otorgar un --- derecho de preferencia a inversionistas mexicanos" en la adquisición del capital o activos fijos puestos en venta por empre-- sas establecidas en el país. Sin embargo, vemos que en el --- artículo 12 que concede amplias facultades discrecionales a la CNIE ninguna se refiere expresamente a tal finalidad. Sus ocho fracciones se refieren a la inversión de extranjeros.

(37) Ibidem, pp. 18, 19 y 20

El artículo 2° define a la inversión extranjera y los sujetos - de la misma, cuestión que ya vimos en páginas anteriores de este capítulo. En el artículo 3° se refrenda lo estipulado en el --- artículo 27 constitucional fracción I y que constituye uno de - los principios jurídicos nodales a que deben sujetarse en mate- ria mercantil los sujetos extranjeros y que es conocido como - cláusula Calvo: "Los extranjeros que adquieran bienes de cual--- quier naturaleza en la República Mexicana, aceptan por ese mismo hecho, considerarse como nacionales respecto de dichos bienes - y no invocar la protección de su gobierno por lo que se refiere a aquellos, bajo la pena, en caso contrario, de perder en bene- ficio de la Nación los bienes que hubieren adquirido". (Cfr. - también artículo 7° LIE) Sin embargo, el artículo 18° del - capítulo IV de la L.I.E. faculta a la SRE para que autorice...a las instituciones de crédito, permisos para adquirir como fidu- ciarias el dominio de bienes inmuebles destinados a la realiza- ción de actividades industriales y turísticas en la franja de - 100 kilómetros... de las fronteras o en la zona de 50 kilómetros a lo largo de las playas...siempre que el objeto de la adquisi- ción sea el de permitir la utilización y el aprovechamiento de dichos bienes a los fideicomisarios, sin constituir derechos - reales sobre ellos, pudiendo emitir para estos fines certifica- dos de participación inmobiliarios, nominativos y no amortiza-- bles."

El artículo 4° precisa las actividades reservadas exclusivamen- te al Estado, que ya habían sido delimitadas por la política --

económica del gobierno mexicano a partir de la Revolución Mexicana: petróleo e hidrocarburos, petroquímica básica, explotación de minerales radiactivos y generación de energía nuclear, minería (en los casos a que se refiere la ley de la materia), electricidad, ferrocarriles, comunicaciones telegráficas y radiotelegráficas; actividades todas ellas que son clave del desarrollo nacional y previenen la no injerencia de corporaciones transnacionales que pudieran derivar sus objetivos de lucro contrarios a los de la nación. Este mismo artículo concede a mexicanos ó a sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros las actividades de: radio y televisión, transporte automotor urbano, interurbano y en carreteras federales, aéreos y marítimos nacionales, explotación forestal, distribución de gas...

En el artículo 5° se fijan los porcentajes máximos de capital con que podran participar la inversión extranjera: minería "49% cuando sea explotación y aprovechamiento de sustancias sujetas a concesión ordinaria y de 34% cuando se trata de concesiones especiales para la explotación de reservas minerales nacionales. Productos secundarios de la industria petroquímica y fabricación de componentes de vehículos automotores 40%". Para los casos en que legalmente no esté estipulado un porcentaje determinado el porcentaje, por regla general será del 49% y "siempre que no tenga, por cualquier título, la facultad de determinar el manejo de la empresa." Sin embargo, en este mismo artículo se otorga a la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras (CNIE) facultades para "resolver sobre el aumento o la disminu-

ción del porcentaje...cuando a su juicio sea conveniente para - la economía del país y fijar las condiciones conforme a las cuales se recibirá, en casos específicos, la inversión extranjera." Como se observa, la regla general del 49% de que habla este --- artículo puede ser modificada por este organismo, de lo que se deduce que la I.E. puede ser mayoritaria en los casos en que no exista una ley que fije un porcentaje para determinada rama de actividad (párrafo último, artículo 5° y artículo 12° fracciones I y II L.I.E.) Esta amplia facultad discrecional encuentra su antecedente justificatorio en que antes de la L.I.E. las inversiones extranjeras se regulaban "a base de decisiones y resoluciones administrativas...perdurando por mas de 25 años e imponiendo un régimen de gran flexibilidad y oportunidad para irse adaptando a las cambiantes necesidades económicas, e inclusive a diferentes situaciones de política nacional e internacional "

(38).

Además el artículo 13° fija los criterios que deberá tomar en cuenta la CNIE para tomar sus decisiones sobre la autorización porcentajes y condiciones de la I.E.: "ser complementaria de la nacional, no desplazar a empresas nacionales que esten operando - satisfactoriamente...; sus efectos positivos sobre la balanza - de pagos...e incremento de exportaciones; sus efectos sobre el empleo... ocupación y capacitación de técnicos y personal mexicano incorporación de insumos...nacionales en la elaboración - de sus productos;... que financien sus operaciones con recursos

(38) Ibidem, p. 41

del exterior; diversificación de las fuentes de inversión...; - su contribución al desenvolvimiento de las zonas...de menor --- desarrollo económico...; no ocupar posiciones monopólicas en -- el mercado nacional...; preservar los valores sociales y culturales del país;..."

El capítulo III refiere la integración de la C.N.I.E. y sus --- atribuciones. La componen, según el artículo 11, los titula res o sus suplentes (subsecretarios) de las Secretarías de Gobernación, Relaciones Exteriores, Hacienda y Crédito Público, Patrimonio Nacional (Programación y Presupuesto), Industria y --- Comercio (Comercio y Fomento Industrial), Trabajo y Previsión Social y de la Presidencia. Actualmente se incluye también al - titular de la Secretaría de Energía, Minas e Industria Paraesta tal con el mismo carácter que los anteriores y al de la Secretaria de Turismo como participante en las deliberaciones. La comi sión será auxiliada por un Secretario Ejecutivo que es el Direc tor del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras (artículo 24° L.I.E.).

El artículo 12° lista las atribuciones formales de la CNIE que, además de las que ya señalamos tendrá: la de "resolver la participa ción extranjera en empresas establecidas o por establecerse; ser órgano de consulta obligatoria en I.E. para las dependencias -- del Ejecutivo Federal, organismos descentralizados...y coordinar sus acciones; establecer los criterios y requisitos para la aplicación de las disposiciones legales y reglamentarias sobre I.E.; someter a la consideración del Ejecutivo Federal proyectos legislativos y reglamentarios así como medidas administrativas en materia de I.E..."

El régimen de control de la inversión extranjera se lleva a cabo mediante su inscripción en el Registro Nacional de Inversiones - Extranjeras que dependerá de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (artículo 24 L.I.E.). El artículo 23° establece las personas, sociedades, fideicomisos y títulos representativos de capital que deben registrarse. Serán nulos y en consecuencia no podrán hacerse valer ante ninguna autoridad los actos que debiendo inscribirse en el RNIE no lo hagan (artículo 28° L.I.E.). Se entiende, según comenta el maestro Barrera Graf, "que se anulan los actos, no la personalidad misma de los extranjeros, ya se trate de personas físicas o...morales,...Las personas morales constituidas en forma de sociedades están sujetas al régimen que les es propio, tanto si son civiles (artículos 25 fracción III, 2,690, 2,691 y 2,694, C. Civ.) como si son mercantiles (artículos 2°,3°, y 7°, L.S.M.); adquieren personalidad jurídica al inscribirse en el Registro de Comercio, o al exterior frente a terceros. La L.I.E. no deroga ni modifica su régimen." Los actos- continua Barrera Graf-, que "sí quedan sujetos a la acción de nulidad, si no se inscriben,...son, entre otros:

- a) La suscripción o adquisición que realicen los extranjeros de acciones o partes sociales de sociedades mexicanas (artículo 12° párrafo primero, en su primera parte);
- b) La adquisición o arrendamiento de empresas mexicanas ya establecidas de bienes de su activo fijo...(artículo 12° párrafo segundo en su primera parte);

c) Los actos o convenios a virtud de los cuales los extranjeros adquieran la facultad de determinar el manejo de una empresa -- mexicana...;

ch) La suscripción o adquisición por extranjeros de acciones o partes sociales de sociedades (artículo 17° y 18° fracción VI - Reglamento del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras);

d) La adquisición por extranjeros de privilegios o preferencias sobre acciones...

e) Ciertos actos o negocios a virtud de los cuales un extranjero participe o adquiera derechos en un fideicomiso (artículo 23° fracción III);..." (39).

E) APLICACION DEL METODO LOGICO-FORMAL AL ESTUDIO DE LA LIE.

a) Objetivo de la LIE según el método lógico-formal.

En la perspectiva de la investigación jurídica dogmática, el -- método lógico-formal tendría como propósito estudiar, a nivel -- descriptivo, sistematizar la información y datos existentes de -- la Ley en torno a lo que ella trata viendo su constitucionalidad o inconstitucionalidad; si su creación o establecimiento observó la etapa legislativa que prevee la Constitución General -- para el caso; si su contenido es congruente con los principios legales del derecho positivo mexicano; si en su aplicación se -- han respetado el sentido de la ley; si no hay contradicción entre el conjunto de normas que la integran; si los preceptos son insuficientes para regular la materia.

(39) Ibidem, p. 43

En caso de que la Ley esté afectada de inconstitucionalidad la dogmática propone que deberá ser abrogada o sustanciarse. en -- todo caso el mecanismo legal para que sea válida, y cuando la - ley adolezca de ese requisito su aplicación a un caso concreto carecerá de validez.

El análisis formalista se supedita a la ley en si misma, en tan- to cuerpo normativo coherente y válido respecto de los ordena-- mientos jurídicos vigentes o anteriores y las leyes que le son compatibles en el ámbito general e internamente si su articulado es cohe- rente. También en este ámbito se sistematizarían las resolucio- nes específicas dictadas por la CNTE por sectores económicos, - el número de contratos celebrados con empresas con inversión - extranjera directa y frecuencia de contractualidad de transfe-- rencia de tecnología en ciertos períodos, etc.

El objeto de la LIE, en este contexto la constituye el conjunto de principios, normas, reglamentaciones y criterios para incor- porar a la economía nacional aportes de capitales directos que asumiendo distintas tipologías adquieren el carácter de empresas o sociedades mexicanas y que como tales se han constituido de - acuerdo a las leyes mexicanas.

Una investigación jurídica dogmática de la LIE podría tomar las siguientes vertientes de análisis.

Los antecedentes que se tomarían como referencia de la LIE se-- rían preponderantemente legislativos referidos a los ordenamien- tos y actos jurídicos bajo los cuales se rige la materia: Ley

Orgánica de las fracciones I y IV del artículo 27° Constitucional (D.O. 21-I-1926), Decreto de Emergencia del 29 de junio de 1944, Ley que puso fin a la suspensión de garantías individuales (2 de junio de 1942), acuerdos restrictivos de la inversión extranjera dictados a partir del Decreto de 1945 y hasta la vigencia de la L.I.E.

-Las demás leyes mexicanas que tengan relación con la L.I.E. y que corroboren su coherencia o incongruencia legal: Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, Ley Reglamentaria del artículo 27° Constitucional en el ramo de petróleo (D.O. 29-XI-58), Ley General de Sociedades Mercantiles, Reglamento del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras, etc.

-La constitucionalidad de la L.I.E. Al respecto se ha presentado la discusión (40) de si corresponde al poder legislativo federal la facultad de dictar leyes que controlen y restrinjan la inversión extranjera en virtud de que a los extranjeros corresponde "una situación de igualdad ante la ley, según dispone el artículo 1° de la Constitución, salvo que ella establezca expresamente -- limitaciones.." según opinión de Gustavo Velasco. La respuesta a esta observación la da Jorge Barrera Graf cuando dice que ---- dichos argumentos no son válidos, porque, de serlo, en primer -- lugar, "no permitiría distinción alguna entre mexicanos y extranjeros" (artículos 30° y 35° Constitucionales), "ni toleraría a los extranjeros a controles y permisos para su estancia en el -- país" (artículo 11° constitucional)". En cuanto a que el legislador federal carezca de facultades para legislar sobre inversio-- (40) Barrera Graf., J. op. cit., pp. 22-23.

nes nacionales o extranjeras, en cuanto estas formen parte de un derecho público del comercio; "no creemos- afirma Barrera Graf- que el argumento pueda sostenerse... no hay base alguna ni para limitar el alcance de la facultad que la fracción X -- del artículo 73° que la Constitución otorga al Congreso Federal sobre comercio, ni para distinguir un derecho privado y un --- derecho público del comercio. Ambos forman parte del derecho - mercantil."

Las atribuciones administrativas y reglamentarias que la L.I.E.. concede a la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, se a pegan a la legislación mexicana, conforme a la división de poderes.

Como vemos todas estas temáticas se circunscriben a la investi gación del tema de la inversión extranjera dentro del marco -- legislativo. Frecuentemente los tratadistas del Derecho positi vo recurren a esta metodología, lo cual, si bien es cierto que hace aportes significativos a nuestro regimen jurídico para su coherencia y sistematicidad, haciéndolo "bello", como dijera - el reconocido jurista español Antonio Hernández Gil, descuida el otro ángulo o finalidad de la ciencia jurídica que consiste en investigar los orígenes y las causas que influyen en el establecimiento, reforma a abrogación de las instituciones, las leyes y normas jurídicas. Debemos tener en cuenta que en la in vestigación jurídica, tal como dice Hernández Gil, "el jurista, ante el material representado por las normas jurídicas, des--- pliega una actividad científica; para elaborar con ellas una -

ciencia- no descuidando, por lo demás que el momento capital de la vida del derecho es el de su aplicación- tiene que someterlas a un tratamiento adecuado; congrega los elementos comunes, separa los particulares; sistematiza, clasifica, define, establece cuales son los postulados capitales, fija...los 'dogmas'; construye, en suma . Sin embargo- pregunta el mismo Hernández Gil- ¿cabe admitir que este trabajo, fruto de una reflexión, - en el que se conjugan sujeto y objeto, produzca formas prede--terminadas, categorías fijás, dominadas por una concepción ---creída objetivamente exacta?" (41).

b) La hipótesis formal.

En el marco de la investigación jurídica dogmática- formal las hipótesis también son formalistas. Esto es, se plantean al interior de las leyes afirmando, negando, o buscando la solución a la problemática jurídica estudiada en la congruencia o incongruencia de la legislación en sí misma. Se concreta a buscar - identidades, contradicciones, suficiencias en los textos legales, en su establecimiento, aplicación e interpretación. Si recordamos que la hipótesis se supedita al método lógico-formal seguido en la investigación, este determinará también una hipótesis formalista.

Tomemos una problemática o caso jurídico supuesto en torno a la L.I.E.: Una empresa o corporación extranjera que desea instalar se en México con 100% de capital extranjero para producir y --

(41) Hernández Gil, Antonio Metodología de la Ciencia del Derecho, t. II. Madrid, 1971, p. 194

ensamblar aparatos electrodomésticos, ¿qué tratamiento se le -
dará según la metodología formalista dogmática?

Como ya hemos visto la hipótesis se compone de dos elementos:
el objetivo y el subjetivo. El primero son el conjunto de datos
teóricos ya elaborados por otros autores; y, el segundo lo ---
constituyen las construcciones que el investigador elabora par
tiendo de lo ya conocido y sus propias teorías, conjeturas o
consideraciones en torno al objeto estudiado.

Parte objetiva. Según el artículo 5° de la L.I.E. una empresa
que desee instalarse en México para producir y ensamblar apa-
ratos electrodomésticos se constituirá como sociedad mercantil
mexicana en cuyo capital social la inversión extranjera no pue
de exceder de un 49% de capital social.

Parte objetiva. Si la empresa en cuestión solicita a la CNIE
formar el capital social con un 60% de aporte extranjero y pre
senta un proyecto para incorporar tecnología de punta y un pro
grama de exportación por 50 millones de dólares anuales, ¿podrá
ser autorizado por la autoridad competente?

Formalmente no debe autorizarse ya que rebasa el porcentaje --
que como regla general fija la L.I.E. en su artículo 5° que es
de 49% capital extranjero en los casos en que las disposiciones
reglamentarias no señalan un porcentaje determinado.

c) Las técnicas de investigación documental.

Para la investigación formalista, en este caso, el jurista acu
de a los textos legales tratando de encontrar en ellos la solu
ción a la problemática planteada, se remite directamente a la -

L.I.E. para ver que dice al respecto en su articulado. Si la ley es clara la aplica. Si no es así tratará de encontrar alguna otra ley o leyes que le sean complementarias para el caso, buscando que no haya contradicciones. Acudirá también a la jurisprudencia dictada en la materia para reforzar su hipótesis y emitir una opinión segura y autorizada en la ley y la jurisprudencia reconocidas estas por la ley suprema como fuentes del Derecho.

La captura de estas fuentes no ofrece mayor dificultad, pues a través de las técnicas documentales es posible lograr los datos e información que requiere la comprobación de la hipótesis formalista lanzada. Se utilizarán fichas bibliográficas y fichas de trabajo bibliográficas legales: En las primeras se condensan los datos de las fuentes consultadas; y en las segundas, además de estos datos, se plasman observaciones, opiniones, sugerencias que al investigador le vayan surgiendo en el transcurso de la recopilación documental. Las fuentes serán primordialmente la L.I.E. y las demás leyes que se refieran a su materia, la jurisprudencia emitida, decretos del titular del poder ejecutivo, y complementariamente los tratados de autores que han abordado el marco legal de la inversión extranjera en México, y las materias que le son conexas y fundantes.

La legislación a consultar en esta investigación sería: La Constitución General de la República, la Ley para Promover la inversión mexicana y regular la inversión mexicana, Reglamento del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras, Ley General de Sociedades Mercantiles, etc.

En bibliografía de autores se puede consultar:

Barrera Graf, Jorge. La regulación jurídica de las inversiones extranjeras.

Cervantes Ahumada, Raúl. Derecho Mercantil.

Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Derecho Mercantil, T. I y II

Mantilla Molina, Roberto L. Derecho Mercantil.

Seara Vazquez, Modesto. Derecho Internacional Público.

verdross, Alfred. Derecho Internacional Público

Los documentos e informes oficiales serían: El Plan Nacional -- de Desarrollo 1983-1988 (Poder Ejecutivo Federal), Programa Nacional de Fomento Industrial y Comercio Exterior, informe 1983-1987 de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras.

Apertura Comercial y Modernización Industrial. Cuadernos de --- Renovación Nacional. México: FCE, 1988.

F) APLICACION DE ELEMENTOS METODOLOGICOS INTERDISCIPLINARIOS AL ESTUDIO DE LA L.I.E.

La metodología interdisciplinaria permite en la investigación jurídica trascender a la norma jurídica pero a partir de ella. Propugna observar, recoger experiencias, constatar, analizar y - comparar los hechos jurídicos tal y como se ofrecen en la realidad. Este método no descarta las fuentes materiales del derecho como son los factores económicos, políticos, culturales, etnológicos, etc. que generaron la norma, los fines para los que se - implantó y la eficacia con que resuelve los problemas que le - son atingentes.

Este método permite al investigador tener presente que "la materia regulada por las normas a que la construcción dogmática se aplica, es, en gran medida, contingente, y siempre múltiple y compleja, sujeta a transformaciones" (42). La vida social, económica, etnológica, política, etc. que regulan las normas no se estanca en ellas, sino que sigue discurrendo, y además esos mismos hechos de la vida social en general no se producen de una manera simplista, de ahí que deban ser conocidos, apreciados y valorados al normativizarse y al aplicar la norma jurídica.

El jurista debe tener presente que entre norma y conducta hay una relación formalista. Como certeramente lo explica el argentino Carlos Cossio: "Cuando el Legislador formula una norma jurídica, solo piensa una cierta conducta con una representación conceptual y que el Estado, que es una organización de poder puede hacer verdadera su representación; es decir, puede hacer que la conducta jurídica esté representada por su concepto y no por otro; puede hacer, por ejemplo, que quien comete homicidio vaya a la cárcel y quien no lo comete quede en libertad; pero no puede hacer que los individuos cometan o dejen de cometer homicidios." (43).

a) Objetivo de la L.I.E. según la metodología interdisciplinaria
En esta vertiente de análisis tendría objetivos amplios a partir de la L.I.E., entre los cuales podrían verse los siguientes:

- (42) Hernández Gil Antonio Metodología, t. II, op. cit. p. 195.
(43) Cossio, Carlos. La valoración jurídica y la ciencia del Derecho. Buenos Aires: Arayu, 1954, p. 78.

-Analizar la ley buscando su funcionalidad y eficacia respecto de la finalidad o propósitos para los cuales fue creada, que -- consisten como expresamente ella lo dice en su artículo 1º: en "promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera para estimular un desarrollo justo y equilibrado y consolidar la independencia económica del país."

-También en esta investigación se estudiarían los antecedentes y condiciones que influyeron en la creación de la L.I.E. Sin -- embargo aquí en este contexto se buscarían las condiciones socioeconómicas y políticas prevalecientes en México que determinaron a final de cuentas el establecimiento de la L.I.E. Esta -- ley refleja la historia mexicana en política de inversión extranjera, la protección de sus recursos naturales como el petróleo y la zona fronteriza y costera que definen en gran parte su soberanía.

-Verificar si la L.I.E., no es una camisa de fuerza para la expansión de las empresas con I.E. y hasta que punto se ha protegido la soberanía nacional.

-Estudiar el desempeño de las empresas transnacionales en México. Su grado de penetración en la política económica exterior, su influencia en la implantación de patrones culturales propios o ajenos a la tradición nacional, en el consumo, la educación, la alimentación, de la población nacional, etc.

-Buscar las causas y objetivos reales, en el ámbito nacional e internacional por las que las corporaciones internacionales se instalan en México y Latinoamérica (dominación económica, política, cultural, etc.).

-Analizar en el contexto socioeconómico los argumentos que ha utilizado la CNIE en las resoluciones emitidas y aceptación de porcentajes mayores a los que fija la ley como regla general y para actividades específicas.

-Los obstáculos que se han observado para la constitución de empresas multinacionales en América Latina y su diferenciación de las corporaciones transnacionales.

b) Hipótesis interdisciplinaria.

Las hipótesis que podemos lanzar en este contexto de la investigación ficticia, tiene un amplio espectro de posibilidades que --enriquece y retroalimenta a la propia ley, pues le abre espa--cios de investigación relacionados con la economía, la política, la sociología, la antropología cultural, etc.

Una hipótesis que podría plantearse en primera instancia en el marco de una investigación sociológica interdisciplinaria comenzaría por preguntarse y responder tentativamente, si en realidad la ley promueve la inversión mexicana, ya que, en principio la mayor parte de sus preceptos se dedican a preveer los casos de inversión extranjera, sus sujetos materiales excluyentes o limitados a la inversión extranjera...todas las atribuciones que le señala a la CNIE en su artículo 12° se refieren a la I.E.

De esto podría plantearse tentativamente que la L.I.E. es ten--denciosa en su denominación, pues el legislador en vez de haber llamado Ley para promover las inversiones mexicanas y regular la inversión ext. anjera debió haberla denominado unicamente Ley para regular la inversión extranjera. Dónde podemos encontrar -

la justificación a este aserto: en la misma ley, en la verificación de las actividades que desarrolla y las resoluciones que han emitido la CNIE, en la política de inversiones extranjeras que han seguido los gobiernos mexicanos.

También podríamos afirmar a manera de hipótesis, que:

-La L.I.E. se ha moldeado en su aplicación de acuerdo a las estrategias de expansión o aceptación de I.E. que para el desarrollo económico del país, generación de empleos y divisas generen las empresas con I.E.

-"La firma transnacional -señala Perroux-, es mucho mas que un órgano puramente comercial y en relación con los mercados. Es un centro de poder pero no solamente con relación al mercado. Su poder es pluridimensional (económico, técnico, monetario, -- parapolítico). Lo ejerce para cambiar el ambiente por procedimientos económicos y para reflexionar o cambiar, según su interés, las reglas del juego de la colectividad en que se inserta" (44).

-"...el creciente proceso de transnacionalización de las economías regionales -afirma Julio Chaparro-, ha redundado en una con tradición mas bien formal entre la decisión No. 46 (protectora de los intereses subregionales) y la absorción de las economías domésticas por el capital transnacional" (45)

En relación al supuesto planteado anteriormente en torno a la -- L.I.E., en el sentido de que una industria o empresa que desea instalarse en México con 100% de capital extranjero para producir y ensamblar aparatos electrodomésticos, ¿qué tratamiento se

(44) Perroux, F. op. cit. p. 46

(45) Julio Chaparro citado por: Díaz Muller, L. op. cit., p.19

le dará ahora de acuerdo a la metodología jurídica interdisciplinaria? La hipótesis propuesta sería:

Parte objetiva: De acuerdo al inciso d) del artículo 5° de la L.I.E. todas las empresas que deseen instalarse en México con aportes de capital extranjero para producir artículos que no están limitados expresamente en la Ley, podrán funcionar o -- constituirse bajo la proporción 49% de capital extranjero y 51% de capital mexicano.

Parte subjetiva: Si bien es cierto que el porcentaje legal es el visto anteriormente, existen empresas ensambladoras de aparatos electrodomésticos que funcionan con una proporción de - 90% de capital extranjero y 10% de capital nacional. Incluso, encontramos que la CNIE ha dictaminado, en atención a las facultades discrecionales que le otorga el artículo 5°, párrafo último y antepenúltimo y artículo 12 de la L.I.E., en la rama de I.E. en maquiladoras, que: "Se autoriza a los inversionistas extranjeros para que realicen los siguientes actos: a) la adquisición de acciones o partes sociales de sociedades mexicanas, en el acto de su constitución, que representen hasta el 100% de su capital social, siempre que dichas sociedades - se constituyan para realizar solamente operaciones de maquila de exportación, de conformidad con las disposiciones del 'Decreto para el fomento y operación de la industria maquiladora de exportación' publicado en el D.O.F. del 15 de agosto 1983". Se puede constatar, pues, con el uso de técnicas documentales y de campo, que existen empresas extranjeras cuyo capital rebasa los límites fijados por la L.I.E., lo cual es solo una muestra de lo que realmente sucede con la aplicación de las normas jurídicas.

c) Las técnicas de investigación social o de campo.

La investigación sociojurídica, además de las técnicas documentales indispensables a cualesquier trabajo de investigación, utiliza técnicas de investigación social o de campo preponderantemente. Entre estas encontramos a la observación, el muestreo, la entrevista y el cuestionario. La conjunción de técnicas documentales y de campo nos permite constatar lo que dicen y lo que hacen los hombres con el derecho, a partir de la observación es que nos surge la inquietud de conocer e investigar el objeto de nuestro interés y por medio de ella podemos tener un primer acercamiento a dicho objeto.

Posteriormente podremos ubicar a la empresa o empresas con I.E. que conformarían nuestra población ensambladora de aparatos electrodomésticos que podría ser mediante la consulta a los archivos del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras. En sus expedientes podremos confirmar el capital social extranjero real con el que operan.

A partir de esta evidencia nosotros podremos acudir, previa definición y selección de la muestra, a entrevistar y aplicar cuestionarios y entrevistas a empresas mexicanas del mismo ramo para saber si no son desplazadas, a obreros que prestan su fuerza de trabajo para informarnos de sus salarios y condiciones laborales. Podremos también aplicar muestras a los consumidores de dichos artículos y saber que calidad poseen, si les son estrictamente necesarios, etc.

La puesta en práctica de estas técnicas implica una ardua tarea, disposición de recursos económicos para adiestrar y emplear en-

cuestadores, se necesita también hacer una programación cuidadosa y anticipada de cada una de las actividades que vayamos a -- emprender: determinar la población, calcular las muestras, diseñar los cuestionarios, aplicar una prueba piloto, preveer la -- codificación de los cuestionarios y entrevistas, e interpretar sus resultados.

Como ya dijimos, la investigación jurídica fáctica utiliza los dos tipos de técnicas de investigación social y documental, dando preponderancia a las primeras. El investigador consultará -- además de la L.I.E., las leyes que le son complementarias y -- los tratados de derecho mercantil e internacional que ya anotamos, recurrirá a bibliografía especializada y revistas de análisis y crítica sobre inversión extranjera, empresas transnacionales, comercio exterior, desarrollo económico, etc.

BIBLIOGRAFIA.

Perroux, Francois. Las empresas transnacionales y el nuevo orden económico del mundo. México: UNAM, 1982.

Díaz Muller, Luis. El SELA y las empresas multinacionales latino americanas en el marco del desarrollo regional. México: UNAM, - 1981.

Wionczek, Miguel S. Capital y Tecnología en México y América Latina. México: Miguel Angel Porrúa ed., 1981.

Ramos Garza, Oscar. México ante la inversión extranjera. México: Imp. Azteca, 1971.

Castañeda, Kaplan, et. al. Derecho Económico Internacional. México: FCE, 1976.

El Arbitraje Comercial Internacional (selección de lecturas)

México: UNAM, IMCE, ADACI, 1983

Wolfgang, Friedmann. La nueva estructura del Derecho Internacional. México: Trillas, 1969

CEPAL. Boletín Económico para América Latina.

Sepúlveda, Bernardo y Antonio Chumacero. La inversión extranjera en México. México: FCE, 1973

Gutierrez Esparza, Esthela (coord.) La crisis del estado del bienestar. México: s.XXI ed.-UNAM, 1988

México. Secretaría de Gobernación. Marco jurídico de la inversión extranjera en México, 1988 (Resolución general que sistematiza y actualiza resoluciones generales emitidas por la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras).

Olmedo Carranza, Bernardo. Capital trasnacional y consumo. México: UNAM, 1986

Bernal Sahagún, Victor M. y Bernardo Olmedo C. Inversión extranjera directa e industrialización en México. México: UNAM, 1986

Como hemos visto, en el marco de la investigación jurídica fáctica sociológica el objeto de estudio se amplía y dilata enormemente sin subestimar a la L.I.E., sino subsumiéndola en el contexto de la investigación interdisciplinaria. Este ensanchamiento del campo de estudio del objeto permite plantear una gran variedad de hipótesis, lo que abre mayores perspectivas de análisis y enriquecimiento de la ciencia jurídica.

La investigación jurídica dogmática formalista es insuficiente para el análisis de las leyes, pues las encierra en un círculo

vicioso que les impide retroalimentarse y desarrollarse mas allá de los marcos reglamentarios. El proyecto de empresa - que presenta a la CNIE el artículo 5° de la L.I.E. definitivamente no puede operar de acuerdo a la expresión normativa. El investigador se encuentra ante una pared, buscando elementos al interior de la Ley no puede superar esos obstáculos. Por manejarse al interior de ella, se autolimita. En cambio, la investigación jurídica interdisciplinaria permite ver un panorama mas abierto a las condiciones e incidencias que rodean a la norma jurídica y que en ocasiones se imponen a aquella situación de encerramiento.

A decir de Antonio Hernández Gil, "la construcción jurídica es el contenido (esencial) de la ciencia del derecho concebida como dogmática jurídica. Si el objeto propio de la lógica es la forma misma de la construcción científica, el objeto - de la dogmática que es... la ciencia del derecho considerada como lógica jurídica, se cifra en la construcción científica-jurídica". El método dogmático es intrínseco a la naturaleza, y también a la historia del Derecho, pues en él el elemento forma o formal se privilegia por encima del contenido o material. Concibe al Derecho como norma. "El método dogmático -dice el mismo autor-, se cifra en su pensar lógicamente lo dado como jurídico, hasta agotar su conocimiento, sin rebasar la esfera de la norma". En el formalismo, "la indiferencia - ante el contenido trae a su vez como resultado, no ya la po-

sibilidad, sino incluso la necesidad de prescindir de él, ateniéndose el jurista solo al elemento formal" (46).

Hemos visto, pues, en el desarrollo de este trabajo que en la investigación jurídica se pueden adoptar dos metodologías cuyo fundamento se encuentra en el énfasis que se ponga separadamente en alguno de los elementos que conforman al Derecho o ciencia jurídica: la norma (forma) o el hecho (contenido). De esto se desprende también, la caracterización del Derecho como variable independiente (norma) o como variable dependiente del hecho social.

Consideramos que ambas metodologías deben complementarse mutuamente. No hay entre ellas barreras infranqueables que imposibiliten su interrelación. Entre hecho y norma hay una relación similar a la que existe entre las categorías 'forma' y 'contenido'. Las "cosas" que estructura normativamente el Derecho, explica Carlos Cossio, "solo son contenidos de aquella estructura en la misma medida que la estructura es la forma que las configura como norma; es decir que todas estas cosas integran una norma porque están estructuradas con semejante forma, siendo esta forma la que entonces las juridiza y las constituye en objeto jurídico..." (47) Es innegable que junto a las normas jurídicas existen fenómenos sociales, relaciones económicas, culturales, políticas, que le dan sentido e influyen en su permanencia y cambio.

(46) Hernández Gil, Antonio. Metodología... t.1, op.cit., p.188

(47) Cossio, Carlos. La valoración jurídica y la ciencia del Derecho. Buenos Aires: Arayú, 1954, p.76

CONCLUSIONES

PRIMERO: El conocimiento científico es consecuencia de un proceso simultáneo que propicia el hombre y que opera bajo tres ingredientes: Sujeto y relación dialéctica o interacción.

SEGUNDO: El método científico es la herramienta que descubierta en las ciencias naturales o inventada en las ciencias sociales, nos permite descubrir, penetrar y explicar los fenómenos que -- impactan al hombre y su entorno.

TERCERO: Las ciencias en general admiten diversas formas de clasificación, pese a que cada vez hay mayores intentos por sistematizaciones integrales como las formuladas a partir de la dialéctica e historicismo y por los aportes de Jean Piaget.

CUARTO: En el ámbito de las ciencias sociales que tienen como -- centro al hombre individual y social destacan dos grandes paradigmas: El Estructural-Funcionalismo que nace con Max Weber y -- el marxismo y neomarxismo de Carlos Marx y Federico Engels.

QUINTO: El derecho como ciencia social compleja admite su estudio enraizado en ambos paradigmas. El dogmático se relaciona -- con el estructural-funcionalismo y el sociologismo jurídico con ciertas premisas del marxismo y neomarxismo.

SEXTO: La dicotomía Hombre-Estado o Estado-Hombre está presente en la adscripción del Derecho a cualquiera de los paradigmas antes descritos. En efecto, en la perspectiva estructural-funcionalista dogmática, el centro es el Estado y su racionalidad expresa en normas y reglas legisladas por el poder público.

SEPTIMO: En cambio, en las premisas materialistas-realismo y sociologismo jurídico el centro común es el hombre ya sea como integrante de clases sociales o como un ser gregario creador espontáneo de gobernantes y gobernados, de normas y costumbres; de mandatos y obediencias. El Derecho es producto cotidiano del hombre e instrumento de dominio de unos cuantos sobre otros.

OCTAVO: Para zanjar esa dicotomía hombre-Estado, libertad y necesidad, ser y deber ser, el Derecho surge como un fenómeno jurídico social nutrido simultáneamente de forma (lenguaje), valores (axiomas) y hechos (relaciones sociales complejas), concepción tridimensional que nos aparta de las formas dogmáticas.

NOVENO: De esa trilogía es posible didácticamente separar -- vía método como opción subjetiva del investigador, aspectos parciales que derivados del método elegido nos pueden entregar efectos y consecuencias diferentes.

DECIMO: El surgimiento del Derecho Económico Internacional -- constata una vez mas el aserto del carácter dinámico y cambiante de las ciencias sociales en general y de las ciencias jurídicas en particular; su génesis muestra el nacimiento por via interdisciplinaria de una nueva rama del Derecho.

DECIMO PRIMERO: Las bases conceptuales del Derecho Internacional se han diversificado. Las relaciones internacionales en las últimas décadas han tomado un giro distinto por la intensificación del comercio de mercancías, las inversiones extranjeras, los créditos financieros, el transporte marítimo, etc.

DECIMO SEGUNDO: El sistema económico latinoamericano altamente dependiente de los países industrializados sustancia al Derecho Económico Internacional como una disciplina novedosa, "finalista y política", que intenta reglamentar el intercambio y distribución internacional de recursos en un escenario que ha dejado atrás los patrones cerrados de convivencia mundial.

DECIMO TERCERO: Una forma de abordar al fenómeno jurídico es visualizarlo como variable independiente que bajo el prisma normativo intenta agotar su objeto en los aspectos interpretativos del lenguaje y sus matices, tratando de descubrir la voluntad implícita de un legislador que aspira a cubrir toda la amplia y compleja realidad impetrada. Objeto, hipótesis, téc-

nicas e instrumentos se agotan en las formas y documentos le
les.

DECIMO CUARTO: Otra forma metodológica es separar la realidad normada por el Derecho a fin de medir la eficacia de un mandato respecto al acatamiento voluntario o coactivo de los sujetos o grupos impetrados. Aquí objeto, método y técnicas superan las formas y penetran en hechos, conductas, interacciones, omisiones, intereses, conflictos, etc., que afectan y definen al orden normativo, vigencia, eficacia y aplicación. Aquí el Derecho aparece como una variable dependiente del amplio horizonte del poder, las clases sociales, intereses dominantes que dan en última instancia contenido a las formas y dogmas del Derecho.

DECIMO QUINTO: Ambos métodos difieren en sugenfoques y aspiraciones científicas. Hay una carga subjetiva indudable en su opción. No hay neutralidad ni objetividad en dicha opción, -- pues el investigador elige el camino y sus consecuencias.

DECIMO SEXTO: Dichas consecuencias se hacen evidentes al enfrentar una institución, norma o ley en concreto. Así lo comprobamos en el capítulo V de esta tesis.

DECIMO SEPTIMO: En efecto, la Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera puede ser investi-

gada y analizada de dos formas u opciones metodológicas.

DECIMO OCTAVO: Con el método formalista dogmático, objeto, hipótesis, técnicas y resultados nos entregan limitaciones insalvables y nos indican que el porcentaje de participación accionaria extranjera en las empresas no puede superar el tope del 49% y en áreas constitucionalmente vedadas a la presencia foránea. Las formas limitan al analista a observar un marco normativo rígido y estricto. "Es lo que los hombres dicen que hacen con la ley".

DECIMO NOVENO: Pero dicha Ley, por su importancia y trascendencia en la economía nacional, es mas que forma y porcentajes. Desde la óptica materialista o sociológica interdisciplinaria, via objeto, hipótesis, técnicas documentales y empíricas que penetren en la realidad impetrada más allá de las formas nos indicarán que porcentajes y áreas prohibidas se flexibilizan en función de pragmatismos e intereses. Aquí identificamos lo que los hombres hacen efectivamente con esta ley y los resultados y consecuencias son distintos.

VIGESIMO: Con base en lo anterior, concluimos afirmando que el Derecho carece de un sólo método. El Derecho como ciencia social es subjetivo y el método elegido nos endilga por caminos diferentes y nos lleva a resultados distintos.

VIGESIMO PRIMERO: El fenómeno jurídico como proceso complejo es histórico, cambiante y dinámico. Nada congela a las sociedades humanas. El Derecho es estructura y función; es norma, hecho y valor; el Derecho es vida humana objetiva, como afirma el maestro Recaséns Siches, y por ende dinámico y cambiante.

BIBLIOGRAFIA

- Alchourrón, Carlos E. Introducción a la metodología de las - ciencias jurídicas y sociales. Buenos Aires: Astrea, 1974
- Ander-Egg, Ezequiel. Introducción a las técnicas de investigación social. 4a.ed. Buenos Aires: Humanitas, - 1979
- Aftalión, Enrique, et.al. Introducción al Derecho. 6a.ed. - Buenos Aires: Librería El Ateneo, 1960
- Andión Gamboa, Mauricio, et.al. Guía para la investigación - científica. México: UAM-Xochimilco, 1985
- Apóstel, Leo, et.al. Interdisciplinariedad. México: ANUIES, 1975
- Bachelard, Gastón. La formación del espíritu científico. 12a. ed. México: s.XXI ed., 1984
- Baena Paz, Guillermina. Instrumentos de investigación. Méxi- co: editores mexicanos unidos, 1984
- Ballvé, Faustino. Esquema de metodología jurídica. México: - Botas, 1956
- Barahona, Abel y Francisco Barahona. Metodología de trabajos científicos. 4a.ed. Bogotá: IPLER, 1984
- Barrera Graf, Jorge. La regulación jurídica de las inversio- nes extranjeras en México: México: UNAM, 1981
- Bascuñan Valdez, Anibal. Manual de técnica de investigación jurídica. Chile: ediciones jurídica de Chile, - 1961
- Bernal Sahagún, Victor M. y Bernardo Olmedo C. (coord.) In- versión extranjera directa e industrialización en México. México:UNAM, 1986
- Briones, Guillermo. Métodos y técnicas de investigación pa- ra las ciencias sociales. México: Trillas, 1982
- Bunge, Mario. La investigación científica. 2a.ed. corregida. México: Ariel, 1983
- Calsamiglia, Albert. Kelsen y la crisis de la ciencia jurí- dica. 2a.ed. Barcelona: Ariel, 1978
- Carnelutti, Francisco. Metodología jurídica. México: UTEHA, 1962

- Castañeda, Kaplan, et. al. Derecho internacional económico. (Análisis jurídico de la Carta de Derechos y Deberes de los Estados). México: FCE, 1976
- Centeno Avila, Javier. Metodología y técnicas en el proceso de la investigación. México: ed. "Contraste", 1985
- Cervantes Ahumada, Raúl. Derecho mercantil. 2a.ed. México: - Herrero, 1978
- Correas, Oscar. Introducción a la crítica del derecho moderno. México: UAP, 1986
- La ciencia jurídica. México: UAS, 1980
- Cossio, Carlos. La valoración jurídica y la ciencia del Derecho. Buenos Aires: Arayú, 1954
- Covo, Milena. Conceptos comunes en la metodología de la investigación sociológica. México: UNAM, 1983
- Chesnokov, D.I. Materialismo histórico. Montevideo: ediciones pueblos unidos, 1966
- Dávila Aldás, Francisco. Epistemología y estructura del conocimiento (mimeo). Maestría en ciencias de la Educación, Sinaloa, México: UAS, 1987
- Díaz Muller, Luis. El SELA y las empresas multinacionales en el marco del desarrollo regional. México: UNAM, 1981
- Durkheim, Emile. Las reglas del método sociológico (trad. Anibal Leal) Buenos Aires: La Pléyade, 1974
- Duverger, Maurice. Métodos de las ciencias sociales (colección Demos) Barcelona: Ariel, 1981
- Feyerabend, Paul. Tratado contra el método. España: Tecnos, 1974
- Follari, Roberto. Interdisciplinariedad (ensayos). México: - UAM, s/f.
- Galvez Betancourt, Carlos. Elementos de lógica y reflexiones sobre filosofía. México: UTEHA, 1987
- García Maynez, Eduardo. Introducción al estudio del Derecho. 38a. ed. México: Porrúa, 1986
- Positivismo jurídico, realismo sociológico y ius-naturalismo. México: UNAM, 1977
- Giraldo Angel, Jaime. Metodología y técnicas de la investigación jurídica. Bogotá: Temis, 1980

- Gomezjara, Francisco y Nicolás Pérez. El diseño de la investigación social. 6a.ed. México: Distribuciones Fontamara y Nueva Sociología, 1984
- Goode, William J. y Paul K. Hatt. Métodos de investigación social. 13a.ed. México: Trillas, 1984
- Gorski, D.P. y P.V.Tavants. Lógica. 2a.ed. México: Grijalbo, - 1968
- Gouldner, Alvin. La crisis de la sociología occidental. Buenos Aires: Amorrourtu, 1973
- Gutiérrez Esparza, Esthela (coord.) La crisis del estado del bienestar. México: s.XXI ed.-UNAM, 1988
- Hart, J.L.A. El concepto del Derecho. 2a.ed. México: Editora Nacional, 1980
- Hernández Gil, Antonio. Metodología de la ciencia del Derecho. t.I yII. Madrid, 1971
- Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica. Madrid: Civitas, 1976
- Hernández Gil, Antonio, et.al. Introducción al estudio del estructuralismo y el Derecho. Madrid: Alianza editorial, 1975
- Kedrov, M.B. y A. Spirkin. La ciencia. México: Grijalbo (colección 70), 1968
- Kelsen, Hans. Teoría pura del Derecho (trad. Roberto J. Vernengo) México:UNAM, 1982
- Korsch, Karl. Karl Marx. Barcelona: Ariel, 1974
- Kuhn, Thomas S. La estructura de las revoluciones científicas. México: FCE, 1986
- Kuri Breña, Daniel. Derecho económico público y privado. México: UNAM, 1982
- Lamprea Rodríguez, Pedro Antonio. Metodología del Derecho. Bogotá: ediciones librería del profesional, 1982
- Larenz, Karl. Metodología de la ciencia del Derecho. 2a.ed. -- Barcelona: Ariel, 1980
- Larroyo, Francisco. La lógica de las ciencias. 19a.ed. México: Porrúa, 1976

- Lenin, V.I. Quiénes son los amigos del pueblo y cómo luchan contra los socialistas demócratas. Moscú: Progreso, 1979
- Mantilla Molina, Roberto L. Derecho mercantil. 17a.ed. México: Porrúa, 1977
- Marx, Karl. El Capital. México: FCE, 1973
Elementos fundamentales para la crítica de la economía política. México: s.XXI ed., 1971
- Marx, Carlos y F. Engels. Obras escogidas en tres tomos, t.1, Moscú: Progreso, 1976
La ideología alemana. Montevideo: ediciones pueblos unidos, 1969
- Metzger, Knut. La investigación jurídica y sus fundamentos científicos. Tegucigalpa: UNAH, 1987
- Napoleoni, Claudio. Fisiocracia, Smith, Ricardo y Marx. Barcelona: Oikos-tau, 1981
- Nino, Carlos Santiago. Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica. Venezuela: Universidad de Carabobo, 1979
- Novoa Monreal, Eduardo. El derecho como obstáculo al cambio social. 6a.ed. México: s.XXI ed., 1983
- Olivecrona, Karl. El derecho como hecho. Barcelona: Labor, 1980
- Olmedo Carranza, Bernardo. Capital transnacional y consumo. México: UNAM, 1986
- Ortiz W., Arturo. Introducción a las técnicas de investigación social. 6a. ed. Buenos Aires: Humanitas, 1977
- Padua, Jorge. Técnicas de investigación aplicadas a las ciencias sociales. 2a. reimp. México: El Colegio de México, FCE, 1979
- Palmade, Guy. Interdisciplinariedad e ideologías. Madrid: Narcea, 1979
- Pardinas, Felipe. Metodología y técnicas de investigación en ciencias sociales. 25a. ed. México: S. XXI ed; 1982
- Pattaro, Enrico. Elementos para la teoría del Derecho. Madrid: Debate, 1985

- Perroux, Francois. Las empresas transnacionales y el nuevo orden económico del mundo. (trad. Hugo Rangel C.) México: UNAM, 1982
- Piaget, Jean. "Clasificación de las ciencias y principales corrientes de la epistemología contemporánea," en: Tratado de la Lógica y el conocimiento científico. Buenos Aires: Paidós, 1979
- Psicología y Epistemología. Barcelona: Ariel, 1973
- Estudios sociológicos. Barcelona: Ariel, 1983
- Piaget, Jean y W. J. Mackensie, et. al. Tendencias de la investigación en ciencias sociales. Madrid: Alianza Editorial, 1976
- Pick, Susan y Ana Luisa López. Como investigar en ciencias sociales. 3a. ed. México: Trillas, 1984
- Preciado Hernández, Rafael. Lecciones de Filosofía del Derecho. México: UNAM, 1982
- Ramos Garza, Oscar. México ante la inversión extranjera. -- México: Imp. Azteca, 1971
- Reale, Miguel. Fundamentos del Derecho. Buenos Aires: Depalma, 1976
- Recaséns Siches, Luis. Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico. México: Editora Nacional, 1981
- Rojas Soriano, Raúl. Guía para realizar investigaciones sociales. 7a.ed. México: UNAM, 1982
- Métodos para la investigación social. México: Plaza y Valdés, 1987
- Ross, Alf. Lógica de las normas (trad. José P. Fierro) España: Tecnos, 1971
- Sánchez Azcona, Jorge. Lecturas de sociología y ciencia política (antología) 3a.ed. México: UNAM, 1987
- Seara Vázquez, Modesto. Derecho internacional público. 8a. ed. México: Porrúa, 1982
- Sepúlveda, Cesar. Derecho internacional público. México: Porrúa, 1974
- Sorensen, Max. Manual de Derecho internacional público. 2a. - reimpr. México: FCE, 1973

- Stone, Julius. El Derecho y las ciencias sociales. México: -- FCE, 1978
- Tamayo y Salmoran, Rolando. El Derecho y la ciencia del Derecho, México: UNAM, 1984
- Timasheff, Nicholas S. La teoría sociológica. 8a. reimp. México: FCE, 1980
- Treves, Renato. Introducción a la sociología del Derecho. Madrid: Taurus, 1978
- Troncoso Bravo, Ernestina. Metodología de la ciencia I. México: Publicaciones culturales, 1976
- Vecchio, Giorgio del. Filosofía del Derecho 9a. ed. Barcelona: Bosch, 1974
- Weber, Max. Economía y sociedad. 5a. reimp. México: FCE, 1981
- Wionczek, Miguel S. Capital y Tecnología en México y América Latina, México: Miguel Angel Porrúa ed. 1981
- Witker Velázquez, Jorge. Como elaborar una tesis de grado en Derecho. México: PAC, 1985
- Metodología de la enseñanza del Derecho. 3a. ed. México: UAEM, 1982
- Códigos de conducta internacional del GATT suscritos - por México. México: UNAM, 1988
- Wolfgang, Friedmann. La nueva estructura del Derecho internacional. México: Trillas, 1969
- Zorrilla Arena, Santiago. Introducción a la Metodología de la investigación. 2a. ed. México: Océano, 1985
- UAS. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Metodología de las ciencias (compilación). Sinaloa, México, 1982
- Varios autores. (selección de lecturas) El arbitraje comercial internacional. México: UNAM, IMCE, ADACI, 1983
- Varios autores. México 75 años de Revolución t. 1. Desarrollo económico II. México: FCE, 1988
- Varios autores. Introducción a la sociología. Marx, Weber, -- Parsons, Durkheim. México: Quinto Sol, s/f
- Apertura comercial y modernización industrial. Cuadernos de - Renovación Nacional. México: FCE, 1988
- Enciclopedia internacional de las ciencias sociales, t.1. Madrid Aguilar, 1979

- México. Secretaría de Gobernación. Marco jurídico de la inversión extranjera en México, 1988
- Instituto para la integración de América Latina-Banco Interamericano de Desarrollo. El proceso de integración en América Latina en 1985. Buenos Aires, 1986
- CEPAL. Boletín económico para América Latina
- México. Poder Ejecutivo Federal. Plan Nacional de Desarrollo - 1983-1988
- Revista "Comercio Exterior". México, vol. 32, No.10, octubre - 1982
- Revista de "Derecho Industrial". Buenos Aires, año 3, No. 7, Enero-Abril, 1981 y No. 9 septiembre-diciembre, 1981
- Revista "Jurídica de la Universidad Iberoamericana". México No. 4, 1982
- Revista "Crítica Jurídica". Universidad Autónoma de Puebla. No. 3, diciembre 1985; No. 4, Mayo 1986; No. 5 y 6, -- 1987
- Revista "Foro Internacional". El Colegio de México, Vol. XXII, No. 3, Enero-Marzo-1982
- Revista "Internacional del Trabajo". Ginebra, vol. 103, Num. 1, Enero-Marzo-1984
- Revista "Legislación y Jurisprudencia". Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. Año 12, vol. 12, septiembre-diciembre, 1983
- Revista "Política Internacional". Belgrado, Yugoslavia, año -- trigésimo, No. 707, 20 noviembre 1979
- Revista "Problemas del Desarrollo". Instituto de Investigaciones Económicas-UNAM. Vol.XV, No. 57, febrero-abril-1984
- Revista "Universidades". UDUAL. México, año XIII, No. 53, Julio-septiembre, 1973

p.55, párrafo segundo. Consultar: Engels, Federico. "Anti-Dühring" (trad. W.Roces) Madrid: Ed. Cenit, 1932, pp.84-89

p.56, párrafo tercero. Consultar: Ibidem.

p.73, párrafo tercero, dice: "En una ubicación intermedia situaríamos a las ciencias formales", debe decir sociales.

p.75, párrafo segundo. Se agrega: (33)

Para G. Lukacs "marxismo ortodoxo no significa reconocimiento acrítico de los resultados de la investigación marxiana, ni 'fe' en tal o cual tesis, ni interpretación de una escritura 'sagrada'. En cuestiones de marxismo --afirma el autor-- la ortodoxia se refiere exclusivamente al método. Esa ortodoxia es la convicción científica de que en el marxismo dialéctico se ha descubierto el método de investigación correcto, que ese método no puede --continuarse, ampliarse ni profundizarse mas que en el --sentido de sus fundadores. Y que, en cambio, todos los --intentos de 'superarlo' o 'corregirlo' han conducido y --conducen necesariamente a su deformación superficial, a la trivialidad, al eclecticismo". (p.2)

p.79, párrafo tercero.

Materia. "La propiedad común a todos los objetos y fenómenos, de ser realidad objetiva, de existir fuera de --- nuestra conciencia y de ser reflejados por ella,..."
Afanasiyev, V.G. Fundamentos de los conocimientos filosóficos. México: Ed. El Caballito, 1973, p.62

Revolución Social. "Es una profunda transformación operada en la vida política, económica e ideológica de la sociedad. Como consecuencia de ella se suprimen las viejas relaciones de producción, se afianzan otras nuevas y cambian de manera radical las concepciones e instituciones sociales". Ibidem, p.371

p.80

Estructura o Base Económica. El conjunto de relaciones de producción constituye la estructura económica, su base. "Por conjunto de relaciones de producción se deben comprender las formas de propiedad; las relaciones de ellas dimanantes entre los hombres en el proceso de producción; y las formas de distribución de los bienes materiales". Ibidem, p.267

Superestructura. "Es producto de la base y está indisolublemente ligada a ella". Son "las opiniones políticas, jurídicas, filosóficas, éticas, artísticas y religiosas de la sociedad y las relaciones, instituciones y organizaciones respectivas". Afanasiev... op.cit., p.268

Fuerzas productivas. "En el proceso de trabajo los hombres transforman los objetos de la naturaleza con el fin de satisfacer sus necesidades". Se compone de objetos y medios de trabajo. Los primeros "son las cosas a que se aplica el trabajo humano", y los segundos "son las máquinas, las instalaciones, las herramientas, los edificios fabriles, los diversos tipos de transporte, etc." *Ibidem*, p.227

p.81 Clases Sociales. "Son grandes grupos de personas que se diferencian unas de otras por el lugar que ocupan en un sistema de producción social históricamente determinado ...". *Ibidem*, pp.287-288

"La clase social es un concepto que indica los efectos del conjunto de las estructuras, de la matriz de un modo de producción o de una formación social sobre los agentes - que constituyen sus apoyos: ese concepto indica, pues, - los efectos de la estructura global en el dominio de las relaciones sociales". Poulantzas, Nicos. Poder político y clases sociales en el Estado capitalista. 2a.ed. México: S.XXI ed., 1970, p.75

Conciencia social. "Es un conjunto de ideas, teorías y opiniones de los hombres, que reflejan su existencia social... Cualquiera que sea la forma en que la conciencia social se manifieste en la sociedad de clases, adquiere sin falta carácter de clase". Afanasiev...op.cit., pp. 397-398

p.88, referencia (51) Korsch, Karl. Karl Marx. la.reimp. Méxi
co:Ariel, 1983, pp.25 y 35

Korsch explica que "Marx concibe todas las instituciones relaciones y circunstancias de la sociedad burguesa en su particularidad histórica. Critica todas las categorías de la teoría social burguesa en lqs que se desdibuja ese específico carácter histórico" p.25

"El principio de especificación histórica -explica Korsch- tiene, además de su importancia teórica para la investigación económica y social, otra muy importante. El principio refuerza la posición del atacante en la discusión política entre una tendencia apologetica, esto es, defensora de las circunstancias existentes, y una tendencia crítico-social, revolucionaria" p.35

p. 89, párrafo segundo. Como la investigación jurídica basada o enfocada a la semiótica y cibernética jurídica.

p.90 Todo el párrafo primero corresponde a la cita (54).

p.91, párrafo primero. Debe terminar diciendo:"en su tratado sobre 'Economía y Sociedad', tal y como se asienta en la pagina 94 de este mismo trabajo".

p.92, párrafo tercero. Al inicio dice:"Este autor", nos referimos a Max Weber.

(al inicio de este capítulo)

La Teoría Tridimensional del Derecho fué desarrollada ampliamente por Miguel Reale en su obra titulada bajo esa misma denominación. En ella destaca la diferencia de lo que él llama tridimensionalismo jurídico abstracto o genérico, tridimensionalismo jurídico específico y tridimensionalismo jurídico dialéctico; trata también, la naturaleza dialéctica de implicación-polaridad o de complementariedad de la experiencia jurídica; asimismo, hace una exposición crítica de las principales ideas de los juristas que coadyuvaron de una u otra manera a delinear la teoría tridimensional del Derecho, la cual es elaborada como tal por el autor brasileño.

En 1968, Miguel Reale distinguía la teoría tridimensional específica del Derecho, porque en ella, "hecho, valor y norma están siempre presentes y correlacionados en cualquier expresión de la vida jurídica, sea estudiada por filósofos, o por el sociólogo del derecho, o por el jurista como tal en tanto que en la tridimensionalidad genérica o abstracta, correspondería al filósofo el estado del valor, al sociólogo el del hecho y al jurista el de la norma". Además, en la tridimensionalidad específica "la correlación de los tres elementos es de naturaleza funcional y dialéctica dada la implicación-polaridad existente entre hecho, valor y norma de cuya tensión resulta un momento normativo, como solución superadora e integrante en los límites circunstanciales de lugar y de tiempo (concreción histórica del proceso jurídico en una dialéctica de implicación y complementariedad)" (Reale, Miguel. Teoría Tridimensional do Direito. São Paulo, Edicao Saraiva, 1968, pp.73-74)

Es a partir de que Reale delimita el elemento "valor", no como objeto ideal, sino como "objetivo analizado a la luz de las categorías ser y deber ser", y "con la concepción de la experiencia jurídica en términos de dialéctica", que la expresión "tridimensionalidad apareció en mí", dice el propio Reale. (Ibidem, pp.76-77)

Para Reale era indispensable incluir que, de acuerdo a su teoría tridimensional, toda investigación jurídica podría contener: "era un momento normativo", "era el momento fáctico, era el axiológico, pero siempre en función de los otros dos... (Ibidem, p.78)

A la norma jurídica debería considerársele "mas que una proposición lógica de naturaleza ideal... una realidad cultural y no un mero instrumento técnico de medida en el plano ético de conducta, pues en ella y a través de ella surgen conflictos de intereses y se integran renovadas tendencias fáctico-axiológicas según razones de oportunidad y prudencia (normativismo jurídico concreto o integrante). La elaboración de la norma, según Reale, no es "meramente una expresión de arbitrio de poder y resulta objetiva y automáticamente de la tensión fáctico-axiológica en conjetura histórico-social dada..." Este autor concibe a la experiencia jurídica como un proceso similar al que se da en la formación del conocimiento científico donde concurren conocimientos vulgares o cotidianos previos. La experiencia jurídica "debe ser comprendida como un proceso de objetivación y discriminación de modelos ...que va de la experiencia jurídica precategorial hasta la expansión e incidencia normativa representada por el derecho objetivo estatal..." (Ibidem, p.78) Se entiende pues, que esta experiencia jurídica se concibe incluso como anterior a la elaboración o legislación de la norma. Asimismo, la norma jurídica debe ser interpretada tomando en cuenta hechos y valores "que condicionaron su advenimiento" y de "los hechos y valores supervinientes..." (Ibidem, p.79)

Al valor lo concibe, Reale, determinado por la "categoría del ser. Siendo los valores fundantes del dáber ser su objetividad...", la cual se refiere al "plano de la historia, entendida como 'experiencia espiritual', en la cual son discernibles ciertas 'constantes axiológicas', expresiones de un valor-fuente (la persona humana) que condiciona todas las formas de convivencia jurídica ordenada (historicismo axiológico) (Loc. cit.)

Gran parte de la esencia de la teoría tridimensional se basa en el reconocimiento del concepto "valor" como elemento de mediación que da sentido al hecho expresado en una norma. Pero, a su vez, la trascendencia del "valor" para la tridimensionalidad reside en que los neokantianos "interpusieron entre realidad y valor un elemento de conexión; la cultura", la cual "significa el complejo de las realidades valiosas, o como esciencare Radbruch, 'referida a valores'. Esto equivale a decir -señala Reale-, que todo bien de cultura (el del Derecho es uno de ellos) es tridimensional en razón de su simple enunciado, toda vez que presupone siempre un soporte natural o real, y, a mi modo de ver -advierte el mismo autor-, también ideal, soporte ese que adquiere significado y forma propios en virtud del valor a que se refiere esa problemática en que se desarrollan las diversas especies de culturismo jurídico..." (Ibidem, p.86)

La significación que Reale otorga al "valor" como momento determinante de la correlación hecho-norma y en la elaboración e interpretación normativa, encuentra un punto de apoyo en lo que Emile Lask califica, al referirse al "valor de cultura", como "principio regulativo de todas las ciencias culturales empíricas". Es, según Lask "un mundo ya referido a significaciones culturales; y esta compleja realidad cultural, y no la realidad originaria liberada de toda clase de relación valorativa, .. la que constituye el material de las verdaderas ciencias culturales", entre las que se encuentran las ciencias jurídicas (Lask, Emile. Philosofía jurídica. Buenos Aires: Depalma, 1946, pp.58-60)

La jurisprudencia, lo mismo que la filosofía, según Lask, "tiene por objeto, no algo existente, sino algo meramente significante, no algo que es, sino algo que debe ser, una exigencia de un cumplimiento. Cuando mas, la teoría jusnaturalista, que deduce en forma inmediata el deber ser jurídico del valor absoluto, tendría motivos... para poner en la misma línea la jurisprudencia con las ciencias normativas de la Lógica y de la Etica. En cambio, -dice Lask-, para nosotros, la ciencia jurídica puede constituir solamente el método completamente incomparable de un operar puramente empirista con un mundo pensado de significaciones .. No existe ningún fenómeno cultural como factor conceptualizador, que pueda ser comparado, aunque sea aproximativamente, con el Derecho" (Ibídem, p.68)

Carlos Cossio parte de la aceptación de que el Derecho positivo es cultura. La cual se define "como todo lo que hace el hombre actuando según valoraciones..." y cuyo sustrato se entiende por su "sentido" (Cossio, Carlos. "Panorama de la Teoría Ecológica del Derecho", en Apartado de la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires, 1949, año IV, n°13, p.60) Hay objetos "cuyo sustrato es un poco de naturaleza (objetos mundanales) y aquellos cuyo sustrato es la propia acción o conducta humana (ecológicos)". Cuando la teoría ecológica dice que "la conducta humana es el sustrato del derecho, dice que la conducta es el derecho en tanto que es el objeto cuyo conocimiento formula el jurista al comprenderla en su sentido". Así, el sustrato del derecho es "la conducta porque el derecho está en los hombres, en sus actos" (Cossio, Carlos. La valoración jurídica y la ciencia del Derecho. Buenos Aires: Arayú, 1954, p.61)

Ahora bien, el derecho, a decir de Cossio, "implica dos sujetos desarrollando una conducta compartida"; donde "el hacer se integra con el impedir, de modo que la comprensión de una acción como libertad se alcanza ahora en cuanto es o no es impedimento de la acción de otro sujeto actuante. Tratamos -advierte el mismo autor-, con una interferencia inter-subjetiva de acciones posibles; y la acción, considerada de este modo, es el objeto del conocimiento jurídico" (Ibidem, p.63)

Este autor destaca el papel que juega la valoración en la experiencia jurídica, calificándolo de "material pero necesario a la experiencia jurídica, ni siquiera imaginativamente se lo puede eliminar de ella. Los contenidos dogmáticos son diferentes de institución a institución; a cualquiera de ellos se los puede alterar y aun suprimir de un régimen jurídico; -advierte Cossio-, pero en cualquier contenido dogmático aparece ya la valoración jurídica, invariablemente plena mostrando todas y las mismas dimensiones y perspectivas" (Ibidem, p.66) El mismo Cossio, en su obra sobre la Valoración Jurídica señala que, además de la forma lógica y los contenidos contingentes, la norma "es la representación de un valor". Pues, la conducta representada que es una conducta concretada por los elementos contingentes, es, en algún modo, un orden; también es cierta justicia o distribución... Es así -continúa Cossio-, que la norma contiene representados el valor orden, el valor justicia y otros valores porque la conducta de por sí es una valoración de los mismos... de tal manera que la experiencia jurídica, siendo ella conducta efectiva y no otra cosa, es una experiencia estimativa, es decir, una experiencia que se constituye con preferencias, porque la conducta vale en razón de la valoración que ella contiene y que se transparenta también en la norma que la representa" (Ibidem, pp.30-81)

Asimismo, C. Cossio señala el sentido de la c6pula l6gica 'de-
ber ser' (a diferencia del ser) que distingue al Derecho de o-
tras ciencias sociales: "La libertad que define al ser humano
-dice Cossio-, pensada con el verbo ser, es una libertad pos-
trificada o cosificada... este verbo no es apto para concep-
tualizar la libertad, porque la libertad no es algo que est6
hecho, sino que est6 haci6ndose..." En cambio, el verbo "de-
ber ser" conceptúa la "conducta en su viviente libertad, es
decir, referirnos a la conducta como conducta mediante concep-
tos". Esto significa la posibilidad de una ciencia acerca de
la conducta misma; y por eso la teoría egol6gica, apunta Cos-
sio, "presenta la ciencia del Derecho como una ciencia de la
plenaria vida humana" (Ibidem, pp.71-72)

En Luis Recaséns Siches, para quien el Derecho es "una obra humana social (hecho) de forma normativa destinada a la realización de valores"; se encuentra una extensa perspectiva de análisis del Derecho (sociológica, dogmática, histórica y filosófica) que contribuye al desarrollo y consolidación de una teoría del Derecho de amplio espectro como lo es la teoría tridimensional.

La ciencia jurídica dogmática o técnica "estudia las normas de un determinado sistema de Derecho positivo vigente, o de una rama de éste, por ejemplo: Derecho civil mexicano, Derecho penal francés,..." En ella, según Recaséns, se encuentran los siguientes rasgos: se considera al Derecho vigente "sobre todo como un conjunto de normas, es decir, como un conjunto de pensamientos normativos que intentan regular -- una determinada realidad social" de la cual surgen; es especificadora de preceptos", o sea, que las realidades humanas no las estudia como "meros hechos, sino que las toma en consideración desde el punto de vista normativo", es decir, "aquellas realidades que son jurídicamente relevantes"; "el jurista recibe (autoritariamente) del orden jurídico positivo en vigor las normas con las cuales tiene que operar... no le corresponde criticarlas... ni menos sustituirlas con su personal criterio, sino que, para él, tales normas tienen el carácter de dogmas"; la dogmática jurídica tiene "esencialmente un propósito práctico, a saber, ... averiguar que es lo que el Derecho vigente determina para una cierta situación social, ... indagar los deberes y derechos de una persona, hallar la solución para un problema práctico..." (Recaséns Siches, Luis. Sociología. 13a.ed. México: Porrúa, 1980, pp.578-580)

Por su parte, la Filosofía del Derecho tiene como misión: "el esclarecimiento de la esencia de lo jurídico y de los conceptos jurídicos básicos, ... desde el punto de vista lógico y ontológico (teoría fundamental del Derecho)"; y también, "el estudio sobre los criterios situados más allá y por encima de las normas positivas, para el enjuiciamiento de éstas; y de los cuales, consiguientemente se recogen directrices para la corrección, para la reforma y para la liberación progresiva del ordenamiento jurídico positivo. Es, e. definitiva -subraya Recaséns-, la investigación sobre la idea de la justicia y los valores por estar implicados, la investigación sobre el tema conocido tradicionalmente con la expresión de 'Derecho Natural'" (Ibidem, pp.580-581)

La Historia del Derecho, según Recaséns, se "ocupa del Derecho positivo que estuvo vigente en el pasado pero que ya no lo está". A diferencia de la Dogmática, la Historia no tiene "ningún propósito práctico, es decir, no estudia normas positivas para sacar de ellas consecuencias con las cuales dirimir los conflictos que la vida social plantea...contempla las normas tal y como fueron formuladas, pero ya no opera con esas normas para dictar sentencias" (Ibídem, p.581)

Para la Sociología del Derecho, éste "aparece como un hecho social, que es efecto de otros hechos sociales y que se hallan en interacción con otras formas colectivas; y, además, una vez ya constituido, el Derecho aparece como una fuerza social que actúa a modo de factor configurante de la colectividad y que produce efectos sobre otras manifestaciones de la vida social". Recaséns le asigna dos series de temas a la Sociología del Derecho: "1. El estudio de cómo el Derecho en tanto que hecho representa el producto de procesos sociales. 2. El examen de los efectos que el Derecho ya producido (de cualquier índole que sea) causa en la sociedad" (Ibídem, pp.581-582)

En la experiencia jurídica se da, entre sujeto y objeto, una correlación de "implicación-polaridad... permanente y progresiva... que no se puede comprender separados uno de otros..." ni "irreductibles unos a los otros; tales elementos distintos u opuestos... solo tienen plenitud de significado en la unidad concreta de la relación que constituyen, en cuanto que se correlacionan y participan de esa unidad". Dicha implicación polar de "hecho-valor", se resuelve, según Reale-, "en un proceso normativo de naturaleza integrante, representando cada norma o conjunto de normas en un momento histórico dado y en función de circunstancias dadas, la comprensión operacional compatible con la incidencia de ciertos valores sobre los hechos múltiples que condicionan la formación de los modelos jurídicos y su aplicación" (Teoría Tridimensional... op.cit., p.91)

En su concepción genérica, la teoría tridimensional del Derecho alude, pues, a la integración de la experiencia jurídica por tres elementos que le son consustanciales: hecho, valor y norma. Sin embargo, en 1984, Reale declara que esta proposición no es suficiente para representar dicha teoría. "No basta -advierte Reale-, con constatar la estructura fáctica, axiológica y normativa de la experiencia jurídica, sino además interrogarse sobre su razón de ser como también sobre sus consecuencias respecto de todas las dimensiones de la ciencia del derecho". Se puede hablar de teoría tridimensional del derecho, "hasta cuando uno se interroga -continúa el mismo autor-, sobre la naturaleza de cada uno de los factores que están en correlación en la vida del Derecho, sobre las características de esta correlación, en mi opinión -dice Reale-, de orden dialéctico, sobre la irreductibilidad del valor al juicio normativo o a situaciones factuales, sobre el nuevo tipo de normativismo que se desprende de la implicación concreta de los tres elementos determinantes del derecho, sobre el vínculo entre todos los elementos con el 'mundo de la vida' y sobre la comprensión final de la realidad jurídica en término de 'modelos', ya sean prescriptivos, ya sean hermenéuticos". ("La situation actuelle de la théorie tridimensionnelle du droit" en Archives de Philosophie du Droit, Sirey, 1984, p.371)

Desde 1968, Reale exponía ya, que en esta teoría tampoco "el saber jurídico no se presenta en su totalidad como una ciencia omnibus, en la cual todas las investigaciones se --

yuxtaponen, sino que se desdoblaron en planos lógicos que no pueden ni ser confundidos en el plano trascendental y el empírico-positivo, y más todavía, que en el segundo, se discriminan ámbitos o campos distintos de investigación, que dan título de autonomía a la sociología del derecho, a la política del derecho, a la ciencia dogmática del derecho o a la historia del derecho" (Teoría tridimensional... op.cit., p.72)

Respecto del "valor" en la teoría tridimensional, además de la función lógica del deber ser, Reale le atribuye la de estar "necesariamente unido a la acción", y se distingue de los objetos ideales por las siguientes notas: "posibilidad de realización (el valor que no se realiza no es más que una quimera, en tanto que un objeto ideal, como un círculo, no cesa de ser lo que es al aun por la no existencia de seres circulares perfectos)"; "la inevitableidad (por ejem. a medida que una -- mas grande justicia se realiza, existe aun mas justicia por realizar)"; "la trascendentabilidad (una sentencia justa no es toda la justicia, ya que todo valor traspasa las realizaciones históricas particulares)"; "la polaridad (no se puede comprender el valor mas que pensándolo en la complementariedad de su contrario... positiva o negativamente...)". Esta caracterización la emplea Reale para indicar una "intencionalidad históricamente objetivada en el proceso de cultura que implica siempre el sentido vectorial de una acción posible" (La situación... op.cit., p.372)

En esta misma perspectiva, el "hecho" resulta contextualizado. "Implica tanto lo que sucede independientemente de la iniciativa humana (nacimiento inintencionado)", como lo que "está hecho intencionalmente". Todo hecho "implica ya un ángulo de captación, una cierta valoración teórica", recibe significado "en el contexto o en la estructura en los cuales se produce". El hecho "se encuentra valorizado", pero no se convierte jamás en valor", asevera Miguel Reale. (Ibidem, p.373)

Según M. Reale, del proceso factual axiológico aparece el -- concepto de norma como una "relación concreta y no como un enunciado lógico simple y abstracto, no en calidad de lo dado inicial, como algo recibido por el jurista como un punto de partida inamovible", como si fuera "una simple copia o reproducción de conexiones de naturaleza factual. Toda norma jurídica señala una toma de posición delante de los hechos en función de una tensión para con los valores". Esta concepción integrante de norma, lleva a Reale a un "normativismo jurídico concreto", y a la afirmación de que "el derecho es

una integración normativa de hechos según valores" (Ibidem, pp.373-374).

En Reale, el Derecho es un proceso axiológico-factual-normativo. Lo concibe como una "dimensión de la vida humana", don de se expresa la "dialécticidad del hombre", entendido este como "el único ser que originariamente es y debe ser". De es ta manera, los componentes de la experiencia jurídica, hecho, valor y norma, son "puestos en perspectiva", donde el hombre es "punto de partida y de llegada del proceso histórico". Se comprueba, pues, que el hombre, "como miembro de una colecti vidad, práctica y no puede mas que practicar constantemente --dice Reale--, actos que tienen valor para él mismo y para -- los demas y que, en la medida en que la persona del otro es-- té implicada, una exigencia de medida, de composición o de -- armonía se impone". Por ello Reale afirma que "la raíz del De recho debe ser buscada en la naturaleza misma del hombre", pero como "un hombre situado" y de "naturaleza axiológica" (Ibidem, pp.374-375)

Para Reale el proceso axiológico-factual-normativo que cons tituye al Derecho es dialéctico. El Derecho se "constituye cuando ciertas valorizaciones de hechos sociales culminan en una integración de naturaleza normativa". Tanto en el origen como en el proceso de aplicación de las reglas jurídicas se establece una relación recíproca entre la experiencia 'espon tánea' y la 'científica', donde "'el mundo de la vida' condi ciona las estructuras objetivas de las ciencias", y esas es tructuras a su vez fluyen sobre el 'mundo de la vida', de ma nera que "en virtud de esta afluencia del racional no desna turaliza en nada el 'mundo de la vida', por el hecho mismo de que los científicos (y entre ellos los juristas) son 'hom bres entre los hombres', participando así a las contingencias y necesidades de la vida espontánea común". De esta forma se da una relación "dialéctica de complementariedad", que no cae en el error de 'identificar cosas contrarias y contradicto--- rias', y, "lejos de que las normas jurídicas se modifiquen en función de una fuerza immanente a ellas... se desarrollan en la experiencia histórica como resultado de la 'complemen tariedad esencial e inseparable' existente entre la experien cia jurídica pre-categorica y la experiencia jurídica ordena da científicamente, en una interpenetración continua de in-- fluencias sin los cuales --asevera Reale--, no se puede compren der el complejo mundo del derecho" (Ibidem, pp.377-378)

Reale justifica su estudio de la teoría tridimensional del De recho en un plano estructural, en virtud de que "la ciencia jurídica no habría sido posible... si la vida social no pre-- sentara ciertas relaciones estables y previsibles, si la direc

ción de las conductas sociales no tuvieran 'constantes de acción' por lo menos en una coyuntura histórica determinada". Eso, "hace pensar en reglas jurídicas destinadas a regir un orden de actos humanos'" (Ibídem, p.379)

La estructura social surge, según M. Reale, de la "reiteración constante de ciertos actos o comportamientos en correlación orgánica, buscando alcanzar los objetivos mas o menos permanentes, o al menos, estables, relacionando una pluralidad convergente de intereses individuales o colectivos". Hay estructuras que surgen como correspondencia a realidades de orden biológico o económico (familia, empresa), como salvaguarda de valores intangibles (el derecho natural), etc. La estructura social "adquiere -señala Reale-, valor de paradigma, estableciéndose como patrón o razón de comportamientos futuros"; el derecho, a su vez, asume características de "estructura normativa" o modelo social. El modelo jurídico en particular es una "estructura dinámica" y no estática, pues "el movimiento le es inherente", por la orientación en el sentido de uno o de varios fines, debiendo ser alcanzados so lidariamente", corroborándose así, la naturaleza dialéctica de la experiencia jurídica. (Ibídem, p.380-381)

El Derecho Natural es, para este mismo autor, "la versión normativa de exigencias axiológicas invariables". Estas invariables axiológicas se expresan en normas que "actúan como 'trascendentalismo' de la experiencia jurídica positiva". Son ciertos valores fundamentales (p.ej. la inviolabilidad de la persona) que se consideran "intangibles, una vez que han sido llevados a la luz de la conciencia histórica". La impresión de "innatismo" deviene por la convicción que, sin las formas axiológicas invariables, "las reglas positivas estarían expuestas a lo arbitrario" (Ibídem, p.381).

[De otra parte, en la estructura jurídica positiva, Reale destaca dos tipos de modelos: unos son de "carácter puramente teórico (los modelos dogmáticos o hermenéuticos) los otros son 'prescriptivos'". Ellos se distinguen, en que "los primeros no son obligatorios, y en los segundos existe la previsión o prefiguración de un 'orden de competencia', y entonces de un 'orden de conducta', las consecuencias preventivas de su cumplimiento o de su violación, están siempre determinadas". Los modelos hermenéuticos o dogmáticos representan a la "doctrina o derecho científico" y tienen por objetivo, "en el dominio de la ciencia jurídica, decir lo que los modelos jurídicos significan, aisladamente o dentro de todo el orden..." (Ibídem, p.382)

Un modelo jurídico, dice Reale, "puede ser expresado por una regla única de derecho o por un conjunto de reglas ligadas entre sí, ...en los dos casos, hay siempre 'una estructura normativa' constituyendo una unidad de objetivos, debiendo

ser alcanzados, en virtud de la decisión tomada por aquel del cual emana el modelo". Estos modelos jurídicos no son prototipos ideales, advierte el mismo Reale, sino que representan la forma concreta de vida de los mismos hombre, son "estructuras normativas de hechos conforme a valores... insauradas por actos concomitantes de elección y prescripción" (Ibidem, p.383)

De esta manera, Reale realiza un análisis globalizante de la experiencia jurídica, mostrando cómo existe una red de correlaciones que dan lugar a estructuras y modelos jurídicos regidos por una dialéctica de complementariedad, y donde el momento vinculante lo constituyen "un fin común de conexión objetiva entre medios y propósitos, ya sea entre la realidad y la idea de justicia". Reale concluye diciendo que estas "tres estructuras jurídicas fundamentales están correlacionadas y se dividen" de la siguiente forma: "la del derecho natural como esquema normativo de exigencias trascendentales; la del derecho positivo como orden normativo de hechos y valores en el plan experimental, y la de la hermenéutica jurídica, la cual, mas allá del hecho de que esclarece el sentido de reglas positivas, les asegura actualización continua y permanente" (Ibidem, p.384)

p.99, párrafo segundo.

En su "Teoría Ecológica", Carlos Cossio plantea que "la experiencia jurídica se constituye con tres componentes: una estructura que consiste en la lógica del deber ser, a partir de la forma imputativa 'dado A debe ser B'; un contenido dogmático recogido por aquella estructura, consistente en elementos empíricos con soporte sensorial;... y, en tercer lugar, una valoración jurídica de justicia o injusticia, que siempre estará realizada en los contenidos dogmáticos, cualesquiera fueren, inseparables de estos contenidos, pero que no puede ser confundida con ellos por ser aquella una valoración y ser estos determinadas referencias a ciertos objetos o sucesos del mundo real" (Cossio, Carlos. "Panorama de la teoría ecológica del Derecho", en Apartado de la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires, 1949, año IV, n°13, p.66)

p.100, se agrega la nota de pié (2')

Respecto del origen de los conceptos, Kant puso la atención no sobre el aspecto genético, sino sobre el valor de los conceptos mismos, y "ha demostrado -dice Giorgio del Vecchio-, que algunos elementos del conocimiento son necesarios y a priori esto es, que no derivan de la experiencia, porque son cabalmente las condiciones que hacen posible la experiencia misma. Si la experiencia, por su naturaleza particular y contingente, no puede producir estos elementos, estas nociones universales y necesarias, no hay otra solución sino admitir que existen implícitamente en -nuestra mente, es decir, que son a priori". Lo cual no "excluye -continúa Del Vecchio-, que en el orden genético o psicológico estas nociones se revelen poco a poco, que se vayan aclarando en un desarrollo gradual, con ocasión de la experiencia". En Kant, advierte el mismo autor, "los elementos necesarios, a priori, no son aquellos que aparecen psicológicamente antes que los demás; sino aquellos que en el orden lógico tienen valor universal y constituyen la condición y el límite de la experiencia posible" (del Vecchio, Giorgio. Filosofía Jurídica: 2a.ed. Barcelona: Bosch, 1974

Aplicando esos principios al Derecho, Del Vecchio, apoyándose en el elemento "necesario del conocimiento" de Kant, afirma que la noción universal de este es anterior (lógicamente) a la experiencia jurídica, esto es, a los fenómenos jurídicos singulares. Tal experiencia es una aplicación o

una verificación de aquella forma, y por tanto un consecu-
tivum con respecto a ésta. Una proposición jurídica no es
tal, sino en cuanto participa de la forma lógica (univer-
sal) del Derecho. Fuera de esta forma -reafirma Del Vecch-
io-, que es indiferente a las variedades de contenido, no
hay experiencia jurídica alguna posible, porque falta cabal-
mente en esta hipótesis la cualidad que permitiría ad-
scribirla a tal especie. La forma lógica del Derecho es un
dato a priori (esto es, no empírico), y constituye precisa-
mente la condición límite de la experiencia jurídica en ge-
neral" (Ibidem, pp.310-311)

Este filósofo italiano tiene el mérito de destacar dos ele-
mentos o momentos esenciales del Derecho: el contenido y
la forma (hecho y norma), y que es esta última la que le
da el carácter distintivo de juridicidad a una determinada
experiencia social. Además, Del Vecchio advierte ya un ter-
cer elemento del Derecho: el valor. Concibe al "Derecho co-
mo criterio de valoración del obrar", partiendo del hecho
de que el concepto Derecho se refiere a "acciones, al o-
brar", que le dan sentido a la forma lógica. La acción, a-
punta Del Vecchio, "es un hecho de la naturaleza que al --
mismo tiempo es también un hecho de voluntad; es decir, es
un fenómeno atribuido a un sujeto"; o sea que, en la acción
encontramos "dos elementos: uno extrínseco, que es una ma-
nifestación objetiva, una realidad que pertenece al mundo
físico; el otro intrínseco, que es una entidad psíquica, -
una intención, un estado de ánimo, una afirmación de volun-
tad" (Ibidem, p.311)

En esta perspectiva del "obrar" o de la "acción", para Del
Vecchio, "tiene gran importancia la valoración de los moti-
vos que concurren a determinar un acto, esto es, el grado
de conciencia y de voluntad con que se ha realizado". La
consideración "del aspecto psíquico" donde tiene lugar la
valoración jurídica "no se puede aceptar que sean indife-
rentes para el Derecho; porque esto equivaldría a afirmar
que el Derecho no considera los actos en su integridad" -
(Ibidem, p.313)

p.109, penúltimo renglón, después de "Hans Kelsen", "el cual se aborda al final de este capítulo".

p.114, párrafo primero, se incluye: (*) Consultar: García Maynez, Eduardo. Filosofía del Derecho. 4a.ed. México: Porrúa, 1983 (capítulo VII)

El maestro García Maynez ratifica el elemento valorativo como integrante del Derecho, cuando lo define como "un orden concreto, creado para la realización de valores colectivos, cuyas normas -integrantes de un sistema que regula la conducta de manera bilateral, externa y coercible- son normalmente cumplidas por los particulares y, en caso de inobservancia, aplicadas o impuestas por los órganos del poder público" p.413

"Cuando se asevera -dice García Maynez-, que el Derecho ha sido instituido para el logro de valores, con ello se indica -en lo que al mismo atañe- un elemento estructural de todos los órdenes: su finalidad. Este elemento... pertenece a la esencia de lo jurídico, ya que no podríamos llamar derecho a un orden no orientado hacia valores como la justicia, la seguridad y el bien común, ...para no mencionar ahora sino los fundamentales" p.414

"En el caso del Derecho "los valores jurídico -señala el mismo García Maynez- sirven de fundamentos a los fines que aquél tiene la misión de realizar" p.414

p.121, párrafo segundo. Ihering asienta: "Una regla de Derecho nace, pues, tan sencillamente como una regla gramatical..." Se refería Ihering a la doctrina de Savigny sobre el origen del derecho, según la cual, "Ésto se desenvuelve insensiblemente sin dificultad, como el lenguaje. No es necesario según afirma tal doctrina, luchar; la investigación misma es inútil, porque esa fuerza de la verdad que secretamente obra en la vida, avanza con paso lento pero seguro sin violentos esfuerzos, y el poder de la persuasión vá produciéndose poco a poco la luz en los corazones, que obrando bajo su influencia, le revisten de una forma legal... Esta era la idea que yo tenía sobre el origen del derecho"-señala Ihering-, y se pregunta "¿Podrá ser verdad? El derecho -continúa- preciso es conceder lo, se desenvuelve sin necesidad de investigaciones inconscientemente, empleando la palabra que se ha introducido, orgánicamente, intrínsecamente, como el lenguaje. De este desenvolvimiento interno -explica-, es del que se derivan todos esos principios de derecho que los decretos semejantes ó igualmente motivados interponen poco á poco en las relaciones jurídicas, así como esas abstracciones, esos corolarios, esas reglas que la ciencia saca del derecho existente por medio del razonamiento, y pone luego en evidencia" Ihering, Rudolf von. La Lucha por el Derecho. México: Porrúa, 1983, pp.8-9

p.141, primer párrafo. Respecto del nacimiento del Derecho, Savigny expone: "si preguntamos por el sujeto en el que y para el que el Derecho positivo tiene su existencia, lo encontramos en el pueblo. El Derecho positivo vive en la conciencia común del pueblo... Mas bien se trata del espíritu del pueblo que en todos los individuos juntos vive y actúa, y que produce el Derecho positivo" p.35 Mas adelante señala que "el Derecho científico no es en la conciencia particular de esta clase (la de los científicos) sino una continuación y desenvolvimiento particular del Derecho del Pueblo. Este lleva ahora una vida doble: con arreglo a sus rasgos fundamentales continúa viviendo en la conciencia común del pueblo; pero su desarrollo mas detallado y su aplicación a los diferentes casos pertenecen a la profesión especial de los juristas" pp.59-60 Savigny, F.K. "Los fundamentos de la ciencia jurídica", en: Savigny, Kirchmann, Zitelmann, Kantorowicz. La ciencia del Derecho. Buenos Aires: Losada, 1949

p.144 Ihering, en otra fase de sus teorías considera que, "El derecho es una idea práctica, es decir, indica un fin, y como toda idea de tendencia, es esencialmente doble porque encierra en sí una antítesis, el fin y el medio. No basta investigar el fin, se debe además mostrar el camino que á él conduce." La antítesis -- que encierra el derecho nace de la idea, "de la que es completamente inseparable: la lucha y la paz; la paz es el término del derecho, la lucha es el medio para alcanzarlo..." Así ejemplifica el por qué la justicia, "que sostiene en una mano la balanza donde pesa el derecho, sostiene en la otra la espada que sirve para hacerle efectivo. La espada sin la balanza, es la fuerza bruta, y la balanza sin la espada, es el derecho en su impotencia..." pp. 2-3
Ihering, Rudolf v. La lucha por el derecho... op.cit.

p.151, párrafo último. Derivando de un realismo científico y social, L. Duguit, afirmaba que "todas las ciencias... se han desligado de las ideas de esas sustancias espirituales, esencias que todo lo explican, procurando sustituir las con realidades"; a la vez se preguntaba: "¿Por qué el derecho no podía desprenderse de ellas?... debemos dejar esta fe --contestaba-- porque para la ciencia, lo importante es el hecho" p.101

p.152, párrafo último. Según Duguit, el principio de "La solidaridad nace por la similitud de los hombres, por la igualdad de necesidades y por la vía común. La división del trabajo se origina por la diversidad de aptitudes -- ante un fin común" p.101
Duguit, Leon. El pragmatismo jurídico (Conferencias pronunciadas en la Universidad de Hauriou trad. Agustín de Lázaro y otros), Madrid: Librería Española y Extranjera, [1923]

p.153, párrafo último. En Hauriou se concede un papel secundario al Derecho. Para él, "La regla del Derecho, socialmente establecida, es una institución... porque, en tanto que es idea, se propaga y vive en el medio social, --en el Estado, por ejemplo-- tomando de este su poder de sanción y aprovechando de las manifestaciones de comunión que se producen en él, pero no puede engendrar una corporación porque no es un principio de acción o de empresa, sino por el contrario, un principio de limitación".
Según Hauriou, "Las instituciones nacen, viven y mueren

jurídicamente; nacen por operaciones de fundación que -
les suministran su fundamento jurídico al continuarse;
viven una vida a la vez objetiva y subjetiva, gracias a
operaciones jurídicas de gobierno y administración...;
mueren por operaciones jurídicas de disolución o de abro-
gación" p.40

También afirma el mismo autor: "Dentro de un mundo que-
desea vivir y obrar, mediante la conciliación de una ac-
ción con la continuidad y la duración, las instituciones
corporativas, al igual que los individuos, están en el
primer plano, porque representan a la vez la acción y la
continuidad; las reglas de derecho se encuentran en el
segundo, porque si bien representan la continuidad, no
representan, por el contrario, ninguna acción" p.76
Mauriou, Maurice. La teoría de la institución y de la
fundación (trad. Arturo E. Sampay) Buenos Aires: Abeledo-
Perrot, 1968

p.155 Según Kantorowicz, "no importa el enfoque que se le -
dé al Derecho: Derecho justo, el descubrimiento libre
del Derecho, normas culturales, ponderación de los in-
tereses... siempre nos servimos de principios destina-
dos a valorar, completar, desenvolver o derogar Dere-
cho estatal. Estos principios no pueden por esa su --
función pertenecer al Derecho estatal. No obstante
--continúa el mismo autor--, deben constituir Derecho y
han de incluirse, por ello, en el Derecho libre" p.333
Una idea sobre la cual descansa la concepción de Kan-
torowicz es "la ficción de que todo el mundo conozca -
al Derecho estatal. Esta ficción está en contradicción
con los hechos de la manera mas crasa. En realidad --di-
ce--, nadie conoce todo el Derecho en toda su inmensa -
amplitud; muy pocos conocen una parte; la mayoría lo -
desconoce..." p.335

p.156, párrafo primero. Acerca de las lagunas del Derecho, Kan-
torowicz afirma que "...hay que completar la ley por -
medio del Derecho libre... el expediente de colmar las
lagunas con el auxilio de la interpretación legal sería
inclusive inadecuado, si este medio de por sí fuese ex-
celente", lo que no ocurre con el Derecho libre. "Uni-
camente con él --nos dice Kantorowicz--, con la esponta-
neidad de sus decisiones y la plasticidad emotiva de -
su contenido frente al caso dado, puede colmar las la-
gunas y, de hecho siempre las colmó" p.337
Kantorowicz, Germán. "La nueva concepción" en: Savigny,
Kirchmann... op. cit.

p.159, parte inicial. El pragmatismo sociológico de Roscoe Pound derivó de la consideración que planteó sobre las "necesidades contradictorias" de "estabilidad y transformación del orden jurídico". Bajo esta premisa explica que, "El interés de la sociedad en la seguridad general ha inducido a los hombres a buscar alguna base cierta que permita dar a los actos humanos un valor absoluto, capaz de asegurar un orden social firme y estable". Sin embargo, "las transformaciones constantes de las condiciones de vida y las presiones de intereses exigen un orden jurídico flexible y estable", al que hay que "someter continuamente a revisiones y a readaptarlo a la vida efectiva que ha de regir" pp.5-6

Para Pound, el "Derecho puede ser imaginado como la tarea... o grandes tareas de ingeniería social... como - medio de eliminar fricciones" y "evitar desgastes". "El Derecho -apunta- es el conjunto de conocimientos y de experiencia con cuya ayuda esta parte de ingeniería social puede llevarse a cabo... Consiste en reglas, -- principios, conceptos y standards para la conducta y la decisión; pero también consiste en doctrinas y formas de pensamiento profesional y de reglas de arte profesionales mediante las que los conceptos de conducta y decisión pueden aplicarse, desarrollarse y alcanzar eficacia" p.29

Pound, Roscoe. Las grandes tendencias del pensamiento jurídico (trad. José Puig Brutau) Barcelona: Ariel, 1950

p.195, párrafo segundo. Si bien es cierto que Savigny concibió al Derecho como "producto del espíritu del pueblo" en su obra "Los fundamentos de la ciencia jurídica", también encontramos que contribuyó a poner las bases de la escuela dogmática, al considerar en su obra sobre la "Vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho", que para establecer un "Código perfecto" sirve como término de concordia el convencimiento de que hay un práctico derecho natural o racional, o como quiere llamarse, una especie de legislación ideal buena para todos los tiempos y para todos los casos, la cual es preciso descubrir a fin de perfeccionar definitivamente el derecho positivo" pp.21-22

Savigny considera por separado el "elemento político" y el "elemento técnico" del derecho; el primero designa la "dependencia en que está respecto de la vida social del pueblo", y el segundo designa "su vida separada y científica" p.27

Savigny, F.K.V. Vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho. Madrid: La España Moderna, s/f