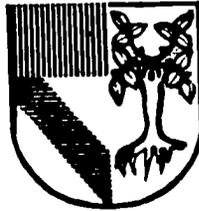


308909

UNIVERSIDAD PANAMERICANA 6

FACULTAD DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA U.N.A.M.



USO ALTERNATIVO DEL DERECHO E
INTERPRETACION JUDICIAL: ¿ESTADO O
SOCIEDAD?

TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ROMAN ESTEBAN / DAVID GONZALEZ

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Gonzalo Urbarrí

MEXICO, D. F.

2002



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.

Agradezco a Dios:

- *Por el ejemplo de vida, apoyo y cariño de mi Madre*
- *El ejemplo profesional, amor y soporte de mi Padre*
- *Por haberme dado a mi Hermano, fundamental en mi vida.*
- *Mi familia, sinónimo de amor, solidaridad, comprensión, apoyo, vinculación íntima que me permite soportar cualquier tipo de adversidad.*
- *La bendición de contar con amigos y amigas que me han demostrado con el paso del tiempo su cariño y lealtad.*
- *La "Obra", mi acceso directo con Dios, apoyo incondicional en momentos difíciles de mi vida.*
- *La Universidad Panamericana junto con los Profesores y Personal, por la educación de calidad basada en los más altos valores naturales y sobrenaturales.*
- *El Dr. Salvador Cárdenas, admirable profesor y amigo, por la transmisión de sus conocimientos y consejos.*
- *Por haberme dado la oportunidad de estudiar esta preciosa profesión con la responsabilidad de contribuir para que esta vida terrenal sea mas justa.*

*A la memoria de Félix Jorge
David Marún y Carlos
Baumgarten, permanecen
en nuestros corazones.*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO I - DEL USO ALTERNATIVO DEL DERECHO Y EL IUSNATURALISMO HISTÓRICO	8
1. Introducción	9
1.2. Antecedentes	9
1.2.3. Derecho Medieval	9
1.2.3.4. Estado Moderno	11
1.3. Punto de partida filosófico	12
2. Pluralidad jurídica y uso alternativo del derecho	13
3. Diferentes intentos por conceptualizar el derecho alternativo	15
3.1. Origen del derecho alternativo	17
4. Corrientes acerca del uso alternativo del derecho	19
4.1 Neomarxistas	19
4.1.1. Uso alternativo del derecho (Italia)	21
4.1.2. Crítica del Derecho (Francia)	23
4.1.3. Crítica Jurídica (Iberoamérica)	24
4.1.4. Critical Legal Studies (EUA)	27
4.2. Iusnaturalistas	28
4.2.1. Iusnaturalismo Histórico	29
4.3. Hacia un iusnaturalismo histórico	48
4.3.1. Nuevas categorías filosóficas para un iusnaturalismo histórico	49
CAPÍTULO II.- TEORÍAS CLÁSICAS ACERCA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA	56
1. Aproximación a la interpretación jurídica	57
2. Técnica jurídica y formalismo jurídico	59
2.1. Técnica jurídica	61

3. Aplicación de las normas jurídicas	64
4. La interpretación de las normas jurídicas	66
4.1. Interpretación jurídica	66
4.2. Métodos de interpretación	70
4.2.1. Método exegético o tradicional	70
5. El Guardián de la Constitución: polémica entre Carl Schmitt y Hans Kelsen	72
5.1. El problema de la justicia constitucional	87
 CAPÍTULO III - ¿HACIA UNA DEMOCRACIA JUDICIAL?	 90
1. Nuevas tendencias judiciales en las democracias modernas	91
2. Variables que determinan la evolución y desarrollo del poder judicial	101
2.1. La Magistratura	101
2.2. El sistema judicial	104
2.3. Estructura del Estado	104
2.4. Acceso a la justicia	105
2.5. El control constitucional	107
2.5.1. El Tribunal de Justicia Europeo	110
2.6. El sistema político	113
3. Del funcionamiento y operatividad del sistema jurisprudencial mexicano	115
3.1. Evolución histórica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación	116
3.2. El Juicio de Amparo	124
3.2.1. Comentarios al Proyecto de Reformas a la Ley de Amparo	125
4. Poder e influencia real de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la sociedad mexicana	131
 CONCLUSIONES	 134
 ANEXO.- HACIA UNA APLICACIÓN DEL DERECHO MAS JUSTA A TRAVÉS DE UNA MAYOR LIBERTAD INTERPRETATIVA DE LOS JUECES	 139
1. Casos de pluralidad jurídica y uso alternativo del derecho	140
1.1. Justicia Comunal en Calahuyo	140

1.2. La primera sentencia absolutoria de un insumiso
en España

154

FUENTES CONSULTADAS

168

INTRODUCCIÓN

En los últimos años se ha escrito mucho acerca de la crisis del Estado Moderno, de la necesidad de su redimensionamiento, dado la incapacidad del mismo para resolver los pequeños problemas de la comunidad y a su vez participar en el escenario internacional. Demasiado pequeño y demasiado grande, paradójicamente.

En el presente trabajo pretendemos demostrar la ineficacia del sistema jurídico estatal para resolver las controversias de manera que los interesados queden satisfechos, generando así el Estado de Derecho.

En el primer y segundo capítulo exponemos las dos tendencias radicalmente opuestas en lo que a intervención estatal se refiere para la solución de controversias. Hacemos un repaso por las teorías "clásicas" de la interpretación judicial derivadas de los movimientos sociales que dieron lugar a la revolución francesa, dando lugar al predominio de la legalidad sobre la justicia. Dejando al Juez la labor de pronunciar una sentencia basado textualmente en lo establecido por la ley creada por el parlamento. Dejando así la creación del derecho en los parlamentos.

Por otro lado exponemos una corriente que ha venido cobrando fuerza desde principios del siglo XX que hoy se le suele denominar

comúnmente como "uso alternativo del derecho". Tratando de demostrar la ineficacia de la estructura estatal para dirimir controversias de carácter local. No sin hacer una crítica por el radicalismo de ambas corrientes. {

En el tercer capítulo haremos un esfuerzo de prospección sobre el destino hacia donde se dirige la magistratura. La tendencia en las democracias modernas marca una clara ampliación en la intervención y responsabilidad del Poder Judicial en la toma de decisiones políticas en los Estados. Relacionando esto con la necesidad que requieren los órganos jurisdiccionales de tener una mayor independencia para solucionar controversias. Hacemos también una comparación de varios sistemas jurídicos de las principales democracias occidentales.

Al final del tercer capítulo hacemos una exposición de la situación en la que se encuentra actualmente el sistema judicial mexicano, sus facultades y estructura, para finalizar analizando el Proyecto de Reformas a la Ley de Amparo, donde se pretenden introducir figuras tan novedosas como el "interés legítimo", la limitación de la relatividad de los efectos de la sentencia de amparo y la declaración de inconstitucionalidad de una ley o acto decretada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación con efectos *erga omnes*.

Posteriormente expondremos las conclusiones derivadas del presente trabajo que, por el objetivo de la presente investigación limitaremos al plano teórico.

Por considerarlos una rica aportación al tema desarrollado en la presente investigación, a manera de anexo, exponemos dos casos en los que se ha materializado el "uso alternativo del derecho", ambos casos de gran interés y de diferentes grados. El primer caso aborda la realidad de una comunidad indígena en Sudamérica que debido a circunstancias geográficas y culturales decidió pasar por alto el sistema jurídico estatal o "hegemónico" para crear su propio sistema jurídico de solución de controversias, logrando el principal objetivo del derecho que es el de regular la conducta de la comunidad para la lograr la convivencia pacífica de sus habitantes.

El segundo caso aborda una polémica sentencia dictada por un Juez español donde haciendo un estudio profundo del caso que sometieron a su jurisdicción resolvió basado en criterios de justicia pasando por alto e incluso contraviniendo la legislación estatal.

CAPÍTULO PRIMERO

"Del uso alternativo del Derecho y el
iusnaturalismo histórico"

1. INTRODUCCIÓN

El presente capítulo tiene por objeto analizar los fundamentos filosóficos de una manifestación social que indica la ineficacia e ineficiencia del sistema judicial basado estrictamente en códigos, para determinar la necesidad de introducir al campo práctico la ciencia del Derecho como finalidad y dar a la técnica del Derecho su justa dimensión.

1.2 Antecedentes

1.2.1 Derecho Medieval

Durante el desarrollo de la Edad Media se produjo la manifestación más pura de la ciencia del Derecho. A partir del movimiento de los glosadores y de los posglosadores se inicia una de las etapas más ricas de la creación del Derecho. La recepción del derecho romano en occidente es un fenómeno cultural muy interesante. "El viejo derecho romano, unido al canónico y al feudal lombardio, produce el derecho común. Su estudio en las universidades, y la publicación de

numerosos libros sobre éste, dan inicio a un núcleo de saberes jurídicos que dominará Europa hasta el siglo XVIII, y aun más"¹.

Basados en el principio de la "*auctoritas*" de los juristas, las autoridades jurisdiccionales argumentaban sus resoluciones en las opiniones de los juristas de mayor reconocimiento por parte de la sociedad.

Con el transcurso del tiempo esta forma de hacer y aplicar el Derecho se fue viciando hasta llegar al exceso de considerar una buena argumentación sobre la base del número de autores mencionados.

La evolución natural de los acontecimientos y la llegada del "Renacimiento" originan la tendencia a tratar de dotar de científicidad al Derecho, es decir de asimilar la ciencia del Derecho a las Ciencias Exactas. Esto es pretender la creación de una serie de fórmulas generales aplicables en todo momento, lugar y circunstancia. Olvidando que el objeto del Derecho es el de regular la conducta de las personas, y el comportamiento de las personas se desarrolla de una manera contingente. Al tratar de aplicar principios matemáticos a

¹ PESET, Mariano, MORA, Adela y otros, Historia del Derecho, Artes Gráficas Soler, Valencia, 1990, pg.129.

las conductas de las personas en la mayoría de los casos implicará un resultado equívoco.

En las ciencias exactas la suma de $2 + 2$ siempre será igual a 4; pretender aplicar este esquema a la conducta humana nos podría dar un resultado diferente en cada caso concreto.

1.2.2 Estado Moderno

Con la aparición del Estado Moderno y el consecuente movimiento de codificación, la función de la autoridad jurisdiccional se limita a la aplicación y ejecución de ciertos lineamientos generales incorporados en un cuerpo denominado "ley" a todos los casos que presenten los supuestos establecidos en la misma ley.

De esta manera surge el monopolio del Estado para la creación de normas, con esto el Derecho se ve reducido a una sola de sus manifestaciones que es la ley, abandonando por completo la actividad jurisprudencial como tal.

En la actualidad se considera como dogma de fe lo que de una manera equívoca se ha denominado "Estado de Derecho" que en realidad se trata de un "Estado de legalidad".

Aquí inicia un debate sobre qué principio es más importante, el de certeza jurídica o la justicia misma.

1.3. Punto de partida filosófico

Antes de desarrollar el tema, es preciso detenernos para hacer una serie de consideraciones respecto al fundamento filosófico sobre el que se pretende desarrollar la presente investigación:

1) Como lo hemos señalado en la introducción, el presente trabajo tiene por objeto mostrar la ineficacia del sistema jurídico contemporáneo a través de la manifestación del "uso alternativo del Derecho" e introducir de una manera práctica el principio fundamental del Derecho que es "la Justicia" a las determinaciones de las autoridades jurisdiccionales en la solución de controversias, aportando fundamentos filosóficos novedosos como el iusnaturalismo histórico y analizando las nuevas tendencias judiciales en las democracias modernas.

2) El método y las categorías filosóficas que se utilizan en el presente capítulo se ubican dentro de la corriente del Derecho alternativo y del Derecho natural.

Dentro de la presente argumentación se mezclan corrientes de pensamiento aparentemente disímiles como: la metodología del marxismo y algunas categorías filosóficas de la "filosofía de la liberación" (*el otro y el inequívocamente otro*), que junto con los principios universales e inmutables del iusnaturalismo dan lugar a un "Derecho natural histórico, iusnaturalismo crítico o racionalidad crítica del Derecho natural"². Es decir a un iusnaturalismo aplicable al momento determinado en que se suscite la controversia, al aquí y ahora.

2. PLURALIDAD JURÍDICA Y USO ALTERNATIVO DEL DERECHO

Antes de empezar a desarrollar la teorización y praxis del uso alternativo del Derecho es conveniente distinguirlo de la pluralidad jurídica. Reconociendo que ambos están estrechamente vinculados, se dan en un ámbito de aplicación diferente.

Por **Pluralidad Jurídica** entendemos la coexistencia de dos sistemas normativos en un mismo Estado, siendo que uno de ellos contiene mandamientos que incluso se contraponen con el otro. A saber, uno de los sistemas normativos es hegemónico respecto del

² DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, "Racionalidad analógica un modo de acceso al iusnaturalismo histórico", en *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, Año 22 No.22, México, 1998, pg.424.

otro. Por hegemónico queremos expresar un sistema creado por el Estado con la intención de que sea el único. Pero la realidad se impone a la ficción, y aun cuando con todo y con las teorías respecto al acuerdo social que crea al Estado y el monopolio de la creación del Derecho, existen tradiciones, costumbres y realidades que no pueden ser superadas ni desplazadas por ideas totalizantes de unos cuantos.

Una clara manifestación de Pluralismo Jurídico la tenemos en México, en los territorios dominados por el Ejército Zapatista de Liberación Nacional, donde existe una serie de ordenamientos dictados por la Comandancia General del EZLN para su aplicación dentro de los territorios ocupados, siendo que muchos de estos mandamientos se oponen a los establecidos en el sistema jurídico hegemónico o constitucional (en este caso).

Aquí encontramos un claro problema de contradicción de disposiciones, donde siguiendo las teorías imperantes del Derecho (Iuspositivismo) tendríamos que señalar que no hay tal contradicción, que el Derecho Zapatista no es Derecho y que impera el orden constitucional. Pero hay una realidad y ésta es que ciertamente existe ~~otro~~ otro orden normativo y es más eficaz y eficiente que el constitucional.

3. DIFERENTES INTENTOS POR CONCEPTUALIZAR EL DERECHO ALTERNATIVO

Por tratarse de una corriente que surge recientemente todavía no encontramos una conceptualización universalmente aceptada del Derecho Alternativo, pero si encontramos numerosos esfuerzos por lograrlo. A continuación expondremos las que consideramos de mayor importancia por el contenido de las mismas. Pero antes expondremos de modo breve las características que a nuestro entender comparten.

Para comprender de un mejor modo posible las diferentes corrientes que dentro de la conceptualización del Derecho Alternativo han surgido, Pérez Lledó establece algunas características comunes a las corrientes críticas del Derecho:

- 1) Enfoque en la dimensión histórica y social del Derecho;
- 2) Defensa de la interdisciplinariedad de la ciencia del Derecho;
- 3) Enfoque en la dimensión política del Derecho y del discurso jurídico rechazando su neutralidad valorativa;
- 4) Enfoque en la indeterminación del Derecho y en la subjetividad del razonamiento jurídico, esto último como consecuencia de la influencia postmodernista.

5) Se reconoce un carácter ideológico al Derecho, como productor y reproductor de la conciencia jurídica y social;

6) Ambivalencia hacia el Derecho, es decir por un lado realizan una fuerte crítica al Derecho como principal factor de conservación del *statu quo* y por el otro como instrumento de transformación social³.

Se considera que en el Derecho existen altos contenidos de índole política, es decir el sistema normativo en un momento y lugar determinado se encuentra relacionado con alguna ideología. A su vez se considera un discurso jurídico incidente en la conciencia colectiva.

Los diferentes esfuerzos por conceptualizar el Derecho Alternativo responden a la tendencia ideológica de los autores que realizaron el estudio.

El término "Derecho Alternativo" varía de acuerdo a los países de que se trate, de esta manera encontramos que en Francia se le denomina *Critique du Droit*, en Brasil se le conoce como *Direito Insurgente* y finalmente en México se le denomina Uso alternativo del

³ PÉREZ LLEDÓ, Juan A., El movimiento Critical Legal Studies, Editorial Tecnos, Madrid, 1996, pg.15.

Derecho o Prácticas jurídicas alternativas. Todas ellas constituyen una "Sociología Jurídica Militante"⁴

3.1. Origen del Derecho alternativo

A finales del siglo XIX surgen varias corrientes en lo que se denominó "la revuelta contra el formalismo". Entre otros se encuentran: la jurisprudencia finalista, inaugurada por (el segundo) Ihering, la jurisprudencia de intereses (Heck), la escuela del Derecho Libre (Kantorowicz), la sociología jurídica de Ehrlich, la escuela científica (Gény), el pluralismo jurídico (Gierke), la jurisprudencia sociológica (Pound) o el realismo jurídico escandinavo (Ross, Hägenstrom, Lundstedt) y norteamericano (Llwellyn, Frank, Cohen) mismas que son consideradas por el maestro Pérez Lledó como la raíz de buena parte de muchos críticos contemporáneos del Derecho.

Es importante señalar que el tema ya ha sido abordado por prestigiosos juristas en Europa, principalmente en Italia a finales de los setenta, con autores tales como: Luigi Ferrajoli, Jean Jaques Gelizal, Pietro Barcellona, Roberto Bergalli, Giuseppe Coturri, Rodotà, Galgano, Jerzy Wróblewski, David Sánchez Rubio, entre otros. Quienes desarrollaban sus temas en revistas como *Democrazia e*

⁴ DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, Sociología jurídica y uso alternativo del Derecho, Ed. Instituto Cultural de Aguascalientes, Primera Edición, Aguascalientes, 1997.

diritto o *Critica del diritto*, además de la *Magistratura Democrática* integrada por jueces y abogados.

El surgimiento del Derecho alternativo en el campo práctico se ubica claramente en Brasil a finales de 1990 cuando un grupo de jueces de Río Grande do Sul, posteriormente denominados "Jueces Gauchos" comenzaron a emitir sentencias fundadas en criterios de justicia aun cuando no las fundaban o incluso contravenían a las disposiciones legales. Debido a esto se originó un gran debate nacional debido a la forma en que los jueces debían administrar justicia.

Una vez que surge la polémica en Brasil, diversos juristas, principalmente de América latina comienzan a interesarse por esta nueva manifestación del Derecho. Entre ellos encontramos en México a los maestros Jesús Antonio de la Torre Rangel, a Oscar Correas, a Carlos Wolkmer en Brasil.

Una clara descripción del objetivo de estas prácticas jurídicas alternativas es el que nos proporciona el maestro Germán Palacio en la siguiente afirmación:

"Los fines de estas prácticas jurídicas alternativas son la transformación social, aumentar el poder de las clases subordinadas y de los grupos discriminados, y contribuir a la auto – organización y autonomía de esos grupos; El propósito pues de estas prácticas jurídicas alternativas es en cierta medida una liberalización del Derecho ya que el propósito es lograr un cambio social donde las mismas comunidades puedan organizarse y decidir su destino"⁵.

Como se mencionó anteriormente el punto de partida para la teorización del uso alternativo del Derecho es aceptar que el Derecho está estrechamente vinculado a diferentes tendencias ideológicas, de esta manera podemos clasificar a los autores, de acuerdo con el punto de vista desde el cual abordan el estudio del Derecho alternativo:

4. CORRIENTES ACERCA DEL USO ALTERNATIVO DEL DERECHO

4.1. Neomarxistas

Ante la crisis de los países llamados del "Socialismo Real" muchos autores de pensamiento socialista se dieron a la tarea de buscar en otro lado los argumentos del socialismo, de esta manera llegaron a

⁵.- PALACIO, Germán, "Prácticas jurídicas alternativas (PJA)", en *Documentos No.6 relativo al Primer Encuentro Nacional de Servicios Legales Populares del Paraguay*.

matizar el principio de la lucha de clases, aceptaron la democracia como forma necesaria de ejercer el poder entre muchas otras cosas.

Pero lo más importante de esta corriente es que continúa con la concepción marxista del Derecho como "Instrumento de dominación de clase, el derecho es también un derecho, y que el derecho del mas fuerte sobrevive bajo otras formas en su Estado de Derecho"⁶. Marx no realiza una teoría jurídica pero algunos juristas marxistas si lo han pretendido, rastreando textos de Marx acerca del Derecho, por ejemplo en la introducción de "Contribución a la crítica de la Economía Política" se deja ver una crítica al sistema jurídico contemporáneo a Marx, el cual es considerado un Derecho impuesto por la clase burguesa, a la cual se le denomina "clase dominante".

La forma para comprender una aportación de Marx a la teoría jurídica pasa por entender "teoría" en sentido genérico, como filosofía o reflexión global acerca del fenómeno jurídico y de su papel en la sociedad, de esta manera si pueden localizarse algunos factores comunes entre los críticos marxistas:

1. El Derecho se identifica con el derecho burgués - capitalista;
2. El Derecho se identifica con el derecho privado;

3. Es un fenómeno histórico en virtud de que es una realidad vinculada a ciertas formas de organización social;
4. El Derecho es incompatible con una sociedad de individuos emancipados;
5. Tiene un carácter ideológico. Junto a ello, los estudiosos marxistas del Derecho han asumido también:
6. Una actitud de rechazo frente al modelo tradicional de ciencia jurídica;
7. Una actitud de desconfianza o de sospecha frente a los valores que el Derecho realiza o debería realizar: la justicia o los Derechos humanos.⁷

De ésta manera podemos señalar principalmente las corrientes que se oponen al formalismo, que en el medio se ha identificado como conservadurismo ya que se presupone una clara intención por conservar el *statu quo*. Las teorías críticas susceptibles de análisis son las siguientes:

4.1.1. Uso alternativo del Derecho (Italia)

Esta corriente crítica del Derecho, como explica Pietro Barcellona, pretende defender la "posibilidad de una práctica jurídica en

⁶ MARX, Karl, Contribución a la crítica de la Economía Política, Alberto Editor, Madrid, 1970, pg. 253

⁷ ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO J, Marxismo y filosofía del Derecho, Ed. Fontamara, México, 1993.

contradicción con el designio de desarrollo social expresado (también jurídicamente) por la clase dominante⁸.

Los alternativistas denuncian como falsa la pretendida imparcialidad del sistema jurídico y su abandono político – ideológico porque refuerzan el statu quo, ya que este es creado, promovido e instalado por la clase dominante, es decir la clase alienadora, en el discurso marxista.

Las lagunas o imperfecciones del sistema normativo obligan al interprete o aplicador a una opción, que no puede ser técnica sino valorativa o política entre diversas posibilidades.

Esta corriente señala claramente que existe una separación entre lo que denominan "ortodoxia jurídica" y "práctica política", así pues se propone un uso del Derecho de manera alternativa, es decir utilizando criterios de interpretación distintos a los convencionales, sustituyéndolos por aquellos que favorezcan los intereses de las clases subordinadas y el objetivo de la construcción de una nueva estructura de poder democrática y justa que permita "una gestión social del proceso de producción y distribución"⁹.

⁸ BARCELONA, Pietro y COTURRI, Giuseppe, El estado y los juristas, Ed. Fontanela, Barcelona, 1974, pg.255.

⁹ *idem*, Pg.219-220.

Entonces se hace necesaria la elaboración de una teoría dirigida a la constitución de una teoría jurídica alternativa que permita una reflexión de la relación existente entre las actuales instituciones jurídicas y las estructuras sociales.

De esta primera corriente se desprende una clara intención por reformar las estructuras de poder, se puede concluir un discurso reivindicatorio como función del Derecho, tomando como base un análisis de la identificación o congruencia de las instituciones jurídicas con la realidad social.

4.1.2. Crítica del Derecho (Francia)

En 1977 surge el movimiento *Critique du droit*, que a diferencia del uso alternativo, su finalidad es eminentemente teórica y pedagógica. Entre sus miembros más destacados están: Miaille, Jeammaud, Gleizal, Jeantin, Dujardin, Michel y Journes. Sus principales órganos de difusión son la revista *Procés* y la colección de libros *Critique du droit*.

4.1.3. Crítica Jurídica (Iberoamérica)

Para entrar al estudio de esta corriente crítica del Derecho debemos comenzar por la situación del sistema jurídico y político en Iberoamérica, y para ello hay que considerar los siguientes factores:

- 1) Una marcada influencia del iusnaturalismo (neoescolástico) en la filosofía del Derecho;
- 2) Paradójicamente una dogmática jurídica marcadamente formalista;
- 3) Un sistema político que oscila entre democrático y totalitario.

Son estos factores los que provocaron una tardía reacción de los juristas iberoamericanos hacia el movimiento crítico del Derecho.

De esta manera la "crítica del Derecho" en Iberoamérica tiene una gran diversidad de contenidos y argumentaciones, siendo elementos comunes el rechazo al sistema normativo positivo, el carácter alienante del Derecho, y demás consideraciones que tienen un claro trasfondo reivindicatorio muy del estilo marxista.

Y es hasta cierto punto lógico el reencuentro de una serie de intelectuales de izquierda que con los primeros visos democráticos

(tardíos) comienzan a replantear y a matizar los postulados con relación a las estructuras de poder y al Derecho.

En América Latina concretamente, el "uso alternativo del Derecho" se manifiesta en los esfuerzos de algunos autores, principalmente de México, Brasil, Colombia y Argentina, por teorizar las "prácticas jurídicas alternativas", pero con mayor fuerza en el ejercicio de la profesión del abogado, a este respecto:

Oscar Correas señala dos grandes espacios, en América Latina, para la tarea de los abogados que tengan espíritu democrático y la vocación de servicio a los sectores oprimidos: el ejercicio mismo de la profesión y la crítica jurídica. Dentro del primer rubro incluye: la asesoría jurídica de sindicatos y otras corporaciones (campesinos, comuneros, movimientos vecinales, de profesionales, etcétera); las defensas penales y la defensa del ciudadano frente al autoritarismo del Estado; y la participación hacia dentro del propio aparato administrativo del Estado y en tareas legislativas. Respecto al segundo aspecto, esto es la crítica jurídica, como actividad teórica – académica, sería una labor en defensa del Estado de Derecho frente a las formas autoritarias, como un control de la práctica jurídica en búsqueda de nuevas formas democráticas, esto como un primer aspecto; Y el otro campo de la actividad de la crítica jurídica, sería la

elaboración de una teoría crítica del Derecho. Nosotros agregamos a las tareas de ese abogado comprometido con las causas populares un tercer campo, el de la educación jurídica – popular.

Ahora bien, en el ejercicio de la profesión, concretamente en el litigio y la asesoría jurídica, haciendo uso del Derecho objetivo, consideramos que existen dos zonas diversas en las cuales puede usarse el Derecho al servicio del pueblo:

1ª. Haciendo efectivas muchas disposiciones jurídicas vigentes que benefician a las clases dominadas, y que no se hacen valer.¹⁰

2ª. Dándole a otras normas de suyo "neutras" un sentido tal que lleve una aplicación en beneficio de los oprimidos. Este espacio, propiamente, es el que, siguiendo a Barcellona y Coturri, hemos llamado uso alternativo del Derecho. Algunos lo llaman práctica alternativa del Derecho".¹¹

Así tenemos el pensamiento de dos de los principales teóricos del uso alternativo del Derecho en México y en Latinoamérica respecto al carácter práctico del "uso alternativo del Derecho.

¹⁰ N. del A.- Este tipo de normas son las referentes a Derechos humanos, Derecho agrario, Derecho laboral, Derecho indígena entre otros.

¹¹ - DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, "Puntos fundamentales para el uso alternativo del Derecho", en *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, Año 1988 Vol. 12, pg295, Ed. Escuela Libre de Derecho.

Para efectos del presente trabajo, nos interesan el segundo tipo de normas, es decir aquellas que dejan un cierto (aunque reducido) margen de discrecionalidad al juzgador, es decir de libertad para juzgar tomando en cuenta las circunstancias concretas del caso y así poder decidir en justicia y equidad. Pero este aspecto de lo planteado por el presente trabajo lo reservamos para los siguientes capítulos.

4.1.4. *Critical Legal Studies* (Estados Unidos de América.)

Este movimiento surge en los Estados Unidos de Norteamérica de un grupo de intelectuales juristas de izquierda, que después de los movimientos sociales de los sesenta, "La Nueva Izquierda" norteamericana y su radicalismo cultural, se refugiaron en las aulas y su objetivo gira en torno a la conformación de agrupaciones de juristas de izquierda, es por ello que tienen un marcado interés por la enseñanza del Derecho.

En esta corriente no se pretende la instauración de un sistema teórico único y opta en cambio por prácticas teóricas a pequeña escala, adaptando elementos tomados de las más diversas tradiciones y autores, tales como: existencialismo, fenomenología, teoría social clásica, pragmatismo, entre los que más influyen estarían el "realismo jurídico norteamericano", el neomarxismo, el postestructuralismo, el

feminismo y la "*Critical Race Theory*"¹². Con diversos grados de influencia, tales corrientes convergen en la necesidad de cambiar el orden establecido, el sistema. Todo ello llevado a la práctica jurídica.

La siguiente idea de Luigi Ferrajoli expresa muy bien, para concluir este apartado, la crítica de los movimientos intelectuales antes mencionados: "La ideología de la apoliticidad de la justicia se revuelve de este modo en la pasiva sujeción del Juez a la política del poder y en sorda hostilidad a las dinámicas de la soberanía popular"¹³.

4.2. Iusnaturalistas

Es importante aclarar que aun cuando el fundamento principal de esta corriente es el Iusnaturalismo, el estudio se hace desde una óptica diferente a la que tradicionalmente se había utilizado.

El autor principal de esta corriente es el maestro Jesús Antonio de la Torre Rangel, quien ha elaborado diversos estudios sobre el uso alternativo del Derecho, tomando como punto de partida filosófico lo que se ha denominado Iusnaturalismo Histórico, Iusnaturalismo Crítico o Racionalidad Crítica del Derecho Natural.

¹² Para mayor información acerca de las Teorías Críticas Feministas y Raciales ver en: PÉREZ LLEDÓ, Juan A., *El movimiento Critical Legal Studies*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pgs. 196-200

4.2.1 Iusnaturalismo Histórico

Resultado de una reflexión en torno a la eficacia de los principios contenidos en el iusnaturalismo, De la Torre Rangel llega a la conclusión que tales principios, que difícilmente pueden ser objetados, se quedan en el ámbito teórico, es decir que no aterrizan al campo de aplicación de normas jurídicas o programas de gobierno. El iusnaturalismo carece entonces de historicidad, no permea en las relaciones de las personas y principalmente en los sectores excluidos del mundo jurídico, los que padecen injusticias de manera cotidiana. Iniciemos pues un recorrido por esta propuesta que bien puede suplir algunas de las carencias del iusnaturalismo, de manera complementaria a los principios universales contenidos en la doctrina en cuestión:

Derecho: Concepto Análogo

El autor antes mencionado comienza desde la raíz misma, haciendo un análisis de las acepciones que del término Derecho existen, a la luz de la analogía, basado principalmente en el maestro Efraín González Morfín. A saber las cuatro acepciones del término "Derecho" son:

¹¹ FERRAJOLI, Luigi, "Posición institucional y función de la Magistratura en el sistema político italiano", en Política y Justicia en el Estado Capitalista, Ed. Fontanella, Barcelona, 1978, pg. 104.

- 1) Derecho subjetivo, como facultad o potestad de las personas;
- 2) Como sistema normativo o cuerpo de leyes;
- 3) Derecho objetivo o lo que se denomina lo "justo objetivo"; y
- 4) Como Ciencia, la llamada "Ciencia del Derecho".

Para entrar en el análisis del "Derecho" como concepto análogo, es preciso remitirnos a la Analogía como método de conocimiento, y a los tipos de analogía que pueden presentarse.

Con relación a la analogía como término y como concepto, Manuel Atienza hace la siguiente precisión: La distinción entre el término analogía y el concepto de analogía es de gran importancia. El término analogía significó originariamente proporción, y más exactamente, proporción matemática. Este es el sentido en que lo utilizó Aristóteles en la "Ética a Nicómaco", trasladando el concepto del campo de la matemática al campo de la justicia distributiva ... sin embargo, cuando los juristas hablan de analogía, suelen referirse por lo común a un procedimiento argumentativo que permite trasladar la solución prevista para un determinado caso a otro caso distinto, no regulado por el ordenamiento jurídico"¹⁴.

Para que exista analogía deben presentarse dos realidades, entes o conceptos entre los cuales exista una relación de conveniencia y otra de discrepancia entre los seres conocidos y los que se pretende conocer, al respecto:

"Si no se diera conveniencia entre los seres conocidos por analogía, no se podría pasar del ser mas conocido al menos conocido; por otra parte si no se diera discrepancia, sería inútil la analogía, ya que el tránsito de un ser a otro no añadiría ningún conocimiento nuevo y sería formalmente tautológico."¹⁵

De esta forma el maestro González Morfín propone acceder al ser del Derecho a través de la Analogía.

La Analogía es un método de conocimiento, "casi una racionalidad"¹⁶ que supone el tránsito del ser más conocido al menos conocido, mediante una combinación de conveniencia y discrepancia entre ellos.

¹⁴ ATIENZA, Manuel, Sobre la Analogía del derecho, Editorial Civitas, Madrid, 1986, pg.29

¹⁵ GONZÁLEZ MORFÍN, Efraín, "Analogía, ser del Derecho y ser de la sociedad", en *Jurídica*. Núm. 6, *Revista del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, Julio de 1974.

¹⁶ BEUCHOT, Mauricio, "Sobre la analogía y la filosofía actual" en *Analogía Filosófica*, México, enero - junio de 1996.

En palabras de Beuchot, en toda analogía hay tres elementos: un nombre común a varias cosas, una razón o concepto significado por ese nombre, y unas relaciones que tienen las cosas analogadas con esa razón significada

Principalmente existen tres clases de analogía:

1) De desigualdad

La analogía de desigualdad es la que tiene que ver con todas las cosas cuyo nombre es común y su significado es el mismo pero desigualmente participado, tal es el caso del nombre "órganos", cuyo significado es el mismo pero participa de distinta manera en "órgano superior" u "órgano intermedio", etc.

2) De Atribución

Para que se pueda hablar de Analogía de atribución se debe de cumplir con el requisito de la "prioridad y posterioridad de orden en cuanto a la significación...", quiere decir que la razón o noción significada por el nombre sirve de polo o término por relación con el cual los significados son diversos y guardan una jerarquía".¹⁷

La analogía de atribución, otorga una cualidad o forma determinada a un ser (analogado principal), que la tiene de manera

propia y sobresaliente, y a otros seres que la tienen con dependencia respecto del anterior (analogado secundario).

Dentro de la analogía de atribución encontramos la analogía de atribución intrínseca, que no es más que tanto el analogado principal como los secundarios tienen realmente la forma o perfección atribuida. Por el contrario en la analogía de atribución extrínseca, solamente el analogado principal tiene atribuida la forma o perfección, no en los secundarios que reciben la misma denominación verbal porque se relacionan de alguna manera con el analogado principal.

3) De proporcionalidad

En la analogía de proporcionalidad se atiende preponderantemente a las relaciones, más que a las cosas, y estas relaciones se dan en grados de proporción. Es decir, el nombre es común (en los analogados) y la razón significada por ese nombre es solo proporcionalmente la misma. Los analogados se unifican porque proporcionalmente significan lo mismo.

Aquí encontramos dos tipos de analogías de proporción: la metafórica, en la cual sólo a uno de los términos se atribuye la razón significada; mientras que al otro sólo se atribuye de manera

¹⁷ *Ibidem.*

metafórica. Por otro lado encontramos la analogía de proporción propia, que en palabras de Beuchot es el modo más perfecto de la analogía, pues en ella el nombre común se dice de ambos analogados sin metáfora, y respetando proporcionalmente las diferencias de uno y otro.

Existen argumentos a favor de las dos últimas formas de analogía para decir que una es más perfecta que la otra.

A estas alturas lo importante es determinar cual es el analogado principal del cual se desprenderá la información necesaria para llegar al conocimiento de los analogados secundarios. Para lograrlo resulta necesario separar dos ordenes, a saber:

- a) El orden del conocer, que se refiere a la realidad más próxima de que podemos tener conocimiento, la capacidad cognoscitiva del ser humano nos permitirá iniciar el procedimiento analógico desde un determinado analogado; y
- b) El orden del ser, es el que se refiere a la esencia del procedimiento analógico, atendiendo al significado intrínseco.

Tras una breve explicación de la analogía propuesta por de la Torre Rangel, siguiendo al maestro González Morfín, tomamos el término análogo de "Derecho".

En el orden del conocer resulta sencillo determinar que la primera aproximación que tiene el ser humano es con el "Derecho" como facultad, como una potestad sobre ciertas cosas (*lato sensu*) que le corresponden por el solo hecho de ser personas, Derechos que adquiere desde el momento en que empieza a existir. Es decir, se trata de determinar cuál es la realidad jurídica que por la relación que tiene con otras realidades jurídicas, nos lleva a conocerlas en un proceso que va de lo más conocido a lo menos conocido o desconocido. Es frecuente poner el ejemplo de un bebé que aun no desarrolla conocimiento de las normas o de la justicia objetiva, ni mucho menos de la ciencia del Derecho, pero sí sabe, intuye que tiene Derecho a recibir cuidados, alimentación y cariño. Y si estos le faltan, los reclamará de la única manera que una persona de esa edad puede manifestarse.

De lo anterior resulta que el analogado principal en el orden del conocimiento es el Derecho subjetivo, como facultad de la persona.

a) En el orden del ser.

Para entrar en el análisis del analogado principal en el orden del ser debemos señalar que se debe de partir de una determinada concepción del hombre, del Derecho y del Estado. De esta concepción o punto de partida adoptado derivarán los resultados. Y este punto de arranque es el que en nuestra opinión origina las diferencias ideológicas que existen respecto de la función, finalidad e importancia del Derecho y del Estado, de uno respecto del otro.

Partiendo de la premisa de que todo Derecho supone la preexistencia de relaciones entre personas, es decir el Derecho surge ahí donde una persona se asocia con otras personas, lo que se conoce como Alteridad, es necesario pues, reflexionar acerca del ser de esa sociedad de personas acudiendo a la filosofía social. A esta concepción de la relación que guarda el Estado con las personas a través del orden jurídico se le ha denominado: *Principio Social Fundamental*.

En el presente trabajo adoptamos como *Principio Social Fundamental*, el solidarismo o personalismo comunitario de la Doctrina Social de la Iglesia, Mounnier, Maritain y específicamente en México Efraín González Luna y Efraín González Morfín. Consideramos útil hacer una breve referencia al "solidarismo".

El **solidarismo** se considera como una tercera vía de filosofía social, es decir una opción a la clásica disyuntiva entre individualismo y colectivismo. Por un lado, en el individualismo se "exagera el aspecto individual y minimizan o menosprecian el de la colectividad social. En el extremo contrario, también hay corrientes de pensamiento, de organización y de acción que exageran el valor y la importancia de la colectividad social y minimizan o mutilan la personalidad individual"¹⁸

Ante esta falsa disyuntiva surge, aún cuando se remonta a tiempos anteriores al socialismo real, incluso al mismo Marx, una tercera opción que considera la naturaleza humana en su doble aspecto: como ser individual, pero con la necesidad de realizarse dentro de la colectividad. Continúa González Morfín: De hecho, como dato innegable de nuestra existencia, nos encontramos con la realidad de nuestra propia persona individual y, al mismo tiempo, con la realidad de la sociedad o colectividad en la que vivimos. Siguiendo lo anterior el solidarismo se resume en la siguiente fórmula:

“Los valores humanos ni subsisten ni se perfeccionan si se agota la colectividad”

¹⁸ GONZÁLEZ MORFÍN, Efraín, Solidarismo, Ediciones de Acción Nacional, México, 1974.

A continuación, resumiremos las tesis postuladas por Nikolaus Monzel, que sirven de argumentos para esta tercera vía:

- 1) "Todo hombre es distinto de cualquier otro";
- 2) En todo hombre se da en forma tan primigenia como la individualidad de esencia, una conciencia y una dependencia social;
- 3) Cada persona posee una esfera absoluta de intimidad, que se sustrae a toda intervención directa de otras personas; y
- 4) Solidaridad de hecho"¹⁹

De esta corriente se desprende una concepción Hombre - Orden Jurídico - Estado, diferente a las antes planteadas.

Retomando el tema del analogado principal en el orden del ser, podemos comenzar señalando cuál de los analogados no puede ser el principal, desde luego, el Derecho como sistema normativo. Aun cuando hay personas que consideran que el Derecho positivo debe ser considerado como el analogado principal, repetimos que para esto se requiere considerar la concepción sobre el hombre. El Estado y el orden jurídico, y la relación que guardan entre ellos, "en la cual la vida humana se subordina al Derecho objetivo y éste se convierte en una

¹⁹ MONZEL, Nikolaus. Doctrina Social (2 Tomos). Ed. Herder. Barcelona, 1969, pgs. 311 y 312.

serie de principios racionales o de expresiones normativas de razones de Estado".²⁰

A este respecto ha habido variantes en las posiciones de González Morfín, en un principio sostenía que el analogado principal era el Derecho subjetivo o facultad, pero en sus últimos trabajos ha venido sosteniendo la tesis de que el analogado principal del Derecho en el orden del ser es lo "justo objetivo". Desarrollaremos brevemente, los argumentos a favor de ambos:

- 1) El Derecho subjetivo como analogado principal en el orden del ser.

"Si se ha de sostener la concepción equilibrada del Derecho en el orden del conocimiento y en el orden del ser, hay que decir que la realidad original o analogado principal es la facultad o potestad moral de la persona sobre lo suyo, con toda la amplitud que corresponde a esa expresión tan breve: se trata no solo de bienes físicos o materiales, sino de todo el repertorio ontológico de que puede disponer el ser humano para desplegar sus capacidades y alcanzar su fin".²¹

²⁰ DE LA TORRE RANGEL, *Apuntes para una Introducción filosófica al Derecho*, Ed. Jus, México, 1993.

²¹ GONZÁLEZ MORFÍN, Efraín, *op. cit.*

La norma carece de finalidad si ésta no es aprovechada por su destinatario, las personas que se benefician con el cumplimiento de la norma. Es decir, no se puede convertir en fin último de la decisión o de la conducta la intermediación normativa, que carece de valor último en sí.

Tampoco lo "justo objetivo" puede ser el analogado principal ya que la objetividad de lo jurídico se desprende de la facultad de la persona de exigir lo suyo a otras personas. Esto es tanto como decir que para que haya Derecho, necesariamente debe haber una obligación correlativa.

La importancia de considerar al Derecho subjetivo como analogado principal es trascendental en las relaciones entre las personas y el Estado, concretamente con relación a los Derechos Humanos. Desde este ángulo son anteriores los Derechos de las personas, derivados del solo hecho de ser personas, a las facultades que tiene el Estado. Este punto que puede perderse entre más líneas y páginas del presente trabajo, resulta medular en el objetivo que pretende la siguiente investigación.

2) Lo "Justo Objetivo", analogado principal en el orden del ser.

Recientemente, Gómez Morfín cambia completamente su postura y la define en dirección al Derecho Objetivo, aportando los siguientes argumentos:

La pregunta, señala González Morfín, por el analogado principal se refiere a la realidad que es Derecho en sentido propio y prioritario. Si se considera esta cuestión con objetividad, debe reconocerse que la facultad y la norma existen para que las personas humanas, individuales y asociadas, puedan lograr, conservar y promover lo justo objetivo que se les debe en los distintos ámbitos de la existencia humana.

Derecho objetivo considerado como la cosa o conducta que se debe a cada cual, como objeto inherente a la virtud de la justicia. ¿De qué sirve un cuerpo normativo si este no se cumple, de igual manera qué utilidad tendría una facultad o Derecho subjetivo si no pueden ejercitarse eficazmente?

De este cambio de postura de Don Efraín González Luna, que puede confundirnos, podemos concluir (siguiendo a De la Torre Rangel) dos cosas:

- 1) El Derecho es eminentemente humano;

2) Estamos entonces ante la presencia de una analogía de atribución intrínseca, donde tanto el Derecho subjetivo como el Derecho objetivo poseen el ser del Jus.

Justicia y Bien Común

Continuando con los postulados del Iusnaturalismo, la finalidad del Estado, su causa material, es el Bien Común. Derivado de ello todos los actos que realicen las personas encargadas del despacho de las políticas públicas deben estar encaminadas a la consecución del Bien Común.

Tomando la justificación pactista de Hobbes y Rousseau sobre la necesidad del Estado para regular las conductas de las personas, esta necesidad materializada en un imaginario pacto social a través del cual se manifiesta la necesidad de sacrificar ciertos Derechos individuales a favor de la colectividad para que haya un ente, denominado Estado, que regule las relaciones entre las personas, podemos deducir que una de las funciones o mandatos principales del Estado y desde luego del Derecho es la administración de justicia.

¿Y qué es el Bien Común?

Existen criterios distintos sobre la noción del Bien Común, estos criterios varían de acuerdo al principio social fundamental que se toma como punto de origen:

a) Individualista

Bajo esta óptica, el bien común es el resultado del bien de todas las personas, es decir, la suma del bien de todos. Para el individualismo no existe diferencia esencial entre el bien común y el bien particular, sino tan solo una diferencia de número.

b) Colectivista

El bien común según el criterio colectivista, es el bien de la comunidad entera, del todo. Es un bien que se considera de la colectividad, el cual es planificado desde arriba por los que tienen el poder, sin que el individuo sea el responsable de su logro. Así es posible y permitido sacrificar una de las partes por el bien de la comunidad.

c) Solidarista

Es el perfeccionamiento humano como fin común, que comprende o abarca los perfeccionamientos humanos individuales como partes de una pluralidad de hombres. Para su logro se requiere un esfuerzo

parcial de cada individuo, con medios utilizados en común, de una manera responsable y libre.

El bien común no es la suma de los bienes individuales de cada persona en particular, ni tampoco el bien de todo el complejo social, quedando comprendido en él, el bien de cada persona.

Así, tenemos que el bien común es la finalidad del Estado y del Derecho. De este último como fin mediato, cuyo fin inmediato es la realización de la Justicia.

¿Y la Justicia?

La definición clásica de Justicia, es la que hiciera Ulpiano en el antiguo Derecho romano: "*Justitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*"²², es decir: la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo.

Para comprender el concepto de Justicia, resulta indispensable señalar qué es "lo que le corresponde" a cada cual.

²² DIGESTO, I, I.

Existen dos criterios para la aplicación de Justicia, determinados por el tipo de relación de que se trate: un criterio de igualdad y uno de proporcionalidad.

El **criterio de igualdad**: se basa en la igualdad derivada de la dignidad de la persona, por el solo hecho de ser persona. Es decir todos los hombres en tanto que seres racionales, tienen la misma naturaleza y por lo tanto los mismos Derechos.

En cambio, el **criterio de proporcionalidad** se basa en que aunque todas las personas tienen la misma dignidad, diferimos en grados de inteligencia, habilidad, educación, responsabilidad, etcétera.

A este respecto el Padre Villoro Toranzo resume de la siguiente manera: "... cuando lo mío, lo tuyo y lo suyo tienen por fundamento Derechos que son comunes a todos los hombres, habrá que aplicar el criterio igualitario; cuando se funden en Derechos desigualmente repartidos entre los hombres, el criterio será proporcional a las desigualdades".²³

Ante estos criterios de aplicación de la justicia, surgen tres tipos de justicia:

Justicia Legal

De las relaciones de los individuos con la comunidad, por la eminente dignidad de todas las personas, la justicia legal regirá a los individuos respecto de la comunidad bajo el criterio de igualdad.

Justicia Distributiva

Se refiere a las relaciones de la comunidad para con las personas, atendido bajo criterios de proporcionalidad ya que determina la distribución de bienes y cargas para las personas por parte de la comunidad.

Justicia Conmutativa

Esta se da en las relaciones de las personas entre sí, sin participación de la comunidad, organizando las transacciones y actos de los individuos entre sí.

En los últimos tiempos diversos autores han manifestado la necesidad de incluir dentro de los criterios de justicia una cuarta categoría: la Justicia Social, cuya finalidad es la de regular y corregir la enormes desigualdades sociales.

Mucho se ha escrito sobre la justicia social y pocas son las conclusiones, a este respecto sólo podemos señalar que la justicia social es un criterio de Derecho público.

Desde luego que tratar el tema de la Justicia bien podría llevarnos varios tomos y superficialmente sería objeto de una investigación para tesis doctoral. Por ello aquí sólo hicimos una breve referencia.

Las relaciones entre bien común y justicia se dan en virtud de que la justicia es el criterio racional por medio del cual van a repartirse los beneficios y las cargas que reporta el bien común. La justicia asigna a cada persona su participación activa y pasiva en el bien común.

Concluimos el presente apartado con la siguiente afirmación:

“ La finalidad del Derecho es lograr el bien común a través de la justicia”

Esta es la idea fuerza que motivó la realización del presente trabajo, la realización del bien común, a través del derecho, basado en la justicia, aquí y ahora.

4.3. Hacia un lusnaturalismo Histórico

Aun cuando los conceptos de **justicia, bien común** e incluimos a los **Derechos humanos**, son de una validez inobjetable, éstos resultan ser más que una abstracción idealista, es decir, ciertamente, la principal carencia de estos preceptos del lusnaturalismo es la de historicidad. De esta manera "ni se tiene claro cuál debe ser en cada situación histórica el contenido del bien común, ni se tiene determinado cuál es el camino para conseguirlo"²⁴

El Hombre, el Estado y el Derecho son temporales, se dan en la historia. Por lo tanto los conceptos que arroja el lusnaturalismo deben de ser aplicados de la misma forma: históricos.

Para lograr esto, De la Torre Rangel, propone incorporar una serie de categorías filosóficas tomados de diversas fuentes que sirvan de parámetro al momento de la aplicación de estos principios, que permitan traer al momento determinado, al aquí y ahora, el contenido de los conceptos del Derecho Natural, tales como Justicia, Bien común y Derechos humanos. Y encontrar la forma de que estos principios bajen las situaciones cotidianas, a la aplicación cotidiana del

²⁴ ELLACURÍA, Ignacio. "Derechos Humanos en una Sociedad Dividida", en *Christus*, Núm. 527, México, 1979.

Derecho. Algunas categorías filosóficas para la incorporación del iusnaturalismo histórico son:

4.3.1. Nuevas categorías filosóficas para un iusnaturalismo Histórico

1) La Filosofía de la Liberación

En este tema, debemos ser cautos en el manejo de términos, ya que históricamente se ha confundido la "filosofía de la liberación" con la "teología de la liberación", siendo estas aportaciones que operan en ámbitos diferentes.

La participación de sacerdotes en la elaboración de doctrinas insertas en la "filosofía de la liberación" ha contribuido en mucho a la confusión mencionada.

Además, consideramos preciso señalar que no se adopta la "filosofía de la liberación" como eje filosófico para el iusnaturalismo histórico. Como antes se había señalado, únicamente se introducen algunos criterios que permiten hacer un análisis comparativo para actualizar los principios del iusnaturalismo al momento histórico determinado.

Son tres las categorías que se propone considerar el iusnaturalismo histórico para los fines mencionados:

a) Totalidad – Exterioridad

Todos los entes perceptibles por los sentidos forman un todo, es decir, forman un sistema total, en el que hay un orden que es la totalidad de todas las cosas reales, de aquello que está constituido desde su propia esencia. La totalidad opera en el ámbito personal incluso, donde para una persona, él mismo, forma su totalidad.

Ante esta afirmación emerge una realidad diferente, una perspectiva desde la cual se incluye en esa totalidad la realidad de todo lo que es externo, de lo que está fuera de esa totalidad, esto es lo que se denomina: exterioridad.

En el ámbito personal, ante nuestra totalidad "el rostro del hombre se revela cuando se reporta en nuestro sistema de instrumentos como exterior, como alguien, como una realidad que interpela, que provoca, que aparece como el que resiste a la totalización instrumental, no es algo, es alguien".²⁵

²⁵ DE LA TORRE RANGEL, Apuntes para una introducción filosófica al derecho, Editorial Jus, México, 1993..

De esto aparece el concepto de "el otro", como una persona diferente y distinta. El otro es la esencia misma de un sistema normativo que pretenda regular relaciones sociales justas, reconociendo la totalidad propia y la exterioridad del "otro", esto es Alteridad.

El Derecho del otro es suyo por el solo hecho de ser "otra persona", si todo Derecho viene fundado en la dignidad del otro, del ser humano como tal, la justicia viene solicitada por el que no la tiene, por el que padece la injusticia, por el pobre, el inequívocamente otro.

La Libertad desde este punto de vista es incondicionalidad del otro con respecto del mundo en el que siempre soy centro. Únicamente respetando esa incondicionalidad del otro se respeta su libertad.

En el desarrollo de la historia encontramos que siempre ha existido una doble percepción sobre una misma realidad: una que trata de justificar las circunstancias injustas del momento, y otra que desde una perspectiva exterior a quienes contribuyeron a la creación de dichas circunstancias critican y reclaman una evolución para mejorarlas.²⁶

²⁶ A continuación citaremos de manera textual un claro ejemplo de estas dos visiones (extraídas de los libros: Brevisima relación de la destrucción de las Indias (de las Casas) y Demócrates alter de Juan Ginés de

En este principio encontramos el fundamento del Derecho y la justicia: "Si todo Derecho viene fundado en la dignidad del otro, del ser humano como tal, la justicia viene solicitada por el que no la tiene, por el que padece la injusticia, por el pobre, por el inequívocamente otro"²⁷

b) Alienación – Liberación

Una vez comprendida la Totalidad, podemos imaginar que la totalidad tiende a totalizar a la exterioridad. Esto es lógico, como todo lo que sea distinto (otro) a la totalidad pone en peligro la viabilidad de la misma, el Todo pretende absorber lo exterior. Aniquilar toda posibilidad de cambio o de exigencia de cambio. En pocas palabras,

Sepúlveda, con relación a la actuación de los conquistadores del Nuevo Mundo, estas son las opiniones de Ginés de Sepúlveda y de Fray Bartolomé de las Casas con relación a un mismo hecho:

Ginés de Sepúlveda: "Bien puedes comprender joh Leopoldo! Si es que conoces las costumbres y naturaleza de una y otra parte, que con perfecto Derecho los españoles imperan sobre los bárbaros del Nuevo Mundo e islas adyacentes, los cuales en prudencia, ingenio, virtud y humanidad son tan inferiores a los españoles como los niños a los adultos y las mujeres a los varones, habiendo entre ellos tanta diferencia como la que va de gentes fieras y crueles a gentes elementísimas, de los prodigiosamente intemperantes a los continentales y templados, y estoy por decir que monos a hombres... ¿Qué cosa pudo suceder a estos bárbaros más convenientemente ni más saludable que el quedar sometidos a aquellos cuya prudencia, virtud y religión los han de convertir de bárbaros tales que apenas merecían el nombre de seres humanos, en hombres civilizados en cuanto puedan serlo; de torpes y libidinosos, en probos y honrados, de impíos y siervos de los demonios, en cristianos y adoradores del verdadero Dios?... Por muchas causas, pues, y muy graves, éstos bárbaros a recibir el imperio de los españoles conforme a la ley de la naturaleza, y ha ellos ha de serles todavía más provechoso que a los españoles, porque la virtud, la humanidad y la verdadera religión son más preciosas que el oro y que la plata.

Bartolomé de las Casas: Dos maneras principales y generales han tenido los que allá han pasado que se llaman cristianos en estirpar y razer de la haz de la tierra a aquellas miserandas naciones. La una, por injustas, crueles, sangrientas y tiránicas guerras. La otra, después que han muerto todos los que podrían anular o sospirar o pensar en libertad, o en salir de los tormentos que padecen, como son todos los señores naturales y los varones (porque comúnmente no dejan las guerras a vida sino los mozos y mujeres), oprimiéndoles con la mas dura, horrible y áspera servidumbre en que jamás hombres y bestias pudieron ser puestas. A estas dos maneras de tiranía infernal se reducen e resuelven o subalternan como a género todas las otras diversas y varias de asolar aquellas gentes, que son infinitas". En la introducción de la edición consultada del Democrates alter encontramos un párrafo de particular interés para nosotros, ya que muestra la negativa de las universidades de Alcalá y de Salamanca a la impresión de la obra de Ginés de Sepúlveda: "La respuesta dada por ambas universidades, al parecer, consistió en una alabanza al Democrates Secundus y a su autor, seguida de una oposición a la impresión de la obra, sin especificar las causas que la motivaron, aunque la de Salamanca adujo, al parecer, cierta causa de la guerra contra los Indios, y la de Alcalá, la insuficiente seguridad de una doctrina, que por otra parte, consideraba cuidadosamente probada.

sistematizar la Alteridad. Vamos a pensar en un ejemplo típico del Estado Moderno Mexicano:

Durante mucho tiempo, con el advenimiento del positivismo, la Constitución Mexicana señalaba que todos los individuos eran iguales ante la ley. Pero un ordenamiento difícilmente puede transformar una realidad que data de siglos, tuvo que haber una reforma constitucional en la que se reconocía la pluralidad de culturas, tradiciones, usos y costumbres. Esta reforma fue un triunfo formal de la exterioridad.

Retomando el concepto de Alienación hemos de decir que este concepto proviene del verbo "Alienar" que significa transmitir la propiedad de una persona a otra, de donde alienar a un pueblo o individuo significa desposeerlo de su ser para entregarlo al ser de otro. Esto es dominación. El acto de dominar es aquel en el cual se coacciona al otro a participar en el sistema que lo aliena.

En el momento de la alienación el alienante no respeta el Derecho del otro, ya que lo domina a través de las leyes (Derecho objetivo) que fueron creadas para permitir el acto de dominación. En palabras de

²⁷ DE LA TORRE RANGEL, Jesús, Del pensamiento jurídico contemporáneo, Ed. Porrúa, México, 1995.

Dussel, "Para el sistema totalizado la justicia no es sino la habilidad de dar al poderoso lo arrebatado al débil bajo apariencia legal"²⁸

Ahora bien, a través de la Justicia se puede liberar al alienado, entendiendo como justicia el entregar a cada uno lo que merece en su dignidad alternativa (Alteridad). Este proceso se realiza a través de la Analéctica, que en palabras de Dussel indica el hecho real humano por el que todo hombre, todo grupo o pueblo se sitúa mas allá de la totalidad.

La Analéctica nos sitúa en el lugar preciso desde donde se deben plantear las relaciones de justicia, desde el hombre libre que la provoca y a un grado más radical desde el pobre, el oprimido, que es quien más padece la injusticia.

De esta manera, partiendo desde la consideración del "otro" y más aún desde el "inequívocamente otro" es como se propone historizar los preceptos contenidos en el lusnaturalismo.

Aún cuando no estemos de acuerdo en lo general con la "Filosofía de la Liberación ", principalmente por lo violento del discurso y el planteamiento original de la existencia de una naturaleza humana

²⁸ DUSSEL, Enrique, Para una ética de la liberación latinoamericana, Tomo II. Siglo XXI. Buenos Aires, 1963.

bélica respecto del mismo ser humano, guardando nuestras reservas, si consideramos que tomando estas categorías filosóficas propuestas principalmente por Enrique Dussel podemos como faro iluminar los principios de Derecho Natural para que arriben felizmente al Derecho y así provocar una armonía entre leyes, Derecho y Justicia.

CAPÍTULO SEGUNDO

"Teorías clásicas acerca de la interpretación
jurídica"

1. APROXIMACIÓN A LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

La crisis del positivismo en la teoría del Derecho hace cada vez más evidente los límites del cientificismo. Esa evidencia se expresa en una cierta superación de la actitud dogmático - positivista en el plano teórico, y en la toma progresiva de conciencia del carácter ideológico y político de la jurisprudencia en cuanto práctica judicial.

Conviene citar lo que señala Rodolfo Vigo con relación al positivismo siguiendo a Norberto Bobbio: "El positivismo en la Teoría General del Derecho reduce el Derecho al Derecho estatal, y dentro de éste, a los productos del legislador, o también, lo ha definido no por la materia regulada sino por los procedimientos con los cuales un sector de comportamientos humanos puede ser regulado y protegido contra la violación. Finalmente, y en cuanto al método científico, el positivismo prescinde del derecho que debería ser y se dirige al derecho que es, pretendiendo estudiarlo científicamente y sin recurrir a juicios de valor".²⁹

No se trata pues, ni para aquellas contribuciones procedentes de un idealismo historicista, del resurgimiento extemporáneo de las críticas lanzadas por el romanticismo del siglo XIX contra las

expresiones de cientificidad de los estudios dominantes en la época, aunque podría encontrarse alguna similitud de actitudes. Sin embargo la revisión crítica del cientificismo dogmático viene hoy en buena parte dada por el mismo carácter problemático del "Derecho judicial" que dio origen a las escuelas continuadas a principio de siglo por la Escuela del Derecho Libre, mencionadas líneas arriba.

El objeto de estudio para los que se interesan en el problema se presenta bajo el término "interpretación" en el que se resume la actividad intelectual de jueces y juristas. El tratamiento de los problemas judiciales se plantean en torno a la interpretación debido a que interpretar la norma positiva constituye el vehículo de toda creación del Derecho a través de la aplicación judicial.

Destinada a establecer los elementos teóricos que den cuenta de la práctica judicial, "la teoría de la interpretación constituye un factor de tensión mas para las demás disciplinas jurídicas, es decir para la ciencia del Derecho en su conjunto. Ya que en el punto de partida de la ciencias jurídicas, la interpretación del Derecho irradia un sentido específico - el auténtico sentido - hacia los temas propios de aquellas, que ya no pueden ser pensados sino en función de la

²⁹ VIGO, Rodolfo, Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1991, pg.159

práctica, ni por tanto, sin tener en cuenta esa práctica y sus condicionamientos³⁰.

Respecto a la interpretación conviene citar lo que señala Norberto Bobbio: "Las características de una teoría formalista en este campo son rasgos, ora del método adoptado para interpretar y aplicar las leyes, ora de la función atribuida al intérprete, ora conjuntamente de ambos. Con respecto al método es considerada formalista, por ejemplo, la preferencia dada a la interpretación lógica y sistemática frente a la histórica y teleológica; a esta distinción se refiere, ampliamente, la conocida controversia entre jurisprudencia conceptual y jurisprudencia de intereses"³¹

2. TÉCNICA JURÍDICA Y FORMALISMO JURÍDICO

Las escuelas y tendencias señaladas en el capítulo anterior surgen en oposición a la que denominamos corriente clásica de resolución de controversias. Es con la emancipación de la burguesía respecto de los monarcas y el surgimiento de las ideas emanadas de la revolución francesa como surge ésta concepción del Derecho.

³⁰ SAAVEDRA, Modesto, Interpretación del derecho e ideología, Universidad de Granada, Granada, 1978, pg.16.

³¹ BOBBIO, Norberto, El problema del positivismo jurídico, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Argentina, 1997, pg. 27

Como bien señala Enrique E. Mari, siguiendo a Gadamer: "Gadamer ofrece un argumento que abona la tesis sobre el enlace básico entre modernidad e interpretación de la ley. Dice al respecto que para la posibilidad de una hermenéutica jurídica es esencial que la ley vincule por igual a todos los miembros de la comunidad jurídica. Cuando no es éste el caso, como ocurría, por ejemplo, en el absolutismo, donde la voluntad del señor absoluto estaba por encima de la ley, ya no es posible hermenéutica alguna, pues un señor superior puede explicar sus propias palabras incluso en contra de las reglas de interpretación usual".³²

Siguiendo con el objeto del presente trabajo, a continuación abordaremos el estudio de las principales corrientes llegando al formalismo jurídico en su "esencia pura" como lo propone Hans Kelsen, por considerarlos unos de los discursos teóricos más acabados acerca de "lo que los jueces hacen" cuando comprenden una norma, que categorías emplea en su intención de explicar y los supuestos específicos del conocimiento jurídico normativo que suministra.

³² MARI, Enrique E., RUIZ, Alicia E. y otros, Materiales para una teoría crítica del derecho, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1991, pg.237.

2.1 Técnica Jurídica

Iniciaremos con la definición que propone García Máynez cuando afirma que "la Técnica Jurídica tiene por objeto el estudio de los problemas relacionados con la aplicación del Derecho objetivo a casos concretos"³³.

A la luz de las ideas propias de la época posterior a la revolución francesa, inicia un movimiento por sistematizar la ciencia jurídica, que se denominó "Codificación"³⁴, de igual forma se pretende racionalizar la aplicación del Derecho, ahora considerado como tal el emanado del Estado, a los casos concretos.

Siguiendo el origen etimológico de la palabra "técnica" que deriva de la palabra griega "artes", en su concepción general, considerando que las reglas de las artes son "juicios que expresan una necesidad condicionada, en cuanto señalan los caminos que es forzoso seguir, en la hipótesis de que se pretenda llegar a determinada meta", la técnica jurídica consiste entonces en el uso adecuado de los medios e instrumentos necesarios para la aplicación del Derecho objetivo a los casos concretos.

³³ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1972, pg.317.

³⁴ Para mayor información acerca de la codificación, ver: VARGA, Csaba, *Codification as a socio - historical phenomenon*, AKADEMIA KIADÓ, Budapest, 1991.

Los preceptos jurídicos constan de dos elementos necesarios, el supuesto y la disposición. El supuesto es la hipótesis que al realizarse da nacimiento a las consecuencias normativas que señala la disposición y, la disposición indica los deberes y Derechos que la producción del supuesto engendra.

En el supuesto se regulan conductas en potencia, una vez que una persona cumple con el supuesto, ésta se convierte en acto y dan origen a la producción de consecuencias jurídicas, a saber deberes y Derechos. Estas consecuencias jurídicas implican necesariamente la creación, transformación, modificación o extinción de Derechos y obligaciones. En el acto de aplicación podemos distinguir, dos momentos:

- 1) La comprobación de que un hecho realiza la hipótesis de una norma; y
- 2) La atribución o imputación de las consecuencias normativas a determinadas personas.

Determinar a quien corresponden las consecuencias jurídicas derivadas de un hecho a veces resulta complicado debido a la pluralidad de sujetos que interactúan en las relaciones humanas. Se

trata pues de la individualización de los titulares de los Derechos condicionados por el hecho jurídico. Como señala García Máynez, esta individualización supone la prueba de que el hecho jurídico les es imputable, y en ocasiones, la de otro diverso por el cual han adquirido una calidad determinada, en cuya ausencia la imputación no podría realizarse.

Ese hecho jurídico diverso al que se refiere García Máynez es el hecho jurídico de asignación, es decir, que en algunas ocasiones es necesario establecer la existencia de un hecho jurídico diverso para que la conducta que se adapta al supuesto genere las consecuencias jurídicas establecidas en la disposición.

Pero desde luego que para que haya un proceso de aplicación se supone previa la determinación de la norma que va a aplicarse. Así, cuando se pretende si un cierto hecho tiene o no consecuencias normativas, lo primero que se debe de hacer es buscar la norma aplicable al mismo.

Las normas son generalizaciones, para establecer si un cierto hecho tiene consecuencias jurídicas es necesario buscar la norma aplicable. Entonces toda la aplicación de las normas jurídicas supone

lógicamente la existencia y determinación de éstas, en relación con los casos sujetos a estudio.

El proceso de aplicación de una norma jurídica así como sus consecuencias jurídicas se realiza a través de un silogismo, de la siguiente manera:

- Premisa Mayor: Norma genérica
- Premisa menor: El juicio que declara realizado el supuesto de la norma genérica
- Conclusión: El juicio que imputa a los implicados en el caso las consecuencias de Derecho.

Dicho silogismo, cuyo modelo simplificado permite concebir la decisión judicial como resultado de un juicio lógico exigido por las pretensiones normativas del ordenamiento legal. Entonces el desarrollo de un proceso judicial tiende justamente a la investigación y prueba de los hechos y a la constatación de la norma aplicable de entre el conjunto que compone el ordenamiento jurídico.

3. APLICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS

En cuanto a la aplicación de las normas jurídicas García Máynez distingue entre la aplicación privada y la aplicación oficial o pública. La

aplicación privada tiene escasas consecuencias en el mundo jurídico, salvo la de su simple conocimiento, en cambio la aplicación oficial consiste en la determinación oficial de consecuencias que derivan de la realización de una hipótesis normativa, con vistas a la ejecución o cumplimiento de tales normas.

Aun cuando el procedimiento de aplicación es el mismo, la diferencia consiste en la eficacia de las dos especies de aplicación, ya que solo la oficial crea efectos vinculativos entre las partes.

"Las cuestiones fundamentales que la aplicación del Derecho objetivo puede provocar son las cinco siguientes:

- 1) Determinación de la vigencia;
- 2) Interpretación;
- 3) Integración;
- 4) Retroactividad; y
- 5) Conflicto de leyes en el espacio"³⁵.

Siguiendo el objeto del presente trabajo nos centraremos en la Interpretación, analizando en primer lugar el concepto y características

³⁵GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, Introducción al estudio del Derecho, Editorial Porrúa, México, 1972 pg. 323-324

de la interpretación y el sentido de la ley para posteriormente tratar el método exegético y la polémica entre Schmitt y Kelsen sobre el Guardián de la Constitución.

4. LA INTERPRETACIÓN DE NORMAS JURÍDICAS

Partiendo de lo general a lo particular, interpretar significa desentrañar el sentido de una expresión. Las expresiones son un conjunto de signos que transmiten una información. Para desentrañar el significado de los signos es conveniente distinguir: a) la expresión en su aspecto físico; b) la significación o el sentido de la misma; y c) el objeto. Para Villoro Toranzo, "El fin impuesto a las técnicas de interpretación de la Ley es el descubrimiento de las valoraciones contenidas en las normas jurídicas. Ese descubrimiento se realiza por medio de las técnicas de interpretación, que se aplican sucesivamente hasta lograr desentrañar el sentido del texto de la Ley".³⁶

4.1. Interpretación Jurídica

Siguiendo las ideas anteriores, una interpretación jurídica consiste en desentrañar el sentido de la norma jurídica. La ley aparece ante nosotros como una forma de expresión. Tal expresión suele ser el conjunto de signos escritos sobre el papel, que forman los artículos de

los códigos o leyes. Lo que se interpreta no es la materialidad de los signos, sino el sentido de los mismos. A su vez la interpretación de los preceptos legales no ha de confundirse con el objeto a que se refieren.

El principal problema de la teoría de la interpretación consiste en saber qué debe de entenderse por el sentido de la ley. A este respecto existen varias soluciones, una de las mas aceptadas consiste en afirmar que el sentido de la ley no puede ser otro sino la voluntad del legislador. Ya que el órgano de poder encargado de la creación de la ley es el legislativo, entonces su sentido debe ser el que su autor pretendió darle.

La tesis se basa en el supuesto de que la legislación como acto expresivo debe imputarse a la voluntad de los legisladores, en otras palabras será Derecho lo que los legisladores decidan que lo sea.

La interpretación de la ley en todo caso no consiste en descubrir la voluntad del legislador, visión muy limitada, sino en descubrir el sentido del texto de la ley. La interpretación no debe entenderse, sin embargo, como el mero análisis gramatical de la ley, ya que el significado de las palabras que utiliza el legislador no se agotan en su sentido lingüístico.

En todo caso la interpretación de la ley comprende una amplio análisis integral de la misma, desde el gramatical hasta su ubicación dentro de todo un conjunto de disposiciones legales que se encuentran interrelacionadas.

Con relación a esto Ulises Scmill y José Ramón Cossío señalan que "Partiendo de sus elementos más básicos, podemos considerar que en la interpretación de una norma jurídica concurren dos elementos: primero, la norma misma a interpretar y, segundo, el método para interpretar esa norma. Vistas así las cosas, pareciera que ante una norma bien identificada podría aplicarse un método de interpretación, obtener su sentido y producir, por vía de creación o de control, una norma nueva y más individualizada que la primera"³⁷.

Si bien la labor interpretativa de la ley puede ser realizada por cualquier persona, como mencionamos anteriormente los efectos o consecuencias serán diferentes de acuerdo a la persona u órgano que la realice. Solo la interpretación público u oficial tiene consecuencias de Derecho. En este punto nos detenemos para señalar que la interpretación oficial no es solamente la que realiza un órgano

³⁷ SCHMILL, Ulises y COSSÍO, J. Ramón, "Interpretación del Derecho y concepciones del mundo", en Interpretación Jurídica y decisión judicial, Ed. Fontantara, México, 1998, pg. 63

jurisdiccional, y que además dentro de la estructura judicial la interpretación de una ley que haga un juez tendrá consecuencias diferentes dependiendo de la jerarquía del órgano que representa.

Dos ejemplos nos servirán para detallar las situaciones mencionadas en el párrafo anterior:

1) Atendiendo a la facultad de los contribuyentes de solicitar una consulta a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público consagrada en el Código Fiscal de la Federación, la resolución que emita la Secretaría será una interpretación de la ley con relación a la situación planteada por el contribuyente, a su vez dicha resolución tendrá efectos jurídicos.

2) En el segundo caso, la interpretación de un precepto legal que haga un juez local no tendrá las mismas consecuencias jurídicas que la interpretación que haga un ministro de la Suprema Corte de Justicia.

Ahora bien, el órgano encargado de realizar la labor interpretativa por excelencia es el juez, ése es su papel dentro del Estado. Si es el juez quien interpreta un precepto para aplicarlo a un caso concreto,

esa interpretación no adquiere obligatoriedad general, pero sirve de base a una norma individualizada, la resolución que el juez emita.

4.2. Métodos de interpretación

Los métodos de interpretación varían de acuerdo a la concepción misma que de la interpretación se tenga. Así quienes consideran que interpretar una ley es descubrir la voluntad del legislador a la hora de aprobar una ley les serán documentos indispensables la exposición de motivos, diario de debates, artículos transitorios, etcétera.

4.2.1. Método Exegético o Tradicional

Las decisiones judiciales deben de fundarse exclusivamente en la ley, este principio es el que resume la concepción que da origen al método de la exégesis. De esta manera se rechazan todas las fuentes de decisión con las que se pretenda substituir a la voluntad del legislador.

La exégesis por lo tanto tiene por objetivo final descubrir la intención del legislador. Entonces la interpretación del Derecho queda reducida a una mera aclaración de la ley, sin intervención de ninguna especie de juicio crítico ni siquiera de análisis sustancial. Citaremos la

desafortunada expresión que recoge García Máynez de Bugnet: "Ignoro el Derecho civil, solo conozco el Código de Napoleón"³⁸

El método exegético por tanto solo será necesario cuando la redacción de la ley no sea clara y surjan dudas sobre el pensamiento de sus redactores. Para la interpretación de la ley se analizan los trabajos preparatorios, exposiciones de motivos, diario de debates, contexto histórico e incluso de los principios generales del Derecho.

Para finalizar citaremos una dura crítica al método exegético: "La escuela de la exégesis aparece característicamente, por consiguiente, como un grupo de doctrinarios que se proponen mantener una línea ideológica coherente: conservar interpretaciones estables y duraderas de la legislación, en la medida en que la ley y el orden jurídico es idealizado como un orden establecido por una voluntad divinizada en un pasado mítico. Y esa voluntad debe mantenerse incólume a través de los canales de transmisión que desfiguren mínimamente su tenor original, la intención política pasada. Universidades y tribunales tienen como misión guardar el texto auténtico, y la versión uniforme, de esta verdad sagrada revelada".³⁹

³⁸GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, Introducción al estudio del Derecho, Editorial Porrúa, México, 1972, pg 334

³⁹VERNENGO, R. J., La interpretación jurídica, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1977, pg. 94.

Los principios generales del Derecho son considerados como un conjunto de ideales de razón y de justicia que el legislador ha de tener presentes en todo caso. Por lo mismo se considera que pueden servir para completar el pensamiento del legislador.

Hemos querido recoger las dos posturas opuestas que existen en la actualidad en torno a la interpretación de la ley, el papel de los juzgadores y la responsabilidad que tienen en el cumplimiento del Estado de Derecho.

5. EL GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN: POLÉMICA ENTRE CARL SCHMITT Y HANS KELSEN

Como se analizará mas adelante, uno de los pilares de la tendencia contemporánea hacia la autonomía de los órganos jurisdiccionales es la facultad de éstos para interpretar las disposiciones fundamentales recogidas en la Constituciones de los Estados. Relacionado con esto, se generó una enriquecedora polémica entre dos grandes pensadores del siglo XX: Carl Schmitt y Hans Kelsen. A continuación expondremos los principales puntos sobre la polémica acerca del Guardián de la Constitución.

La polémica inició con la publicación de "*Der Hüter der Verfassung*" (El Guardián de la Constitución), obra de Schmitt. Poco después escribe una reseña bajo el nombre de "*Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*" (Quién debe ser el guardián de la Constitución?), publicado en la revista berlinesa: *Die Justiz*.

Comenzaremos exponiendo el complejo contexto histórico en el que se desarrolló la citada controversia. La confrontación entre dos de los mas destacados especialistas de Derecho publico de la época se llevó a cabo en una situación política y constitucional compleja. Por 1929 la crisis económica acababa con el periodo de relativa estabilidad política que había disfrutado desde 1925 la República de Weimar. La coalición tripartita (social-democracia, liberalismo y catolicismo social) que gobernaba Alemania desde la caída del Imperio presentaba profundos signos de desintegración. Desde marzo de 1930 el gobierno estaba encabezado por Brüning, que, frente al rechazo parlamentario de leyes financieras disolvió el *Reichstag*, y las elecciones siguientes dieron un importante triunfo a Hitler. A partir de octubre de ese año el canciller Brüning empieza a gobernar por reglamentos del presidente Hildenbourg, apoyándose en la segunda parte del artículo 48 de la R.V ante la relativa indiferencia del parlamento.

En este contexto inicia pues un debate entre el filósofo vienés y Schmitt. La teoría pura será presentada como un desarrollo extremista de la doctrina de Paul Laband, teórico de la monarquía constitucional alemana del siglo XIX. Incluso la coherencia de los fundamentos kantianos de la construcción kelseniana, (que se inspiran en la "lectura" que de la obra de Kant había hecho la escuela de Marburgo, con H. Cohen a la cabeza) son cuestionadas.

La polémica inició sobre el citado artículo 48 de la R.V. que establecía lo siguiente: "Un estado confederado que no cumpla con las obligaciones impuestas por la constitución y las leyes federales, puede ser obligado a su cumplimiento por el presidente del *Reich* fuesen perturbados o amenazados, el presidente del *Reich* puede tomar las medidas necesarias para su restablecimiento, si fuese necesario con el auxilio de la fuerza armada. Con este objeto puede suspender provisoriamente, en todo o en parte, las garantías constitucionales previstas en los artículos... El presidente del *Reich* debe informar sin demora a la Asamblea Nacional tomadas en virtud de los apartados..."⁴⁰

⁴⁰ HERRERA, Carlos Miguel, "La polémica Schmitt - Kelsen sobre el Guardián de la Constitución", en *Crítica Jurídica* No. 16, México, 1995.

Schmitt, quien como señala Dyzenhaus, "tenía una relación de amistad/enemistad con el liberalismo"⁴¹ define como soberano a aquel "que decide sobre el estado de excepción" y sostiene que un orden jurídico reposa sobre una decisión y no sobre una norma, también arremete contra la metodología kelseniana y en particular contra el postulado neokantiano de que la ciencia construye su propio objeto, que en la teoría kelseniana según el jurista alemán, expulsa toda referencia a los problemas reales. Para Schmitt, el método del Kelsen, con su rechazo por los problemas sociológicos, se queda en la antecámara de la ciencia del Derecho.

Refiriéndose a los trabajos de Kelsen de ese periodo, Schmitt impugna la tesis normativista de la identidad entre orden jurídico y Estado, señalando que el método kelseniano desarrolla la vieja negación liberal del Estado por medio del Derecho. Según el jurista alemán, Kelsen funda su teoría del Estado en una crítica del concepto de "sustancia" que es propio de las ciencias naturales, construyendo una metafísica nomista que la excepción y lo arbitrario. De acuerdo con Schmitt, por el contrario, la situación excepcional pertenece al Derecho, siendo definido el estado por el monopolio de la decisión. Para Schmitt en el caso excepcional, la existencia del Estado

⁴¹ DYZENHAUS, David, *Legality and legitimacy, Carl Schmitt, Hans Kelsen and Herman Heller in Weimar*, Oxford University Press, 1997, pg.73

conserva la superioridad sobre la validez de la norma jurídica. Es allí donde la decisión se libera de toda obligación normativa y la norma se reduce a nada.

En su ensayo "*Die Geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*" (Situación historico-espiritual del parlamentarismo de hoy), Schmitt desarrolla con mayor precisión sus ideas respecto al orden constitucional de Weimar. Para Schmitt la situación política en la que el parlamento fundaba su razón de ser había desaparecido. Aunque los padres de la Constitución weimariana, Naumann, Weber y Preuss lo consideraban como la instancia para seleccionar los líderes políticos más capaces. Schmitt distingue la democracia, entendida como homogeneidad, como similitud, del liberalismo. Así, para el jurista alemán, el parlamento considerado como el lugar de la discusión pública para alcanzar la verdad, pertenece al horizonte metafísico del liberalismo, lo que explica los dos principios fundamentales del sistema: publicidad de la discusión y libertad de expresión. De la misma manera que los liberalistas consideran que la armonía surge de la libre competencia económica, se considera que la verdad es producida por el libre conflicto de opiniones.

Ahora expondremos brevemente la concepción de ambos autores sobre la constitución. Mientras que para Kelsen el concepto de

Constitución es absoluto, identificando la Constitución con el Estado entendido como unidad de normas jurídicas, como algo normativo, un deber ser. Schmitt pasa revista a los diferentes conceptos de Constitución; así distingue sus conceptos en: absoluto, un todo unitario; relativo, pluralidad de leyes particulares; positivo, decisión de conjunto sobre modo y forma de la unidad política; e ideal, un cierto contenido. Por lo que para Schmitt es preciso distinguir entre las normas jurídicas y la existencia política del Estado, este último entendido como la unidad política del pueblo. En ese sentido, Constitución en sentido político será la decisión del conjunto del pueblo sobre el modo y forma de la unidad política. En oposición a Kelsen, Schmitt distingue entre *Constitución* y *ley constitucional*.

Y a su vez, Schmitt señala la existencia de tres legisladores extraordinarios en la Constitución de Weimar: *ratione materiae*, *ratione suprematatis* y *ratione necessitatis*. "Las garantías jurídicas materiales de la segunda parte de la Constitución instituyen un legislador extraordinario supraordenado junto a un legislador ordinario subordinado, con el fin de proteger objetos e intereses determinados por razón de su contenido, esto es, *ratione materiae*; en cambio, aquí aparece el pueblo como legislador extraordinario frente al Parlamento, y su carácter extraordinario y supraordenado constituye una *ratione*

suprematatis derivado de su calidad de soberano"⁴² Es con relación al tercer legislador extraordinario donde surge la polémica.

El desarrollo de la teoría constitucional de ambos autores tiene sus bases en lo expuesto en las líneas anteriores, a continuación abordaremos el problema específico de la defensa de la Constitución.

Una vez señalada la distinción entre Constitución y ley constitucional de Schmitt, será más fácil comprender porque para el teórico alemán es fundamental establecer un concepto claro de litigio constitucional. La comprobación de la constitucionalidad de unas leyes a aplicar por los tribunales es una exigencia del Estado de Derecho, pero una decisión sobre la constitucionalidad no es nunca apolítica, por lo que el establecer un tribunal especial para conocer de la constitucionalidad de las leyes significa una desviación por razones políticas del Estado de Derecho.

Schmitt considera que los tribunales de justicia pueden controlar las leyes simples con respecto a la Ley Constitucional, pero no pueden defender ni proteger la Constitución. De este modo distingue entre control judicial y protección política. Esta distinción deriva de la separación fundamental ya expresada líneas arriba en la Teoría de la

⁴² SCHMITT, Carl, Legalidad y legitimad, Aguilar Ediciones, Madrid, 1971, pg.94.

Constitución entre Constitución entendida como decisión sobre la existencia política de un Estado, como forma sustancial de la unidad política, y ley constitucional, como la realización normativa, que presupone aquello como su fundamento. "En la concepción de Schmitt, una corte puede ser protector de la Constitución solo en un Estado que someta la vida política completa al control de los tribunales ordinarios, como es el caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica gracias a la sentencia *Madison vs. Marbury*"⁴³.

Al contrario que en Estados Unidos, en Alemania el control judicial que ejercen en ultima instancia los tribunales con respecto al texto constitucional tiene un carácter accesorio, difuso y ocasional, no es por tanto protector y defensor del orden social y económico existente como en los Estados Unidos. Esto ocurre porque la administración de justicia se encuentra enteramente sujeta a normas jurídicas que permiten una subsunción concreta, precisa y limitada. Los tribunales no son protectores de la Constitución aunque ejerzan el control judicial de manera accesorio y difusa. La no - aplicación de las leyes anticonstitucionales solo puede contribuir al respeto de la Constitución pero no a su defensa. Según Schmitt, el protector no debe ser

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

⁴³ HERRERA, Carlos Miguel, "La polémica Schmitt - Kelsen sobre el Guardián de la Constitución", en *Crítica Jurídica* No. 16, México, 1995.

abstracto, sino que ha de proteger contra peligros determinados y concretos.

Schmitt critica la solución propuesta por Kelsen, a saber, un Tribunal Constitucional Central que concentre y monopolice el control de la Constitución trae aparejado una politización de la justicia mas que una judicialización de la política. Ella es producto de una teoría que trabaja con ficciones, con formas, sin tener en cuenta los contenidos, ignorando las diferencias efectivas entre Constitución y ley constitucional. Los argumentos de Kelsen a favor de un Tribunal Constitucional central serán abordados con mayor profundidad mas adelante, siendo estos argumentos los que mayor influencia han tenido en la tendencia judicial de nuestros días, como veremos en el desarrollo del presente trabajo.

En su análisis, Schmitt alude a la defensa de la Constitución con respecto al legislador y sus mayorías parlamentarias siempre variables, al contrario que en el siglo XIX en el que la defensa de la Constitución se hacia frente al soberano y la protección recaía en el parlamento. La doctrina de Kelsen sería, en palabras de Schmitt, heredera de la teoría de la separación de poderes y de la tradición del Estado judicial medieval. A un juez no se le puede transmitir decisión política sin alterar su posición constitucional. Si bien Schmitt admite

que en toda sentencia judicial, aun entendida como subsunción concreta del caso particular a la norma general, hay un elemento de decisión autónomo, no derivado directamente del contenido de la norma, que se limita en el mayor de los casos a una decisión autoritaria que elimina toda duda.

En una Constitución de Estado de Derecho, que a juicio de Schmitt debe contar con una efectiva división de poderes, el juez sentencia sobre la base de una ley y su decisión se deriva, en cuanto al contenido, de otra decisión definida y que se halla ya contenida en la ley. Así, el jurista alemán se funda en la diferencia real entre justicia y legislación, entre norma justiciable y no justiciable para recibir el postulado de Kelsen que considera que es igualmente Derecho la ley, que la sentencia judicial y el acto administrativo, existiendo solo una diferencia de grado. La teoría de Kelsen así como no distingue entre las diversas acepciones de la palabra Constitución, tampoco las diversas clases de normas, las confunde unas con otras. La teoría kelseniana de la estructura jerárquica del orden jurídico es un vacío sistema teórico-jurídico que no resuelve el fundamento teórico constitucional y que hace consistir a la justicia constitucional en una justicia de normas sobre normas. Para Schmitt, una ley mas fuerte no puede ser protectora de otra ley más débil, ya que en tal caso no hay un hecho a subsumir, sino una decisión que afecta el contenido de

una ley constitucional, y para el jurista alemán toda instancia que pone fuera de duda el contenido de una ley y resuelve automáticamente el contenido dudoso de una ley, realiza de manera efectiva, una función de legislador. Sin embargo, esta era la posición de Kelsen frente a un Tribunal Constitucional.

Por otro lado, de acuerdo con Schmitt, los Estados pueden ser clasificados de acuerdo a la función estatal que predomina en ellos, en tres tipos: Estado legislativo, Estado ejecutivo y Estado de jurisdicción. Desde luego que no existen formas puras, pero cada Estado presenta una forma preponderante. El Estado medieval es un Estado de jurisdicción, y la doctrina anglosajona es su expresión teórico-conceptual, el Estado absolutista del siglo XIX es un Estado ejecutivo y el Estado liberal es un Estado legislativo.

En un Estado de jurisdicción como en los Estados Unidos, puede existir una Corte de justicia como guardián de la Constitución en la medida que no existen normas que obliguen al juez a subordinar su decisión. Por el contrario en un Estado legislativo no puede haber justicia constitucional, ya que la justicia no decide por ella sola, sino a través de las normas que le dicta el parlamento, a las cuales está subordinada. En un Estado legislativo por lo tanto, será el parlamento el guardián de la Constitución en tanto representante de la unidad de

la nación frente al monarca, y la defensa de la Constitución se realiza frente a eventuales abusos del ejecutivo.

Paralelamente, para Schmitt existe una evolución histórico-dialéctica del Estado en tres etapas que va del Estado absolutista de los siglos XVII-XVIII al Estado total del siglo XX. En el pensamiento del jurista alemán, la oposición Estado - Sociedad que fundaba el Estado legislativo como estado neutral ha desaparecido y este, abandonando su antigua neutralidad comienza a intervenir en todas las áreas sociales, conviniéndose así en la auto - organización de la sociedad, y por ello, todos los problemas se vuelven estatales. Es por ello que la protección de la Constitución según Schmitt comienza ahora a relacionarse contra el parlamento y su voluntad expresada en leyes. Una primera reacción lo constituye el querer controlar las leyes por la justicia, es decir por intermedio de los tribunales, pero esta no es más que una solución intuitiva y que ignora la superioridad del parlamento sobre la justicia que es característica de los estados legislativos, en la medida que ésta sentencia a través de leyes dictadas por aquel o por principios indeterminados. Así, los partidos políticos se convierten en estructuras fuertes, que representan intereses, clases y religiones, y el parlamento se reduce a un escenario de luchas y repartición que ya no garantiza la unidad de la voluntad del pueblo, degenerando en un "Estado pluralista".

Antes de tratar las tesis de Kelsen, conviene señalar que el problema de los tribunales de control constitucionales estaban directamente relacionados con la teoría y aun más, con la persona de Kelsen. La *Verfassungsgeschichtshof*, tribunal constitucional austríaco de la constitución de 1920 fue obra de Kelsen. Según el jurista vienés, los tribunales constitucionales constituían el medio idóneo para hacer efectiva la esencia de la democracia, es decir, el compromiso constante entre los grupos representantes del parlamento, ofreciendo un instrumento para la protección de los Derechos de las minorías frente a las decisiones de las mayorías.

De igual manera representaba una garantía para la correcta ejecución de las leyes expedidas por el parlamento, al proteger la constitucionalidad de los reglamentos, para Kelsen la burocracia presentaba un carácter inevitablemente autocrático. El control constitucional de los reglamentos de ejecución era un instrumento para disminuir este carácter del Estado moderno en interés de la democracia. Para Kelsen, una democracia sin controles no puede durar, se hace necesario de esta manera establece una organización sistemática de controles institucionales. Así, un tribunal especial cuyos miembros fueran elegidos por el parlamento y no por los jueces,

garantizaba la imparcialidad de estos respecto de la burocracia judicial.

Ahora bien, la crítica de Kelsen, a decir de Dyzenhaus, peca de ciertas ambigüedades, "Kelsen no tiene claro si su crítica es desde el punto de vista de la ciencia jurídica, desde el punto de vista de la teoría política o desde lo que uno podría pensar como puramente técnico".⁴⁴

En su ensayo sobre la justicia constitucional, Kelsen señala que la Constitución es siempre el fundamento del Estado, es "un principio que expresa jurídicamente el equilibrio de fuerzas políticas en el momento en que se toma en consideración, es la norma que regula la elaboración de las leyes, las normas generales en ejecución de las cuales se ejerce la actividad de los órganos estatales, de los tribunales y de las autoridades administrativas"⁴⁵. Así la constitución regula el procedimiento de la creación de las normas esenciales para el Estado, las facultades y determinación de los órganos. La justicia constitucional se encarga del control de leyes, reglamentos, actos de ejecución, y tratados internacionales subordinados a la constitución.

⁴⁴ DYZENHAUS, David, *op.cit.*, pg.108

⁴⁵ HERRERA, Carlos Miguel, *op.cit.*

Kelsen distingue, en su Teoría General del Estado, entre Constitución en sentido lógico - jurídico y Constitución en sentido jurídico - positivo. La norma fundamental (*Gründnorm*) es una constitución en sentido lógico jurídico (*Konstitution*) cuando ella instituye el primer órgano creador del Derecho. En dicha *Konstitution* se basa el primer acto legislativo, la unidad del orden jurídico, pero ésta es de carácter ideal, una hipótesis lógica, tendiente a ordenar el material jurídico en un sentido científico.

En un Estado democrático, por tanto, el órgano encargado del control de la Constitución debe ser uno distinto e independiente del parlamento y del ejecutivo, que son los principales sujetos a controlar por la vía de las leyes y de los reglamentos de ejecución o con fuerza de ley.

En su propuesta técnica, Kelsen plantea un tribunal cuya sentencia anule con carácter general el acto inconstitucional. Pero, reconoce que un órgano con tales facultades, excedería una función estrictamente jurisdiccional, dando lugar a una actividad legislativa negativa, pero con menos poder que el parlamento, el cual tiene pocas limitaciones en lo que al contenido legislativo se refiere, mientras que la justicia constitucional se limita a anular una ley tomando en cuenta principalmente el procedimiento de creación de la misma. El tribunal

constitucional es "la garantía de la paz política en el interior del Estado".

A continuación expondremos los argumentos de Kelsen para rebatir las posiciones de Schmitt, principalmente se desarrollan en tres niveles: Primero el jurista vienés defiende sus tesis a favor del control jurisdiccional de la Constitución, en segundo lugar critica fuertemente la teoría de la interpretación judicial como un sistema automático de aplicación del Derecho y su función apolítica, así como la noción del presidente del Reich como "poder neutro". En su tercer argumento Kelsen busca probar la naturaleza ideológica, no científica de los conceptos de su oponente, que produce como resultado un carácter ficcional de sus proposiciones, lo hacen caer (a Schmitt) en una doble confusión entre teoría jurídica y política del Derecho. A continuación nos centraremos en los argumentos relativos a la justicia constitucional, por ser los que se relacionan directamente con el objetivo de la presente investigación.

5.1. El problema de la justicia constitucional

Kelsen inicia señalando que la distinción que hace Schmitt entre "control" y "defensa" de la Constitución es únicamente una cuestión de terminología. Así, el principio fundamental sobre el que debe centrarse la discusión es el de que *nadie puede ser juez de su propia causa*. Lo

esencial es que el control sea efectuado por un tribunal independiente de las otras funciones del Estado, ya que de esta manera se puede evitar las violaciones constitucionales de los otros dos órganos titulares del poder. La forma de organización de tal tribunal puede quedar abierta de la forma más democrática y efectiva.

Sobre el principal argumento teórico de Schmitt contra los tribunales constitucionales, a saber, el carácter político de éste órgano y por ende su supuesta incompatibilidad con la función jurisdiccional, Kelsen sostiene que lo político, es decir el ejercicio del poder no se limita al parlamento. Sosteniendo la interpretación de Schmitt acerca de lo político como la resolución de un conflicto de intereses por una decisión, toda sentencia tiene un elemento de decisión, así pues, una dosis de ejercicio del poder, por lo tanto el control judicial de la constitucionalidad no altera la posición constitucional de la jurisdicción.

Schmitt sigue la teoría del constitucionalismo monárquico al considerar al juez como un autómatas jurídico que no crea Derecho, sino que lo encuentra simplemente en la norma que debe aplicar al hecho particular. De acuerdo con Kelsen, la diferencia entre sentencia y ley es sólo cuantitativa, ya que la sentencia es también un acto de creación de Derecho. La diferencia en el carácter político de una ley emitida por el parlamento y una sentencia es también de tipo

cuantitativo, ya que todo conflicto jurídico es un conflicto de intereses o de poder, no existe una naturaleza política opuesta o incompatible con lo judicial, sino solo la voluntad de las partes de no resolverlos ante una instancia objetiva. La jurisdicción comienza frente a las dudas y divergencias sobre el contenido de una norma.

El jurista alemán falla según Kelsen al no apreciar la diferencia entre una ley como norma, y la producción de una ley, como hecho particular. Desde la óptica kelseniana la función de un tribunal constitucional implica siempre la cuestión de si una norma ha sido creada constitucionalmente, entendiendo su proceso de creación como caso particular y no, como sostenía Schmitt, como una norma que protege a otra norma. Para Kelsen una norma anticonstitucional debe ser anulada porque el hecho particular de su producción se opone a la norma que regula este procedimiento, y que es de grado mas elevado que la así producida.

Hemos expuesto pues, diferentes puntos de vista y corrientes que pueden aportar una base filosófica que permitan acercar el Derecho a las personas mas desfavorecidas por el orden establecido. A través de una aplicación del Derecho, basada en los principios inmutables del Derecho Natural Histórico.

C A P Í T U L O T E R C E R O

¿Hacia una democracia judicial?

¿HACIA UNA DEMOCRACIA JUDICIAL?

1. NUEVAS TENDENCIAS JUDICIALES EN LAS DEMOCRACIAS MODERNAS

En el presente capítulo analizaremos una tendencia que se desarrolla en las principales democracias del mundo, principalmente Estados Unidos de Norteamérica, España, Francia, Portugal, Inglaterra e Italia, donde se pone de manifiesto la importancia de las actuaciones del órgano jurisdiccional cada vez mas relevante en la vida pública de los Estados. Por medio de un análisis comparativo de los principales factores que inciden en la libertad e independencia de los jueces para la toma de decisiones vinculativas, para llegar a analizar el caso del Poder Judicial de la Federación Mexicana, principalmente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La importancia que ha cobrado el órgano jurisdiccional en las democracias modernas ha ido en aumento, debido a que los Estados y los ciudadanos cada vez demandan mas la intervención de un órgano imparcial con poder de Estado para dirimir sus controversias. El catálogo de decisiones en que se solicita la intervención de la magistratura aumenta en la misma medida que aumentan los espacios

que son regulados por el Estado y en proporción directa a la exigencia de justicia de los ciudadanos.

Este aumento se debe en gran parte a la nueva relación que existe entre el Estado y la sociedad generado por la tendencia a dirigirse mas a un Estado de bienestar que a un estado liberal. Como apuntábamos anteriormente, la intervención del Estado a través de la regulación de las actividades genera a su vez un compromiso implícito de solucionar un conflicto en caso que surja de la actividad regulada.

Aun cuando comparten características comunes, "las democracias comparten una característica fundamental: La independencia del juez, o sea, un conjunto de garantías destinadas a asegurar su imparcialidad, respecto a las partes en causa y respecto a otras instituciones políticas, y a proteger las libertades de los ciudadanos"⁴⁶, las democracias más representativas también presentan diferencias no secundarias en su concepción y distribución de facultades entre los órganos de poder (ejecutivo, legislativo y judicial).

El papel asignado al juez como simple ejecutor de la ley ha sufrido una evolución considerable en los últimos lustros. La concepción del

⁴⁶ GUARNIERI, Carlos y PEDERZOLI, Patricia, Los jueces y la política, Ed. Grupo Santillana, México, 1999, pg.16.

juez como "boca de la ley" se dirigía mas que la conducta que asumiera la magistratura a limitar sus prerrogativas, en un contexto ideológico heredado por la Revolución Francesa en el cual se otorgaba la supremacía al órgano legislativo. Dependiendo del contexto político y de la manera en que se encuentren redactadas las normas, el juez podrá tener una mayor o menor libertad de decisión en el momento de interpretar una ley. La interpretación del juez no es meramente declarativa, ya que al resolver una cuestión está creando Derecho, está creando una "norma jurídica individual". Ciertamente "una legislación bastante coherente, estable en el tiempo y de planteamiento relativamente simple, en efecto deja a la creatividad del juez márgenes sin duda exiguos"⁴⁷.

Es sin duda en los países inmersos en la tradición del *civil law* donde ha permanecido por mas tiempo la concepción ejecutoria, ya en los países del *common law* se advierte una clara tendencia a otorgar un papel mas activo a los jueces en la vida política, en el caso de los Estados Unidos desde su nacimiento como nación independiente se planteaba esta cuestión. Pero es sin duda debido a la influencia de las doctrinas denominadas "realismo jurídico" el mérito de haber puesto en evidencia la contribución creativa del juez en la formación de normas y, por tanto, el alcance político de sus funciones.

⁴⁷ *Idem*, pg.17

La ampliación de la intervención estatal en áreas cuya regulación antes se delegaba a los particulares se desarrolla mediante la regulación de las mismas, es decir una mayor creación de normas, y si allí donde hay una ley allí hay también un juez que en cualquier momento puede verse investido de la tarea de interpretarla y aplicarla, la influencia del juez aumenta con la influencia del Estado en la regulación de actividades, por lo tanto su relevancia política también aumenta. También es verdad que a mayor número de lagunas jurídicas mayor será el margen de creatividad de los jueces, así como la resolución de conflictos de leyes en el tiempo.

A su vez, es una realidad que el carácter punitivo de las leyes está cediendo espacio a las leyes que tienen la finalidad de provocar conductas sociales o económicas y, de ésta manera, se involucra también a los tribunales en la creación de estas conductas.

El crecimiento cuantitativo de la esfera jurídica también va acompañado de un crecimiento cualitativo. Para afrontar la complejidad de las nuevas áreas sujetas a intervención, el legislador recurre con frecuencia a cláusulas generales, que establecen vínculos más débiles que antes con la interpretación y que, delegan poder de decisión en el juez. No es raro que los objetivos perseguidos en la

legislación se incorporen al texto, ya en el articulado, ya en la exposición de motivos, convirtiéndose éstos en auténticas normas de Derecho positivo. Aunque la indicación explícita de los objetivos a alcanzar por la ley en cuestión pudieran observarse como una limitación al poder delegado al juez, su consecuencia sigue siendo la de modificar el estilo de razonamiento jurídico y especialmente, la lógica que guía las decisiones. Mientras antes el juez resolvía atendiendo a una visión retrospectiva, ahora con frecuencia se le plantean varias alternativas de las cuales tiene que escoger la que a su juicio se presta para satisfacer los objetivos fijados de antemano. De este modo se transfiere al juez la responsabilidad de considerar las posibles soluciones alternativas, de imaginar sus consecuencias respectivas, de evaluar y, por último, de tomar una posición con la mirada puesta constantemente en el futuro. Así el juez actúa mediante una lógica prospectiva idéntica a la que se considera propia de los otros actores políticos.

La evolución también ha afectado a la estructura del proceso judicial, la clásica relación tripartita del proceso (juez - actor - demandado) en la que las resoluciones afectaban únicamente a las partes en conflicto ha sufrido serias modificaciones debido a tendencias cada vez más influyentes. En muchos casos en el proceso puede observarse la presencia de una compleja red de intereses y de

pretensiones contrapuestas, lo cual indica que es un proceso con estructura policéntrica, en la cual las limitaciones y contornos son muy difíciles de identificar y en la que incluso el número de personas que se verán afectadas por la resolución es desconocido. Tal es el caso de las acciones colectivas, el control difuso de la constitucionalidad, que han alcanzado una notable importancia, sobre todo en temas relacionados con la defensa de los consumidores y del medio ambiente.

Para evaluar el papel que de hecho ha asumido la justicia, el reparto formal de competencias es hoy un punto de referencia mucho menos útil que antes: el sistema judicial tiende a actuar como una estructura multifuncional, que presenta numerosas áreas de superposición con las actividades demandadas a las otras instituciones políticas.

A diferencia de un legislador o un administrador, el juez, desarrolla su tarea dentro de un marco de vínculos procesales que caracterizan su función:

- 1) En primer lugar, su intervención ha de ser solicitada siempre por un sujeto externo: un ciudadano privado, en el caso de un proceso

civil, o bien el ministerio fiscal, como por regla general se verifica en el proceso penal. Esto es el **principio de pasividad**.

2) El juez, solo puede aplicar normas preexistentes, ya sean leyes o precedentes judiciales, pero en todo caso los criterios que apoyan la decisión deben ser conocidos siempre antes del comienzo del juicio. Esto lo conocemos como el **principio de legalidad**.

3) También esta obligado el juez a escuchar las pretensiones de ambas partes antes de escuchar la sentencia, **el principio de contradicción**.

4) Finalmente, el juez debe fundar y motivar los elementos que justifican su decisión, y debe hacerlo de modo que no deje traslucir opiniones personales, para que así la sentencia pueda parecer imparcial, **el principio de seguridad jurídica**.

Estos factores condicionantes de la actividad del juez, permiten que la formulación de normas tenga lugar sobre la base de condiciones distintas de las que marcan la conducta de las otras instituciones políticas. La justicia, aun con ésta forma propia, se posiciona así como un "*partner* cotidiano en el proceso político en sus distintos segmentos, desde la formulación de las políticas, con el poder de interpretar las leyes y de criticar su constitucionalidad, hasta

su puesta en práctica a través del control de los actos administrativos"⁴⁸.

Sin embargo, como el juez no puede activarse por voluntad propia, su intervención sigue condicionada a la voluntad de un sujeto externo que tiene que promover una acción legal. Mas sin embargo, en la medida en que aumente la percepción de que el juez se convierte en un factor importante e influyente por parte de la sociedad, aumenta la posibilidad de que se active. A mayor reconocimiento social, credibilidad y legitimidad tengan los órganos jurisdiccionales, mayor será el número de ciudadanos que acudan a ellos.

En este sentido, las posibilidades dependen del contexto particular, de las facultades atribuidas a los tribunales en los distintos países, así como de las dinámicas que caracterizan a los sistemas jurídicos y sociales considerados. Los factores que pueden favorecer la intervención o no, son numerosos. Algunos se ubican fuera del sistema jurídico, como por ejemplo el grado y el tipo de desarrollo económico, la tasa de criminalidad, o también las formas de movilidad social, que pueden aumentar la conflictividad social y por lo tanto las situaciones de recursos al juez. Lo mismo se puede decir también de algunos factores internos al sistema jurídico como, por ejemplo la

⁴⁸ HOROWITZ, D.L., The courts and the social policy, Washington, Ed. The Brookings Institution, 1977

coherencia y la relativa estabilidad tanto de las leyes como de la jurisprudencia, ambas capaces de alentar o no el recurso a la justicia. Otro factor a tener en cuenta las dinámicas que caracterizan a los sistemas políticos.

El hecho de que intereses individuales y colectivos se dirijan al juez depende también de su capacidad de ofrecer respuestas, que a su vez tiene que evaluarse en relación con la capacidad de que dan prueba las demás instituciones políticas.

Como hemos visto, las actuales tendencias parecen favorecer al poder judicial respecto de las demás instituciones políticas, mucho también por la crisis de credibilidad por la que atraviesan los demás actores políticos en muchas democracias occidentales, esto ha contribuido a resaltar su capacidad relativa de respuesta. Este fenómeno se ve alimentado no solo por el recurso creciente a los tribunales por parte de los grupos de interés sino también por una demanda de justicia cada vez más invasora, demanda que se está convirtiendo en uno de los rasgos característicos de las democracias occidentales. La necesidad de Derechos individuales y colectivos, alimentada por el constitucionalismo liberal y por el Estado social, se dirige con mayor frecuencia a los tribunales para intentar hacer valer pretensiones que no han obtenido respuesta en otras sedes. Recurrir

al juez puede convertirse en un instrumento de participación en el proceso político, y tiende a serlo. Desde este punto de vista, y suponiendo que los tribunales se prestaran a asumir tal función, entonces serían utilizados como canales de articulación de las demandas políticas, junto a los canales institucionales clásicos y, en muchos casos en competencia con ellos. Ciertamente los tribunales ofrecen ventajas nada despreciables a sus potenciales usuarios:

- 1) Son más abiertos que las demás instituciones políticas, desde el momento en que los individuos no tienen necesidad de controlar recursos estratégicos para tener acceso a ellos;
- 2) Al no poder denegar justicia, los tribunales están obligados a por lo menos dar una respuesta a las demandas que reciben;
- 3) Los tribunales tienen una mayor cobertura, ya que están mejor articulados en el territorio y por lo mismo son más accesibles.

La "pasividad" sigue siendo una de las ventajas del poder judicial y a su vez contrapeso para su independencia institucional, tampoco es menos cierto que el conjunto de los elementos arriba descritos le ofrece con mucha mayor frecuencia que antes la ocasión de hacer sentir su influencia.

Resulta difícil imaginar que esta tendencia en la que el poder judicial va cobrando mayor relevancia política se pueda revertir, la importancia social y política de la justicia hunde sus propias raíces en una prerrogativa que no es propia del juez, sino que éste parece utilizar cada vez mas eficientemente: de hecho corresponde al juez dar concreción a Derechos individuales y colectivos que solo están enunciados en la ley y que, de otro modo, podrían quedar en mero enunciado.

2.VARIABLES QUE DETERMINAN LA EVOLUCIÓN Y DESARROLLO DE LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL

2.1. La Magistratura

En este apartado analizaremos el elemento subjetivo interno del problema, es decir: el juez. Para poder valorar el nivel de independencia de un juez es preciso analizar varios factores, tales como su formación, el sistema de reclutamiento, las garantías de *status* que les rodean, etc. Queda claro que para que el activismo judicial tenga impacto en las sociedades democráticas es un presupuesto indispensable la independencia del judicial, de otra manera no sería posible hablar de una intervención autónoma de la magistratura en el proceso político. La percepción del papel del juez es un elemento que podremos descubrir a través del análisis del

marco organizativo del aparato judicial. Ya que para que la magistratura intervenga en el proceso político no es suficiente que sea independiente, también debe querer serlo.

Cuestiones a tomar en cuenta son los sistemas de reclutamiento y de formación de las personas que formarán parte del sistema judicial. En este rubro podemos encontrar dos grandes sistemas de reclutamiento. Esta división una vez mas coincide con la gran división de los sistemas jurídicos, la del *civil law* y *common law*.⁴⁹

Mientras los países pertenecientes a la tradición del *civil law* apoyan gran parte de la responsabilidad del procedimiento de reclutamiento en el órgano judicial, dando principal importancia a los méritos en una carrera profesional a la que se accede a través del concurso público abierto a cualquier persona que reúna los requisitos mínimos necesarios. Ciertamente en algunos países se han desarrollado prácticas tendientes a mitigar la excesiva burocratización en que había caído el órgano judicial. En contrapartida, países como Inglaterra y Estados Unidos han desarrollado un procedimiento de reclutamiento que comparte responsabilidades entre parlamentos,

⁴⁹ Para mayor información véase en MERRYMAN, J.H, "La tradición jurídica románico canónica", FCE, México, 1998

agrupaciones profesionales, poder ejecutivo. Así podemos citar dos ejemplos:

1.- En el sistema francés, tanto la formación como la selección de los futuros jueces y fiscales son responsabilidad de una institución *ad hoc*, *L' Ecole Nationale de la Magistrature*, dependiente del Ministerio de Justicia. Se accede a través de un riguroso concurso a estudiantes, donde deberán cursar un periodo de formación y posteriormente otro de prácticas. Una vez cumplido lo anterior pasan a formar parte del cuerpo judicial, con salario asegurado. Los ascensos y movimientos dependerán de las vacantes o necesidades del órgano judicial.

2.- En Estados Unidos de Norteamérica, existen tres mecanismos fundamentales: el nombramiento, confiado a autoridades políticamente representativas; la elección directa, en la que pueden o no intervenir los partidos políticos; y, el *merit plan*, que consiste en un nombramiento condicionado a la aprobación de la ciudadanía después de un determinado periodo de tiempo. Los movimientos entre el Poder Judicial y el ejercicio de la profesión

suele ser común, se recluta a abogados practicantes de reconocida solvencia moral y jurídica, profesores, etc.⁵⁰

2.2.El sistema judicial

Respecto a la influencia que tiene el sistema judicial en la independencia y peso político del juez consideramos que a mayor sea el radio de acción del juez, mayor será la relevancia política de sus resoluciones. Desde la perspectiva opuesta, entre más específicas y limitadas sean las materias que pueda juzgar menos será el peso político del juez.

2.3. Estructura del Estado

Varios factores en la estructura del Estado intervienen para la confección de un sistema judicial, por poner algunos ejemplos: si la estructura estatal es federal, entonces tendremos dos o quizás tres ordenes de gobierno con sus respectivos órganos jurisprudenciales. En el caso de México encontramos la clara división entre el Poder Judicial de la Federación y los Poderes Judiciales locales.

⁵⁰ Para mayor información sobre el sistema judicial francés véase en MESTITZ, A. Selezione e formazione professionale dei Magistrati e degli avvocati in Francia, CEDAM, Padua, 1990. Y sobre el sistema estadounidense véase MURPHY, W.H y PRITCHETT, C.H, Courts, Judges and Politics, Random House, Nueva York, 1986.

Derivado de lo anterior y por así estar señalado en la mayoría de los países que cuentan con una Carta Magna, se establece una división de materias para uno u otro nivel de gobierno, ya federal, ya estatal o municipal.

Además de esto, ya en cada nivel de gobierno en específico también se han desarrollado divisiones por materias, esto con la finalidad de provocar una mayor especialización de los jueces para resolver conflictos de intereses, por un lado, y para abatir el rezago de resoluciones, por el otro.

2.4. Acceso a la justicia

Otro aspecto fundamental a considerar en este apartado es el relativo al acceso a la justicia. La mayoría de los sistemas jurídicos apoyados en el civil law, dado su origen individualista, contempla la legitimación activa como un Derecho preponderantemente personal, individual. En este sentido, en los últimos años ha cobrado fuerza una corriente que señala que hay un espacio vacío, un segmento entre lo público y lo privado que ha quedado desprotegido del amparo judicial. Nos referimos a lo que se ha denominado "Interés Difuso".

Por no ser propio del objetivo de la presente investigación, solo nos detendremos a exponer de manera general lo que se entiende por "Interés difuso".

Conocemos el interés particular, el interés público y el interés colectivo, pero, entre ellos o dentro de ellos existe también un interés que no se ha logrado identificar con ninguno de los anteriores. Para explicarlo de la manera mas clara posible debemos de atender el elemento subjetivo y el elemento objetivo del mencionado interés.

Estamos hablando de un grupo de personas indeterminadas que tienen un interés por llevar a tribunales un acto o disposición que puede afectarlos. Dicho interés es por proteger bienes protegidos que son de difícil conceptualización en la clasificación tradicional de bienes jurídicamente protegidos. La tendencia a la protección de los Derechos de los consumidores, del Derecho a un medio ambiente sano, de respeto a los Derechos y cultura indígenas, abre la puerta a una serie de intereses que por generales difícilmente puedan ser protegidos por el sistema jurídico mediante los mecanismos tradicionales de acceso a la justicia. Encontramos entonces la necesidad de abrir una puerta de acceso a los grupos de personas que puedan verse afectados por actos de autoridad que lesionen este tipo de bienes jurídicamente protegidos. Se puede decir que " los

verdaderos y propios intereses difusos son los referidos a bienes indivisibles o no susceptibles de apropiación individual"⁵¹

Podemos entonces definir al interés difuso como "aquellos propios de las personas, consideradas en su dimensión colectiva, que recaen sobre bienes jurídicamente protegidos, que por su naturaleza o por disposición de la ley, no son susceptibles de apropiación individual"⁵².

2.5. El control constitucional

Derivado de la teoría de la división de poderes, cuya premisa principal es la de que el poder debe estar limitado por el poder mismo, surge la necesidad de otorgar al poder judicial de la facultad de revisar la constitucionalidad de los actos y las normas emanadas de los otros dos poderes, a saber el ejecutivo y el legislativo.

Se puede ubicar la pronta aparición del control constitucional en Estados Unidos de Norteamérica, dadas las circunstancias particulares que rodearon el nacimiento de ese país, a las características de su Constitución escrita como un verdadero catálogo de Derechos fundamentales. El poder judicial en 1803 decidió que no sólo debería aplicar justicia entre los ciudadanos sino también entre

⁵¹ BUJOSA, Vadell, Lorenzo Mateo. "El procedimiento de las Acciones de Grupo (Class Action) en los Estados Unidos de América en *Justicia*, Num. 1, España, 1994.

éstos y el Estado. Se atribuye así la facultad de interpretar si una norma o acto respetan los Derechos fundamentales establecidos en la Carta Magna. El control se ejerce de modo horizontal, " en los Estados Unidos el control de la constitucionalidad se ejerce a todos los niveles de la jurisdicción y se traduce en el poder de todo juez de no aplicar una norma relativa al caso que examina. La importancia del Tribunal Supremo reside en la doctrina del *stare decisis*, gracias a la cual las decisiones tomadas por los tribunales superiores vinculan a los inferiores. Sólo la censura pronunciada en el vértice del sistema judicial equivale de hecho a una declaración de nulidad con efecto abrogativo"⁵³

En Europa, la aparición de Tribunales Constitucionales es hasta 1920, con la creación del Tribunal Constitucional Austríaco, creación de Hans Kelsen, como se menciona en otro apartado de la presente investigación. "Pero solo después de la segunda guerra mundial cuando la justicia constitucional comienza su expansión por el continente. Primero Alemania, con el *Bundesverfassungsgericht*, establecido en 1951, seguido de Italia cuyo Tribunal Constitucional se instaure en 1956. Dos años después, la transición de la V República desemboca también en Francia en la institución del *Conseil*

⁵²SOBRINO Corzo, Luz María, Consideraciones en torno al interés difuso y su tutela judicial en nuestro sistema jurídico, Tesis profesional, Escuela Libre de Derecho, México, 2001, Pg.83

⁵³ CAPPELLETTI, M. " The judicial process in Comparative Perspective", Clarendon Press, Oxford, 1989.

Constitutionnel que, pese a sus muchas peculiaridades, adquiere un creciente peso en el sistema político francés. Los países de la península ibérica se alinean al marco europeo respectivamente en 1978, año del nacimiento del Tribunal Constitucional en España, y en 1983, con la puesta en funcionamiento del Tribunal Constitucional portugués.⁵⁴

En este punto resulta clara la importancia que tiene esta facultad de los tribunales en su actuación e influencia sobre la vida política del Estado.

Conviene también señalar que en la teoría se establecen dos tipos de control de constitucionalidad, el concentrado y el difuso.

Entendiendo por el control concentrado de la constitucionalidad aquel que se encarga a un tribunal especialmente creado para ello. Por control difuso entenderemos entonces aquel que se encarga a los jueces ordinarios que, en cualquier tipo de juicio, pueden rechazar la aplicación de una norma considerada inconstitucional.

⁵⁴ GUARNIERI, op. Cit. supra. Pg. 115

2.5.1. El Tribunal de Justicia Europeo

Consideramos de gran interés para la presente investigación hacer un somero comentario relacionado a la justicia comunitaria en la Unión Europea, por ser un fenómeno reciente que viene a romper con la tradicional concepción de la supremacía estatal. Desde su lento proceso de creación, se previó la posibilidad de llegar a una unión política. Por estas razones se creó el Tribunal de Justicia Europeo, que supone el mas claro ejemplo de intervencionismo judicial. En palabras de la Dra. Aracely Mangas "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, es la institución que encarna el Poder Judicial en las Comunidades Europeas, ya que el artículo 220 del TCE le encomienda la función de *garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado*".⁵⁵ Así, en sentencia del 12 de noviembre de 1969, en el caso Stauder vs. Stadt Ulm - Sozialamt⁵⁶ donde se comienzan a establecen los principios generales del Derecho como principios rectores del Tribunal, y en 1975 el recurso al Derecho internacional. Es desde ese momento que el Tribunal de Justicia Europea inicia la construcción de los principios rectores de su actuación, principalmente los relacionados con la protección de los Derechos fundamentales ante la falta de un catalogo

⁵⁵ MANGAS MARTÍN, Aracely y LIÑAN NOGUERAS, Diego, J. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Editorial McGraw Hill, Madrid, 1999, pg.95

⁵⁶ Publicada en el BOE el 12 de noviembre de 1969.

de Derechos fundamentales. "El Tribunal Europea ha construido su jurisprudencia en materia de Derechos Humanos sobre un triple fundamento:

- a) Los derechos fundamentales de la persona están comprometidos dentro de los principios generales del Derecho Comunitario (Sentencia Stauder). Con ello, el Tribunal afirmó que los principios generales del Derecho Comunitario constituyen el elemento de sustanciación normativa de los derechos y libertades en el orden jurídico comunitario;
- b) En la sentencia *International Handelsgesellschaft*, el Tribunal añadió que la protección de los Derechos Fundamentales está inspirada en los principios constitucionales comunes a los Estados miembros y, por consiguiente, consolidó estos principios o tradiciones constitucionales comunes como fuente de inspiración;
- c) La progresión cuantitativa y cualitativa en la utilización de los instrumentos jurídicos internacionales de los que son parte los Estados miembros, especialmente el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, como elemento de referencia. Efectivamente, en la sentencia *Nold*, el Tribunal afirmó que: Los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos, en los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido, pueden facilitar,

asimismo, indicaciones que es preciso tener en cuenta en el marco del Derecho Comunitario".⁵⁷

En el caso del Tribunal de Justicia Europeo conviene destacar dos cuestiones de gran trascendencia:

1) La creación de principios protectores de los Derechos fundamentales a través del ejercicio jurisprudencial cotidiano, a falta de un catálogo que expresamente detallara tales principios;

2) El carácter supranacional que ha adquirido el Tribunal de Justicia Europeo, llegando en muchos casos a resolver incluso en contra de las constituciones de los Estados miembros, obligándolos a adecuar sus constituciones a los principios emanados de sus resoluciones.

Es justo señalar que no está fuera del alcance de diversas críticas la actuación del Tribunal Europeo de Justicia, pero finalmente los Estados miembros han optado por acatar las disposiciones del mencionado Tribunal, dando lugar a una de las manifestaciones más ricas de creación de Derecho de nuestros días.

⁵⁷ *Idem*, pgs.293-294

2.6. El sistema político

Del diseño del sistema político de un país dependerá el grado de autonomía con el que podrá actuar el órgano jurisdiccional. Dentro del análisis de la presente investigación contemplamos únicamente sistemas políticos con una clara tradición democrática, basada en una constitución que consagra la división de poderes.

Ya dentro de este universo podemos encontrar algunas diferencias que dan mayor o menor margen de autonomía a la actividad jurisprudencial.

Dada la naturaleza del procedimiento judicial que, a diferencia de otros métodos de solución de controversias no cuenta necesariamente con el consenso de las partes involucradas, en ocasiones se puede llegar a crear tensión entre las partes. Esto llevado a la intervención del juez para dirimir conflictos de gran envergadura en el ámbito político o estatal puede llevar a crear situaciones que compliquen la relación entre los órganos de poder.

De esta tensión natural entre los órganos de poder fue como surgieron diversas teorías basadas en la concepción clásica del juez como mero ejecutor de las leyes, en las que se acotaba la actividad del juez a pronunciar una sentencia basándose literalmente en lo

expresado por la ley. "El constitucionalismo continental - y la influencia del positivismo jurídico no hace mas que reforzar esta tendencia -se limita a garantizar la imparcialidad del juez en la disputa concreta, excluyendo cualquier crítica a la ley: el poder de los órganos legislativos resulta así, mas allá de los límites del procedimiento, extremadamente reforzado"⁵⁸

Es a través del desarrollo de las democracias modernas donde se ha visto la necesidad de dotar al órgano judicial de esta potestad poniendo especial atención en la protección de los ciudadanos frente al Estado. El papel de la Magistratura en una democracia constitucional es el de defender los Derechos de los ciudadanos incluso contra la mayoría, y por tanto, ser su guardián. La tarea del Juez será entonces la de defender los Derechos de los individuos y de las minorías contra los posibles abusos de las instituciones político - representativas y de las mayorías que las controlan.

En este punto encontraremos una vez mas una clara diferencia entre el constitucionalismo continental y el de tradición anglo - sajona. En el constitucionalismo continental es clara la subordinación del poder judicial a los dos poderes restantes, cumpliendo la función que

⁵⁸ CAPPELLETTI, Mauro y MERRYMAN, John Henry, The italian legal system, Stanford University Press, 1965. pg.196.

Montesquieu señalara como *la bouche de la loi*. En el otro lado, como ya hemos señalado países como Estados Unidos e Inglaterra depositan un enorme poder de interpretación a sus Tribunales.

En México hemos adoptado una postura acorde con nuestra tradición constitucional, aunque en los últimos años, concretamente desde la reforma constitucional de 1994, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha ido posicionando como la garante del sistema jurídico mexicano, y por tanto del Estado de Derecho.

Una mayor intervención del poder judicial en la vida política de un país no está exenta de riesgos, muchos han dado en llamar a este fenómeno como la judicialización de la política. El mayor riesgo que podría es que los Tribunales se vean envueltos en los juegos de poder propios de la política y por ello pierdan su autoridad e imparcialidad.

3. DEL FUNCIONAMIENTO Y OPERATIVIDAD DEL SISTEMA JURISPRUDENCIAL MEXICANO

A continuación nos proponemos describir la organización y funcionalidad de los órganos jurisprudenciales en México a la luz de su evolución histórica y de los ordenamientos jurídicos que los regulan en la actualidad. Para finalizar con la repercusión e incidencia de las

decisiones de la Corte en la vida de los ciudadanos, y de que manera ésta actuación puede contribuir a la transformación del Estado Mexicano. Como señala Miguel Carbonell, "El Poder Judicial ha jugado un papel menor en el esquema de división de poderes. Tradicionalmente, ha sido notable su falta de independencia respecto del Poder Ejecutivo"⁵⁹

3.1 Evolución histórica de la Suprema Corte de Justicia en México

En los Estados Unidos Mexicanos, imitando los sistemas constitucionales de los Estados Unidos de América adoptando la división de poderes, facultando a la ciudadanía para elegir a sus representantes ante el Parlamento, así como al Jefe del Ejecutivo. "El tercero de los poderes, el Judicial, no es electo por el pueblo, sino por una combinación especial de los dos poderes populares. Todo esto tiene como fundamento, tanto en los Estados Unidos de América, como en los demás países de América, el establecimiento de una constitución escrita"⁶⁰

La rama judicial surgió a la vida institucional del Estado Mexicano como un elemento de intranquilidad e inseguridad para el grupo

⁵⁹ CARBONELL, Miguel, "Poder Judicial y Reforma del Estado en México". en *Diálogo y Debate*. Año 2 Núm. 7, México, 1999, pg. 34.

gobernante; concretamente en 1857 se constituyó en un poder insubordinado y peligroso. Fue preciso convertirlo en parte del aparato gubernativo, con todo lo que ello implica, a través de una serie de medidas políticas y reformas constitucionales.

La independencia de los miembros del Poder Judicial esta estrechamente vinculada a la forma en que son designados los Jueces y Ministros.

En la Constitución de 1824 se establecía que los Ministros de la Corte eran nombrados en su mayoría por las legislaturas locales, en menor grado por el Congreso de la Unión y, el Presidente solo se limitaba a tomar protesta a los Ministros. "En México se plasma la Independencia en 1821, bajo documentos constitucionales, escritos, y además se promulga la primera Constitución escrita tres años mas tarde, en 1824. Toda esta similitud de situaciones permite entender que todo lo que Alexis de Tocqueville precisa respecto al sistema constitucional de los Estados Unidos de América debe atribuirse por la misma razón a nuestro sistema constitucional mexicano. Dicho en otras palabras: el sistema judicial mexicano entroniza las funciones jurisdiccionales como un verdadero poder político, especialmente el

⁹⁹ CASTRO, Juventino. "Perspectivas de la Suprema Corte para el año 2000", en *Diálogo y Debate*, Año 2. Núm. 7, México, 1999. pg. 14

federal, sin que por realizar dichas funciones políticas deje de llevar a cabo las estrictamente jurisdiccionales⁶¹.

Ya en la Constitución de 1857 los Ministros de la Suprema Corte eran cargos electivos. Esto con la idea de dotar de mayor independencia a la Corte. La opinión del maestro Emilio Rabasa sobre este método de selección nos servirá para analizar la vinculación que existe entre la Corte de Justicia y los ciudadanos:

La Constitución de 1917 recogió en gran parte la opinión de D. Emilio Rabasa, así los ministros de la Corte debían ser nombrados por el Congreso de la Unión actuando en funciones de Colegio Electoral, contando con la concurrencia de las dos terceras partes del número total de miembros de ambas cámaras. La votación era secreta y los candidatos a elegir solo podían ser propuestos por las legislaturas de los Estados.

En un principio la fórmula fue afortunada. Se dejaba a los órganos de representación popular la elección de los miembros de la Corte, dando lugar a su vez a una participación directa de los Estados miembros de la federación.

⁶¹ *Idem*, pg. 14.

El 20 de agosto de 1928 se reforma la Constitución para introducir el sistema norteamericano de elección y nombramiento de Ministros, de manera que es el Presidente de la República quien propone al Senado a los candidatos y éste último quien aprueba. La reforma bien puede calificarse de equilibrada, seguía dejando a la representación popular la decisión final, se excluía a las legislaturas locales pero se dejaba la decisión a los representantes de los Estados. Pero el constituyente introdujo un elemento que desvirtuó la reforma, al establecer que los Ministros de la Corte propuestos por el Presidente también podían ser aprobados por la Comisión Permanente. Este organismo requiere de un menor número de personas para integrar el quórum exigido por la Constitución para el nombramiento. De esta manera se deja en un número muy reducido de personas la deliberación y aprobación de los Ministros que integran la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Además, como la Comisión Permanente esta reunida siete de los doce meses del año, la posibilidad de que sea este órgano el encargado de hacer la aprobación de los Ministros es altísima.

La evolución del sistema político mexicano hacia la "dictadura perfecta" confirma la magnitud del error que se cometió privando totalmente de independencia a la Corte.

Los requisitos para ser Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se enumeran en el artículo 95 de la Constitución, en ellos se trata la independencia y pericia jurídica como presupuesto para poder acceder a la Corte.

Actualmente la Constitución establece una serie de requisitos para ser Ministro de la Corte a través de los cuales se pretende limitar la actuación de los mismos a otro tipo de actividades. Así por ejemplo:

- El artículo inhabilita a los ministros de culto para ser Ministros de la Corte, hasta en tanto no renuncien a su investidura religiosa;
- El artículo 125 impide que un Ministro desempeñe dos cargos al mismo tiempo a nivel federal y local;
- El artículo 54 IV, establece que para poder ser diputado o senador al Congreso de la Unión es necesario que los Ministros renuncien a su cargo noventa días antes de la elección.

Lo cierto es que el procedimiento de elección era simbólico, la voluntad que prevalecía era la del Presidente. Claro está que se hacían una serie de consultas informales entre los miembros del primero círculo de asesores del Presidente.

A continuación la opinión del Licenciado Elisur Arteaga Nava sobre las características reales que debía reunir un candidato a la Corte: "Un

juez no es buscado por su ideología, mas bien por su fidelidad al sistema, demostrada por una larga experiencia de servicio y, en el peor de los casos, cuando se trata de un excepcional jurista a quien no se le puede bloquear, por no ser conflictivo.⁶²

En la Constitución se establecen a su vez algunos medios de control sobre la actuación de los Ministros, tales como:

- 1) La declaratoria de procedencia;
- 2) El juicio de responsabilidad;
- 3) La imposibilidad del Poder Judicial para inicial leyes o decretos.

A este respecto merece un especial reconocimiento el enorme esfuerzo que en el último año ha desarrollado la Corte para la realización de una reforma integral a la Ley de Amparo. El proyecto será objeto de análisis en el presente capítulo a la luz del objeto del presente trabajo.

- 4) La Corte puede iniciar investigaciones pero sin fuerza vinculatoria. Este caso se dio cuando la Corte decidió investigar los trágicos acontecimientos de Aguas Blancas en el estado de Guerrero.

- 5) Sus decisiones pueden ser invalidadas por el Presidente o por el Congreso de la Unión a través del indulto o de la amnistía.

⁶² ARTEAGA Nava, Elisur. , Derecho Constitucional, Ed. Harla, 1998, pg. 428

Ahora bien, la posibilidad que tiene el órgano jurisdiccional para controlar o revisar los actos de autoridad del ejecutivo o del legislativo son mínimas por dos razones:

- 1) El rezago y exceso de carga de trabajo provocan que las resoluciones demoren demasiado tiempo y que el perjudicado pierda interés en el asunto.
- 2) El procedimiento y requisitos que establece la Constitución para que una jurisprudencia sea obligatoria hacen casi imposible que se cumpla. A saber se requieren 5 resoluciones en el mismo sentido sin interrupción de alguna resolución en sentido contrario.

El control de constitucionalidad está muy lejos todavía de ser un instrumento eficiente para la salvaguarda de la Carta Magna, sobre este particular conviene recordar la famosa polémica entre Karl Schmitt y Hans Kelsen sobre quien debe ser el guardián de la Constitución.

Siguiendo con el análisis del Poder Judicial, los órganos jurisdiccionales locales en las entidades federativas son finalmente meras instancias de trámite, ya que todos los litigios se resuelven finalmente en los tribunales federales por la vía del amparo directo.

A este respecto conviene recordar que en la Constitución de Cádiz de 1812 que también tuvo vigencia en México, establecía que las causas civiles y penales se agotaran en cada territorio de la Audiencia donde se tramitara; lo mismo ocurrió en la constitución de 1824, ya en la de 1857 con el artículo 103 fracción I inició la centralización de la administración de justicia.

" En un sistema de Derecho escrito como el mexicano, en el que cualquier duda sería que pudiera surgir en la aplicación o interpretación de una norma sea aclarada por el Congreso vía una reforma o aclaración legal, hace que la labor de interpretación y de integración que se entiende corresponde al judicial se reduzca al mínimo y en conflictos de escaso valor; por otro lado, es frecuente que en su labor interpretativa la rama judicial se limite a transcribir en sus resoluciones normas existentes, sin agregar absolutamente nada... el Derecho no ha avanzado en nada con la interpretación judicial y que poco o nada se ha logrado en la definición de criterios jurídicos".⁶³

⁶³ ARTEGA Nava, Elisur, *op. cit.*, pg. 433

3.2. El Juicio de Amparo

En 1842 es la fecha en que surge el Juicio de Amparo, pero este se perfecciona hasta la Constitución de 1857, su evolución es la siguiente:

Desde un principio se limitó el alcance de las sentencias al caso concreto que se resolvía, la denominada fórmula Otero propuesta por uno de los creadores del amparo Don Mariano Otero.

Fórmula ampliamente defendida por diversos juristas, en nuestra opinión ha sido el principal obstáculo para que la Suprema Corte de Justicia desempeñe el papel que le corresponde como garante máximo de la Constitución.

En la actualidad el Juicio de Amparo es un procedimiento muy complicado en su instrumentación, razón por la cual los abogados cobran honorarios muy elevados, entonces pocas son las personas que pueden realmente beneficiarse de esta institución.

En tiempos recientes la Suprema Corte de Justicia ha hecho un esfuerzo sin precedentes en el medio jurídico para lograr unas reformas a la institución del Amparo, faltara conocer el resultado en la

legislación, pero se intenta romper con el principio de la relatividad, introducir el interés difuso entre otras figuras. A su vez conviene comentar los recientes acontecimientos relacionados con la materia electoral, tema muy discutido por el grado de politización que se ha hecho del mismo. El hecho es que un Tribunal Federal, el electoral, ha dictado resoluciones basadas en ley y principalmente basadas en la justicia y legalidad de los hechos que se ponían a su consideración.

3.2.1. Comentarios al Proyecto de Reformas a la Ley de Amparo

Siguiendo con los comentarios anteriormente apuntados, son tres las modificaciones a la institución del Amparo las que de llevarse a cabo tendrán una mayor trascendencia en el sistema jurídico mexicano, tales son:

a) El objeto de protección del juicio de Amparo

El juicio de Amparo en la actualidad solo protege las garantías constitucionales expresadas en la Carta Magna, el Proyecto intenta ampliar el objeto de protección del juicio de Amparo a todos los Derechos humanos reconocidos por los Tratados Internacionales celebrados por México y ratificados por el Senado.

En el proyecto se hace el reconocimiento expreso de una realidad jurídica, los tratados internacionales celebrados por México en materia de Derechos humanos también deben considerarse al momento de dirimir una controversia.

De esta manera en el Proyecto se propone modificar el artículo 1° de la Ley para quedar de la siguiente manera:

"Art.1°.- El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite por normas generales o actos de autoridad que violen las garantías que consagra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los Derechos humanos que protegen los tratados internacionales generales en la materia, a saber: la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos."⁶⁴

⁶⁴ Proyecto de Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos., pg. 73

b) La legitimación del quejoso para acudir a solicitar el amparo y protección de la justicia federal

En esta materia conviene recordar un poco lo abordado acerca del interés difuso líneas arriba. Si bien el proyecto de reformas reconocer la necesidad de dotar de protección jurídica a este sector incierto de la sociedad, la propuesta resulta tímida al encontrar un supuesto punto intermedio entre el interés difuso y el interés público: el interés legítimo.

Con relación a este tema, conviene mejor citar textualmente las conclusiones a las que llegó la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su introducción al *Proyecto de Reformas a la Ley de Amparo*:

"Además del objeto de protección y los efectos de la sentencia, la cuestión más relevante del juicio de amparo tiene que ver con el tipo de interés exigido para solicitarlo. Hasta ahora en nuestro país se ha seguido la idea de que para tal efecto es necesaria la existencia de un interés jurídico, identificado con el Derecho subjetivo. Puede ser que en el pasado esa forma de relación entre las personas y sus posibilidades de acceso al proceso fuera correcta, toda vez que se pensaba a la sociedad mexicana como altamente homogénea

y debidamente representada por los órganos políticos competentes para la expedición de normas generales. Sin embargo, cuando la forma de representación de la sociedad de nuestros tiempos es la pluralidad política y cuando existe una lucha social para lograr la incorporación al orden jurídico de una serie de demandas sociales, no es posible seguir exigiendo que aquello cuya normativización se está demandando sea el contenido del Derecho que se está exigiendo.

La forma de resolver el problema del interés para acudir al juicio tiene que ver, entonces, con la forma en que se vislumbran las posibilidades de acceso a la justicia. En este sentido, la forma extrema de solución radica en la previsión del interés simple, en tanto permite que cualquiera que tenga un reclamo se presente a juicio y logre la instauración de un litigio. Esta modalidad presenta, posiblemente, más inconvenientes que ventajas cuando llega a darse de forma generalizada y respecto de cuestiones tan complejas y delicadas como los juicios constitucionales, por lo cual la Comisión estimó que no era conveniente ni razonable proponerlo en el proyecto de Ley de Amparo.

Frente a la disyuntiva de mantener el sistema en sus términos actuales o abrir nuevas posibilidades de impugnación, la Comisión propone introducir el sistema intermedio que suele

denominarse de interés legítimo. Se trata de una institución con un amplio desarrollo en el Derecho comparado y con algunos antecedentes en el nuestro que, justamente, permite constituir como quejoso en el amparo a aquella persona que resulte afectada por un acto en virtud de, o la afectación directa a, un Derecho reconocido por el orden jurídico -interés jurídico- o, y aquí está lo relevante, cuando el acto de autoridad no afecta ese Derecho pero sí la situación jurídica derivada del propio orden jurídico. Por su amplitud, este criterio de legitimación debe ser considerado a la luz de todas las hipótesis que puedan llegar a presentarse en el juicio. Por ello, la Comisión propone acotarlo tratándose de actos o resoluciones provenientes de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo. En estos casos se están discutiendo las soluciones dentro de un litigio en el que, en principio, las partes tienen las mismas posibilidades procesales y los mismos medios de defensa, de modo tal que cualquier afectación de ese equilibrio por la postulación de un interés legítimo frente a otro jurídico, rompería el equilibrio procesal que siempre es necesario mantener".⁶⁵

⁶⁵ Proyecto de Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pgs. 52-54

c) La limitación a la relatividad de los beneficios de la sentencia de amparo, mejor conocida como Fórmula Otero.

En este sentido, el Proyecto pierde la oportunidad de dotar al Amparo de toda la fuerza que podría otorgarle el reconocer los efectos de una resolución de Amparo erga omnes. Se mantiene la relatividad de las sentencias de Amparo, únicamente beneficiando la declaración de inconstitucionalidad al quejoso.

Con esta postura se reafirma la tradición judicial mexicana, donde se rebela una enorme desconfianza hacia los tribunales facultados para resolver un juicio de Amparo. Una vez más se limita el enriquecimiento que supondría para la creación de Derecho a través de la jurisprudencia.

d) La declaración de inconstitucionalidad de un acto o norma con efectos erga omnes.

Muy relacionado con el punto anterior, aun cuando podemos considerar un avance en el Proyecto, reducir el número de resoluciones en el mismo sentido para declarar la inconstitucionalidad de una ley o un acto con efectos generales a tres resoluciones en el mismo sentido dictadas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia

de la Nación sin ninguna intermedia en contrario. Se queda tímida el Proyecto al limitar en número la facultad de declaración de Inconstitucionalidad de la Suprema Corte.

4. PODER E INFLUENCIA REAL DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN LA SOCIEDAD MEXICANA

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sido disminuida en su influencia real sobre la vida de los ciudadanos.

Al ser los poderes ejecutivo y legislativo las únicas fuentes del Derecho y, al mismo tiempo que corresponde al poder judicial la aplicación de tales normas, la Corte será siempre el blanco de ataques cuando una ley es justa o injusta.

De esta manera la credibilidad del máximo órgano jurisdiccional se sitúa en una posición de extrema fragilidad, al aplicar leyes en las que ni siquiera pudo intervenir en su proceso de creación.

Los otros dos poderes crean leyes, reglamentos y decretos que en principio gozan de la aprobación de la opinión pública hasta el momento de su aplicación. A este respecto podemos recordar la

polémica que hubo sobre la constitucionalidad del "pacto de anatocismo". Este caso es una muestra muy clara de la escasa posibilidad que tiene la Corte de resolver situaciones en las que claramente se afecta a los ciudadanos. Varios Ministros que razonaron su voto por la resolución mostraron su crispación ante la imposibilidad legal que tenían de interpretar el ordenamiento mercantil que permitía la aplicación de intereses sobre intereses en los créditos bancarios.

Aun así, la Corte poco a poco ha ido posicionándose en el cumplimiento de las responsabilidades que le son propias. Cada día veremos con mayor interés las resoluciones emitidas por el máximo tribunal mexicano. Vendrán años interesantes para la vida jurídica en México.

Será a través de su actuar presente y futuro como la Corte irá generando confianza entre la población, solventando su autoridad y adquiriendo mayor confianza en el Poder Judicial de la Federación. Incompleto, pero sería un gran avance para el sistema jurídico mexicano la aprobación del Proyecto de Reformas a la Ley de Amparo, debemos aplaudirlo.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Con generosidad y apertura para romper paradigmas encontraremos soluciones reales a problemas históricamente reales e insolutos.

SEGUNDA.- A través del estudio, inclusión e integración de diferentes corrientes filosóficas, analizadas a través de perspectivas diferentes encontramos aportaciones muy importantes para analizar la realidad.

TERCERA.- Se hace necesario rediseñar y redimensionar al Estado Moderno, en este caso en lo relativo al sistema jurisdiccional mexicano.

CUARTA.- Rechazamos la pretendida imparcialidad del sistema jurídico y su abandono político e ideológico.

QUINTA.- El "uso alternativo del Derecho" es una manifestación en contra de la ineficacia estatal en el plano jurídico.

SEXTA.- Existen zonas neutras en el ordenamiento jurídico que permiten aplicarlo e interpretarlo en beneficio de los sectores sociales más desprotegidos.

SÉPTIMA.- El objetivo final de las prácticas jurídicas alternativas es lograr la identificación o congruencia de las instituciones jurídicas con la realidad.

OCTAVA.- El reconocimiento de la composición pluricultural de los mexicanos permitirá confiar en que, respetando los Derechos Humanos, puedan reconocerse estructuras alternativas de solución de controversias. Esto significará un acercamiento del Derecho a la realidad, a las personas.

NOVENA.- Relacionado con lo expresado en la conclusión segunda, desde una perspectiva diferente, es posible dotar de historicidad al iusnaturalismo, esto se traducirá en un sustento filosófico muy valioso para la interpretación del Derecho.

DÉCIMA.- El formalismo y la técnica jurídica aportan una serie de métodos de interpretación de gran utilidad para la ciencia jurídica, pero éstos no son suficientes ni absolutos.

DECIMA PRIMERA.- Es en la Constitución donde se establecen los Principios Sociales Fundamentales que dan unidad, coherencia y sustento al Estado.

DÉCIMA SEGUNDA.- La mayor influencia de la Magistratura en las democracias modernas es producto de la mayor demanda de los ciudadanos de un órgano imparcial con fuerza estatal para solucionar sus controversias.

DECIMA TERCERA.- El Poder Judicial es un actor político mas dentro de la *Realpolitik*, la lucha por el poder. Reconocer lo anterior será de gran ayuda para su perfeccionamiento y comprensión.

DECIMA CUARTA.- La estructura y el marco de vínculos procesales que caracterizan la actuación del Poder Judicial otorgan a sus decisiones una mayor imparcialidad y legitimidad.

DECIMA QUINTA.- El acceso a la justicia, como Derecho Fundamental, es una de las variables que con mayor influencia determinan la confianza de los ciudadanos en el órgano jurisdiccional.

DECIMA SEXTA.- México llega tarde a la vida democrática, pero con las actuaciones recientes de la Suprema Corte de Justicia, ésta va

construyendo su identidad propia y, se va apropiando de una legitimidad indudable.

DECIMA SÉPTIMA.- El Juicio de Amparo es la piedra angular del sistema jurídico mexicano, por lo tanto, en la medida en que se otorgue mayor libertad a los jueces para vigilar la constitucionalidad de los actos de los demás poderes, podremos hablar de la existencia de un Estado de Derecho, que no de Legalidad.

DECIMA OCTAVA.- Limitando o eliminando la relatividad de los efectos en las sentencias de Amparo y confiando en el Poder Judicial, se otorgará vida a la creación jurisprudencial y, por tanto, al Derecho.

DECIMA NOVENA.- Es posible una aplicación e interpretación del Derecho mas justa y equitativa, hay ejemplos de ello. Consideramos que la claves está en reconocer nuestra identidad y en confiar mas en el órgano jurisprudencial dotándolo de una mayor libertad interpretativa.

VIGÉSIMA.- Considerando la aparición del "uso alternativo del Derecho" como un llamado de atención sobre la necesidad de reflexionar acerca del papel que desempeña el Estado, tomando los postulados del formalismo jurídico no como una verdad absoluta, pero

aprovechando sus aportaciones y, explorando la tendencia judicial en las democracias modernas, encontraremos la luz que guíe la evolución del sistema jurídico mexicano, hacia uno más justo, histórico y equitativo

A N E X O

CASOS DE PLURALIDAD JURÍDICA Y DE USO ALTERNATIVO DEL DERECHO

HACIA UNA APLICACIÓN DEL DERECHO MÁS JUSTA A TRAVÉS DE LA LIBERTAD INTERPRETATIVA DE LOS ORGANOS JURISPRUDENCIALES

Una vez analizado el sistema jurídico contemporáneo en relación con la forma de aplicar justicia y, a su vez señalada la necesidad de transformar la forma de operar de los órganos jurisprudenciales debido a su ineficacia para dirimir conflictos, en el presente anexo mencionaremos dos casos en los cuales se hace una aplicación del derecho, en uno, y se crea un sistema normativo, en el otro, según la tendencia hacia la cual pretendimos orientar el presente trabajo y sus conclusiones.

1. CASOS DE PLURALIDAD JURÍDICA Y USO ALTERNATIVO DEL DERECHO

1.1. Justicia Comunal en Calahuyo

Calahuyo es una comunidad campesina "aymara" en la provincia de Huancané, en Perú. En ella habita una población de 80 familias, su actividad principal es la agricultura y la ganadería. Los campesinos pertenecen a la "Liga Agraria 24 de junio de Huancané".

Durante un tiempo los campesinos convivieron intrínsecamente con el sistema oficial, hasta que decidieron desvincularse y crear su propio sistema normativo y formas de aplicación de la justicia. Las causas de la ruptura son diversas, pero principalmente podemos citar tres:

- 1) Lo costoso del procedimiento judicial;
- 2) La demora en su resolución; y
- 3) La solución insatisfactoria para las partes en litigio.

Así las cosas, los comuneros consolidaron su organización y luego se atrevieron a materializar por sus propios medios la solución de sus conflictos. Para tal efecto desarrollaron toda una práctica normativa basada en sus costumbres y tradiciones familiares y comunales. Lograron un común acuerdo sobre cuales debían ser los bienes jurídicos a tutelar, el principio social fundamental que cohesionará a la comunidad, las sanciones para hacer cumplir su Derecho y, lo más importante, el procedimiento mediante el cual se iban a resolver los conflictos de los comuneros.

Para entender la actitud que tomarán los comuneros respecto a las decisiones que se tomen para solucionar los conflictos citaremos lo que los *Aymara* denominan "Sentimiento", que podemos definirlo

como un compromiso de solidaridad que se tiene tanto en situaciones familiares como comunales. El sentimiento familiar prima sobre el simple interés particular de una de ellas.

He aquí una muestra de lo que los comuneros lograron hacer realidad:

Principio Comunales Intrínsecos

Como toda sociedad organizada, la "aymara" se funda sobre unos principios comunes a toda la sociedad. En el caso "aymara" dichos principios son intrínsecos, es decir, no existe la necesidad de plasmarlos en un acta, documento o constitución ya que son aquellos que han practicado durante cientos de años, forman parte de su cultura, tradiciones y comportamientos. Estos principios, si es que la presente clasificación vale para describirlos son dos:

El Honor como principio familiar es considerado como la virtud o valor fundamental que identifica la calidad de una familia comunera.

Es más fuerte que cualquier norma establecida en la comunidad, a esta concepción se debe la actitud de las partes involucradas en conflictos en su disposición para solucionarlos, como veremos más adelante.

La Presencia del Ser Colectivo. Es la preocupación o deseo por aquello que interesa al conjunto de comuneros y que ellos mismos llegan a entenderlo como "progreso comunal" o "desarrollo comunal". El progreso comunal se racionaliza como principio de necesidad.

Clasificación de los conflictos.

Podemos hacer una clasificación de los conflictos atendiendo al ámbito en el cual se producen y a la forma de resolverlos:

a) Conflictos de interés familiar - individual:

Estos son los que se producen cuando, como consecuencia de la intervención o acción de un miembro de la familia nuclear comunera (puede ser la acción del padre, la madre o los hijos mayores o menores de edad), se comprometen las relaciones económicas, sociales o culturales de su misma familia o frente a otra, afectando en ambos casos a toda la parentela. Se trata de conflictos donde la acción de uno no produce la responsabilidad de un interés individual puro, como si ocurriría en el sistema jurídico "moderno", sino, mas bien, produce la responsabilidad y preocupación del conjunto familiar.

El interés personal prácticamente deja de existir al ser sacrificado por el familiar, pero al mismo tiempo se encuentran incorporados a

una estructura mayor en la que están en juego intereses o expectativas comunales.

Podemos decir que se trata de conflictos que afectan la vida normal de la familia. Mientras el conflicto no trascienda el ámbito familiar, buscarán resolverlo al interior a través de los órganos familiares o tradicionales. Pero si afecta a la comunidad, el conflicto adquirirá la naturaleza de comunal.

Algunos ejemplos de conflictos familiares se encuentran registrados en el Libro de Actas de la Asamblea, a continuación señalaremos algunos de ellos:

- 1) Separación de convivientes (sic.);
- 2) Devolución del dinero y del terreno en anticresis;
- 3) Conciliación de pareja (de esposos) después de separación;
- 4) Divorcio o separación de esposos;
- 5) Maltratos a la convivencia;
- 6) Pérdida de dos gallinas y riña;
- 7) Insolencias ante su persona y su familia.

Los órganos familiares son los encargados de resolver éstas disputas, salvo que los participantes o alguno de ellos resuelva solicitar la intervención de la Comunidad para dirimir la controversia.

b) Conflictos de interés comunal o colectivo.

Podemos decir que son los conflictos que afectan la vida normal de la comunidad, su orden jurídico comunal entendido como convivencia armónica del conjunto de comuneros. Esto es, cuando el agraviado por la acción es la comunidad.

Estos conflictos se subclasifican atendiendo a su origen en:

- 1) Los que tienen su origen en relaciones propiamente colectivas, por ejemplo:
- 2) Aquellos que nacen de relaciones familiares, pero sus efectos se tornan colectivos. Este tipo de conflictos generalmente son los denominados actos inmorales.

Los actos inmorales realizados por alguno de los miembros de la comunidad traen consigo un **"Castigo de la Naturaleza"** que afectará a todos los integrantes de la misma. Esto será que la cosecha será escasa, habrá sequía o inundaciones, etcétera. Al ser la agricultura y la ganadería su única fuente de ingresos, los *"aymara"* tienen un gran respeto por la naturaleza.

Señalaremos algunos casos que se presentaron ante la Asamblea para su solución, mismos que constan en el Libro de Actas de la Asamblea:

- 1) Pérdida de la condición de comuneros de la familia "X";
- 2) Cuestionamiento a comuneros que no quieren participar en la comunidad;
- 3) Decisión para la toma de terreno abandonado;
- 4) Violación de menor;
- 5) Sanción a comunero traicionero de la Comunidad;
- 6) Daños ocasionados en la tierra comunal.

Estos conflictos son resueltos por la autoridades Comunales a través de los procedimientos que analizaremos mas adelante.

Órganos y procedimientos para la resolución de conflictos.

1) Órganos familiares o tradicionales

Son los órganos de origen ancestral, que responden a la organización del ámbito familiar de la comunidad y que participan, principalmente, en la resolución de los conflictos que hemos denominado privados, particulares o propiamente familiares.

La integración de estos órganos y las estrechas relaciones entre ellos dotan de legitimidad sus resoluciones. A continuación expondremos los instrumentos para la resolución de controversias, que se basan en el diálogo y la opinión.

Procedimiento:

- a) Diálogo para comprender los errores o las responsabilidades de los comuneros pleitistas;
- b) Se emite una opinión o mejor criterio para solucionar el conflicto.

Consecuencias:

- a) Solución del conflicto sin formalización alguna. Se conforman con la confianza en el cumplimiento de la palabra dada y en la vigilancia de la familia;
- b) Solución del conflicto oficializando el acuerdo en un acta ante los órganos políticos – comunales;
- c) Que no se solucione el conflicto y se acuda a los órganos político – comunales para que planteen una solución. Esta última consecuencia bien puede pensarse como una segunda instancia, al acudir las familias a las autoridades político – comunales corren algunos riesgos, el principal, que toda la comunidad se enterara de conflictos familiares que bien pudieron resolverse con mayor

discreción.⁶⁶ Aun así, la autoridad político – comunal deberá aplicar el procedimiento familiar. En esta etapa del procedimiento se buscará resolver el conflicto sin ningún costo, en un tiempo breve y con una solución final que satisfaga a las dos partes.

2) Órganos político - comunales o formales

Son las instancias propias de la organización colectiva de la comunidad que además de funciones administrativas o de gobierno comunal asumen la resolución de los conflictos que se le presentan.

A su vez, existen dos tipos de órganos de resolución:

a) Las autoridades comunales.- Integradas por el Presidente de la Comunidad, el Teniente político, los directivos y los alguaciles;

Estas autoridades son concebidas como agentes intermediarios o árbitros que buscarán conciliar y terminar con el pleito antes que complicarlo y dilatarlo. El procedimiento es el siguiente:

Indagarán la verdad de los hechos a través de una investigación seria y rápida. Entrevistan a las partes y a los posibles testigos.

⁶⁶ A estas alturas conviene recordar la concepción tan alta que tienen los "aymaras" sobre el Honor.

Pueden acudir a escuchar la opinión de los ancianos y de los padres y padrinos.

Cuando se trata de conflictos particulares, visitan personalmente a las partes y si encuentran condiciones para la solución del conflicto, citarán a las partes al despacho comunal donde oficializarán en actas el acuerdo. En caso contrario, recurrirán al apoyo de la Asamblea Comunal.

Cuando se trate de conflictos colectivos, después de indagados los hechos rendirán un informe a la Asamblea, en casos de urgencia se convocará a una Asamblea Extraordinaria. Ya en la Asamblea, después de un debate donde pueden participar todos, generalmente todos los asambleístas se muestran interesados por participar en el debate, llegan a un acuerdo final.

b) La Asamblea Comunal.- Se constituye como el órgano supremo al reunir a todos los miembros de la comunidad. Recordemos que la Asamblea Comunal tiene una doble función: la de dirigir el gobierno comunal y ser un órgano de resolución de conflictos.

La Asamblea es competente para resolver todo tipo de controversias que afecte a la comunidad, pero principalmente los conflictos de interés colectivo. Se considera también como órgano de segundo o de tercera instancia de los conflictos familiares, actividad que en pocas ocasiones desempeña ya que los conflictos familiares generalmente se resuelven en las instancias previas..

El procedimiento es el siguiente:

- Indagan la verdad de los hechos, esto generalmente se logra en una semana prorrogable a dos;
- En la siguiente asamblea se rinde un informe oral;
- Previo debate, emiten su decisión final.

Estos órganos están reconocidos por el sistema hegemónico en la "Ley General de Comunidades Campesina". Con la salvedad de que en dicho ordenamiento no se les confiere la facultad de administrar justicia o resolver conflictos de manera vinculativa para las partes, mucho menos la de aplicar sanciones por el incumplimiento de las resoluciones dictadas por las autoridades comunales.

Cumplimiento de las decisiones o acuerdos finales.

Existen dos formas de dar cumplimiento a las resoluciones o acuerdos finales, éstas son:

- Los Arreglos.- La reparación, que consiste en el acuerdo de voluntades tomado por las partes que intervienen sobre un interés determinado en disputa, para volverlo a su estado anterior.
- Sanción.- Imposición donde la voluntad comunal impera sobre la personal o familiar.

La sanción generalmente se aplica en infracciones que lesionan o ponen en riesgo un bien o interés colectivo. En los conflictos particulares la sanción es excepcional. De esta manera, los elementos de la sanción son los siguientes:

- 1) Exigencia de reposición del daño físico o moral causado;
- 2) La imposición de un castigo o pena, por el solo hecho de haber ocasionado el pleito o haber transgredido el orden comunal. Los castigos suelen ser los siguientes:

- Multas;
- Llamadas de atención o censura pública;
- Trabajo obligatorio o forzado;
- La destitución del cargo;

- El sometimiento del caso ante las autoridades competentes de Huancané. Esto no quiere decir un reconocimiento a la autoridad estatal o hegemónica. Se entiende como un castigo ya que correrán por cuenta del sancionado tanto los gastos del procedimiento ante las autoridades hegemónicas como el riesgo de obtener una resolución insatisfactoria.
- La limitación sobre beneficios o servicios comunales;
- La expulsión de la comunidad.

Consideramos oportuno recordar que el sentido de pertenencia a la comunidad forma parte de la identidad de los *Aymaras*, de su "ser" humano.

Principios Fundamentales Objetivos

Los dos principios estructurales sobre los que se construye esta sociedad son:

- El concepto de Avance o Progreso, principio dinámico que permite historizar los conceptos básicos; y
- El Castigo de la Naturaleza.

Como podemos observar existen en esta organización social elementos comunes a las sociedades modernas, pero a su vez existen elementos originales creados ad hoc a la naturaleza de las relaciones,

cultura, tradición, creencias religiosas y costumbres de esta pequeña comunidad pérdida en la selva peruana.

La autoridad hegemónica fracasó en su intento por homogeneizar y tratar igual a desiguales. Ahora bien, con un solo acto de la autoridad hegemónica se regularizaría esta situación: reconociendo en la Ley General de Comunidades Campesinas a las autoridades comunales la facultad de resolver conflictos entre los comuneros.

La comunidad "aymara" ha dado un gran avance frente al Estado peruano, y de la misma manera presiona para que se reconozca su calidad de distinto, "el otro". Esta es una manera pacífica y absolutamente jurídica de transformar el orden social y adecuarlo a la realidad.

1.2. La primera sentencia absolutoria de un insumiso en España

El presente es un caso en el que un Juez español emitió una sentencia absolutoria a un insumiso⁶⁷, aun contraviniendo las disposiciones legales. A continuación expondremos las circunstancias que rodearon el juicio y los argumentos expuestos por el Juez al emitir su fallo.

Existe en España una polémica en torno a la obligatoriedad de la prestación del servicio militar y a las causales excluyentes de dicha obligatoriedad, así como a las posibilidades de evitarlo a través de la denominada "objeción de conciencia" mediante la prestación de un servicio social. En la ley orgánica 8/84 se estableció que toda persona que por "objeción de conciencia" no estuviera dispuesta a prestar el servicio militar podría realizar el servicio a la comunidad antes mencionado.

A raíz de esto se han presentado varios casos en que los insumisos no se presentan al servicio militar o al servicio a la comunidad y son encarcelados. Lo anterior genera una polémica muy

⁶⁷ N. del A.- Por insumiso se considera en España a las personas que se niegan a realizar el servicio militar y que deben realizar en sustitución una prestación social.

interesante donde se relacionan de manera contradictoria Derechos Humanos, Constitución, Código Penal Militar y Código Penal Civil.

La sentencia 75/92 de 6 de marzo de 1992 del Juzgado de lo Penal No. 4 de Madrid, dictada por el Juez D. José Luis Calvo Cabello absolvió a Iñaki Arredondo García, era la primera que absolvía a un insumiso desde la promulgación de la Ley Orgánica 8/84.

Esto generó una gran polémica en el medio jurídico y político de la España de esos tiempos, podemos distinguir las opiniones a favor y las opiniones en contra de la resolución del Juez:

A) En contra:

En el grupo de opiniones que critican la decisión judicial se encuentran miembros del gobierno español del momento, jueces, así como la mayoría de los juristas españoles. Los principales argumentos son los siguientes:

"Esta decisión judicial es muy peligrosa para el estado de Derecho y supone un atentado contra la soberanía parlamentaria (...) el legislador es quien valora las circunstancias especiales, porque es el que hace las leyes, cualquier otra persona que haga interpretaciones

por libre supone que salgamos de un Estado de Derecho a un Estado judicial. Ningún juez puede ser insumiso ante la ley."⁶⁸

"No es admisible que se exima de responsabilidad a quienes alegando los dictados de su conciencia moral, se niegan a cumplir las prescripciones de las leyes validamente promulgadas, conforme a lo que la Constitución democrática tiene ordenado. En todos los ordenamientos del mundo se incluyen normas que desagradan a algunos de sus destinatarios o que, incluso, son rechazadas en virtud de sus convicciones profundas. Sin embargo, gracias a lo que la doctrina denomina "pacto social", se genera el orden en paz y libertad".⁶⁹

"...la sentencia sienta un principio ideológico en el que se devalúa el concepto de solidaridad (...) precisamente el principio de solidaridad es un perfecto hilo conductor a lo largo de todo el texto de la Carta Magna".⁷⁰

B) A favor:

La Asociación de Jueces para la Democracia manifestó la siguiente opinión para el Diario 16 el 14 de marzo de 1992, según la

⁶⁸ Opinión del Ministro de Justicia, en *Diario 16*, Jueves 12 de marzo de 1992, pg. 16

⁶⁹ Editorial del *Diario 16* de 14 de marzo de 1992

⁷⁰ *Diario 16*, Domingo 15 de marzo de 1992, pg. 6

cual la opinión del juez es calificada de "correcta, meditada, serena y situada dentro de los márgenes interpretativos que la Constitución y los jueces conceden a los jueces.

La sentencia es técnicamente correcta, ya que (..) En estos conflictos de conciencia, hay que darle preeminencia a la convicción honesta, no cuando se trata de un atentado a la vida (...), pero si cuando se contrapone a un bien jurídico tan discutible como es el servicio militar".⁷¹

La opinión de Manuel Atienza emitida en su artículo "Un dilema moral" para la revista Claves de merece ser analizada con un poco mas de profundidad, en el citado artículo responde a los principales argumentos en los que se basan las críticas a la resolución absolutoria: a) La universalidad, argumento que carece de fundamento en la medida que responde a una consideración equivocada de la razón por la que se resolvió en ese sentido, que según el autor no es la idea expresada de que la conciencia prima sobre la ley, sino que quien en la infracción de un "...deber penal que se quiere imponer per se (es decir, sin que la infracción de un deber suponga un ataque a un bien jurídico), lo hace por imperativo de una conciencia auténtica, su conducta es éticamente coherente, supererogativa, no violenta y no cuestiona el ordenamiento jurídico más que en ese punto concreto, y

se dan las circunstancias del estado de necesidad, entonces, en tal caso prima la conciencia sobre la ley, en el sentido de que a esa persona no se le debe imponer una sanción penal"

c) Sobre el argumento de las consecuencias negativas de la resolución para el ordenamiento jurídico el Maestro Manuel Atienza afirma que "sería una exageración sostener que la actitud del juez sea una seria amenaza para el ordenamiento jurídico".

d) Con relación a la coherencia, sostiene que la incoherencia se encuentra mas bien en el ordenamiento penal.

e) La corrección, en este aspecto señala que la sentencia se encuentra en un campo intermedio entre la racionalidad formal y la decisión arbitraria, a la que denomina razonabilidad. Hay casos en que los jueces se encuentran en el difícil dilema de sacrificar la racionalidad formal, es decir el principio de legalidad y de subordinación del poder judicial al legislativo o, sacrificar los principios universales de justicia y equidad. En otras palabras, o hacer justicia o aplicar la ley.

Existe otro bloque de opiniones que no entran al análisis del fondo de la sentencia, sino que únicamente se quedan en las posibles repercusiones beneficiosas o perjudiciales de la sentencia. Omitiremos

⁷¹ *Diario El País*, Jueves 12 de marzo de 1992, pg.13

los citados razonamientos por carecer de importancia para el presente trabajo.

Es importante señalar que antes de que emitiera su resolución el Juez Calvo Cabello, otros jueces resolvieron casos similares con diversos argumentos y formas pero siempre con la intención de evitar sancionar a los insumisos a penas privativas de la libertad.⁷²

Análisis de la Sentencia

1) Para realizar el análisis de la sentencia en cuestión vamos a dividirlo en cuatro argumentaciones:

a) Bien Jurídico Protegido

En este punto debemos recordar que la materia en cuestión se refiere al área del Derecho penal, donde prima el principio de la exclusiva protección de los bienes jurídicos. Es decir el ordenamiento penal solo se dirigirá, por la gravedad de sus sanciones, a la protección de los bienes jurídicos así considerados por el legislador. Conviene detenernos y precisar que se entiende por Bien Jurídico Protegido.

⁷² Sentencias de: 1) 6 de marzo de 1991 dictada por el Juez D. Juan Andrés Palomo; y 2) 13 de febrero de 1992 dictada por el Juez D. Juan Francisco Manuel Marín (Burgos)

Para Polaino Navarrete "(...) por bienes jurídicos protegidos pueden entenderse (...) todas las categorías conceptuales que asumen un valor, contienen un sentido o sustentan un significado que son positivamente evaluados dentro de una consideración institucional de la vida regulada por el Derecho, como merecedores de la máxima protección jurídica representada por la conminación penal de determinados comportamientos, mediante descripciones típicas legales de estos (...)".⁷³

A continuación seguiremos el análisis de los posibles bienes jurídicos protegidos lesionados por la conducta del insumiso.

- a) La Defensa nacional en su dimensión civil.- En este caso se está tomando como base una ficción jurídica, ya que se está aplicando al caso de la persona que no se presenta a cumplir la prestación social sustitutoria el mismo régimen jurídico que a la persona que no acude al llamamiento para cumplir el servicio militar. Indudablemente existe un bien jurídico protegido que es la defensa nacional y a la persona que atenta contra él no presentándose a cumplir el servicio militar se le sanciona jurídicamente con una

⁷³ POLAINO NAVARRETE, M, El bien jurídico en el Derecho penal. En Gómez García, Juan Antonio, "Un ejemplo de uso alternativo del Derecho: la primera sentencia absolutoria de un insumiso en España", en *Dereito* Vol.III, núm. 1, 1994, pg. 177

norma de Derecho penal. Pero existe en el ordenamiento español una norma (entre otras como incapacidad física o mental) que permitía no cumplir el servicio militar sin ser sancionado por una norma penal, de esta forma se preveía la posibilidad de declararse objetor de conciencia con la consiguiente posibilidad de imponer una prestación social sustitutoria que así haya procedido. Pues en el ordenamiento penal se aplica de manera analógica la misma sanción para dos conductas distintas, no presentarse al servicio militar y no presentarse a la prestación social sustitutoria. ¿Y que pasa entonces con el principio de la no-aplicación analógica de sanciones penales? Toda interpretación judicial supone un posicionamiento político, ya sea hacia el formalismo jurídico cuya escisión con respecto a la realidad, el riesgo (...) de una excesiva separación de ella, una cierta predisponibilidad al fraccionamiento real – ideal, esto es entre realidad e ideal se manifiesta la medida precisamente en que el formalismo pretende ocultar sus orígenes reales y sociales, en la medida por lo tanto en que – como el iusnaturalismo, aunque con diferente metodología – practica una excesiva veneración por el *statu quo* dejando prácticamente inalterada la estructura de esa realidad, sin plantearse a fondo y de modo directo o indirecto el problema de su posible transformación⁷⁴ O, por otro lado, realizar un análisis mas

⁷⁴ Díaz, E., Legalidad – legitimidad en el socialismo democrático, Civitas, Madrid, 1978, pg. 194

exhaustivo de las características particulares del caso concreto, de la legislación aplicable con criterio crítico. A esta postura se le ha denominado "ideología del rechazo". A este efecto "no es posible negar la existencia de un ' momento ideológico ' en la actitud respecto del Derecho. La opción de bando no puede eliminarse (...) se resuelve en un acto de voluntad acorde con la propia ideología: la ideología del rechazo o la ideología de la obediencia".⁷⁵

Esta postura lleva al juez Calvo Cabello a no considerar como bien jurídico protegido a la defensa nacional, y a no asumir el significado de la ficción jurídica creativa que sirve al legislador como técnica mediante la cual se establece un régimen sancionador penal a aquellos objetores de conciencia al servicio militar que no se presentan a cumplir la prestación social sustitutoria.

b) El incumplimiento por imperativo de conciencia

A continuación citaremos de manera textual el Fundamento Segundo Apartado e) de la sentencia, donde el juez califica la conducta del insumiso:

"Actos (...) ilegales pues violan unas leyes; públicos, ya que tratan de hacerlos llegar al mayor número de personas; voluntarios y

⁷⁵ BAECELLONA, Pietro, El Estado y los juristas, Ed. Fontanella, Barcelona, 1976, pg. 108.

determinados por sus convicciones políticas y morales; no violentos, clara e intencionadamente dirigidos a la derogación de una ley, o al cambio de una política gubernamental".

A su vez el juzgador continúa: "Pese a que la apariencia sea de máxima rebeldía al Derecho, lo cierto es que el acusado asume, con la excepción dicha, el ordenamiento jurídico, y no se opone al Estado, pues se somete a la Autoridad que lo juzga y a la decisión que se adopte, cualquiera que ésta sea".

La Constitución española establece en los artículos 16, 19 y 20 las libertades ideológicas, de conciencia, dignidad personal y de libre desarrollo de la personalidad.

El articulado contiene elementos de apertura en el sentido de que emplean conceptos y fórmulas susceptibles de una progresiva determinación. Esto significa que al lado de las fuentes formales hay una práctica creadora, y que también la función del juez se modifica y cambia. Esta es la forma como Luigi Ferrajoli propone la aplicación del uso alternativo del Derecho, a través de lo que el maestro denomina "las zonas mas abiertas del ordenamiento jurídico".⁷⁶

De esta forma el juez Calvo Cabello considera que el acusado se encuentra en un supuesto de "estado de necesidad" causa excluyente de la responsabilidad penal regulada en el Código Penal Español como en el Mexicano, ya que se vio obligado a violar el ordenamiento jurídico antes que ver atropellada su dignidad como persona y coartada su libertad de conciencia.

Ahora entraremos en uno de los temas más interesantes de la práctica jurídica alternativa. Como se ha comentado en diversas partes del presente capítulo, el uso alternativo del Derecho tiene como finalidad transformar una realidad social injusta a través de un uso diferente del Derecho, utilizando como hemos visto el mismo ordenamiento jurídico que se pretende transformar para modificarlo. En el caso que estamos analizando, los argumentos utilizados por el juez para argumentar el incumplimiento por imperativo de conciencia coinciden de manera significativa con las condicionantes que establece John Rawls para que una conducta se considere como desobediencia civil: "... un acto dirigido y justificado por principios políticos, es decir, por los principios de justicia que regulan la Constitución y en general las instituciones sociales (...) la concepción de justicia comúnmente compartida, que subyace bajo el orden político" tal acto es "...público, no violento, consciente y políticamente

⁷¹FERRAJOLI, Luigi, op cit.

contrario a la ley, cometido con el propósito de ocasionar un cambio en la ley o en los programas de gobierno".⁷⁷

c) El fundamento jurídico propiamente expresado se da en un análisis acerca de la aplicación directa e inmediata de la Constitución de manera prioritaria sobre otro tipo de ordenamientos. Existe un Derecho general de primer orden a comportarse de acuerdo con los dictados de la conciencia, siempre y cuando no se vulnere ningún ordenamiento jurídico. En caso de violación de un ordenamiento como es el caso, nos encontramos ante un conflicto de intereses, y el juez no debe sancionar sin más, sino que viene obligado a examinar si ese deber jurídico que limita el Derecho de libertad de conciencia está justificado; es decir, ha de comprobar si la medida incumplida es adecuada para la protección del bien que se quiere tutelar. Y si de ese análisis se desprende la injusticia del ordenamiento vulnerado entonces deberá hacer un esfuerzo para interpretar las leyes de manera integral consiguiendo la absolución, como en el presente caso.

Como podemos observar el juez que resolvió la sentencia absolutoria hizo un enorme esfuerzo por que su resolución fuera "justa", pero no tan solo a la luz de lo que establecen las leyes, sino

⁷⁷ RALLES, J.- Teoría de la Justicia. F.C.E, Madrid, 1979, pg.406

también justa a los ojos de los conceptos de equidad y justicia que bien conocemos quienes optamos por el iusnaturalismo, principios que por ser universales, a los que todo ser humano tiene Derecho por el simple hecho de ser persona, están por encima de cualquier ordenamiento jurídico que los vulnere. Finalmente esa ley injusta fue derogada, a partir del 2002 el servicio militar dejará de existir en España. De esta manera el Juez D. José Luis Calvo Cabello con su polémica pero justa resolución contribuyó con uno de los objetivos del uso alternativo del Derecho, que es la transformación de una realidad injusta.

En el presente anexo expusimos algunas manifestaciones que se han dado en la realidad histórica, en el aquí y ahora. Sin tomar partido en radicalismos de tinte socialista o socializante, aceptamos que el sistema jurídico "moderno" está en franca decadencia, que se manifiesta por su ineficacia para resolver conflictos de manera justa.

FUENTES CONSULTADAS

FUENTES CONSULTADAS

LIBROS

ARTEAGA NAVA, Elisur, Derecho Constitucional, Editorial Harla, México, 1998.

ATIENZA, Manuel, Sobre la analogía del Derecho, Editorial Civitas, Madrid, 1976.

ATIENZA, Manuel y **RUIZ MANERO**, J., Marxismo y filosofía del Derecho, Editorial Fontamara, México, 1993.

BARCELLONA, Pietro y **COTURRI**, Giussepe, El Estado y los juristas, Editorial Fontanella, Barcelona, 1974.

BOBBIO, Norberto, El problema del positivismo jurídico, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1997.

CAPPELLETTI, M, The judicial process in comparative perspective, Clarendon Press, Oxford, 1989.

CAPPELLETTI, M y **MERRYMAN**, John, The italian legal system, Standford University Press, Standford, 1965.

CORREAS, Oscar, Introducción a la crítica del Derecho moderno, Universidad Autónoma de Puebla, México, 1986.

DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, Hacia una organización jurídica del Estado solidaria y liberadora, Editorial Jus, México, 1977.

- Del pensamiento jurídico contemporáneo: Aportaciones críticas, Escuela Libre de Derecho - Editorial Porrúa, México, 1992.
- Apuntes para una introducción filosófica al Derecho, Editorial Jus, México, 1993.
- Sociología jurídica y uso alternativo del Derecho, Instituto Cultural de Aguascalientes, México, 1997.

DUSSEL, Enrique, Para una ética de la liberación latinoamericana, 2 Tomos, Siglo XXI, Buenos Aires, 1963.

DYZENHAUS, David, Legality and legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar, Oxford University Press, 1997.

FERRAJOLI, Luigi, "Posición institucional y función de la Magistratura en el sistema político italiano", en Política y justicia en el Estado capitalista, dir. Por Perfecto Andres Ibañez, Editorial Fontanella, Barcelona, 1978.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, Introducción al estudio del Derecho, Editorial Porrúa, México, 1972.

GONZÁLEZ MORFÍN, Efraín, Solidarismo, Ediciones de Acción Nacional, México, 1974.

GUARNIERI, Carlos y PEDERZOLI, Patrizia, Los jueces y la política, Grupo Santillana, México, 1999.

HOROWITZ, D.L., The courts and the social policy, The Brooking Institution, Washington, 1977.

LÓPEZ CALERA, Nicolás y SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto, Sobre el uso alternativo del Derecho, Fernando Torres Editor, Valencia, 1978.

MANGAS MARTÍN, Aracely y LIÑÁN NOGUERAS, Diego J., Instituciones y Derecho de la Unión Europea, Editorial McGraw Hill, Madrid, 1999.

MARI, Enrique, RUIZ, Alicia y otros, Materiales para una teoría crítica del Derecho, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1991.

MARX, Karl, Contribución a la crítica de la Economía Política, Alberto Editor, Madrid, 1970.

PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio, El movimiento "Critical Legal Studies", Editorial Tecnos, Madrid, 1996.

PESET, Mariano, MORA, Adela y otros, Historia del Derecho, Artes Gráficas Soler, Valencia, 1990.

RALLES, J., Teoría de la Justicia, FCE, Madrid, 1979.

SAAVEDRA, Modesto, Interpretación del Derecho e ideología, Universidad de Granada, Granada, 1978.

SCHMILL, Ulises y **COSSÍO**, Juan Ramón, "Interpretación del Derecho y concepciones del mundo", en Interpretación jurídica y decisión judicial, Editorial Fontamara, México, 1998.

VARGA, Csaba, Codification as a socio - historical phenomenon, Akademia Kiadós, Budapest, 1991.

VILLORO TORANZO, Miguel, Introducción al estudio del Derecho, Editorial Porrúa, México, 1990.

REVISTAS Y PUBLICACIONES

BEUCHOT, Mario, "Sobre la analogía y la filosofía actual", en *Analogía Filosófica*, Enero - Junio, México, 1996.

CARBONELL, Miguel, "Poder judicial y reforma del Estado", en *Diálogo y Debate*, Año 2, Número 7, México, 1999.

CÁRCOVA, Carlos María, "Política y Derecho en los tiempos de la reconversión", en *Crítica Jurídica*, Número 15, México, 1994.

CASTRO, Juventino, "Perspectivas de la Suprema Corte para el año 2000", en *Diálogo y Debate*, Año 2, Número 7, México, 1999.

CORREAS, Oscar, "Acerca de la Crítica Jurídica", en *El otro Derecho*, Número 5, Marzo, Bogotá, 1990.

- "Alternatividad y Derecho: El Derecho alternativo frente a la teoría del Derecho", en *Crítica Jurídica*, Número 13, México, 1993.
- "Sobre la interpretación judicial del Derecho y la Democracia", en *Lecturas Guerrerenses*, Año 2, Número 8, Enero - Marzo, México, 1997.

DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, "El Derecho como arma de liberación", en *Crítica Jurídica*, Año 3, Número 4, México, 1986.

- "Puntos fundamentales para el uso alternativo del Derecho", en *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, Escuela Libre de Derecho, Numero 12, México, 1988.
- "Racionalidad analógica, un modo de acceso al iusnaturalismo histórica", en *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, Escuela Libre de Derecho, Año 22, Numero 22, México, 1998.

ELLACURÍA, Ignacio, " Derechos Humanos en una sociedad dividida", en *Christus*, Numero 527, México, 1979.

GÓMEZ GARCÍA, Juan Antonio, "Un ejemplo de uso alternativo del Derecho: La primera sentencia absolutoria de un insumiso en España", en *Dereito*, Numero 1, Santiago de Compostela, España, 1994.

GONZÁLEZ MORFÍN, Efraín, "Analogía y ser de la sociedad" en *Jurídica, Revista del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, Numero 6, Julio, México, 1974.

HERRERA, Carlos Miguel, "La polémica Schmit - Kelsen sobre el Guardián de la Constitución", en *Crítica Jurídica*, Numero 16, México, 1995.

PALACIO, Germán, "Prácticas jurídicas alternativas", en *Documentos Numero 6, relativo al Primer Encuentro Nacional de Servicios Legales Populares*.

PEÑA JUMPA, Antonio Alfonso, "La justicia comunal en Calahuyo", en *El otro Derecho*, Volumen 6, Numero 1, Bogotá, 1994.

DICCIONARIOS

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia de la Lengua, 21ª Edición, Editorial Espasa - Calpe, Madrid, 1992.

DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 4ª Edición, Editorial Porrúa - UNAM, México, D. F., 1991.

DICCIONARIO DE TÉRMINOS JURÍDICOS INGLÉS - ESPAÑOL CD-ROM, en Manual Práctico de Contratación Mercantil, de José Ramón Cano Rico, Tomo 2, Editorial Tecnos, Madrid, 1999.

LEGISLACIÓN Y SENTENCIAS

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Editorial Porrúa, México, 1998.

LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, Editorial Porrúa, México, 1997.