

LAS CORRIENTES EPISTEMOLÓGICAS EN LA INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN LEGISLATIVA

¿Deben seguirse discutiendo las corrientes de pensamiento o ideologías sociológicas, jurídicas y aun económicas del Estado como se han discutido hasta ahora, o encontraremos una razonable sociología jurídica y estatal que rompa las afirmaciones de una concepción estática del Derecho y nos lleve a un verdadero Estado constitucional y sistemas de justicia más justos, equitativos y de bienestar en el siglo XXI?

“DONES” (Teología)
“VALORES” (Filosofía)
“VIRTUDES” (Ética)
“SOCIEDAD” (Sociología)
“DERECHOS HUMANOS” (Iusnaturalismo)
“DERECHOS FUNDAMENTALES” (Der. Constitucional)
***Legislación secundaria (Técnica Legislativa)**

“INTERPRETACIÓN”-“ARGUMENTACIÓN”

***Métodos-escuelas**
***Ciencia del lenguaje**
***Semiótica**
***Etimología**
***Gramática**

“DOCUMENTOS JURISDICCIONALES”:

-Sentencias
-Demandas
-Acuerdos
-Etc...

- Teológicas u origen divino.
 - Del origen familiar.
- Naturalistas: iusnaturalismo religioso y racional-liberalismo.
 - De origen violento.
- Origen convencional: pacto social o voluntarista-contractualista (teoría constitucional).
 - Etico espiritual-idealismo.
 - Configuración histórica, espontánea y necesaria del Estado.
- Sociológica-organicistas: el Estado, organismo biológico-psicológico-materialismo-histórico-socialismo-comunismo vs. capitalismo.
 - Jurídicas, Kelsen (Positivismo jurídico).

Relación entre las teorías del Estado Constitucional.

Se palpa la acción del Estado cuando nos agobian los impuestos, con las cargas administrativas y con múltiples exigencias de todo tipo. Nuestra vida en la polis se desenvuelve yendo y viniendo a los registros públicos, a los actos oficiales; de niños tenemos que portar banderas y gritar para halagar a los representantes del poder público, hacemos con nuestros padres filas para lograr inscribirnos en una escuela pública en la que un maestro nos enseñe; de jóvenes marchamos en las calles para aprender a defender a la patria con las armas en la mano, y de adultos la vida política, administrativa y social se complica, de forma que, cuando queremos comprender esos factores que nos dominan es porque estamos despidiéndonos de la vida. Existen símbolos que representan al Estado como la patria, la bandera, el escudo, las armas nacionales, todo lo que nos recuerda que somos una parte de determinada sociedad. El pueblo en ocasiones pretende que, el Estado sean las cosas materiales en las que se alojan los funcionarios públicos, como el palacio nacional, los edificios de Secretarías de Estado.

Los caminos están delineados y el Estado democrático en su inevitable evolución, que tal vez no llegue a los excesos del Estado totalitario, tendrá que asumir nuevas y mayores cargas, que de ninguna manera deben estar en manos de intereses particulares pero que demandará una mayor colaboración social y nuevas limitaciones al campo del interés del individuo. Estos planteamientos derivados de la conceptualización del Estado de forma empírica e idealista, nos conducen al estudio de un conjunto de juicios que aterrizan en un conocimiento objeto de la Ciencia Política y del Estado. Por tanto, el **Estado** concebido como ideología social, el problema capital de la sociología del Estado, la cuestión acerca del origen del Estado, surge la cuestión sobre las condiciones naturales del nacimiento de aquellos actos psíquicos que tienen por contenido la específica ideología del Estado. El nacimiento del Estado está condicionado por la coexistencia permanente de una amplia multitud de hombres, por lo que, se indica con ello la condición natural de origen de toda ideología.

Un modo diferente de plantear el problema es cuando se tiende no a averiguar las condiciones de nacimiento de los actos que contienen la ideología del Estado, sino a descubrir una evolución dentro de la esfera ideológica misma. Por ello, **¿cómo se convierte la ideología en una ideología estatal específica para construir un sistema constitucional? ¿Cómo de una situación que es ya social, pero que no es aún estatal, cómo de un orden social, pero aún no estatal, surgen una situación y un orden jurídico?**¹ Y se reconoce que lo específico de este orden estatal penal radica en su carácter coactivo, si se admite que el Estado es, en esencia, un aparato coactivo. **Existen entonces teorías sobre el origen, construcción y evolución del Estado² y la construcción de un sistema de procurar, administrar e impartir justicia**, como las siguientes:

- Teológicas u origen divino.
- Del origen familiar.
- Naturalistas.
- De origen violento.
- De origen convencional, del pacto social o voluntarista.
- Etico espiritual.
- De la constitución histórica, espontánea y necesaria del Estado.
- Organicistas, el Estado como un organismo biológico y como un organismo psicológico.
- Sociológicas.

¹ El Derecho presupone principios que gobiernan los elementos de un cierto sector del ordenamiento jurídico, como es el proceso penal. RIOS ESPINOSA, Carlos, "El conocimiento en el proceso penal mexicano apuntes para una epistemología regional del Derecho Penal", en Temas de derecho procesal penal de México y España. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. 2005, pp. 1-15.

² A cerca de la comprensión de los fines del Estado, ver a los filósofos clásicos griegos. S.E.FROST, Jr. Enseñanzas Básicas de los Grandes Filósofos. México. Edit. Diana. 2005, pp. 189-223.

-Jurídicas, Kelsen.

Las teorías teológicas u origen divino del Estado, se fundan en el origen sobrenatural del Estado, el cual es creado por Dios. La divinidad ha creado el poder político. Esta doctrina se manifiesta en diversos pueblos de la Tierra, con sus tradiciones teocráticas, como los pueblos judeocristianos. En ese tenor, San Pablo en la *Epístola de los Romanos* (capítulo XIII, versículo I), determina que, no hay potestad que no venga del ser supremo, es decir, Dios, y todas las que hay son ordenadas por él. Entonces, estas doctrinas se apoyan en la fe, que es una virtud teologal por la que nuestro intelecto está dispuesto para asimilar todas las verdades reveladas. Para San Pablo, *Hebreos* (XI, I), la fe es la sustancia de todas nuestras esperanzas, que nos convence de las cosas que no podemos ver. Por tanto, la teología especulativa ha establecido el origen mediato del Estado, teniendo a Dios como su causa eficiente, y el origen inmediato del Estado como obra del hombre. Uno de los grandes teólogos del cristianismo, cuyo pensamiento ha influido en las teorías divinas para justificar al Estado, es Santo Tomás de Aquino.³

³ El tomismo es un sistema escolástico, refiriéndose a la teoría de la premoción física, inventada por el dominico español Bañez para conciliar la libertad humana como la infalible eficacia de la gracia divina. Las obras de Santo Tomás (1225-1274 d. J. C.), son, la Suma Teológica, Suma contra los Gentiles, el Gobierno de los Príncipes, sobre el régimen de los judíos, comentario a la Política de Aristóteles y comentarios a la Ética de Nicómaco de Aristóteles. Santo Tomás pensó en ser un teólogo dedicado con fervor al estudio de la Sagrada Escritura más que un filósofo o filósofo político. Sus puntos de vista políticos se hallan en los trabajos *De regno* y la *Summa Theológica*. Así, Santo Tomás logró incorporar el aristotelismo al pensamiento cristiano. **Si el agustinismo es la fusión de Platón, el tomismo es la síntesis de Aristóteles y la cristiandad.** Santo Tomás intenta realizar una síntesis universal, basada en la armonía y la coincidencia, por lo que, Dios y la naturaleza, la fe revelada y el conocimiento racional, los dones naturales y la obra de la gracia divina en el hombre, no se oponen, sino que se armonizan y complementan. La fe es la realización plena de la razón, por lo que, todo el conocimiento humano forma una sola pieza, desde las ciencias particulares hasta la filosofía y su culminación: la teología. Consecuentemente, justifica la comunidad política como instrumento necesario para el desarrollo correcto de la sociedad, y se apoya en San Pablo en el origen divino de la potestad, por lo que, siendo la polis demasiado reducida, piensa en comunidades políticas mayores. De ahí que, la mejor forma de gobierno sea la monarquía, basada en un gobierno mixto, con participación del monarca, la democracia y la aristocracia, y condena al tirano, ya que el fin de la comunidad política es lograr el bien común. Por su parte, Santo Tomás sostuvo la potestad indirecta, es decir, la supremacía de la Iglesia en las cuestiones espirituales, pero no en las temporales. Cabe comentar que, este teólogo cristiano no formuló una construcción sistemática de la Ciencia Política, no obstante, estudió los problemas esenciales y permanentes de toda organización política, como el origen del Estado y su naturaleza, sus fines, su justificación, las formas de gobierno, las relaciones del poder temporal con el espiritual, el derecho de resistencia contra la tiranía y otros. También estipuló que, la fe no es opuesta a la razón, sino que está por encima de la razón y los resultados de la fe no son menos ciertos que los de la razón; son en efecto, más ciertos, ya que la fe se basa en la revelación directa de Dios y por tanto, está más cerca de la fuente de toda verdad, que es la filosofía basada en la penetración humana. Se puede decir entonces que, el triunfo de Aristóteles en el siglo XII se debió a la influencia de Santo Tomás. Esta doctrina tomista se basa en principios universales de descripción, interpretación y valoración de los denominados políticos, así como su doctrina sobre la Ley, vinculada al derecho natural y alas relaciones entre el Estado y el Derecho, es decir, un vínculo entre la ley divina y la ley humana, y que esta última es parte de la totalidad del sistema de gobierno divino. En la *Summa Theologica* se encuentra el tratado de la ley. Santo Tomás considera que, el pensamiento es una unidad ordenada, sujeto a un principio regulador que le ha sido impuesto por el Creador, y por ende, la ley eterna no es otra cosa que la razón de la sabiduría del Divino, en cuanto principio directivo de todos los actos y movimientos de los seres. Estos seres racionales e irracionales quedan sujetos a la Ley eterna, por lo que, sus cuatro formas de Ley son las formas de razón que se manifiestan en cuatro niveles distintos de la realidad cósmica, pero que constituyen la manifestación de una sola razón en todos ellos: la Ley eterna, la Ley natural, la Ley divina y la Ley humana. De esto se desprende de que, la Ley humana es un corolario de la Ley natural y no tiende sino a hacerla más efectiva para proveer a las exigencias de la vida humana. Asimismo, Santo Tomás sugiere dos razones para la **necesidad de gobierno**, incluso, en el estado de inocencia, antes de producirse el pecado y el mal: primero, el hombre es por naturaleza un ente social y así en el estado de inocencia tuvo que llevar una vida social. **Puesto que ha de haber alguna organización de la vida social, el gobierno surge como un organismo específico que persigue el bien común.** Asimismo, si un hombre supera a otro en cuanto a

La teoría del origen familiar plantea que, un elemento social es el grupo; la historia es la formación de grupos desarrollados en un complejo movimiento sinérgico creador de organizaciones, estructuras y nuevas formas sociales. La necesidad de reproducirse crea la familia y establece vínculos de sangre de los primeros grupos. La familia es la verdadera fuente y el origen de toda la república y miembro principal de ella, además de que, se suman a esta conceptualización las teorías del patriarcado, matriarcado y otras formas que describen la naturaleza de la familia y familias originales. Entonces, la sociedad primitiva se origina en la familia. Además de los lazos de parentesco, la sociabilidad es un factor determinante. Así nace el principio de autoridad, y es la conciencia la que origina la sociedad política primitiva. Es de particular interés **el momento en que el grupo nómada se transforma en sedentario, por lo que, la familia es un factor de agrupación política. A partir de esos momentos surgen los grupos sociales que se proyectan hasta nuestros días. Autoridad y poder dan paso al gobierno y posteriormente al Estado.**

Las teorías naturalistas parten de la idea de que, el Estado es un fenómeno natural o sujeto a fuerzas derivadas de la naturaleza. Estas fuerzas aludidas son de carácter geográfico, topográfico, hidráulico, hasta las fuerzas sociales, económicas, políticas. Las luchas sociales, racistas y de clases comprenden la estructura de esas formas que generan finalmente al Estado. Dentro de estas opiniones hemos de comprender las *teorías sobre el origen violento del Estado*.

Las teorías del origen violento del Estado, encuentra su nacimiento en la guerra.⁴ El Estado es, enteramente en cuanto a su origen y en cuanto a su naturaleza durante los primeros estadios de su existencia, una organización social impuesta por un grupo vencedor a su grupo vencido, organización cuyo único fin es de reglamentar la dominación del primero sobre el segundo defendiendo su autoridad contra las revueltas interiores y los ataques exteriores. Y esta dominación no ha tenido jamás otro fin que la explotación económica del vencido por el vencedor. De ahí que, la civilización sea una consecuencia de las luchas sociales. Todos los Estados han surgido de conquistas sangrientas, por lo que el Estado es la condición sine qua non de la prosperidad, del desarrollo de la civilización.

Esta tesis explica al Estado como la síntesis de los grupos humanos que han mantenido un proceso de lucha social, es la teoría de la lucha de clases de Carlos Marx.⁵ Al respecto, los trabajos de Morgan anteceden a estas doctrinas. Este autor descubrió a su modo, en América, la teoría materialista de las historias, que también estudió Marx, y Federico Engels analiza los caracteres de la sociedad antigua y afirma que, siendo la base de la civilización la explotación de una clase por otra, su desarrollo es constantemente antinómico. *Cada progreso de la producción es al mismo tiempo un retroceso para la clase oprimida, es decir, la mayoría. Cada beneficio par unos es por necesidad un perjuicio para otros; cada grado de emancipación conseguido por una clase es un nuevo elemento de opresión para otra.* La prueba de ello es la introducción del maquinismo, cuyos efectos conoce hoy el mundo, y si como hemos visto, entre los bárbaros apenas puede establecerse la diferencia entre los derechos y los deberes, la civilización señala entre las dos una diferencia y un contraste que saltan a la vista del hombre

sabiduría y justicia, sería torpe despreciar esta superioridad en beneficio del resto. Este teólogo **basa la necesidad de gobierno en la naturaleza social del hombre, y la organización del gobierno en la superior sabiduría y moralidad del gobernante en beneficio del gobernado.** Por ende, *¿esta conceptualización es útil para diseñar un sistema de justicia penal o en su caso, replantear uno ya existente?* Al respecto, ver la obra “De los principios de la naturaleza”, de Santo Tomás. España. Edit. Sarpe. 1983; “Confesiones” de San Agustín. España. Edit. Sarpe. 1983, y del mismo autor, La Ciudad de Dios. México. Edit. Porrúa. 2004.

⁴ Para comprender el origen de la violencia, se recomienda a GENOVÉS, Santiago. El “Cuento” de la Violencia. México. Edit. CONACYT y Armella editores. 1992, pp. 7 y ss.

⁵ MARX, Carlos. El Capital. México. Editores mexicanos unidos, s.a.2002, pp. 203 y ss; del mismo autor y Federico Engels. El Origen de la familia, la propiedad privada y el Estado. México. Editorial Época. 2002, pp. 194 y ss.

menos inteligente, en el sentido de que, da casi todos los derechos a una clase y casi todos los deberes a la otra. Entonces, **las formas estatales que se concretizan bajo esta teoría son variadas y contradictorias, como el Estado del subdesarrollo, el Estado autoritario, el Estado totalitario, el Estado dictatorial, el Estado militar, el Estado monárquico.**⁶

Las teorías del origen convencional del Estado (del pacto social), esbozan que, el Contractualismo es un sistema basado en las doctrinas del contrato social. Tres son las grandes figuras del pensamiento contractualista en la Edad Moderna, como Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704) y Jean Jacques Rousseau (1712-1778). La turbulenta primera mitad del siglo XVII en Inglaterra destaca en la filosofía política, la figura de **Thomas Hobbes**, cuyo trabajo más representativo es el *Leviatán* aparecido en 1651. En el estado de naturaleza los hombres están en una situación de guerra de cada hombre contra cada hombre. El miedo a la muerte es la pasión que lleva a los hombres a la paz. Esta situación en la que el hombre es el lobo del hombre, da paso a una forma de convivencia para obtener la máxima libertad. Entonces, los hombres constituyen la sociedad civil por medio de un contrato, así surge el Derecho, la obligación, la ley. El pueblo cede sus derechos a un gobernante, que puede ser un individuo o una corporación cualquiera. Una vez cedidos sus derechos, el pueblo no tiene ya derecho alguno a la potestad civil, sino que ésta es absoluta e ilimitada en el gobernante. El contrato social entonces se hizo entre súbditos, no entre súbditos y soberano. El soberano no es una parte para el contrato, sino su creación. Así, el soberano no puede comprometerse en cualquier ruptura del contrato, ya que no es una parte de él. Al participar en la creación del soberano el súbdito es el autor de todos los gobernantes y, por tanto, no ha de lamentarse de las acciones de los gobernantes, ya que esto sería en perjuicio para él. Hobbes concede que el soberano puede cometer cualquier inequidad, pero no una injusticia o un perjuicio en la propia esencia, ya que no puede por definición actuar ilegalmente: determina lo que es justo e injusto y su acción es la ley. Al soberano le corresponde el establecimiento de la paz y defensa comunes a todos los hombres. De ella deriva el Derecho natural y los preceptos que fundamentan la comunidad política. De esta forma, Hobbes fue llamado el padre de los ateos, incluso, en Inglaterra tuvo oposición por parte de los obispos para la reimpresión del *Leviatán*.

Por su parte, **Hugo Grocio** (1583-1645) en su libro *De Jure Beilli ac Pacis*, esboza una teoría contractualista. La sociedad civil es una comunidad natural, pero es la conveniencia la que señala su origen y el surgimiento del poder civil como poder supremo limitado por la ley divina, la ley natural y el Derecho de gentes. Por su parte, **John Locke** (1632-1704) es ubicado en la corriente jusnaturalista del racionalismo y en contractualismo, a diferencia de Hobbes se apoya en la democracia constitucional, de ahí que sea llamado el teórico de la Revolución Inglesa de 1688, que acabó con el despotismo de los Estuardos y dio origen a la democracia parlamentaria. Su obra política fundamental es *Dos tratados sobre el gobierno*, de 1690, y refuta a Hobbes como teórico del absolutismo. Entonces, Locke se refiere de un primitivo estado de naturaleza en el capítulo II del segundo tratado. Estima que los hombres se encuentran en un estado de perfecta libertad para ordenar sus acciones y disponer de sus posesiones y personas en la manera que les parezca conveniente, dentro de los límites de la Ley natural, sin pedir consentimiento ni depender de la voluntad de ningún otro hombre. Reina la igualdad, porque ningún hombre tiene mayor influencia que los demás. La Ley natural que rige esta situación primitiva es la razón, y le confiere el derecho de defender sus privilegios a la vida, salud, libertad y posesiones, castigando a los que no las respeten. Así, por las injusticias se hizo necesario crear por el acuerdo de todos, una sociedad política en la que su totalidad residiese el poder soberano, pero siendo su ejercicio encomendado a un grupo de personas, sólo en la medida necesaria para preservar los derechos fundamentales de todos los hombres a la vida, libertad y propiedad. Este poder se manifestaría como Legislativo en el Parlamento y como Ejecutivo en los órganos de esta índole. Hay un tercer poder Confederativo que se ocupa de las relaciones exteriores, como la guerra y la paz, tratados internacionales, , y el órgano judicial dirime controversias.

⁶ Sobre las formas de Estado, ver a SERRA ROJAS, Andrés. *Teoría del Estado*. México. Edit. Porrúa. 2000, pp. 452 y ss.

Consecuentemente, el sistema de gobierno de Inglaterra, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos y las raíces ideológicas del liberalismo revolucionario francés del siglo XVIII, revelan la influencia del pensamiento de este notable politólogo inglés.

En cambio, la doctrina de **Juan Jacobo Rousseau** (1712-1778) difiere de Hobbes y Locke. Sus obras más representativas son, el *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, y *El Contrato Social* publicado en 1762.⁷ Coincide con sus predecesores sobre la idea del Contrato, pero difiere en su concepción del *estado de naturaleza*. El Contrato Social es una hipótesis racional, no histórica. Puede pensarse que, los hombres vivieron en una edad primitiva o presocial, disfrutando de una libertad absoluta e igualdad. Vivía libremente en armonía con la naturaleza, pero llegó un momento en que los hombres empezaron a transformar el mundo, como el cultivo de la tierra, la cultura y con ella la propiedad y la desigualdad, terminando con el estado de naturaleza primitivo. Entonces, el hombre ha nacido libre y por todas partes está encadenado, pero ¿cómo sucedió esto y cómo puede justificarse? Para recuperar la libertad perdida, los hombres se pusieron de acuerdo para crear artificialmente la sociedad política. Cedieron sus derechos naturales y la comunidad los devuelve en protección a sus derechos. El poder no es transmitido a un hombre o grupo de hombres, sino a la comunidad entera. Ella es la depositaria de la soberanía; su manifestación es la voluntad general, que no se representa porque tiene razón. La voluntad general es la expresión de la suma mayoritaria de voluntades en la decisión de los actos políticos en la que se requiere su manifestación: en los sufragios electorales, en las determinaciones legislativas y jurisdiccionales. La ideología del Contrato Social⁸ fue determinante en la Revolución Francesa de 1789.

La teoría ético espiritual, indica que, la naturaleza racional y libre del hombre es la causa del Estado. Sólo la vida social impulsada por la inteligencia humana es capaz de alcanzar las formas políticas. Tal fue la explicación de Aristóteles⁹ al hablarnos del *zoon politicon*. La sociabilidad

⁷ ROUSSEAU, Juan J. *El Contrato Social*. México. Editores mexicanos unidos, s.a 2003, pp. 46 y ss.

⁸ La idea de contrato o convención ha dominado en numerosos autores. Se distingue entre el contrato social como generador de la sociedad civil y el contrato político que dio origen a las formas políticas y posteriormente al Estado. Juan Jacobo Rousseau en el *Contrato Social* (Cap. I, 1, Cap. IV) externa que, antes de examinar el acto por el cual un pueblo elige a un rey, sería bueno de examinar el acto por el cual un pueblo es un pueblo; porque ese acto siendo necesariamente anterior al otro, es el verdadero fundamento de la sociedad. La base de la exposición de Rousseau es el estado de naturaleza. El estado de naturaleza es el estado salvaje; los hombres viven felices, porque ellos poseen las cualidades de “la libertad de aceptar” y “la de rehusar” y “la facultad de perfeccionarse.” Asimismo, la propiedad privada y la invención de la metalurgia y de la agricultura han civilizado y perdido al género humano rompiendo la igualdad primitiva. Además, un horrible estado de guerra coloca a los seres humanos sin más norma que la violencia y la injusticia. Es necesario por ello, pensar en un poder supremo que gobierne a los grupos antagónicos. Para crear este orden fue menester que el hombre aportara una parte de su libertad. Entonces, la esencia del contrato social radica en que cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general y nosotros recibimos a cada miembro como parte indivisible del todo. De ahí que, **para Rousseau la voluntad justifica al Estado, mas no proporciona datos sobre su origen. El hombre pasa de un estado de naturaleza a una forma social voluntaria: el hombre ha nacido libre y sin embargo, en la actualidad vive encadenado, sujeto a un orden estatal. Esta explicación se encuentra en el pacto social, que supone la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a la comunidad.** La libertad se sustituye por la libertad civil que es garantizada por el Estado, es decir, el hombre cede su libertad natural al Estado. La voluntad no es el origen del Estado, sino su justificación. Los hombres entregan una parte de su libertad natural a cambio de una comunidad superior. Igualmente, el hecho natural revela la supervivencia y desarrollo; es el medio social el que rodea al hombre y condiciona su comportamiento, por lo que, el Estado es la obra de esa evolución social en etapas posteriores, al volverse sedentario y surgir las primeras formas preestatales de organización política, producto de la sociabilidad humana. La formación del Estado es jurídica, puesto que al mismo tiempo es consuetudinaria.

⁹ Aristóteles (384-322 a. de J.C.) elaboró una doctrina política realista. Conocedor de las ciencias naturales, aplicó el método de observación. Sus obras políticas son *La Política*, *Las Constituciones* y *la Ética a Nicómaco*, basadas en la observación de los datos reales. De ahí que, se considera a Aristóteles como el fundador de la Ciencia histórico-descriptiva de la Política, la Sociología Política, la Teoría

lleva a la perfección. La sociedad para substituir requiere de una organización y del poder coactivo, ideas que perduran hasta el pensamiento medieval, moderno y contemporáneo.

La teoría de la constitución histórica, espontánea y necesaria del Estado, apunta que, la evolución de las sociedades primitivas acusan algunos rasgos de uniformidad, respondiendo a necesidades idénticas y a complejos problemas sociales, que a pesar de su diversidad, coinciden en formas y aspectos semejantes. No es un cuadro estático de evolución, porque siendo la vida social tan compleja, a pesar de las coincidencias los pueblos acusan evoluciones y regresiones originadas por su propio desarrollo. Consecuentemente, ha sido a través del estudio comparativo de la evolución de los grupos sociales que se han podido advertir paralelismos y constantes, de forma que, sin prescindir de alguna diversidad y de una mayor o menor rapidez de desenvolvimiento, se puede afirmar con cierta seguridad que los tipos de evolución social se pueden plasmar de la siguiente manera: a) La horda primitiva en relaciones sociales promiscuas, con estructura diferenciada y con funciones de defensa y de protección; b) La gens o clan, agregado compuesto de individuos ligados por vínculos de un parentesco imaginario o ficticio, fundado sobre la creencia de derivar de un mismo tótem; c) Tribus compuestas de familias en las que el parentesco en línea recta y de base preferentemente materna ha tomado una forma distinta; d) La familia patriarcal, de quien la familia romana representa el ejemplo más característico y, la familia paterna como se encuentra entre los pueblos de la Europa moderna.

Lo expuesto conlleva a la constitución espontánea y necesaria del Estado, de ahí que, la sociedad sea un fenómeno complejo entre cuyos aspectos más importantes está el sentido de los fenómenos políticos que conducen a la creación del Estado. Las explicaciones sobre el origen del Estado son consideraciones sociológicas, y el Estado se convierte en una creación colectiva que responde a numerosas causas; si el nacimiento de las sociedades civiles responde como expresaba Platón¹⁰ a la necesidad de asociación, el surgimiento de las organizaciones políticas,

jurídico-científica del Estado y el Derecho Comparado. Su doctrina se basa en la idea de que, hay un orden natural, derivado de la esencia misma de las cosas y en la naturaleza racional del hombre. En ella se apoyará más tarde la **Doctrina del Derecho Natural**. También estima que, el hombre es un animal político, que en la sociedad política logra su perfección y el bien en gran escala, siendo la injusticia el mayor mal; su doctrina la apoya en la experiencia y critica las utopías de su maestro Platón y sus ideas comunistas; la familia y la propiedad privada derivan de la naturaleza misma del hombre, por lo que, **la mejor forma de gobierno es la que se adapta a las necesidades y características de cada pueblo**. Asimismo, la teoría del “ser” formulada en la Metafísica sostiene que, el entendimiento humano puede llegar al conocimiento del “ser” a través de la aprehensión de su sustancia. También estudia los principios morales y elabora una doctrina del bien en su *Ética a Nicomáquea*, por lo que, toda ciudad es una comunidad y que toda comunidad está constituida en vista de algún bien, porque los hombres siempre actúan mirando a lo que les parece bueno, y si todos tienden a algún bien, es evidente que surge una ciudad civil. Esto debido a que, el hombre consta de alma y cuerpo, de los cuales, el alma es el elemento rector y el cuerpo es regido. Igualmente, Aristóteles analiza las distintas formas de gobierno, por lo que, los regímenes justos son la monarquía, la aristocracia y la República, y las tres perversiones de los mismos son, la tiranía de la monarquía, la oligarquía de la aristocracia y de la monarquía, así como la diferencia que hay entre aristocracia y la monarquía. De igual modo, es importante comentar que, La República conlleva el nombre común a todos los regímenes justos y de los demás, la oligarquía, la democracia y la tiranía.

¹⁰ El primer trabajo que merece llamarse Ciencia Política y que implica un razonamiento sistemático y una investigación crítica a las ideas políticas y las instituciones, es *La República de Platón* (428-347 a. de J.C). Después de dos mil trescientos años continúa siendo la única introducción a las cuestiones básicas para considerar a los seres humanos como ciudadanos; se trata de un trabajo de un pensador interesado en la política práctica, y rechaza la doctrina de que el hombre, fatal e inexorablemente, ha de permanecer prisionero de las circunstancias naturales o sociales. Platón tiene fe en la capacidad del hombre para crear una comunidad que corresponda con el ideal de la sabiduría y de la justicia. Si la filosofía y la visión de Dios son las formas más elevadas de la actividad humana, no habrá fin para las perturbaciones en los Estados de toda la humanidad, a menos que los filósofos se conviertan en reyes en sus países o a aquellos a quienes se les llama reyes y gobernantes tengan una inspiración suficiente del valor genuino de la sabiduría; a menos, que el poder político y la filosofía se encuentren. Platón construyó una doctrina política plasmada en varios diálogos, como La República, Las Leyes y el Político u Hombre de Estado. Además

principalmente como la comunidad política más perfecta como es el Estado, responde a causas muy diversas. Entonces, nuestro punto de partida es aludir a la edad incierta de la humanidad, aquellos momentos en que el ser humano formaba parte de agregaciones humanas unidas por el espíritu gregario y el dominio de sus instintos naturales. La segunda etapa se inicia con los pueblos pastores hasta la integración de la agricultura, como las primeras formas políticas rudimentarias, como horda, clan, tribu, fraternidad, etcétera, de los clanes de los imperios. Subsecuentemente, la época de los pueblos primitivos de la antigüedad de China a Roma.

Posteriormente, la cuarta etapa de los preludios del Estado en el largo proceso de la Edad Media, y la última fase, que va del nacimiento del Estado hasta la época actual, surgiendo el **Estado nacional y patrimonial**, que coincide con la formación de las nacionalidades europeas, y el Estado se convierte en patrimonio del monarca, el cual transmite a sus herederos; el **Estado policía o gendarme**, fundado en los presupuestos del liberalismo, que consiste en que, el gobernante no gobierna en nombre propio, sino que es un órgano del Estado y asume una representación política discrecional o reglada pero justificándose por la satisfacción del interés general; el **Estado de Derecho**, gobernado por el principio de que, el gobernante debe ser sometido al Derecho y los particulares encuentran en la ley una limitación a la acción gubernamental y un reconocimiento de un sistema de derechos que le brindan un amplio campo de acción; el **Welfare State o Estado de Bienestar**, que alude a una organización en la que, el Estado se propone el control de la política social y económica para subordinarla al bienestar general, es decir, la idea de bienestar social tiende a la satisfacción de las necesidades más apremiantes de una sociedad, de las cuales debe ser liberada, eliminando la presión económica que la domina y creando las infraestructuras que se enfrentan a las condiciones reales de una comunidad, entre ellas el reconocimiento de los derechos sociales; el **Estado de justicia social, de seguridad y de responsabilidad pública**, que reconoce que su misión no es la protección exclusiva de los intereses particulares por legítimos que ellos puedan ser, los cuales en ningún caso deben interferir el interés colectivo, por lo que, la sociedad debe considerarse en la unidad de sus problemas fundamentales, dando oportunidad a todos y creando un régimen de seguridad civilizado.

Las teorías organicistas señalan que, estas teorías tratan de organizar al Estado como un organismo espiritual o como un superorganismo. Si un organismo es un todo vivo compuesto de partes vivas, se concluye que el Estado es un organismo vivo integrado de partes vivas, que son los seres humanos. Así como hay una anatomía que describe al cuerpo humano y una fisiología que explica su funcionamiento, también hay una anatomía política y una fisiología política. En la anatomía política el Estado como organismo biológico tiene los mismos elementos que los organismos vivos, como tejidos sometidos a las leyes biológicas. Entonces, metafóricamente se dice que, se ha creado al Estado como un organismo vivo a través de un orden jurídico al que se le asignan finalidades encaminadas al servicio de una sociedad.

Las teorías positivistas indican al positivismo como doctrina exige a toda ciencia que parta de hechos tomados en el sentido de objetos perceptibles y que se limite a comprobarlos y enlazarlos con leyes. El término se adoptó por primera vez por Saint-Simon para designar al

alude al pensamiento político de los sofistas y polemiza con Sócrates en sus Diálogos, Protógoras, Gorgias y el Sofista. Destaca La República, en la que conceptualiza un Estado ideal, con la justicia como valor supremo; concibe al Estado como un hombre gigantesco, integrado por labradores, militares y los magistrados, y considera al filósofo el más sabio y virtuoso para gobernar en un régimen aristocrático. Posteriormente, ya en su vejez, Platón estima en su diálogo Las Leyes, a un sistema legal, incorporando el orden jurídico como necesario en la comunidad política. Asimismo, su filosofía moral política determina como fines del Estado, a la justicia y a la virtud. También expresa que, hay que abolir para los gobernantes la propiedad privada y los vínculos familiares. Entonces, para Platón, la comunidad política surgió en relación a una ley de su naturaleza, lo mismo que las clases sociales, encaminada a una división del trabajo. Consecuentemente, Platón considera a las formas de gobierno, que las divide en monarquía, aristocracia y democracia, de ahí que sea necesario moderar el poder por una Constitución, democrática y monárquica. PLATÓN. Diálogos. México. Edit. Porrúa. 2005, 1 y ss.

método exacto de las ciencias y su extensión a la filosofía; también se atribuye a Hume su fundación, y Augusto Comte tituló Positivismo a su filosofía con gran influencia en la segunda mitad del siglo XIX en los países de occidente. Según Comte, todas las ciencias deben recorrer en su desarrollo tres fases: la teológica, que explica los acontecimientos recurriendo al influjo sobrenatural de los dioses; la metafísica, que trabaja con conceptos esenciales y universales y fuerzas de la naturaleza, y la positiva, que se ciñe a describir los hechos y su legalidad.

Las tesis fundamentales del positivismo son: 1ª la ciencia es el único conocimiento posible y el método de la ciencia es el único válido; 2º el método de la ciencia es puramente descriptivo en el sentido de que describe los hechos y muestra las relaciones constantes entre los hechos, que se expresan mediante las leyes y permiten la previsión de los hechos mismos o en el sentido que muestra la génesis evolutiva de los hechos más complejos partiendo de los más simples; 3ª el método de la ciencia se extiende a todos los campos de la indagación y de la actividad humana y la vida humana en su conjunto, ya sea particular o asociada, debe ser guiada por dicho método. Por ello, la Ciencia es Ciencia de la sociedad y Ciencia de la evolución. El individuo es una abstracción, mientras que la sociedad es la única realidad, por lo que hay que organizar las sociedades modernas sobre bases científicas, y no hay derechos individuales, sólo existen deberes para con la sociedad, familia, patria y humanidad; cada ciudadano debe ser un funcionario social subordinado al poder, y la política positiva requiere completa obediencia. El orden triunfa sobre el progreso.

Las teorías idealistas revelan que, el idealismo comprende una concepción que asigna a las ideas, al ideal y al espíritu, una posición dominante en el conjunto del ser, el que en última instancia está determinado desde las ideas, desde el espíritu. Esta concepción se opone al **materialismo**.¹¹ Esta corriente de pensamiento se introdujo hacia mediados del siglo XVII, con base en la doctrina platónica de las ideas. Así, se ha conceptualizado un *idealismo gnoseológico o epistemológico*, propio de diferentes corrientes de la filosofía moderna y contemporánea, y el *idealismo romántico*, que es una corriente históricamente determinada en la filosofía moderna y contemporánea. Entonces, como una concepción general del universo, el idealismo repercute en la ética y en la sociedad. Frente a todo superficial positivismo, acentúa con seriedad moral que las normas ordenadoras de la vida individual y colectiva, son independientes de las opiniones y estados de ánimo meramente ficticios; pero cuando desliga dichas normas del orden esencial del ente, pretendiendo fundarlas en actitudes exclusivamente formales del sujeto puro vacías de contenido, incurre en un abstraccionismo ajeno a la vida. Por ende, las teorías románticas estiman al alma nacional del Estado como una entidad espiritual de la cual emanan las instituciones, se desarrolla la cultura y fortalecen los hábitos y costumbres de un pueblo.

¹¹ El **materialismo** como concepción general del universo, enseña la reductibilidad total de lo real a la materia o fuerzas enteramente sometidas a las condiciones de la misma; se atribuye la causalidad solamente a la materia: la única causa de las cosas es la materia. Este término “materialismo” fue empleado por primera vez por Robert Boyle en 1674. Así, se distinguen diversas formas de materialismo, como el metafísico, el metodológico, el práctico, el psicofísico, el dialéctico y el histórico. Es de resaltar el materialismo dialéctico, que alude a la unión del materialismo clásico con la dialéctica de Hegel y representa el núcleo filosófico del marxismo. Se trata de un inhumano sistema de opresión. Por su parte, el materialismo histórico se explica en Engels, basado en la interpretación histórica planteado por Marx, que consiste en reconocer a los factores económicos (como las técnicas de trabajo y de producción, relaciones de trabajo y producción), un peso preponderante en la determinación de los acontecimientos históricos. Según Marx, la personalidad humana está constituida intrínsecamente por las relaciones de trabajo y de producción que el hombre adquiere para hacer frente a sus necesidades. La tesis del materialismo histórico dependen de las relaciones económicas que prevalecen en una fase determinada de ella, es decir, en la producción social de su vida, los hombres entran en determinadas relaciones necesarias e independientes de sus voluntades, relaciones de producción que corresponden a una cierta fase de desarrollo de sus fuerzas productivas materiales. El conjunto de estas relaciones de producción constituye la estructura económica de la sociedad, que tiene una base real sobre la cual se edifica una superestructura jurídica y política y la cual corresponden ciertas formas sociales de conciencia. Entonces, el modo de producción de la vida material, condicionan el proceso de la vida social, política y espiritual.

En la teoría hegeliana aparece el Estado como el espíritu objetivo que dialécticamente se determina a sí mismo libremente como idea ética y que cada Estado constituye una manifestación o fase del espíritu objetivo, es decir, un sistema de ideas jurídicas, morales, artísticas, en que se informan los espíritus subjetivos de los individuos que en él participan. Esta tesis que quiere explicar la realidad del Estado como alma nacional está inspirada en las ideas románticas, como el animismo universal, la tendencia antirracionalista, la exaltación de las realidades históricas de cada pueblo y la apasionada afición a lo misterioso. Así, esta tesis representa una fantasmagoría poética bella, es un credo místico. Por tanto, no podemos dejar de omitir el significado e inspiración de las ideas románticas como fuente de las luchas políticas europeas, especialmente del romanticismo alemán, en la que Marx y Bismark se dan las manos pero en rumbos opuestos de ideas, uno para apoyar la idea de un super-Estado como potencia mundial, inspirado en ideas racionales, y el otro dando paso al movimiento socialista europeo, y Hegel señalando en el proceso dialéctico el camino espinoso de las nuevas instituciones.

Las teorías sociológicas apunta que, el Estado es un orden de la vida social, complejo, de naturaleza amplia y de difícil determinación. La sociología, la política, el Derecho, la economía, estudian al Estado bajo criterios diferentes, pero todas ellas concurren a la creación y mantenimiento del orden social. La sociología es la ciencia de la sociedad que estudia las formas y fenómenos sociales. El fenómeno político es un fenómeno social que origina al Estado, es decir, la sociedad crea al Estado como una necesaria exigencia de la vida social. La política es la fuerza o directiva que anima a los hombres para satisfacer sus necesidades principalmente económicas, y construir un orden diverso del social. Se valen para este propósito del Derecho, con el cual se crean instituciones permanentes, provistas de fines y sanciones adecuadas a su eficaz cumplimiento. Entonces, estas teorías sociológicas consideran factores sociales para explicar al Estado cómo son los fenómenos sociales que se manifiestan en toda comunidad humana, entre ellos los fenómenos de mando y obediencia, la diferenciación de amigo y enemigo, la aparición de las clases sociales antagónicas y todo el conjunto de relaciones creadas y mantenidas por la sociedad para lograr la supervivencia y la armonía de las relaciones sociales o en procesos negativos de dominios oligárquicos. Por tanto, estas teorías designan como Estado, al conjunto de los fenómenos sociales, identificándolo con el de sociedad en el sentido de una totalidad orgánica y en consciente contraposición a cualquiera de sus manifestaciones. En este contexto, Kelsen critica a las teorías sociológicas, al especificar la importancia y exclusividad de los elementos jurídicos que intervienen en el concepto de Estado.

Entonces, podemos entender por **forma de Estado**, al conjunto de elementos que caracterizan globalmente a un ordenamiento referido en particular a las finalidades planteadas como objetivos de acción de los órganos constitucionales. Empero caen dentro de su ámbito también los criterios de disciplina del Estado-comunidad, al papel del individuo y de los grupos y los del Estado-aparato y sus modalidades de intervención. Las formas de Estado se caracterizan por el principio tendencial de la concentración del poder y por el rechazo. Y por **forma de gobierno**, al complejo de instrumentos que se articulan para conseguir las finalidades estatales y los elementos que se refieren a la titularidad y al ejercicio de las funciones soberanas atribuidas a los órganos constitucionales. Cada forma de gobierno se encuadra en una forma de Estado más amplia que la condiciona.

La distinción de forma de Estado y de forma de gobierno tiene como fin, resaltar cómo las estructuras de gobierno disciplinadas por las diversas Constituciones, tocante a su titularidad y al ejercicio de las funciones soberanas, no pueden considerarse prescindiendo de la concepción de fondo recibida por cada Estado en cuanto a bases económicas, sociales y políticas. Esta concepción da una forma propia de Estado y que influye en la aplicación de la forma de gobierno.

Los diseños de Estados Constitucionales.

¿El Estado es un fenómeno social llamado a desaparecer como lo preconiza el comunismo internacional? ¿Tendrá el Estado constitucional¹² la misma naturaleza de estabilidad en su organización, en las naciones que llevan largos siglos de evolución política, que las naciones subdesarrolladas o las nuevas naciones de África o de Asia? ¿Tendrá que seguirse fragmentando la vida política internacional en formas de políticas antagónicas y en muchas ocasiones innecesarias o buscaremos en la propia naturaleza de la sociedad, la huella de principios generales, comunes internos o transitorios, que sin desconocer al hombre, exalten a la sociedad y a sus creaciones hechas para servirla y nos pueda conducir a una verdadera Ciencia Política universal? ¿Deben seguirse discutiendo las corrientes de pensamiento o ideologías sociológicas, jurídicas y aun económicas del Estado como se han discutido hasta ahora, o encontraremos una razonable sociología política y jurídica que rompa las afirmaciones de una concepción estática del Derecho y nos lleve un verdadero Estado constitucional y los sistemas de justicia más justos, equitativos y de bienestar en el siglo XXI? ¿Podrá esto dar paso tarde o temprano a la idea de un Estado mundial organizado en una civilizada Federación mundial o al amparo de un Estado que reúna federaciones continentales o regionales?

Analicemos la tipología de Estados para comprender los sistemas de justicia, especialmente en México.

En los **Estados no democráticos**, comprenderían ordenamientos dictatoriales, totalitarios, tradicionales, autoritarios, que se articulan entre sí de acuerdo a tres variables: nivel de pluralismo limitado, nivel de participación política dirigida a la despolitización y de incidencia de la ideología oficial.

El Estado tradicionalista comprende el subtipo de democracia oligárquica y el definido como sultanístico. Son Estados en los cuales predomina el elemento oligárquico y personalista, con una sociedad civil atrasada y despolitizada y sin partidos modernos.

El Estado autoritario se caracteriza por el pluralismo político y el pluralismo limitado o partido único, pero también por la baja movilización e influencia limitada de la ideología oficial, mientras que predomina el papel de un líder nacional y a veces de una elite restringida. Con el Estado autoritario se pretende indicar, en *sentido restrictivo*, un Estado caracterizado por una ideología reaccionaria frente al Estado liberal y por formas de adecuación en el mejoramiento del desarrollo social y político (*fascismo y nacionalismo*), y en *sentido genérico*, numerosas experiencias estatales contrarias a los principios que condividen los ordenamientos democráticos, con la tendencia a hacer coincidir el Estado autoritario con las formas que a su tiempo calificamos como autocráticas, dejando fuera la caracterizada por la ideología socialista-leninista.

Se prevén diversos subtipos de Estado autoritario: *a) burocrático-militar*, en el cual el poder pertenece a una elite de burócratas y militares y recientemente de tecnócratas; *b) estatismo orgánico*, en el que existe una participación política controlada y una movilización de la comunidad estatal por medio de la institución de estructuras corporativas que tienen el monopolio de la representación en el ámbito de sectores de intereses preconstituidos; *c) los de movilización*, que son instaurados a consecuencia de la crisis de ordenamientos democráticos o

¹² A cerca del significado de la Constitución y el Estado, ver a TAMAYO Y SALMORAN, Rolando. Introducción al estudio de la Constitución. México. Edit. Fontamara. 2006, pp. 23 y ss.

después de adquirir la independencia, por lo que, en la primera hipótesis, de los ordenamientos fascistas, se da una reducción del pluralismo, se participa a través de estructuras políticas nuevas, partido único análogo al totalitario, y hay una ideología elaborada, y en la segunda, que pertenece a los Estados recién independizados después de la era colonial, existe un partido único, un *leadership* nacionalista, una ideología oficial de diversas proveniencias; d) el Estado de **democracia racial**, que comprende aquellos ordenamientos en los que las instituciones clásicas de la democracia rigen para una parte minoritaria de la población, mientras que la mayoría se sujeta a un régimen discriminatorio.

El **Estado autoritario y/o autoritario** rechaza de manera integral los principios del Estado liberal; en cuanto a la titularidad del poder, las soluciones han sido de tipo monocrático, y respecto a las modalidades de uso se ha recurrido a formas de consenso guiadas y a la imposición; se da un reconocimiento a un partido único, cuyas estructuras se identifican con las estatales, la eliminación del pluralismo y la de los derechos tradicionales de libertad política y de toda oposición, así como la composición de los conflictos de interés económico-sociales a través de las corporaciones; sobre las atribuciones y prerrogativas del jefe del gobierno, primer ministro, Secretario de Estado, se reconsidera la forma de gobierno, aboliendo la responsabilidad de los ministros ante el Parlamento, estableciendo esta responsabilidad ante el jefe de gobierno y de éste ante el rey, previendo el control gubernativo del orden del día de las asambleas; igualmente, se atribuye a los sindicatos la competencia para estipular contratos colectivos vinculantes a toda la categoría, por lo que la base del ordenamiento corporativo se asocia a las organizaciones de los trabajadores y de los empleadores; la legislación electoral establece el voto positivo o negativo de los electores respecto a una lista única propuesta por órganos del partido; la concentración de la suma de los poderes de dirección, mediante la asignación de la función legislativa y ejecutiva a un órgano único, se justifica en el plano de los principios de la omnipotencia del Estado, única organización con la que debería identificarse la sociedad nacional; la importancia del concepto de Estado se acentúa por la subordinación del partido al Estado, pues se considera el primero como un elemento orgánico, así como la supresión de las autonomías locales y la de la prensa, la disciplina de las relaciones laborales, y en cambio la facultad del Poder Ejecutivo de dictar normas jurídicas. Por eso, las fórmulas organizativas para permitir una unión íntima entre el partido y el Estado no tienen función diversa que la de garantizar y registrar la identificación de la primitiva organización del partido con la vieja estructura del Estado monárquico, por lo que, la ideología y las finalidades del partido se convierten en estatales.

Lo expuesto da paso al fortalecimiento del concepto de Estado por la tendencia de concentración del poder en un Ejecutivo monocrático, con la marginación del Legislativo y Judicial, por el partido único y por la introducción de instituciones corporativas; se está lejos de la dirección de movilización popular y de la transformación radical de la sociedad en otra nueva y diversa, y se utilizan los instrumentos institucionales como modalidades de reacción respecto a formas de liberalización y para la conservación de los equilibrios sociales y económicos preexistentes.

Este tipo de Estado autoritario también se fundamenta en las premisas doctrinarias nacionalistas y por las experiencias del fascismo italiano y hitleriano, en parte originales y basadas en la concepción de la superioridad racial, negando los principios constitucionales de las libertades individuales y de las autonomías colectivas; la anulación del principio federal sustituido por el Estado unitario centralizado; la supresión de los partidos y la instauración del partido único; el rechazo de la separación de los poderes y su sustitución por el principio de concentración; en particular, **el jefe del movimiento nacionalista es al mismo tiempo vértice del Estado, del gobierno y de las fuerzas armadas, concentrando en sí el poder constituyente, el de revisión, el legislativo, el ejecutivo y el jurisdiccional; cualquier precepto jurídico puede**

ser adoptado por el jefe sin límites legales preconstituidos y modificarlo en cualquier momento a su albedrío.¹³

Por su parte, la **dictadura** surge en periodo de crisis que no se ha institucionalizado y representa una ruptura de las reglas institucionalizadas, propias del régimen anterior. La dictadura no puede definirse como forma de Estado o como régimen al igual que las otras figuras que denotan estructuras estatales y duraderas. El gobierno de dictadura implica un ordenamiento con concentración de poder, con una perspectiva de concentración permanente y otra, de temporal; en el primer caso, dictadura es sinónimo de forma de Estado autocrático, y en el segundo, de una forma de gobierno que se desarrolla en el marco de ordenamientos con separación de poderes, que requiere salvaguardar la forma de Estado y se califica por su carácter derogatorio

¹³ Frente a la voluntad ilimitada del jefe aparece la masa indiferenciada del “séquito” popular obligado por el vínculo racional como por el de fidelidad al jefe, intérprete de las exigencias reales de la comunidad racial; a veces, según juicio incuestionable del jefe, la masa es interpelada para dar su consentimiento unánime a la propuesta de ley; el partido único se considera como la organización de elite encargada de facilitar la consecución de los resultados queridos por el jefe, unida a la organización burocrática, de ahí que, si la característica del Estado es la valorización sin reservas del concepto del mismo Estado y la utilización de las estructuras estatales existentes (aunque sensiblemente modificadas por un cierto número de leyes constitucionales que encuadraban al partido mediante la legalización de la llamada revolución), el nacionalismo afirma la negación del concepto de Estado, que en fin, identificado con la burocracia estatal, se concibe como uno de los instrumentos para la realización de las finalidades del movimiento partidista que mantiene una dinámica permanente. Entonces, el movimiento político nacionalista es considerado predominante respecto a la organización burocrática estatal. Asimismo, se consagra el principio de total subordinación de todo elemento social a la autoridad del Estado, es decir, de la insistente petición de un Estado fuerte autoritario; la desautorización evidente de las instituciones estatales y en particular del parlamento, llevan a la correspondiente exigencia del aumento de poderes legislativos y ejecutivos del Presidente de la República, concebido como único depositario de la soberanía estatal, puesto sobre los conflictos de intereses que se agitan en la base social. A la concentración de la suma de poderes de dirección del Presidente y a la expectativa de ascensión al poder del movimiento nacionalsocialista se añaden, en primer lugar, la afirmación de la necesaria impregnación de todo elemento social por parte del Estado. Consecuentemente, las reformas constitucionales realizadas en este Estado implican un fortalecimiento del gobierno a través de la concentración en el mismo de la función legislativa, la fusión de la figura del canciller federal con la del Presidente, el paso del Estado federal al unitario y la abolición de las autonomías regionales y municipales. Por tanto, en la búsqueda de la “unidad del partido y del Estado”, el partido único cuenta con órganos concurrentes con los ministerios de la organización burocrática, como de asuntos exteriores, justicia, trabajo, guerra, etcétera. Se da una amalgama de la función de dirección del partido con la función del Estado, entre la estructura del mismo y la sociedad civil, condicionadas por la ideología nacionalsocialista. Este tipo de Estado que surge de las innovaciones aportadas por el nacionalsocialismo tienen carácter unitario y no dualista. La estructura política se basa sobre el Estado en sentido estricto, sobre el movimiento (elemento político dinámico) y sobre el pueblo (elemento no político sometido a las decisiones del elemento político). Entre estos elementos, el único que predomina es el político-dinámico, es decir, el partido. Por lo que, en una simplificación sucesiva, el interés doctrinal se basa en un enfoque dualista de la relación Estado-partido, es decir, el Estado y el partido viven en una “comunidad constitucional” en virtud de la cual, la “idea del partido coincide con la del Estado”, incluso, hasta la absoluta supremacía del partido sobre el Estado, considerando a este último subordinado al primero, hasta llegar a rechazar el concepto mismo de Estado. Llegan a esta extrema consecuencia quienes sostienen la superioridad absoluta de un partido único, como una gran suma de los poderes soberanos personificadores de la comunidad nacional en una relación de identificación y con el rechazo de una simple calificación de tipo orgánico, en cuanto no se admite la hipótesis de que, aquel fuese órgano del Estado o de la comunidad. Entre las varias construcciones propuestas, se contempla una que considera tres poderes interdependientes y equiparadas entre sí: el partido, el ejército y el Estado (burocracia estatal) y por encima de ellos el partido, “ente para el pueblo” y como factor coordinador y unificador. En el mismo momento en que los órganos del partido son titulares de la suma de poderes de dirección, éstos forman parte integrante de la nueva organización constitucional del Estado. Por tanto, la *burocracia estatal* se subordina al partido único que detenta la función de dirección política estatal, por lo que el partido representa una organización constitucional, pues el partido es como un órgano del Estado; esto por supuesto que, provoca un problema para el derecho estatal o Constitucional.

respecto a los principios típicos de la forma de Estado con separación de poderes y por la temporalidad de la solución organizativa.

En la forma de concentración permanente que determina a una forma de Estado, se intenta calificar a los ordenamientos en los que se han consagrado situaciones de hecho y de derecho contrarias al modelo ideal del Estado garantista definido como “*Estado de derecho*”. Así, en las dictaduras contemporáneas sobresale el que, se de una concentración de poder en un hombre o de un grupo, la ausencia de límites legales al poder y bajo la legitimación del poder que se funda sobre la capacidad de un leader carismático o sobre la ideología del partido. Por ende, las dictaduras se califican según la naturaleza del poder ejercido: *autoritarias o simples*, cuando utilizan los instrumentos tradicionales de coerción, como el ejército, la policía, la burocracia; *totalitarias*, cuando utilizan instrumentos de movilización, como propaganda, partido único y el terror; *cesaristas*, cuando es determinante la función personal del jefe carismático.¹⁴

Durante la Revolución francesa, los jacobinos, después de haber tomado el poder, consideraron que sólo una fuerte organización del poder, unida a una despiadada eliminación de los obstáculos puestos por las viejas clases de gobierno, podría llevar a la instauración de una

¹⁴ **Según el fin**, las dictaduras pueden ser *revolucionarias*, cuando intentan abatir el precedente ordenamiento; *conservadoras*, cuando pretenden su salvaguarda; *reaccionarias*, si buscan su reestablecimiento, y *mixtas*, si se caracterizan por elementos revolucionarios como conservadores. Siempre con relación a los fines se ha hablado de *dictaduras de desarrollo*, refiriéndose a los ordenamientos que intentan imponer una modernización acelerada. Con *respecto a los sujetos*, en lo que concierne a la procedencia de la elite, se ha hablado de *dictadoras políticas o civiles*, en contraposición a los *militares*, y de dictaduras *burocráticas*. Tocante al número de sujetos se distinguen las *personales* de las *oligárquicas*. A cerca de la *ideología*, las dictaduras se clasifican según el grado de elaboración ideológica, que se considera máximo en las totalitarias. A diferencia de todo ello en relación a la doctrina política, para la doctrina jurídica la ideología es una forma de gobierno provisional, en cuanto a la duración, y excepcional y derogatoria respecto a la forma de gobierno con separación de poderes, que se considera parámetro natural de referencia. Entonces, el concepto de dictadura coincide con la hipótesis de una forma de gobierno con concentración de poder provisional que figura entre las formas respecto al régimen jurídico definido como “estado de crisis”, en el cual, la concentración es vista como una derogación de un régimen que normalmente es garantista y con separación de poderes. Según una orientación difusa, la concentración de poder debe operar a favor de *un órgano nuevo* no previsto por el ordenamiento, por lo que se trata de un órgano que es **el Ejecutivo, pero en el momento en que asume los poderes excepcionales cambia seguramente su naturaleza jurídica**. Por ende, la dictadura como forma de gobierno provisional asume contornos diversos según su función. Así, la *dictadura comisarial* y la *dictadura constituyente* se refieren a la concentración de poder temporal. La primera (*comisarial*) presupone que una situación de emergencia interna o internacional no puede afrontarse por los órganos constitucionales preexistentes, utilizando las competencias preconstituidas; el cuadro constitucional ordinario no es pues, idóneo para permitir una necesaria protección de las exigencias estatales y por tanto, se hace indispensable suspender la Constitución y sus garantías para dar lugar a un régimen jurídico excepcional y provisional, pero superada la emergencia cesa el régimen provisional y la Constitución vuelve a tomar su plena eficacia. El régimen de concentración de poder acaba permitiendo la salvaguarda de la misma Constitución, amenazada por la emergencia. Diversa es la situación de la *dictadura constituyente*. También en ésta opera una concentración de poder que deroga la articulación prevista por la Constitución, y también la concentración debe tener un carácter provisional. Pero las causas que impulsan a la concentración del poder derivan de profundas crisis sociales y de la legitimación de las instituciones existentes que ya no son capaces de ejercer, con credibilidad, sus funciones de gobierno y en realidad, el fin para que estas modificaciones se efectúen no es la salvaguarda de la Constitución, sino su subversión para dar lugar a una Constitución diversa: el fin último es pues, constituir un nuevo ordenamiento. Con la temática de la dictadura constituyente se llega a identificar la de la *dictadora revolucionaria*, aunque se trata en el fondo de la misma concentración visto según la perspectiva del nuevo ordenamiento a constituir o según la del viejo ordenamiento a eliminar. Siempre es elemento común el carácter de pretendida temporalidad de la concentración, que debe superarse una vez instaurado un régimen satisfactorio para las exigencias sociales y dotado de legitimación suficiente. La dictadura revolucionaria encuentra su teorización en una serie de elementos que han sido elaborados históricamente para fundamentarlos.

República liberal basada en la tutela de la libertad y de la igualdad política (época del terror): una sociedad superior conducía así a la dictadura revolucionaria que habría tenido carácter provisional. El mismo esquema se ha replanteado por la postura marxista; la dictadura debe haber establecido un régimen de producción socialista que habría facilitado el desarrollo de las libertades y de la igualdad política. La transformación de las condiciones económicas habría repercutido en todos los elementos de la vida social creando una nueva concepción de la sociedad política. La “*dictadura del proletariado*” habría sido una fase transitoria situada entre la revolución y la fase superior del comunismo: un momento necesario pero provisional. Pero el punto débil de todas las teorías relativas a la dictadura revolucionaria estriba en su pretensión de temporalidad y de excepcionalidad de la concentración de poderes y de la limitación de las libertades fundamentales que las mismas generan. Por lo general, la tendencia es la de perpetuar por tiempo indeterminado la situación institucional que debería ser pasajera, por lo que, la opción institucional de concentración se convierte en algo permanente y la forma de Estado se convierte en aquella que hemos definido autocracia. Por ello, toda dictadura en cuanto forma de gobierno, exenta de límites jurídicos y en cuanto antítesis del galantismo propio del Estado de derecho, termina por obrar como poder total e indiviso e ilimitado, y obra como un poder constituyente continuativo.

El Estado militar. En la forma de Estado liberal, el elemento social dominante es el civil, y *el militar se considera como técnico profesional de la violencia bélica condicionado por las directrices de los órganos civiles a los que está subordinado*. El *poder militar* es considerado como un aparato burocrático dotado de atributos consultivos, preparatorios y ejecutivos respecto a las opciones de dirección de los órganos políticos formados por personal civil. En el Estado socialista, la preeminencia se reserva al partido-guía y a los órganos del poder estatal entendidos como expresión de toda la sociedad civil. En el Estado autoritario, es el vértice del partido y del gobierno, expresión de toda la sociedad, diversamente identificada con el pueblo o con la comunidad racial, quien tiene preeminencia. También en estas dos formas de Estado, el poder militar está jurídicamente subordinado a la dirección política de los órganos que se conectan con toda la sociedad nacional; una situación similar se tiene en muchos Estados recién independizados. Pero en contraste con esto, existen Estados donde los militares desarrollan una función política activa que va desde la simple influencia al ejercicio del poder de decisión política en sustitución de los civiles. Los militares intervienen en cuanto estructura organizada portadora de sus valores propios y por tanto, de una concepción propia de la vida de la entera sociedad. Dado que la intervención militar se hace fuera o contra las reglas constitucionales, los gobiernos militares ejercen su función fuera de los principios y procedimientos que se identifican con los de los ordenamientos democráticos; pero cuando la organización militar asume el control del Estado ejerciendo las funciones constitucionales, pretende representar a toda la sociedad estatal, conllevando a una coordinación entre las relaciones del poder civil y la organización militar, pero destacando la seguridad, de modo que se vincule directamente al jefe del Estado.¹⁵

¹⁵ **Las Constituciones** que se caracterizan por esta **forma de gobierno (militar)** presentan algunas características constantes: a) la seguridad nacional se considera en todas partes como un valor constitucional primario superior a otros valores propios de las Constituciones liberales; b) los órganos militares se reservan la facultad de actualizar continuamente la norma de rango constitucional, por lo que el poder constituyente se convierte en “continuativo”; c) el punto de apoyo de las reglas constitucionales consiste en preceptos destinados a regular situaciones de peligro, provisionales dirigidas a suspender la vigencia de la normativa constitucional y en sí, ofrecer amplias facultades (por tiempo indeterminado) para hacer uso de las cláusulas constitucionales para afrontar las situaciones de peligro, como el *estado de excepción*, por lo que puede hacerse uso del golpe de Estado; d) se introducen normas que impiden el ejercicio de la acción penal frente a los responsables de acciones criminales, sobre todo en violación de derechos humanos, o se deliberaron leyes de amnistía e incluso, se prohíbe expresamente el control judicial o de cualquier otra autoridad sobre las medidas de confiscación de bienes; e) aunque puede preverse una división de poderes, hay una función limitada de la asamblea como legislador y como interventor político del gobierno, y es débil el papel de los órganos judiciales, ya que el gobierno militar tiende a concentrar en sí mismo las competencias de dirección política, interna e internacional, así como

Hay muchas causas de las intervenciones de los militares en la política, así como las orientaciones seguidas una vez que hayan tenido éxito y desarrollen formas de gobierno directo. Pero estas causas dependen de la naturaleza de la sociedad, como atraso y ausencia de una opinión pública; fraccionamiento de la sociedad civil que paraliza su funcionamiento (individualismo exagerado); incertidumbre o falta de acuerdo sobre los modos de transferencia del poder; crisis de legitimación de los gobernantes civiles. Entonces, los militares se aprovecha de estas circunstancias de las sociedades débilmente organizadas o que atraviesan periodos de graves crisis. Consecutivamente, los militares justifican su intervención para la defensa del interés nacional y de otros diversos, como corporativos, locales, étnicos, religiosos, de clase, etcétera. Para lograr estos fines, se consideran como conservadores o reaccionarios, reformadores, modernizadores, estabilizadores y análogos.

En cambio, **el Estado de derivación liberal** proporciona especial interés sobre las modalidades de uso del poder político. Reglas complejas se ocupan de los procedimientos de participación de los órganos en el proceso de formación de las decisiones y las garantías que corresponden a lo dictado en los preceptos constitucionales. En cuanto a la *titularidad del poder*, esta forma de Estado comenzó con soluciones oligárquicas, llegando a reconocer después formas más amplias de participación con la extensión del sufragio, mientras que *el ejercicio del poder* implica siempre la articulación entre varios órganos según el principio de distribución. En cuanto a *los fines*, esta forma de Estado privilegia las libertades políticas respecto a las económicas y sociales, en tanto que el objetivo por una igualdad sustancial de los individuos comenzó a adquirir credibilidad sólo en tiempos recientes.

Por su parte, **el Estado socialista**, se dirige a la consecución del comunismo; en cuanto a *los fines* da preferencia al principio de igualdad sustancia, y de forma secundaria en cuanto a *la titularidad del poder*, privilegia el principio de participación de la totalidad de los individuos en la actividad política, mientras *el ejercicio del poder* comporta formas sustanciales de concentración. Las modalidades del uso del poder comprenden formas de consenso guiadas y la imposición de la decisión política. Así, esta concepción se contrapone con la democrática en su versión marxista-leninista. Sin negar el valor de las libertades características del Estado burgués, su utilidad es objetada radicalmente, cuando éstas no estén acompañadas de la posibilidad de garantizar a la mayoría popular el usufructo de un nivel suficiente de madurez cultural y política que supone la disponibilidad de recursos económicos. Es la democracia económica la que permite sustraer a las masas de la pasividad política en la que son mantenidas por la democracia burguesa, donde una minoría termina por gobernar mediante delegación electoral, y por dar a la democracia política prevista por el Estado burgués un contenido sustancial y no sólo formal. Entonces, las libertades económicas se vuelven sustanciales a las libertades políticas.¹⁶

la de adopción de actos normativos, ya se trata de un *gobierno militar con competencia normativa constituyente y de emergencia*; f) la creación de una cúpula o clase superior en la que se encuentran representados los diversos componentes de las fuerzas armadas con poderes decisorios en la política nacional, ya sea en el presidente de la República o Consejo de Ministros, que a su vez se apodera de los poderes Legislativo, Ejecutivo e indirectamente tiene ingerencia e inmoviliza al Judicial; g) la reducción de los derechos civiles, de libertad, sociales, etcétera.

¹⁶ Instaurado el **Estado socialista**, una vez se alcance una homogeneidad y todos los ciudadanos tengan la misma conciencia política, pierden fundamento las estructuras garantistas previstas por la democracia burguesa: ya no tendrían razón de ser los partidos, el concepto mismo de mayoría-minoría y el de oposición, con las diversas estructuras de garantía a nivel constitucional. Esta etapa es indispensable en el proceso de deterioro del Estado, sin embargo, la doctrina marxista-leninista afirma que, se podría sostener la existencia de una democracia, incluso en el periodo anterior a la futura instauración del comunismo, en la fase de transición que sigue a la eliminación del Estado burgués. Sin bien, la justificación de fondo radica en el hecho de que, en esta fase transitoria es el gobierno de la mayoría que siempre se afirma, y esta característica coloca en segundo plano la concentración en organismos limitados en el ejercicio del poder estatal, como a las modalidades autoritarias, eliminatorias o restrictivas de los derechos de los

Los **Estados en vías de desarrollo**, afirmados especialmente después de la segunda guerra mundial y a consecuencia de la descolonización, tienen como fin primario, crear una entidad estatal y asegurar la igualdad de los individuos y el desarrollo modernizador. Aquí se pueden ubicar a los Estados del tercer mundo, recién independizados y similares, por lo que se clasifican en dos grupos, según hayan o no experimentado la colonización y, de la descolonización, si bien agrupados según presupuestos de hecho semejantes (como la modernización), no han ofrecido soluciones en el plano institucional, tomando prestado de otros Estados modelos ya experimentados. Estos modelos, o no se han mostrado operativos o han sido sustituidos con frecuencia, sea que fueran de procedencia europea-occidental o socialista.

La **titularidad del poder** se regula por medio de **formas monocráticas u oligárquicas** y las **modalidades del ejercicio del poder** corresponden a la imposición. Algunos Estados tradicionalistas intentan afrontar el problema del desarrollo manteniendo una situación de equilibrio consolidada en el tiempo; no conocieron la colonización y el consiguiente proceso de descolonización. El poder de los gobernantes tradicionales queda sustancialmente intacto. Las diversas finalidades de conservación se suman a las de modernización y los criterios relativos a la titularidad y a las modalidades de uso del poder son semejantes.¹⁷

La democracia social no rechaza la esencia de la concepción liberal tradicional; por un lado, tiene en cuenta los aportes de las diversas concepciones socialistas de la democracia, haciendo énfasis sobre la importancia de las libertades económicas y sociales, y por otro lado, sustituye a los grupos por los individuos como sujetos primarios interesados en disfrutar la libre competición política.

“La colectividad” no tiene posibilidades jurídicas reales de verificación de la labor de los gobernantes, pues son éstos siempre quienes de modo unilateral y centralista, establecen niveles de tutela reservadas a la colectividad. Estos Estados forman parte de otras hipótesis históricas que se dan como réplica a las de derivación liberal y puedan calificarse como autocracias. Por ello, la elección estructural entre concentración y distribución coincide con la cualitativa en cuanto al modo de concebir el poder del Estado que se condensa en la alternativa entre poder confiado a un leader o a una elite política, que lo administran en modo unilateral interpretado directamente las exigencias de toda la colectividad nacional, y poder confiado de modo difuso a

ciudadanos pertenecientes a la vieja clase dominante, hasta la eliminación física de los opositores aunque éstos sean sólo potenciales. Precisamente, es sobre este planteamiento sustancial diferente que se verifica la divergencia con una interpretación de tipo liberal-garantista de la realidad de los ordenamientos socialistas desde el momento de instauración de la dictadura proletaria en adelante. Las doctrinas inspiradas en los principios liberales niegan el carácter democrático de los ordenamientos socialistas que se realizan según el modelo marxista-leninista.

¹⁷ En estos Estados en vías de desarrollo, se ubican los **democráticos** y los **autocráticos**. Los primeros aseguran una correspondencia tendencial entre Estado-comunidad y Estado-aparato; la segunda da preeminencia al segundo, prescindiendo cuando lo juzgue necesario, de garantizar la correspondencia en mención. **Democracia y autocracia** son dos formas ideales elaboradas a través de un procedimiento deductivo y comparado de experiencias teóricas conocidas. Así, con el tiempo, se han afirmado diversas **concepciones de democracia**. La concepción europea de inspiración **liberal**, que sostiene que el pueblo es titular de la soberanía, aunque por lo general se transfiere el ejercicio de ésta a asambleas representativas y aunque, en la frase de liberalismo oligárquico, la titularidad del voto es limitada por motivos patrimoniales y culturales. La **democracia liberal** insiste en las instituciones de las libertades individuales, en los derechos de la minorías políticas, en la dialéctica entre mayoría y minoría pero con gobierno de mayoría, y en fin, predispone una serie amplia de instituciones garantes para el funcionamiento de los órganos constitucionales, llegando a autorizar formas de contestación legal del poder constituido mediante el reconocimiento de la oposición parlamentaria. La variedad de las soluciones constitucionales y su funcionamiento práctico permiten diversas interpretaciones de tales experiencias. Consecuentemente, a través de los siglos las instituciones clásicas de esta forma de democracia han cambiado sensiblemente merced a la extensión del derecho de voto y a la multiplicación de los órganos representativos.

toda la colectividad y ejercicio en concreto por órganos constitucionales predeterminados cuyos titulares son escogidos mediante procedimientos electivos y sometidos a controles políticos establecidos en modo preventivo.

En el marco de las **formas mixtas de gobierno**, se han identificado tres tipos de *Jefes del Estado*, *monárquico*, *republicano* o *directorial*. La **monarquía** “limitada” en su forma de “monarquía constitucional pura”, es una forma de gobierno que se desarrolló en los Estados europeos en la transición del absolutismo, cuando se verificó una escisión entre monarca y asamblea; donde el monarca ejercía la dirección política mediante un fiduciario suyo a quien le atribuía notable autonomía y se habló del *gobierno del canciller*; además, la titularidad se transmite por vía hereditaria; la **república presidencial**, y se establece la separación entre el Legislativo y un Ejecutivo unipersonal o colegiado, elegido a tiempo determinado.

En las formas mixtas de gobierno el reparto de atribuciones entre Legislativo y Ejecutivo no sigue rígidamente el criterio de la función legislativa y ejecutiva (administrativa y de dirección política), pudiendo atribuir las funciones a dos grupos de órganos que se equilibran entre sí, y además, se prevén formas de *coordinación* y *colaboración* entre los mismos, en particular a través de la investidura fiduciaria que el Parlamento da al gobierno y la consiguiente responsabilidad política de este último ante el primero y por medio del poder gubernamental de disolver la asamblea. En el ámbito del tradicional Poder Ejecutivo, al jefe del Estado (monárquico hereditario o republicano electivo) se le priva tendencialmente de las funciones de dirección política, manteniendo un papel de garantía constitucional, y se le considera políticamente irresponsable, existiendo excepciones importantes y extensas cuando se evidencia que es investido con poderes efectivos de dirección.

Estas formas de equilibrio y de colaboración han recibido múltiples actuaciones y principalmente se califican como “**gobierno parlamentario**”. En la práctica, este gobierno comporta la preeminencia de uno o varios órganos constitucionales, como: *a) el gobierno parlamentario con predominio asambleario*, en el que se acentúa el papel del Parlamento respecto al gobierno, y *b) el de preeminencia del gabinete ministerial o de su presidente*, en el que el gobierno dirige firmemente a la asamblea.

Es incierta la reducción al gobierno parlamentario de las hipótesis en las cuales el predominio se atribuye al Jefe del Estado, reconociéndole más o menos las mismas competencias de dirección política. En este caso, se tiende a un acercamiento a la forma presidencial y, por tanto, se califica a esta experiencia como “**semipresidencial**”. La Constitución francesa de 1958 prevé el reparto de competencias entre el presidente de la república-jefe del Estado y el gobierno, así como formas difusas de colaboración y condicionamiento entre el gobierno y el Parlamento, rechazando el esquema clásico del gobierno presidencial de los Estados Unidos de América. Entonces, las formas semipresidenciales se remiten a la matriz del gobierno parlamentario.

La realidad de las formas de **gobierno presidencialista** y en especial las latinoamericanas son complejas. Dichas Constituciones se alejan desde su creación del modelo norteamericano, al disponer formas de colaboración y de condicionamiento entre los poderes propios del gobierno parlamentario y, formas de responsabilidad política del mismo Presidente de la República ante la Asamblea. La versión personalista y autoritaria no toca a todas las experiencias llamadas presidencialistas, sino a una parte de éstas.

Esta tipología de Estados muy fuertes y sólidos en el ejercicio del poder público, muestran un alto costo que representa al sistema de justicia y la confianza que en el mismo tiene el conjunto de la población. Cabe comentar que, la gran mayoría de mexicanos no conoce la legislación vigente en el país ni el significado de los procesos legales intentados contra ellos cuando son inculpados penalmente. Ocurre asimismo a menudo que la localización geográfica de las oficinas de los diversos sectores conforman el sistema constitucional mexicano, como la policía, el Ministerio Público, los tribunales, y que dificultan su acceso a porciones

considerables de la ciudadanía, sobre todo en zonas rurales con una población dispersa y caminos malos o intransitables en épocas de lluvia. Por otra parte, el acceso a la justicia queda restringido si se tiene en cuenta el horario limitado de sus principales organismos y la ausencia de servicios de turno. Además, el costo elevado de los procesos judiciales y de los honorarios de un defensor privado, representan el principal obstáculo para recurrir al sistema. Igualmente, tocante la confianza en el sistema penal, se tiene una imagen negativa de dicho sistema y de sus principales actores, empeorada por la existencia generalizada de corrupción.

Asimismo, se observa que el Poder Ejecutivo ha gozado tradicionalmente de una supremacía que aún se mantiene y se manifiesta, por el hecho de tener bajo su dirección en buena medida al Ministerio Público; por la existencia de tribunales administrativos y especiales dependientes de dicho poder; por la transferencia de jurisdicción de los tribunales ordinarios a tribunales especiales o de excepción; por el incremento en materia legislativa, de decretos, reglamentos, acuerdos y otros ordenamientos jurídico administrativos emanados del Ejecutivo, en detrimento de la actividad legislativa de los parlamentos en el ámbito penal; por la sumisión de la Corte Suprema ante la toma ilegal del poder por las fuerzas armadas y, por la falta de cooperación de las autoridades policíacas y militares en el descubrimiento de ciertos hechos delictivos y en la compilación de los elementos de prueba; inclusive, **en algunos países, los regímenes totalitarios, autoritarios y militares de facto han decretado en varias ocasiones la abolición de la independencia judicial.** De la misma forma, en estos Estados, se ha desconocido a la inamovilidad del personal judicial y, las decisiones judiciales son con frecuencia objeto de presiones de todo tipo, y en ciertos Estados totalitarios, autoritarios y militares, los jueces han recibido amenazas de muerte y suelen recibir presiones de las cortes superiores sobre las inferiores dependientes de ellas, particularmente sobre cualquier crítica de éstos hacia aquéllas. Entonces, “el principio de justedad del juez”, que se determina por su imparcialidad y equidad en sus decisiones, se violenta constantemente, por lo que éstas quedan en entredicho por la existencia de presiones, amenazas y corrupción. Además, en lo que respecta a la efectividad de las garantías procesales, se violentan reiteradamente, favorecida por la suspensión de las mismas en ciertos supuestos, como estado de sitio o de excepción.

El principio de legalidad también sufre menoscabo cuando en los códigos de procedimientos penales se utilizan expresiones vagas que favorecen la arbitrariedad judicial, como violentar la regla según la cual, no se puede juzgar a la misma persona más de una vez por el mismo delito; igualmente, el principio del juez natural según el cual, se prohíben los juicios ante tribunales especiales, cuando en estos Estados totalitarios y militares se confían funciones jurisdiccionales a la policía o a diversos tribunales especiales dependientes del Ejecutivo; la regla de la presunción de inocencia, cuando se tiene en cuenta el elevado porcentaje de inculpados en situación de prisión preventiva, y el derecho a una defensa plena queda restringido cuando se observa que los sistemas penales latinoamericanos se aplican sobre todo a las clases sociales con menores recursos económicos, que las defensorías públicas o de oficio son inexistentes o indeficientes en la mayoría de los Estados totalitarios-autoritarios-facistas-militares, así como el hecho de que, la incomunicación del inculpadado está prevista en numerosos casos y que frecuentemente no se define con precisión el momento en que técnicamente comienza el proceso penal, por lo que dicho derecho queda relegado a etapas avanzadas del mismo, excluyéndose a veces la fase de la investigación preliminar, generalmente confiada a la policía, donde la asistencia de un defensor suele ser determinante.

Las violaciones de que es objeto el principio de igualdad ante la ley, se demuestra al analizar la condición socioeconómica de la población penitenciaria (como resultado final de la intervención penal), así como de las personas contra quienes se decreta la prisión preventiva o a quienes se niega la fianza excarcelatoria; los principios de publicidad, oralidad y contradicción quedan en entredicho cuando se considera el carácter secreto del sumario y se tienen en cuenta que, en la práctica, el debate por efectuarse en el plenario es en la mayoría de los casos un puro trámite, siendo determinantes las diligencias llevadas a cabo durante la instrucción; a más de, el incumplimiento de los plazos procesales que constituyen la principal manifestación contraria al

principio de celeridad de los juicios, así como las ejecuciones extrajudiciales, desapariciones, torturas y malos tratos.

El principio de transparencia consiste en la obligación de someterse a ciertas formas de control y de informar periódicamente sobre sus actividades, los sistemas penales estatales, pero esta situación presenta graves dificultades en los Estados autoritarios-totalitarios-facistas-militares, ya que se presentan resistencias a presentar información, tanto de los procesos penales como de las penitenciarías. Tampoco se aplica el principio de moderación, según el cual, el sistema penal debería ser el último recurso para la solución del problema engendrado por la comisión de un delito; por una parte, la legislación penal básica contempla excesivas figuras delictivas, que se extienden en numerosas legislaciones especiales, decretos y demás instrumentos normativos (indicio de inestabilidad institucional), y por la otra, no suelen aplicarse las modalidades de despenalización existentes en otros países.

En el sector policial, en esta clase de Estados autoritarios es frecuente la militarización y el recurso a las funciones preventivas para mantener el orden público y los malos tratos de que a menudo son objeto las personas detenidas, y en el sector penitenciario, las constantes violaciones de las reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos, sobre todo las referentes a la sobrepoblación carcelaria y a la situación de los procesados.

Qué es y para qué sirve el Derecho Constitucional Estatal.

El panorama general en lo que respecta a la aplicación de los principios rectores de un sistema democrático de justicia es bastante sombrío en esta tipología de Estados autoritarios-totalitarios-militares. Entonces, las tentativas para una democratización del sistema de justicia se han traducido en una importante plataforma de propuestas en el ámbito de reformas legislativas, en la potenciación de sus principios fundamentales y en los esfuerzos consentidos para reducir la influencia de las fuerzas armadas, transformar los cuerpos policíacos y adecuar la administración de justicia a las necesidades y realidades de cada país, especialmente en Latinoamérica.

En esta modernización, se pretende la profesionalización de cada sector, la estabilidad en el cargo de magistrados, jueces, fiscales y policías, la introducción e impulso de la carrera judicial y la creación de los Consejos de la Judicatura y de escuelas de capacitación y la mejora técnica de los equipos destinados a los diversos sectores del aparato de justicia. Por ejemplo, aunque los sistemas penales latinoamericanos se han caracterizado por la influencia tradicional del modelo europeo romano-germánico, en la última década se observa una clara tendencia hacia el modelo anglosajón, que se manifiesta en el proceso penal, al cambiar el sistema inquisitivo y sustituirlo por el modelo acusatorio, así como otros aspectos, como la supresión del juez de instrucción, que se transforma en juez encargado de asegurar las garantías procesales y decidir en materias relacionadas con ellas, como la prisión preventiva; potenciar el papel del Ministerio Público, encargado de la instrucción del caso, con facultad para renunciar a la acción penal y un papel más activo en la etapa de juicio; mayor respeto y efectividad de las garantías procesales; reducción de los supuestos para la prisión preventiva y contradicción en todas las etapas del juicio penal, incluido el sumario; pruebas sometidas a debate contradictorio y, reducción de los plazos procesales.

Las transiciones políticas han afectado asimismo la normatividad jurídica. Numerosas legislaciones han sido derogadas o reformadas y otras, de corte distinto, han sido promulgadas, todo ello con la finalidad de adecuarlas a un Estado Democrático. El énfasis en este sector de la justicia se justifica fácilmente si se tiene en cuenta el papel fundamental que desempeña la ley en un estado de derecho un enfoque democrático. En el ámbito policial, ciertos países han decretado la desmilitarización de la policía, la destitución de algunos altos mandos, su incorporación a instituciones civiles y su sometimiento al control de éstas; asimismo, están proliferando los programas de capacitación al personal policial con vistas a conseguir la democratización y profesionalización de este sector; se han creado oficinas de defensorías públicas; la supresión de tribunales especiales y despolitizar el nombramiento de los magistrados y jueces; la creación de comisiones de derechos humanos; acotar los procesos penales; aunque cabe aclarar que, poco se ha planteado en el ámbito de las prisiones.

En este contexto, diversos países también han reformado sus legislaciones procesales penales en el sentido descrito, con el propósito de modernizar los sistemas de administración de justicia obsoletos e ineficientes, considerando que, en toda sociedad organizada existen una serie de comportamientos para la convivencia. Desde el momento en que estas conductas se consideran como obligatorias y su cumplimiento o incumplimiento comporta determinadas consecuencias, puede hablarse de normas jurídicas. Son pautas que presentan una prescripción de una conducta que se estima obligatoria, pues su desacato acarrea una consecuencia jurídica negativa, que es la sanción.

Por ello, es importante resaltar la conceptualización de la expresión milenaria “Derecho”, que nos muestra un fenómeno continuo de las civilizaciones, por lo que cabe preguntarse, *¿qué se avisa cuando se emplea?* La palabra “Derecho” puede hacer alusión a la ley natural. Ésta se expresa en un *juicio enunciativo* que contiene un sujeto, un predicado y un vínculo. Para Sócrates, Sófocles y durante la Edad Media, el derecho natural es el mismo que el divino, pues las leyes no escritas e inmutables son lo divino; para los jurisconsultos romanos, el Derecho natural es un elemento invariable del Derecho positivo, expresado en un *juicio normativo* que engloba un sujeto, un predicado y una fórmula de “deber ser”. Por tanto, el fin de la ley natural es explicar la relación entre el fenómeno y la causa que lo origina; en cambio, la norma jurídica busca provocar cierto comportamiento, es decir, lo que debe ser. El destinatario está en la posibilidad de acatar la disposición jurídica o atenerse a las consecuencias de su desacato.

Entonces, la palabra “Derecho” se emplea para designar el conjunto de preceptos, reglas o leyes que regulan la actividad humana, ya sean normas imper-atributivas que imponen deberes a ciertos sujetos, conceden facultades, como en el Derecho, etcétera. Asimismo, dicho vocablo se utiliza para puntualizar normas de carácter subjetivo, como la facultad derivada de la norma que una persona tiene para hacer o no hacer algo y cuyo ejercicio debe ser respetado por todos, como los derechos a la propiedad, a la libertad, al crédito. Igualmente, se refiere a la ciencia que estudia el fenómeno jurídico, así como al Derecho vigente e histórico; al Derecho como “arte y técnica”.

Una proposición jurídica con un efecto imperativo es una forma conceptual que fundamenta la obligación bajo el presupuesto de que, el Derecho estipula deberes. Entonces, la norma es una forma de pensamiento y de expresión de las proposiciones jurídicas obligatorias de forma hipotética. Se integra de un juicio de valor, elemento esencial de la protección jurídico-legislativa. La norma obliga a algo; el objeto del juicio de valor es pensado como una meta que lo convierte en norma obligatoria. Esto se refiere al proceso en el cual, el productor de la ley (el Legislativo, el Ejecutivo a través de la facultad reglamentaria o el Judicial por medio de las sentencias o de la jurisprudencia), debe precisar a los gobernados los deberes a cumplir y qué se exige de ellos. Consecuentemente, las normas están constituidas por juicios acerca de actos, de

ahí que a partir de las características de la ley podrían desarrollarse presupuestos bajo los cuales, la norma en tanto juicio abstracto puede concretarse en un deber jurídico determinado.

La norma jurídica es una prescripción; es un mandato que describe una conducta a seguir cuya legitimidad y valor dependerá de la que tenga el que ostente el poder para su emisión; describe una hipótesis que si se produce debe seguir una consecuencia determinada. Por ello, una disposición legal constituye un principio que no se agota en el momento en que se cumple la prescripción, sino que se prolonga en todas las ocasiones que se actualiza el supuesto jurídico.

El concepto de lo jurídico estudia *la realidad social en todas sus manifestaciones*. En la Técnica Legislativa, un canon es la razón de la praxis legislativa, pues es de interés del legislador dirigir sus órdenes a los gobernados para poder regirse por ellas. Esto permite al obligado orientar su comportamiento conforme su deber; quien cuenta con capacidad para cumplirlo está en condiciones de obrar conforme a Derecho. En este sentido, la *legislación deriva a todo fenómeno jurídico en un tiempo y lugar determinado*, por lo que un ordenamiento legal no es un simple agregado de normas, supone la existencia de una organización social para la consecución de su función, pues es donde tienen significado. *El saber jurídico se expresa en un grado filosófico, que es el nivel universal que estipula qué es la justicia y el Derecho, su origen y normatividad, y en uno categorial, dedicado a divulgar los principios generales de todas sus disciplinas*. Al respecto, Norberto Bobbio narra las ideas de varios estudiosos del tema, como Romano, quien argumenta que, *el Derecho opera en una sociedad para implementar el orden, pues de ahí deriva su existencia*. De esta forma, hay tantas disciplinas jurídicas como géneros se quieran establecer, a partir de su clasificación y de sus principios filosóficos.

Por su parte, Austin (citado por Hart) considera que, *la clave para comprender lo jurídico está en entender que la orden está respaldada por amenazas*. En esta dirección, Kelsen, Bonnacase, R.M. Dworkin, entre otros, señalan que, *el Derecho es un sistema de normas, instituciones y principios desarrollados a través del tiempo, determinados conforme la función que va a desempeñar en la sociedad*.¹⁸

Históricamente, las estructuras estatales han manifestado una tendencia a monopolizar la creación del Derecho, para convertirse en uno de los pilares básicos en los que se apoya el Estado. Por ende, el asambleísta o el asesor en Técnica Legislativa juega un papel importante en la producción normativa, de ahí la trascendencia de estar en contacto con la sociedad, con las organizaciones privadas y gubernamentales, con las dependencias federales, estatales y municipales. De ahí que, se necesiten acciones que vayan más allá del pasado y de dogmas del presente; más allá de las ideologías y partir de los problemas centrales que afligen a la sociedad.

Hoy, nuestra nación reclama regidores y legisladores que lleven a cabo una eficaz función legislativa; que se encuentren con todos los actores del sistema político mexicano para negociar permanentemente los asuntos a atender. Por eso, los **partidos políticos a través de los grupos parlamentarios de los órganos legislativos juegan un papel trascendental en las formas de Estado y de gobierno democráticos, especialmente en el diseño de de los sistemas de justicial**. Aunque el criterio de la determinación de los órganos que realiza la atribución del poder y las relaciones entre éstos es esencial, debe destacarse que, se ha extendido progresivamente la influencia que los partidos políticos y los grupos parlamentarios ejercen sobre la operación real de la forma de gobierno. Los partidos políticos que pueden agruparse en diverso modo, se han convertido en otro criterio de individualización de las formas de gobierno, pero con una función auxiliar, como las **formas de gobierno bipartidistas, con pluripartidismo templado y con pluripartidismo extremo**.

¹⁸ Debo estas reflexiones en buena medida, a DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. España. Edit. Ariel. 2002, pp. 61 y ss; AFANASIEV, V. Fundamentos de Filosofía. México. Editores mexicanos unidos. 1990, 7 y ss; POLITZER, Georges. Curso de Filosofía. México. Editores mexicanos unidos. 2000, pp. 15 y ss.

1. Evolución de las corrientes, teorías y/o escuelas epistemológicas

¿Deben seguirse discutiendo las corrientes del pensamiento o ideologías sociológicas, jurídicas y aun económicas del Estado, como se han discutido hasta ahora, o encontraremos una razonable sociología, jurídica y estatal que cuestione las afirmaciones de una concepción estática del Derecho y nos lleve a un verdadero Estado constitucional y sistemas de justicia penal más justos, equitativos y de bienestar en el siglo XXI?

A. Filosofía griega

La filosofía griega abarca desde el siglo VII a.C. hasta el siglo III a.C. Su influencia se ha prolongado hasta nuestros días, debido sobre todo al pensamiento y la escuela de Platón y Aristóteles (siglo IV a.C.). La principal característica de la filosofía griega es el esfuerzo de la razón humana por explicar todos los fenómenos cósmicos y comportamientos humanos (hoy aplicable a la construcción de la teoría del delito), mediante análisis y argumentos racionales, sin acudir a explicaciones de carácter mítico o religioso. He aquí su evolución brevemente:

Filosofía presocrática

Milesios.	Tales, Anaximandro, Anaximenes
Pitagóricos.	Pitágoras, Hipócrates de Quíos, Arquitas de Tarento.
Eleáticos.	Jenófanes, Parménides, Zenón de Elea, Meloso
Atomistas.	Leucipo, Demócrito, Anaxarco
Sofistas.	Protágoras, Gorgias, Licofrón, Pródico, Trasímaco, Hippias, Antifonte, Critias
Presocráticos.	Epicarmo, Heráclito, Empédocles, Ion, Anaxágoras, Diógenes de Apolonia, Metrodoro, Nausifanes.

Filosofía clásica

Clásicos	Sócrates, Platón ¹⁹ , Aristóteles. ²⁰
----------	---

¹⁹ El primer trabajo que merece llamarse Ciencia Política y que implica un razonamiento sistemático y una investigación crítica a las ideas políticas y las instituciones, es La República de Platón (428-347 a.C.), Después de dos mil trescientos años continúa siendo la única introducción a las cuestiones básicas para considerar a los seres humanos como ciudadanos; se trata de un trabajo de un pensador interesado en la política práctica, y rechaza la doctrina de que el hombre, fatal e inexorablemente, ha de permanecer prisionero de las circunstancias naturales o sociales. Platón tiene fe en la capacidad del hombre para crear una comunidad que corresponda con el ideal de la sabiduría y de la justicia. Si la filosofía y la visión de Dios son las formas más elevadas de la actividad humana, no habrá fin para las perturbaciones en los Estados de toda la humanidad, a menos que los filósofos se conviertan en reyes en sus países o a aquellos a quienes se les llama reyes y gobernantes tengan una inspiración suficiente del valor genuino de la sabiduría; a menos, que el poder político y la filosofía se encuentre. Platón construyó una doctrina política plasmada en varios diálogos, como La República, Las Leyes y el Político u Hombre de Estado. Además

Filosofía helenística

Académicos peripatéticos.	Teofrasto, Estratón de Lampsaco, Aristoxeno, Satiro, Eudemo de Rodas, Andronico de Rodas
Estoicos.	Zenón de Citio, Aristón de Quíos, Cleantes, Crisipo, Panecio, Posidonio
Epicúreos.	Epicuro
Escépticos.	Pirrón
Cínicos.	Diógenes de Sinope, Crates de Tebas, Hiparquía
Megarenses. Cirenaicos.	Aristipo de Cirene
Helenismo judío.	Filón de Alejandría
Neoplatonismo.	Plotino

B. Filosofía romana

alude al pensamiento político de los sofistas y polemiza con Sócrates en sus Diálogos, Protágoras, Gorgias y el Sofista. Destaca *La República*, en la que conceptualiza un Estado ideal, con la justicia como valor supremo; concibe al Estado como un hombre gigantesco, integrado por labradores, militares y los magistrados, y considera al filósofo el más sabio y virtuoso para gobernar en un régimen aristocrático. Posteriormente, ya en su vejez, Platón estima en su diálogo *Las Leyes*, a un sistema legal, incorporando el orden jurídico como necesario en la comunidad política. Asimismo, su filosofía moral política determina como fines del Estado, a la justicia y a la virtud. También expresa que, hay que abolir para los gobernantes la propiedad privada y los vínculos familiares. Entonces, para Platón, la comunidad política surgió en relación con una ley de su naturaleza, lo mismo que las clases sociales, encaminada a una división del trabajo. Consecuentemente, Platón considera a las formas de gobierno, que las divide en monarquía, aristocracia y democracia, de ahí que sea necesario moderar el poder por una Constitución, democrática y monárquica. Joseph RAZ, *La ética en el ámbito público*, Editorial gedisa, España, 2001, pp. 227 y ss. Traducción de María Luz Melón, del título original en inglés *Ethics in the Public Domain*, publicado por Clarendon Press, Oxford, 1994.

²⁰ Aristóteles (384-322 a.C) elaboró una doctrina política realista. Conocedor de las ciencias naturales, aplicó el método de observación. Sus obras políticas son *La Política*, *Las Constituciones* y la *Ética a Nicómaco*, basadas en la observación de los datos reales. De ahí que, se considera a Aristóteles como el fundador de la Ciencia histórico-descriptiva de la Política, la Sociología Política, la Teoría jurídico-científica del Estado y el Derecho Comparado. Su doctrina se basa en la idea de que, hay un orden natural, derivado de la esencia misma de las cosas y en la naturaleza racional del hombre. En ella se apoyará más tarde la Doctrina del Derecho Natural. También estima que, el hombre es un animal político, que en la sociedad política logra su perfección y el bien en gran escala, siendo la injusticia el mayor mal; su doctrina la apoya en la experiencia y critica las utopías de su maestro Platón y sus ideas comunistas; la familia y la propiedad privada derivan de la naturaleza misma del hombre, por lo que, la mejor forma de gobierno es la que se adapta a las necesidades y características de cada pueblo. Asimismo, la teoría del “ser” formulada en la *Metafísica* sostiene que, el entendimiento humano puede llegar al conocimiento del “ser” a través de la aprehensión de su sustancia. También estudia los principios morales y elabora una doctrina del bien en su *Ética a Nicomáquea*, por lo que, toda ciudad es una comunidad y que toda comunidad está constituida en vista de algún bien, porque los hombres siempre actúan mirando a lo que les parece bueno, y si todos tienden a algún bien, es evidente que surge una ciudad civil. Esto debido a que el hombre consta de alma y cuerpo, de los cuales, el alma es el elemento rector y el cuerpo es regido. Igualmente, Aristóteles analiza las distintas formas de gobierno, por lo que los regímenes justos son la monarquía, la aristocracia y la República, y las tres perversiones de los mismos son: la tiranía de la monarquía, la oligarquía de la aristocracia y de la monarquía, así como la diferencia que hay entre aristocracia y la monarquía. De igual modo, es importante comentar que, *La República* conlleva el nombre común a todos los regímenes justos y de los demás, la oligarquía, la democracia y la tiranía. Aristóteles, *Arte poética*, Editorial Porrúa, México, 2005, pp. 5 y ss, y del mismo autor, *Metafísica*, Editorial Porrúa, México, 2007, pp. 1 y ss.

La civilización romana desarrolló el derecho sin hacer uso de métodos matemáticos, no intentaron formular teorías generales o hipótesis para explicarlo. La elaboración del derecho en Roma fue una actividad de lo más simple, un proceso histórico y consuetudinario que con el transcurso del tiempo (cientos de años), sentaría las bases para la construcción del derecho moderno. Sin embargo, no debemos pasar por alto, los ejercicios lógico formales de sistematización, división y clasificación que hicieron los primeros juristas romanos para la enseñanza del derecho, y que pueden verse en las obras jurídicas que comprenden las Institutas de Justiniano y el Corpus Iuris Civilis.

Estoicos	Séneca, Marco Aurelio, Epicteto
Epicúreos.	Lucrecia.
Académicos.	Cicerón
Filósofos romanos	Boecio.

- Periodo antiguo (siglo IV a.C. hasta el siglo III a.C) Se caracteriza por:
 - El cultivo de la virtud.
 - Postula como actitud la imperturbabilidad.
 - Rechaza la metafísica ocupándose de la física.
 - La lógica, y la moral.
 - Se presenta como filosofía completamente contraria al epicureísmo.

- Periodo medio (siglos II a I a.C) Se caracteriza por:
 - Infiltraciones eclécticas surgidas por la mezcla.
 - Con otras filosofías. Panecio, Posidonio y en Roma, Cicerón.

Estoicismo nuevo (o romano). Situado en la era cristiana. Aquí la doctrina se convierte en una meditación moral y asume tonalidades religiosas.²¹

²¹ Los romanos tomarán contacto con la filosofía griega al conquistar Grecia; en este caso el conquistado conquistó al conquistador. Sin embargo, las relaciones no siempre fueron buenas, un senado consulto del año 161 a.C. prohibía la enseñanza de la filosofía por considerarla un peligro para la juventud. Catón el censor, por su parte, desaprobaba el conocimiento filosófico. No obstante, Cicerón lo hace el protagonista principal de su Diálogo de la Vejez, allí Catón confiesa que a su edad ha descubierto con entusiasmo el estudio de la filosofía. En el año 155 a.C. Atenas envió a Roma una delegación con representantes de las tres escuelas filosóficas más importantes: la estoica, la peripatética (de Aristóteles) y la Académica (discípulos de Platón). Muchos romanos asistieron a estas disertaciones, iniciándose así, en la especulación filosófica. Poco después Panecio de Rodas, distinguido maestro estoico viajó a Roma, allí trabó amistad con Escipión Emiliano, entre sus alumnos se contaban ilustres ciudadanos como el gran jurista y pontífice máximo Quinto Mucio Scévola y distinguidos juristas como Juliano, Pomponio y Papiniano entre otros. En Roma, Panecio efectuó considerables modificaciones a la doctrina estoica iniciando la tendencia ecléctica. Dice Barrow que los romanos "fueron estoicos por naturaleza aún antes de oír hablar siquiera de esta filosofía"; aunque aclara que el estoicismo romano "fue muy diferente del griego", ya que el romano, poco dado a la especulación y más interesado en el obrar, en lo práctico, no podría adoptar una filosofía en su totalidad, necesariamente debía hacerle algunos "ajustes", que incluyeran aspectos no considerados en forma particular por el estoicismo como lo jurídico y lo político. De tal manera, es oportuno indicar que estas reflexiones se basaron en Francesco D' Aostino, *Filosofía del derecho*, Editorial Temis y Universidad de la Sabana, Colombia, Traducción de José Rodríguez Iturbe, profesor de la Universidad de La Sabana, 2007, pp. 145 y ss.

C. Filosofía medieval

Patrística griega	San Clemente Romano, San Justino mártir, Clemente de Alejandría, Orígenes, San Gregorio de Nisa, San Ireneo, San Hipólito
Patrística latina.	San Agustín, Tertuliano, Lactancia. Escoto Erígena, San Anselmo.
Escolástica.	Duns Scoto, Tomás de Aquino. ²² San Buenaventura,

²² El tomismo es un sistema escolástico, refiriéndose a la teoría de la premoción física, inventada por el dominico español Bañez para conciliar la libertad humana como la infalible eficacia de la gracia divina. Las obras de Santo Tomás (1225-1274 d.C), son, la Suma Teológica, Suma contra los Gentiles, el Gobierno de los Príncipes, sobre el régimen de los judíos, comentario a la Política de Aristóteles y comentarios a la Ética de Nicómaco de Aristóteles. Santo Tomás pensó en ser un teólogo dedicado con fervor al estudio de la Sagrada Escritura más que un filósofo o filósofo político. Sus puntos de vista políticos se hayan en los trabajos De regno y la Summa Theológica. Así, Santo Tomás logró incorporar el aristotelismo al pensamiento cristiano. Si el agustinismo es la fusión de Platón, el tomismo es la síntesis de Aristóteles y la cristiandad. Santo Tomás intenta realizar una síntesis universal, basada en la armonía y la coincidencia, por lo que Dios y la naturaleza, la fe revelada y el conocimiento racional, los dones naturales y la obra de la gracia divina en el hombre, no se oponen, sino que se armonizan y complementan. La fe es la realización plena de la razón, por lo que todo el conocimiento humano forma una sola pieza, desde las ciencias particulares hasta la filosofía y su culminación: la teología. Consecuentemente, justifica la comunidad política como instrumento necesario para el desarrollo correcto de la sociedad, y se apoya en San Pablo en el origen divino de la potestad, por lo que siendo la polis demasiado reducida, piensa en comunidades políticas mayores. De ahí que la mejor forma de gobierno sea la monarquía, basada en un gobierno mixto, con participación del monarca, la democracia y la aristocracia, y condena al tirano, ya que el fin de la comunidad política es lograr el bien común. Por su parte, Santo Tomás sostuvo la potestad indirecta, es decir, la supremacía de la Iglesia en las cuestiones espirituales, pero no en las temporales. Cabe comentar que este teólogo cristiano no formuló una construcción sistemática de la Ciencia Política, no obstante, estudió los problemas esenciales y permanentes de toda organización política, como el origen del Estado y su naturaleza, sus fines, su justificación, las formas de gobierno, las relaciones del poder temporal con el espiritual, el derecho de resistencia contra la tiranía y otros. También estipuló que, la fe no es opuesta a la razón, sino que está por encima de la razón y los resultados de la fe no son menos ciertos que los de la razón; son en efecto, más ciertos, ya que la fe se basa en la revelación directa de Dios y por tanto, está más cerca de la fuente de toda verdad, que es la filosofía basada en la penetración humana. Se puede decir entonces que, el triunfo de Aristóteles en el siglo XII se debió a la influencia de Santo Tomás. Esta doctrina tomista se basa en principios universales de descripción, interpretación y valoración de los denominados políticos, así como su doctrina sobre la ley, vinculada al derecho natural y a las relaciones entre el Estado y el derecho, es decir, un vínculo entre la ley divina y la ley humana, y que esta última es parte de la totalidad del sistema de gobierno divino. En la Summa Theologica se encuentra el tratado de la ley. Santo Tomás considera que, el pensamiento es una unidad ordenada, sujeto a un principio regulador que le ha sido impuesto por el Creador, y por ende, la ley eterna no es otra cosa que la razón de la sabiduría del Divino, en cuanto principio directivo de todos los actos y movimientos de los seres. Estos seres racionales e irracionales quedan sujetos a la Ley eterna, por lo que, sus cuatro formas de ley son las formas de razón que se manifiestan en cuatro niveles distintos de la realidad cósmica, pero que constituyen la manifestación de una sola razón en todos ellos: la Ley eterna, la Ley natural, la Ley divina y la Ley humana. De esto se desprende de que, la Ley humana es un corolario de la Ley natural y no tiende sino a hacerla más efectiva para proveer a las exigencias de la vida humana. Asimismo, Santo Tomás sugiere dos razones para la necesidad de gobierno, incluso, en el estado de inocencia, antes de producirse el pecado y el mal: primero, el hombre es por naturaleza un ente social y así en el estado de inocencia tuvo que llevar una vida social. Puesto que ha de haber alguna organización de la vida social, el gobierno surge como un organismo específico que persigue el bien común. Asimismo, si un hombre supera a otro en cuanto a sabiduría y justicia, sería torpe despreciar esta superioridad en beneficio del resto. Este teólogo basa la necesidad de gobierno en la naturaleza social del hombre, y la organización del gobierno en la superior sabiduría y moralidad del gobernante en beneficio del gobernado. Denis Huisman, y André Vergez, *La historia de los filósofos ilustrada por los textos*, ob. cit., pp. 104 y ss; Santo Tomás, *De los principios de la naturaleza*, Editorial Sarpe, España, 1984, pp. 27 y ss; Gonzalo Balderas Vega, *Cristianismo, sociedad y cultura en la Edad Media. Una visión con textual*, Editorial Plaza y Valdés y Universidad Iberoamericana Santa Fe, 2008, pp. 17 y ss.

La Escuela franciscana y la Escolástica española (Teología y política en los siglos XIV al XVI).

Temas tratados:

- La voluntad y la ley en el pensamiento hebreo.
- El cristianismo primitivo: San Pablo.
- La ley y el derecho.
- El orden y ley eterna.
- La ley natural y sus diversas expresiones.
- La justicia y el derecho natural.
- La ley temporal y el derecho positivo.
- Teoría de la ley.
- Las formas o modos de la ley.
- La ley eterna.
- La ley natural (derecho natural).
- La ley humana.
- La ley divina.
- Teoría de la justicia.
- Clases de justicia: la justicia general, la justicia particular.
- El derecho (Ius): noción del derecho, división del derecho.
- La voluntad divina y la ley natural.
- Valoración.
- Voluntarismo.
- Voluntarismo y derecho natural.
- Voluntarismo e intelectualismo.
 - Año 1492. Colón cruza el Atlántico.
 - Año 1517. Se publican las 95 tesis de Lucero.
 - Año 1541. Se publica la teoría heliocéntrica de Copérnico.

*D. Filosofía renacentista
(moderna y contemporánea)*

La etapa de la Filosofía moderna se inaugura con Descartes en el siglo XVI y se centra, sobre todo, en la reflexión sobre el conocimiento y en el ser humano. La revolución científica que propició la aparición de la filosofía moderna y que va desde el siglo xv al XVII fue uno de los impulsos renovadores más importantes de la historia cultural de Occidente y de toda la Humanidad. Así, surge un movimiento trascendental, que fue la Ilustración de los siglos XVIII y XIX en Europa. Los filósofos ilustrados contribuyeron a la evolución de las corrientes, escuelas o teorías, situando el esfuerzo de la razón humana dentro de los límites del empirismo y del racionalismo, y aparecen los primeros intentos de introducir la lógica en el derecho, como la ciencia de las leyes necesarias del entendimiento y de la razón, al estudiar los imperativos categóricos e hipotéticos de las personas, así como la connotación de la cúpula del "deber". Igualmente, se reflexiona acerca de la necesidad de descubrir las reglas de las acciones humanas con la misma certeza con la que se conocen las magnitudes en geometría, para dar pauta a concebir a un sistema jurídico como un conocimiento racional; la filosofía moral y la doctrina del derecho;

conceptos y principios básicos de la doctrina del derecho, el derecho natural y el derecho positivo; el giro copernicano (el derecho natural como derecho racional a priori); el derecho natural (el hombre en el estado de la naturaleza, las leyes de la naturaleza) y el método científico; el pacto social, las sociedades históricas y el Estado legítimo, la soberanía, las formas de gobierno, las leyes civiles, la comunidad político-jurídica y sus fines; estructura, límites y disolución del Estado; la virtud de la justicia, contra el estado de naturaleza y el contrato social.

Filosofía política.	Nicolás Maquiavelo, Jean Bodin, Thomas Hobbes (1558), ²³ Montaigne.
Racionalismo.	Descartes (1596), Spinoza (1632), Leibniz (1646), Pascal, Bacon (1561), Galileo (1564), Kierkegaard, Mainlander.
Empirismo.	Locke (1632), ²⁴ David Hume (1711).
Ilustración.	Montesquieu, Voltaire, Rousseau (año 1712). ²⁵

²³ En el estado de naturaleza los hombres están en una situación de guerra de cada hombre contra cada hombre. El miedo a la muerte es la pasión que lleva a los hombres a la paz. Esta situación en la que el hombre es el lobo del hombre, da paso a una forma de convivencia para obtener la máxima libertad. Entonces, los hombres constituyen la sociedad civil por medio de un contrato, así surge el derecho, la obligación, la ley. El pueblo cede sus derechos a un gobernante, que puede ser un individuo o una corporación cualquiera. Una vez cedidos sus derechos, el pueblo no tiene ya derecho alguno a la potestad civil, sino que ésta es absoluta e ilimitada en el gobernante. El contrato social entonces se hizo entre súbditos, no entre súbditos y soberano. El soberano no es una parte para el contrato, sino su creación. Así, el soberano no puede comprometerse en cualquier ruptura del contrato, ya que no es una parte de él. Al participar en la creación del soberano el súbdito es el autor de todos los gobernantes y, por tanto, no ha de lamentarse de las acciones de los gobernantes, ya que esto sería en perjuicio para él. Entonces, tal vez se conceda que el soberano pueda cometer cualquier inequidad, pero no una injusticia o un perjuicio en la propia esencia, ya que no puede por definición actuar ilegalmente: determina lo que es justo e injusto y su acción es la ley. Al soberano le corresponde el establecimiento de la paz y defensa comunes a todos los hombres. De ella deriva el derecho natural y los preceptos que fundamentan la comunidad política. De esta forma, Hobbes fue llamado el padre de los ateos, incluso, en Inglaterra, tuvo oposición por parte de los obispos para la reimpresión del *Leviatán*. Ramón Xirau, *Introducción a la historia de la filosofía*, UNAM, México, 1990 (undécima edición), pp. 211 y ss.

²⁴ Su obra política fundamental es dos tratados sobre el gobierno, de 1690, y refuta a Hobbes como teórico del absolutismo. Entonces, Locke se refiere de un primitivo estado de naturaleza en el capítulo II del segundo tratado. Estima que los hombres se encuentran en un estado de perfecta libertad para ordenar sus acciones y disponer de sus posesiones y personas en la manera que les parezca conveniente, dentro de los límites de la Ley natural, sin pedir consentimiento ni depender de la voluntad de ningún otro hombre. Reina la igualdad, porque ningún hombre tiene mayor influencia que los demás. La Ley natural que rige esta situación primitiva es la razón, y le confiere el derecho de defender sus privilegios a la vida, salud, libertad y posesiones, castigando a los que no las respeten. Así, por las injusticias se hizo necesario crear por el acuerdo de todos, una sociedad política en la que su totalidad residiese el poder soberano, pero siendo su ejercicio encomendado a un grupo de personas, sólo en la medida necesaria para preservar los derechos fundamentales de todos los hombres a la vida, libertad y propiedad. Este poder se manifestaría como Legislativo en el Parlamento y como Ejecutivo en los órganos de esta índole. Hay un tercer poder Confederativo que se ocupa de las relaciones exteriores, como la guerra y la paz, tratados internacionales, y el órgano judicial dirime controversias. Consecuentemente, el sistema de gobierno de Inglaterra, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos y las raíces ideológicas del liberalismo revolucionario francés del siglo XVIII, revelan la influencia del pensamiento de este notable politólogo inglés. Ciro E. Gonzalez Blackaller, y Luis Guevara Ramírez, *Síntesis de Historia Universal*, Editorial Herrero, México, 1972, pp. 239 y ss.

²⁵ Coincide con sus predecesores sobre la idea del Contrato, pero difiere en su concepción del estado de naturaleza. El Contrato Social es una hipótesis racional, no histórica. Puede pensarse que los hombres vivieron en una edad primitiva o presocial, disfrutando de una libertad absoluta e igualdad. Vivía libremente en armonía con la naturaleza, pero llegó un momento en que los hombres empezaron a

Idealismo	Berkeley (1658), Kant (1724), Fichte, Schelling, Hegel (1770), Schopenhauer.
Utilitarismo	Bentham, Mill.
Materialismo histórico.	Marx (1818).

El materialismo como concepción general del universo enseña la reductibilidad total de lo real a la materia o fuerzas enteramente sometidas a las condiciones de la misma; se atribuye la causalidad solamente a la materia: la única causa de las cosas es la materia. Este término "materialismo" fue empleado por primera vez por Robert Boyle en 1674. Consecuentemente, es importante mencionar al marxismo, que ha influido en la economía, la sociología, etcétera. Por ejemplo, el principio comunista de esperanza con una igualdad entre los hombres en cuanto al factor trabajo-producto. Este principio no tiene en cuenta las diferencias de capacidad de trabajo existentes entre los hombres, por lo que, cabe cuestionarse, con esta óptica, ¿se trata de un derecho justo? La verdadera justicia se logra: "de cada uno según sus capacidades, a cada uno según sus necesidades". Entonces, ¿cuáles son las capacidades y cuáles las necesidades de cada uno? La autoridad social es quien resuelva esta cuestión por principios generales. Y, ¿cuáles son los principios generales en la

transformar el mundo, como el cultivo de la tierra, la cultura y con ella la propiedad y la desigualdad, terminando con el estado de naturaleza primitivo. Entonces, el hombre ha nacido libre y por todas partes está encadenado, pero ¿cómo sucedió esto y cómo puede justificarse? Para recuperar la libertad perdida, los hombres se pusieron de acuerdo para crear artificialmente la sociedad política. Cedieron sus derechos naturales y la comunidad los devuelve en protección a sus derechos. El poder no es transmitido a un hombre o grupo de hombres, sino a la comunidad entera. Ella es la depositaria de la soberanía; su manifestación es la voluntad general, que no se representa porque tiene razón. La voluntad general es la expresión de la suma mayoritaria de voluntades en la decisión de los actos políticos en la que se requiere su manifestación: en los sufragios electorales, en las determinaciones legislativas y jurisdiccionales. La ideología del Contrato Social fue determinante en la Revolución Francesa de 1789. La idea de contrato o convención ha dominado en numerosos autores. Se distingue entre el contrato social como generador de la sociedad civil y el contrato político que dio origen a las formas políticas y posteriormente al Estado. Juan Jacobo Rousseau en el Contrato Social (Cap. I, 1, Cap. IV) externa que antes de examinar el acto por el cual un pueblo elige a un rey, sería bueno de examinar el acto por el cual un pueblo es un pueblo; porque ese acto siendo necesariamente anterior al otro, es el verdadero fundamento de la sociedad. La base de la exposición de Rousseau es el estado de naturaleza. El estado de naturaleza es el estado salvaje; los hombres viven felices, porque ellos poseen las cualidades de "la libertad de aceptar" y "la de rehusar" y "la facultad de perfeccionarse." Asimismo, la propiedad privada y la invención de la metalurgia y de la agricultura han civilizado y perdido al género humano rompiendo la igualdad primitiva. Además, un horrible estado de guerra coloca a los seres humanos sin más norma que la violencia y la injusticia. Es necesario por ello, pensar en un poder supremo que gobierne a los grupos antagónicos. Para crear este orden fue menester que el hombre aportara una parte de su libertad. Entonces, la esencia del contrato social radica en que cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general y nosotros recibimos a cada miembro como parte indivisible del todo. De ahí que para Rousseau la voluntad justifica al Estado, mas no proporciona datos sobre su origen. El hombre pasa de un estado de naturaleza a una forma social voluntaria: el hombre ha nacido libre y, sin embargo, en la actualidad vive encadenado, sujeto a un orden estatal. Esta explicación se encuentra en el pacto social, que supone la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a la comunidad. La libertad se sustituye por la libertad civil que es garantizada por el Estado, es decir, el hombre cede su libertad natural al Estado. La voluntad no es el origen del Estado, sino su justificación. Los hombres entregan una parte de su libertad natural a cambio de una comunidad superior. Igualmente, el hecho natural revela la supervivencia y desarrollo; es el medio social el que rodea al hombre y condiciona su comportamiento, por lo que, el Estado es la obra de esa evolución social en etapas posteriores, al volverse sedentario y surgir las primeras formas prístales de organización política, producto de la sociabilidad humana. La formación del Estado es jurídica, puesto que al mismo tiempo es consuetudinaria. Juan J. Rousseau, *El contrato social*, Editores mexicanos unidos, México, 2003, pp. 33 y ss.

sociedad, o en cada una de ellas? Nadie puede prever el modo en que funcionará el orden social comunitario en el futuro, por lo que, ¿es una ilusión utópica (Platón, San Agustín, Tomás Moro)? Tal vez la respuesta se busque en algunas de las corrientes del marxismo, como Leninismo, Dialéctico, Histórico, Maoísmo, Trotskismo, Nacional-bolchevismo, Freudomarxismo, Neo-marxismo. Es de resaltar el materialismo dialéctico, que alude a la unión del materialismo clásico con la dialéctica de Hegel y representa el núcleo filosófico del marxismo. Se trata de un inhumano sistema de opresión. Por su parte, el materialismo histórico se explica en Engels, basado en la interpretación histórica planteado por Marx.²⁶ que consiste en reconocer a los factores económicos (como las técnicas de trabajo y de producción, relaciones de trabajo y producción), un peso preponderante en la determinación de los acontecimientos históricos.

Filosofía analítica.	Russell, Carnap, Wittgenstein (1889).
Filosofía continental.	Bergson.
Fenomenología.	Husserl.
Existencialistas ateos.	Camus, Heidegger.
Existencialistas cristianos.	Jaspers, Marcel.
Filosofía posmoderna.	Nietzsche, Deleuze, Derrida, Foucault, Dworkin, Habermas, JohnAustin (1922), Alan Turín

²⁶ Según Marx, la personalidad humana está constituida intrínsecamente por las relaciones de trabajo y de producción que el hombre adquiere para hacer frente a sus necesidades. La tesis del materialismo histórico dependen de las relaciones económicas que prevalecen en una fase determinada de ella, es decir, en la producción social de su vida, los hombres entran en determinadas relaciones necesarias e independientes de sus voluntades, relaciones de producción que corresponden a una cierta fase de desarrollo de sus fuerzas productivas materiales. El conjunto de estas relaciones de producción constituye la estructura económica de la sociedad, que tiene una base real sobre la cual se edifica una superestructura jurídica y política y a la cual corresponden ciertas formas sociales de conciencia. Entonces, el modo de producción de la vida material, condicionan el proceso de la vida social, política y espiritual. Esto dirigido al derecho penal, da pauta a las teorías abolicionistas, la cuales, son aquellas que impugnan la legitimidad, tanto de la pena como del sistema penal, y que sus posiciones más radicales las encontramos en la posición marxista, donde el derecho penal y la pena son considerados como instrumentos de la clase en el poder, superestructuras que responden a una estructura apoyada en la forma de producción capitalista, y que al desaparecer, primero por la dictadura del proletariado, y después al instaurarse el comunismo, que debe llevar a la desaparición con la formación de un "hombre nuevo", de una sociedad perfecta, sin Estado. Igualmente, en la posición abolicionista aparecen algunos autores anarquistas que deslegitiman cualquier orden o regla, sea moral o jurídica por ser expresiones de intereses dominantes y proponiendo medidas de control de carácter social o moral, como la "fuerza invisible de la educación moral", "el ojo público", "la opinión pública". Algunos criminólogos de la llamada "nueva criminología" o "criminología crítica", consideran que el criminólogo no debe guardar un papel de estudioso analítico del fenómeno de la criminalidad y de la sociedad en general, sino que debe ser actor, promotor de una transformación radical, debe participar en "organizaciones políticas" para lograr el cambio social de una suerte de sociedad anarco-socialista. Plantean la abolición de las instituciones totales, despenalización de conductas como las del aborto, el consumo de sustancias estupefacientes, los delitos llamados de opinión, la contención de las agencias de control social (policía) y reafirmar las garantías liberal-individuales. También proponen la despenalización y la sustitución de la pena por tratamientos pedagógicos o terapéuticos dentro de un marco institucional coactivo; o propuestas reformadoras que sólo buscan atemperar la intervención penal al mínimo posible y desterrar la pena de prisión por sanciones menos afflictivas. Sobre esto, abolir la pena punitiva debe matizarse, es decir, la pena de muerte debe desterrarse por las múltiples razones que ya esgrimían Beccaria y Lardizabal, hace más de doscientos años, en cambio, la pena de prisión es necesario conservarla para los delitos más graves, situación que perdurará hasta que nuestra sociedad evolucione, y pueda ser sustituida por otras penas menos lesivas para el delincuente y que aseguren la paz social. Véase a Carlos Marx, *Manuscritos económico-filosóficos de 1844*, Editorial Grijalvo, México, 1968, pp. 11 y ss.

(1912), Thomas Kuh (1922), Toulmin, Alexy, Aarnio, Habermas , MacCormick, Atienza, Tarello, Taruffo, Zabrebelsky, Vigo.
--

La ciencia jurídica en el siglo XIX y XX.

- La ciencia jurídica.
- Niveles de la ciencia jurídica.
- Jurisprudencia o dogmática jurídica.
- La dogmática jurídica como ciencia.
- La dogmática jurídica como técnica.
- La dogmática jurídica como política.
- Hermenéutica filosófica, teológica, jurídica-histórica, lingüística, psicoanalítica.

La teoría del derecho es una aproximación al hecho jurídico, el acercamiento a un fenómeno que ha acompañado a la humanidad desde su aparición, puesto que la ley y el derecho constituyen una constante histórica que ha incidido de una manera general y constante en las gentes y en los modelos sociales y políticos:

- Epistemología jurídica. Es la que entra en la reflexión sobre el conocimiento del derecho. Se trata de dilucidar si este conocimiento es posible; qué forma o estructura ha de tener; cuáles son sus maneras de presentarse en las sociedades, etcétera.
- Ontología jurídica. Se encargará de fijar el ser del derecho, es decir cuál será el objeto sobre el que se va a filosofar; nótese que este objeto es anterior al conocimiento que se le aplica, es decir, tiene una realidad propia antes de ser estudiado.
- Axiología jurídica. Su función es tratar el problema de los valores jurídicos, es decir, dilucida sobre cuáles sean los valores que harán correcto un modelo de derecho o que primarán a la hora de elaborar o aplicar el derecho. De todos los valores del derecho el más importante es el de "justicia"; tiene tanta importancia que algunos autores designan a la axiología jurídica como Teoría de la Justicia.
- Filosofía jurídica existencial. A su vez tiene su razón de ser en el marco de antropología, es decir trata de poner de relieve la relación entre el hombre y la realidad jurídica; no podemos prescindir del hombre en la realización del derecho, porque la humanidad es la que crea y aplica el derecho.

Influencia de las “familias jurídicas”, en el diseño de los sistemas jurídicos.

A continuación se enuncian algunos de los países, entidades y/o provincias agrupados conforme a la familia jurídica a la que pertenece:²⁷ romano-germánico (exégesis-positivismo jurídico)²⁸ vs *iusnaturalismo*,²⁹ *Common Law* (realismo jurídico),³⁰ híbrido, religioso-islámico, socialista, asiático.

País, estado federado o anexo	Familia	Jurídica
--------------------------------------	----------------	-----------------

²⁷ Se agradece la información a la Universidad Iberoamericana, campus Puebla, de los alumnos de la carrera de Derecho y del mismo posgrado, durante los años de 2005-2006.

²⁸ *Exégesis-positivismo jurídico (familia greco-romano-canónico-español-francés-germano)*. Pretende encontrar la solución a cualquier tipo de problema a partir de la práctica jurídica, con base sólo en los textos legales (explicación del derecho a partir de bases deductivas). Postula que la norma jurídica contempla todos los casos que pueden derivarse de su letra, de sus palabras; las leyes son perfectas y completas. Desconoce el papel de la costumbre, y rechaza cualquier labor creadora por parte del juez, pues el derecho está en la ley: el operador del sistema (abogado postulante, ministerio público, juez) es el siervo de la ley, de ahí que se observe un "culto al texto y literalidad de la norma". Se trata de una concepción del derecho con base en el método descriptivo, como hechos y normas, por lo que se suprime toda exigencia valorativa, social e histórica del derecho, es decir, la separación del derecho positivado y la moral: el ser y el deber ser. Consecuentemente, se concibe al derecho como un sistema lógico cerrado que no presenta lagunas y que no tiene contradicciones, pues tiende a identificar todo el derecho con la ley, bajo un orden coactivo, como reacción social organizada, por lo que se le concibe como un medio de control social, un mero instrumento del Estado (una técnica de la organización social, basada en un sistema de valores, con independencia de su contenido). Se desatiende de las explicaciones del contenido normativo, por lo que se debe estudiar sólo los alcances de cada sistema jurídico particular, que se deriva de la voluntad del legislador. Esto conlleva una visión formalista del derecho, desde la visión normativa por medio de conceptos elaborados a partir del derecho positivo: es un sistema formalmente lógico. La validez y vigencia del derecho depende que ha sido dictado por el Estado (la autoridad es la que hace la ley), bajo un sistema conceptual, utilizando rigurosas construcciones jurídicas, con el fin de lograr un sistema jurídico cerrado (a partir de ciertos intereses sociales que prenden ser reconocidos), exento de contradicciones (carácter logicista y dogmático); el jurista nada tiene que decir sobre el material normativo dado, sólo aplicarlo a la realidad. Es un derecho que evoluciona en la misma medida que el pueblo, nación o Estado.

²⁹ *Iusnaturalismo*. Reconoce los valores, como realidad primaria para el hecho, la dignidad y la autonomía de la persona, por lo que el derecho considera al hecho y a una dimensión de valores, que nos permitirá dar con el derecho justo. El derecho ha de valorarse a través de un conjunto de principios, criterios y normas que constituyen precisamente el derecho natural, por lo que el derecho positivo está subordinado al derecho natural, de ahí que el derecho obligue por la bondad o justicia intrínseca de su contenido fundamentado en la axiología, epistemología, ontología o metafísica, como fundamentos del derecho natural. Se parte de la “naturaleza de las cosas”, del análisis del ser para establecer el deber ser. Para ello, sugiere que se indague en la naturaleza humana, con el fin de contribuir a la explicación integral del fenómeno jurídico, pues la persona, en virtud de su libertad y dignidad, el derecho nace con la persona y para la persona, es decir, las normas son inmutables, universales (en toda época y lugar), conocidas por la razón, la intuición o la revelación y tienen como función calificar la conducta humana, bajo el parámetro de la bondad y de la justicia. Consecuentemente, defiende la existencia de los derechos y obligaciones a partir de la justicia, la libertad moral y la de ciertas regularidades que se refieren a la naturaleza humana. Esto, en el siglo XXI, el tema de los “derechos humanos”.

³⁰ Realismo o funcionalismo jurídico. La realidad social es el elemento fundamental para la comprensión del derecho, y la problemática del mismo radica en su eficacia en la sociedad, es decir, reside en su utilidad y en las funciones que cumple para prever o reducir los elementos de conflicto que se gestan entre las personas, por lo que se puede equiparar a la justicia con la utilidad, para convertir al derecho en un instrumento de la economía. Entonces, se estudia al derecho como una expresión o función de la vida en sociedad, como un hecho social y reglas de coacción susceptibles de observarse, describirse y clasificarse, de ahí que se reconozca el papel de la costumbre, y rechaza una concepción del derecho como un sistema lógico en el que las sentencias se obtienen por medio de un mecanismo deductivo a partir de la norma jurídica. Centra su estudio en los efectos que produce el derecho a partir de una realidad social práctica, cuyo derecho real y efectivo es lo que los jueces hacen de hecho.

País, estado federado o anexo	Familia	Jurídica
Alaska	<i>Common law</i>	Americano
Antigua y Barbuda	<i>Common law</i>	Americano
Australia	<i>Common law</i>	Oceánico
Bahamas	<i>Common law</i>	Americano
Barbados	<i>Common law</i>	Americano
Belice	<i>Common law</i>	Americano
Canadá	<i>Common law</i>	Americano
Carea del Sur	<i>Common law</i>	Asiático
Dominica	<i>Common law</i>	Americano
Estados Unidos de América	<i>Common law</i>	Americano
Ghana	<i>Common law</i>	Africano
Gran Bretaña	<i>Common law</i>	Europeo
Granada	<i>Common law</i>	Americano
Guyana	<i>Common law</i>	Americano
Hawai	<i>Common law</i>	Oceánico
Hong Kong	<i>Common law</i>	Asiático
Irlanda	<i>Common law</i>	Europeo
Islas Malvinas	<i>Common law</i>	Americano
Islas Marinas Septentrionales	<i>Common law</i>	Oceánico
Islas Marshall	<i>Common law</i>	Oceánico
Islas Salomón	<i>Common law</i>	Oceánico
Islas Vírgenes	<i>Common law</i>	Americano
Islas Vírgenes Británicas	<i>Common law</i>	Americano
Jamaica	<i>Common law</i>	Americano
Kenia	<i>Common law</i>	Africano
Liberia	<i>Common law</i>	Africano
Malasia	<i>Common law</i>	Asiático
Nigeria	<i>Common law</i>	Europeo
Nueva Zelanda	<i>Common law</i>	Oceánico
Nueva Guinea	<i>Common law</i>	Oceánico
República de Zimbabwe	<i>Common law</i>	Africano
Samoa	<i>Common law</i>	Oceánico
Samoa Occidental	<i>Common law</i>	Oceánico
San Vicente	<i>Common law</i>	Americano
Santa Lucía	<i>Common law</i>	Americano
Sierra Leona	<i>Common law</i>	Africano
Singapur	<i>Common law</i>	Asiático
Tailandia	<i>Common law</i>	Asiático
Tanzania	<i>Common law</i>	Africano
Trinidad Tobago	<i>Common law</i>	Americano
Uganda	<i>Common law</i>	Africano
Zambia	<i>Common law</i>	Africano
Canadá (Quebec)	Híbrido	Americano
EE.UU. (Louisiana)	Híbrido	Americano
Filipinas	Híbrido	Asiático
Puerto Rico	Híbrido	Americano
Afganistán	Religioso	Asiático
Arabia Saudita	Religioso	Asiático

<i>País, estado federado o anexo</i>	<i>Familia</i>	<i>Jurídica</i>
Argelia	Religioso	Africano
Bahrein	Religioso	Asiático
Bosnia (Herzegovina)	Religioso	Europeo
Egipto	Religioso	Africano
Emiratos Árabes Unidos	Religioso	Asiático
Etiopía	Religioso	Africano
India	Religioso	Asiático
Irak	Religioso	Asiático
Irán	Religioso	Asiático
Israel	Religioso	Asiático
Jordania	Religioso	Asiático
Kazakhistán	Religioso	Asiático
Líbano	Religioso	Asiático
Libia	Religioso	Africano
Maldivas	Religioso	Asiático
Marruecos	Religioso	Africano
Omán	Religioso	Asiático
Sri Lanka	Religioso	Asiático
Tajiskistán	Religioso	Asiático
Turkmenistán	Religioso	Asiático
Turquía	Religioso	Asiático
Uzbekistán	Religioso	Asiático
Yemen	Religioso	Asiático
Alemania	Romano-	Europeo
Andorra	Romano-	Europeo
Angola	Romano-	Africano
Argentina	Romano-	Americano
Armenia	Romano-	Asiático
Austria	Romano-	Europeo
Azerbaiján	Romano-	Asiático
Bélgica	Romano-	Europeo
Bolivia	Romano-	Americano
Brasil	Romano-	Americano
Bulgaria	Romano-	Europeo
Burundi	Romano-	Africano
Camerún	Romano-	Africano
Chad	Romano-	Africano
Chile	Romano-	Americano
Chipre	Romano-	Asiático
Colombia	Romano-	Americano
Congo	Romano-	Africano
Costa de Marfil	Romano-	Africano
Costa Rica	Romano-	Americano
Croacia	Romano-	Europeo
Dinamarca	Romano-	Europeo
Ecuador	Romano-	Americano
El Salvador	Romano-	Americano
El Vaticano	Romano-	Europeo

<i>País, estado federado o anexo</i>	<i>Familia</i>	<i>Jurídica</i>
Eslovaquia	Romano-	Europeo
España	Romano-	Europeo
Estonia	Romano-	Europeo
Finlandia	Romano-	Europeo
Francia	Romano-	Europeo
Grecia	Romano-	Europeo
Groenlandia	Romano-	Americano
Guatemala	Romano-	Americano
Guinea	Romano-	Africano
Guinea Ecuatorial	Romano-	Africano
Guinea Portuguesa o Bissau	Romano-	Africano
Guyana Francesa	Romano-	Americano
Haití	Romano-	Americano
Holanda	Romano-	Europeo
Honduras	Romano-	Americano
Hungría	Romano-	Europeo
Islandia	Romano-	Europeo
Italia	Romano-	Europeo
Letonia (Latvia)	Romano-	Europeo
Lituania	Romano-	Europeo
Luxemburgo	Romano-	Europeo
Macedonia	Romano-	Europeo
Mali	Romano-	Africano
Martinica	Romano-	Americano
Mauritania	Romano-	Africano
México	Romano-	Americano
Mónaco	Romano-	Europeo
Monte Negro	Romano-	Europeo
Mozambique	Romano-	Africano
Nicaragua	Romano-	Americano
Níger	Romano-	Africano
Noruega	Romano-	Europeo
Panamá	Romano-	Americano
Paraguay	Romano-	Americano
Perú	Romano-	Americano
Polinesia Francesa	Romano-	Oceánico
Polonia	Romano-	Europeo
Portugal	Romano-	Europeo
República Centroafricana	Romano-	Africano
República Checa	Romano-	Europeo
República de Sudáfrica	Romano-	Africano
República Dominicana	Romano-	Americano
Rumania	Romano-	Europeo
Rusia	Romano-	Europeo
Rwanda	Romano-	Africano
San Marino	Romano-	Europeo
Senegal	Romano-	Africano
Servia	Romano-	Europeo

<i>País, estado federado o anexo</i>	<i>Familia</i>	<i>Jurídica</i>
Somalia	Romano-	Africano
Sudán	Romano-	Africano
Suecia	Romano-	Europeo
Suiza	Romano-	Europeo
Sumatra	Romano-	Asiático
Surinam	Romano-	Americano
Togo	Romano-	Africano
Túnez	Romano-	Africano
Ucrania	Romano-	Europeo
Uruguay	Romano-	Americano
Venezuela	Romano-	Americano
Zaire	Romano-	Africano
Albania	Socialista	Europeo
Bangladesh	Socialista	Asiático
Carea del Norte	Socialista	Asiático
Cuba	Socialista	Americano
Laos	Socialista	Asiático
Madagascar	Socialista	Africano
Mongolia	Socialista	Asiático
Nepal	Socialista	Asiático
República Popular China	Socialista	Asiático
Vietnam	Socialista	Asiático
Japón	Asiático	
Taiwán	Asiático	

1. Evolución de nuestra familia jurídica greco-romano-canónico-español-francés-germano (exégesis-positivismo jurídico).

- a) Etapa del derecho romano arcaico. Desde la fundación de Roma en el año 753 a.C., hasta la promulgación de las Leyes de las XII Tablas en el año 449 a.C.
- b) Etapa del derecho romano preclásico, desde la promulgación de las Leyes de las XII tablas en el año 449 a.C., hasta el final de República en el año 27 a.C.
- c) Etapa del derecho romano clásico. Desde el final de la República en el año 27 a.C., hasta el Imperio de Alejandro Severo en el año 235 d.C.
- d) Etapa del derecho romano postclásico. Desde la muerte de Alejandro Severo en el año 235 d.C., hasta que sube al trono el Emperador Justiniano en el año 527 d.C.
- e) Etapa del derecho romano justiniano. Desde el año 527 d.C., hasta el 565 d.C., duración del Imperio de Justiniano.
- f) Desarrollo del derecho romano en occidente.

El derecho romano en los primeros siglos de la Europa medieval (473-1400).

Las escuelas del derecho y su evolución.

Escuela de los glosadores.

Escuela de los postglosadores o comentaristas.

Escuela de los humanistas franceses.
Escuela holandesa o de la jurisprudencia elegante.
Usus modernus pandectarum.
Escuela racionalista.
Escuela histórica y sus ramificaciones.

- g) Recepción del derecho romano en Europa occidental (1500-1900)
- Recepción en España.
 - Recepción en Francia.
 - Recepción en Alemania.
 - Recepción en Italia.
 - Recepción en Inglaterra.

Influjo de “las formas de Estado y de gobierno” en la conformación de los sistemas jurídicos

La forma de Estado es el conjunto de elementos que caracterizan globalmente a un ordenamiento referido, en particular a las finalidades planteadas como objetivos de acción de los órganos constitucionales. Empero, caen dentro de su ámbito también los criterios de disciplina del Estado-comunidad, al papel del individuo y de los grupos y los del Estado-aparato y sus modalidades de intervención. Las formas de Estado se caracterizan por el principio tendencial de la concentración del poder y por el rechazo:

- Estado del subdesarrollo (América Latina).
- Estado autoritario y/o Estado totalitario.
- Estado fascista.
- Estado nacionalista.
- Estado militar.
- Estado monárquico.
- Estado recién creado y el Estado recién desaparecido.
- Estados unitarios o centralizados.
- Estados federados, regionales y/o descentralizados.
- Estado del subdesarrollo (América Latina).
- Estado dictatorial.
- Estado policial.
- Estado socialista.

Por su parte, la forma de gobierno, sistema de gobierno o tipos de regímenes, se refieren al conjunto de las instituciones política mediante las cuales un Estado se organiza para ejercer sus poderes sobre una comunidad política. Hace falta notar que esta definición es válida, aunque el gobierno sea ilegítimo o si está incapacitado para ejercer sus poderes. Así, la forma de gobierno implica el complejo de instrumentos que se articulan para conseguir las finalidades estatales y los elementos que se refieren a la titularidad y al

ejercicio de las funciones soberanas atribuidas a los órganos constitucionales. Cada forma de gobierno se encuadra en una forma de Estado más amplia que la condiciona:

- Absolutismo
- Anarquismo
- Aristocracia
- Despotismo.
- Dictadura.
- Federalismo
- Gerontocracia.
- Gobierno *de facto*.
- Gobierno militar.
- Junta militar.
- Monarquía constitucional.
- Monarquías absolutas.
- Oligarquía.
- Parlamentarismo.
- Paternalismo.
- Plutarquía.
- Presidencialismo.
- Principado.
- Reino de la Mancomunidad Británica de Naciones.
- Repúblicas confesionales.
- Repúblicas unipartidistas y pluripartidistas.
- Semipresidencialismo.
- Sinarquía.
- Tecnocracia.
- Teocracia (Califatos, Ciudad del Vaticano, Repúblicas islámicas, Sultanados).
- Tiranía.
- Unipartidismo.

Métodos de la interpretación y argumentación aplicada al ámbito legislativo.

La lógica es Jurisprudencia generalizada".

TOULMIN

La duda o el desacuerdo como punto de partida para argumentar, debe entenderse como la idea de que la claridad y la oscuridad son propiedades de las disposiciones legales, son relativas y están vinculadas con alguien que las aplica para resolver un caso en cierto tiempo y lugar. Una norma legal se interpreta para argumentarse porque es discutible cuando las partes comparecen con la autoridad ministerial o jurisdiccional. Las dudas pueden ser desde varios puntos de vista, como el lingüístico o semántica, ambiguo, etcétera, por lo que han de resolverse bajo los métodos de la argumentación jurídica. Entonces, ¿qué es un argumento? ¿Los argumentos pueden tomarse de las personas o de las cosas, entendidas éstas como las causas, lugares, tiempo, facultades o instrumentos y el modo, la definición, género, especie, diferencia, propiedades de la cosa, negación de lo que es, semejanza, contrarios, repugnantes, derivados y comparación?³¹ ¿Qué juicio debemos hacerse de esto y qué uso?

Los griegos entienden como argumentos a las demostraciones; es una manera de probar la cosa concluyendo unas de otras, por ejemplo, cuando experimentamos lo dudoso por lo cierto, es forzoso que en la causa haya algo que no admita duda. Porque si no hay ninguna cosa cierta o por dónde hacer evidente lo dudoso, no hay medio para probar. Cosas ciertas son las que se sujetan a los sentidos, como lo que vemos u oímos, y semejantes a éstas son las señales; además, las que admite el beneplácito de todos, y lo que está establecido por las leyes y lo que está recibido por la opinión común del país donde se trata la causa. De tal suerte, el que ha de esgrimir los argumentos debe tener bien conocida la naturaleza de las cosas para saber lo que da de sí cada una de ellas, de ahí sobre los argumentos verosímiles. Coexisten incontables procedimientos para solucionar problemas. La misma ciencia jurídica está fraccionada en campos que se especializan en dar pautas para resolver problemas específicos y que logran tener distintas ópticas, es decir, métodos (escuelas, teorías y/o corrientes filosóficas), como los siguientes:

I. TELEOLÓGICO

La elocuencia, una de las principales virtudes.

DEMÓSTENES

³¹ Los lugares de donde se obtienen los argumentos, son aquellos como manantiales de donde debemos conseguir las pruebas. Esto equivale a decir que no en cualquier tierra se crían todas las cosas y no es fácil encontrar un ave o fiera si ignoramos el lugar que las produce y donde moran; así como entre los peces, unos gustan de lugares llanos, otros de escabrosos, en distintas regiones y playas. Justamente, una vez delimitado el ámbito fáctico del número de casos, es necesario la búsqueda de respuestas o soluciones concretas a cada uno de los hipotéticos casos. Lo que conforman el conjunto de soluciones, mismo que se integra de los contenidos normativos y caracteres normativos deónticos (permitido, obligatorio, facultativo y prohibido), esto viene a ser el "mar de soluciones", es decir, "el conjunto de todas las respuestas completas a los casos planteados". ¿Cuál diferencia habría entre acto y negocio jurídico? ¿Qué diferencia entre regla y principio? ¿Cuál es el argumento más convincente? ¿Qué norma se aplicará aquí mejor que otras? Marina Gascon Abellan y Alfonso J. García Figueroa, *La argumentación en el Derecho*, México, Editorial Palestra, 2005 (2a. ed.), pp. 101 y ss.

Este argumento apela a la finalidad que pretende alcanzar el precepto legal, sobre la base de que la norma es un medio para lograr un fin. Su fundamento es la idea de que el legislador está provisto de fines, de los que la norma es un medio, por lo que la interpretación debe tener en cuenta esos fines. Existen varios tipos de finalidad que actúan en este argumento:

- El fin del precepto, objeto de la interpretación.
- El fin general de la materia regulada.
- Los fines genéricos del derecho.
- Los fines de la sociedad.

II. GRAMATICAL, COGNOSCITIVO, DEDUCTIVO O EXEGÉTICO

El formar un orador es ardua empresa.

LOCKE

Para comprender el papel que en la actual teoría jurídica desempeña la retórica, y para situar el origen de las llamadas teorías, escuelas o corrientes filosóficas de la argumentación jurídica, conviene comenzar con unas breves consideraciones. La importancia que a la retórica se otorgaba entre los juristas medievales, en la búsqueda de las soluciones para los litigios, entra en crisis con el racionalismo de la época moderna y el cambio en el modelo ideal de **racionalidad**. El viejo arte de la prudencia es reemplazado por la pretensión de dotar al razonamiento jurídico (y al moral) de un grado de certeza y coherencia al de la matemática o las ciencias naturales, baste pensar en el rotundo ataque de Kant a la retórica. El **iusnaturalismo racionalista** pretende construir sistemas completos de derecho natural, cuyos preceptos se ordenan jerárquicamente según su grado de generalidad y entre los cuales se da una relación deductiva. Se confía en la capacidad de la razón para captar evidencias ínsitas en la propia naturaleza humana y para traducirlas a normas. Este derecho natural moderno postula un derecho de la razón capaz de ofrecer respuestas indubitadas, y al legislador y la ley positiva se deja sólo la misión de concretar y adecuar a las particulares circunstancias sociales esos supremos mandatos racionales.

La certeza en el conocimiento y el modo de concebir el razonamiento práctico como sustancialmente tasado y predeterminado en su desarrollo dejan poco sitio a la discusión de lo meramente opinable. El conocer sustituye al decidir, y la ciencia a la retórica o la prudencia. Así, el movimiento codificador que se extiende desde fines del siglo XVIII supone la traslación de esos esquemas y pretensiones al ámbito del derecho positivo, del derecho legislado. Opera el "legislador racional" y en los códigos legales se ve la plasmación, ahora con la forma de ley positiva, escrita, de una "omnisciencia del legislador", que le permite conocer las necesidades sociales y su mejor solución, y de una omnipotencia que le posibilita imponer ese conocimiento verdadero como mandato incuestionable, y nuevamente quedan sin sitio la discusión, el artificio retórico y el debate respecto a lo dudoso. El sistema jurídico, ahora puramente positivo, se entiende como coherente, es decir, carente de antinomias, y completo, esto es, carente de lagunas. El juez encuentra en la ley perfectamente prefijada y predeterminada la respuesta a cualquier litigio que tenga que resolver, su papel se limita al de ser "boca que pronuncia las palabras de la ley", según la fórmula de Montesquieu. El problema del lenguaje

no podía dejar de estar presente, de todas formas. En los primeros códigos europeos, a fines del XVIII, se contenían normas prohibitivas de la interpretación, en la confianza de que las palabras del legislador eran plenamente claras y precisas, y desconfiando fuertemente de la manipulación de la norma que el juez pudiera realizar por vía interpretativa.

No obstante, lo anterior que podríamos denominar mito de la claridad de la ley pronto se mostró inviable. Sin embargo, la teoría del derecho disponía de medios para solventar el problema de la interpretación sin pérdida de la seguridad, al menos aparentemente. La clave aquí estará en los llamados cánones de la interpretación, que en su forma "canónica" expone Savigny en las primeras décadas del siglo XIX. Cuatro eran para Savigny dichos cánones: gramatical, lógico, histórico y sistemático. Savigny pensaba que la utilización conjunta de estos cuatro criterios permitiría en todo caso al intérprete hallar la idea inmanente a la ley, averiguar el pensamiento que en ella plasmó el legislador. Pero la interpretación de los términos de la ley es necesaria, por lo que existe un "método" que permite que el juez pueda interpretar con plena objetividad y certeza, sin margen para sus valoraciones personales y para la arbitrariedad. Existe un cauce para convertir el significado dudoso en significado cierto. Esta visión del derecho y del razonamiento jurídico se impone en dos ámbitos en Alemania y en Francia. En Francia se promulgó en 1804 el Código Civil, el famoso Código de Napoleón, y a partir de él se impone a lo largo de todo el siglo XIX la llamada **Escuela de la Exégesis**.³²

Así, **Hans Kelsen** arranca del postulado de la separación entre ser y deber, *Sein* y *Sollen*, y mantiene que si una norma es jurídica, es porque tiene en su

³² En el código han de estar todas las respuestas, y la actividad del juez y del profesor de derecho deberá ser puramente exegética, fiel a la letra, plenamente respetuosa del sentido, casi siempre claro, de los preceptos. En caso de duda y de que se plantee un problema interpretativo, se da total prevalencia a la averiguación de la voluntad auténtica del legislador. Por detrás de la letra de la ley hay una voluntad que la ilumina sin margen para la incertidumbre. Ese positivismo estatista y logicista se tiñe en Alemania de ontologismo. En los estados alemanes no existe un código civil (entra en vigor en 1900), sino que el derecho es el derecho romano de la recepción, el derecho de Pandectas, hibridado con elementos de derecho común y con una fuerte impronta de reelaboración doctrinal. El lugar que en el razonamiento jurídico ocupa la pura ley positiva en el caso francés, lo ocupan en Alemania los conceptos jurídicos. La doctrina plenamente dominante se llamará allí Jurisprudencia de Conceptos. Por detrás de las normas jurídicas existiría todo un entramado sistemático de conceptos que son expresión de una especie de razón jurídica universal, que habría tenido su mejor reflejo en el derecho romano. Nociones como negocio jurídico, testamento, contrato, compra-venta, préstamo, etcétera, no serían puros nombres de coyunturales invenciones de un legislador, sino realidades ontológicas poco menos que intemporales, con su legalidad inmanente y con capacidad para combinarse y reproducirse, proveyendo solución a cualquier conflicto. Todo este planteamiento entra en crisis con el cambio de siglo. En Alemania, Jhering, primeramente defensor radical de la Jurisprudencia de Conceptos, insistirá en que el derecho no es un puro sistema de conceptos, sino vida social e historia, y que sólo desde las necesidades sociales puede entenderse y aplicarse, de modo que lo que importa si se quiere interpretar y aplicar correctamente, la norma es el fin al que ésta sirve. El ordenamiento jurídico positivo posee antinomias y, sobre todo, está lleno de lagunas. El legislador no pudo preverlo y regularlo todo, a lo que se suma que las sociedades cambian y surgen nuevas necesidades y situaciones que piden nuevas respuestas que en el código no se encuentran, o resulta injusto e inadecuado aplicar en todas las circunstancias la solución legal al pie de la letra. Así, los cánones de la interpretación, en su pluralidad y diversidad no conducen a una interpretación única, sirven para justificar interpretaciones y decisiones distintas y contrapuestas. Interpretar ya no es tanto conocer o averiguar, cuánto valorar y decidir; el referente de la sentencia correcta ya no lo proporciona un método de interpretación, sino que se busca, cuando se cree que es posible hallar alguno, en criterios sociológicos o de justicia. Es de destacar que, en esta época no se hablara de retórica, como componente del razonamiento jurídico y de los criterios de interpretación. Estos criterios de interpretación son un instrumento para que el jurista pueda motivar una sentencia lo más objetiva posible.

ser algo que la especifica frente al puro mandato, frente al acto de voluntad que la genera o el sentimiento psicológico que en sus destinatarios suscita. Ese algo más es un particular “sentido”, una impronta que se traduce en lo que se denomina “validez”. La validez de una norma jurídica proviene siempre de otra norma, concretamente de que cada norma válida lo sea porque ha sido creada con arreglo a una habilitación y un procedimiento establecidos en una norma superior del mismo sistema. En Kelsen es fundamental la distinción entre norma jurídica (*Rechtsnorm*) y proposición jurídica (*Rechtssatz*). Las normas jurídicas no son verdaderas o falsas, sino válidas o inválidas, pero las proposiciones jurídicas sí pueden calificarse en términos de verdad o falsedad. La ciencia jurídica realiza afirmaciones acerca de normas y de sus interpretaciones posibles, es puramente descriptiva y sólo se mantiene como ciencia en la medida en que describa sin valorar. Cuando el científico del derecho interpreta una norma se limita a poner de manifiesto sus posibles significados, pero no optará por ninguno de ellos como el mejor o más conveniente. Con esto, ¿nos alejamos de la retórica y de la lógica del razonamiento? El ver las normas como enunciados o como mandatos, el entender que pueden o no ser aplicables a ellas las categorías de verdadero o falso, enlaza con la posibilidad de construir o no una lógica jurídica y de que sea aplicable la lógica proposicional o tenga que diseñarse una específica lógica jurídica, que hagan mayor hincapié en la dimensión sintáctica, semántica o pragmática del lenguaje o discurso jurídico. En este contexto, nuestro sistema de justicia (como todos los que han imitado el modelo creado en la Revolución francesa) adoptó la creencia en la posibilidad de que el juez fije la creación de sentencias a una operación lógica (justificación deductiva), donde la ley sería la premisa mayor, el caso la premisa menor y la conclusión, fruto de la ligazón de las dos premisas (la parte dispositiva de la sentencia). Este sistema de motivación tiene un claro concepto de la calidad de las sentencias:

1. Él ha de aplicar la ley por igual (aunque el resultado fuera injusto), buscando la seguridad jurídica, al pretender que el derecho positivo se aplique aun cuando sea injusto.
2. La aplicación uniforme de un derecho injusto, su aplicación igual lo mismo hoy que mañana, su aplicación a unos y a otros, sin distinciones.

Este sistema de argumentación exige que el juez se apegue a la letra del texto legal, en el sentido más literal posible. Queda excluida cualquier posibilidad de interpretar la ley, porque permite que algunos reciban tratamiento diferente. La huella de este sistema existe en nuestra legislación mediante normas constitucionales y procesales que exigen en el juez una actitud formalista; se exige a los jueces motivar las sentencias y procesalmente se le exige cuando menos lo siguiente:

- a) No invocar más allá de lo establecido en la ley.
- b) No ir más allá de lo solicitado por las partes.
- c) Apoyarse sólo en pruebas que las existentes en el expediente.

Este modelo de argumentación jurídica deductiva garantiza un concepto de seguridad jurídica estricto: la ley se aplicará por igual sin distinguir casos que merezcan tratamiento diferente, sin importar la injusticia del resultado. En este método de argumentación, la literalidad de las palabras utilizadas en la norma es el punto de partida y el límite de la interpretación (exégesis). La

interpretación es una actividad de tipo cognoscitivo, que se trata de investigar y esclarecer el significado objetivo de los textos o la finalidad subjetiva de los autores. Se fundamenta en el dogma de que todo sistema jurídico es necesariamente completo (sin lagunas) y coherente (sin antinomias), de modo que se cree que toda controversia se ubica siempre en el dominio de una, y sólo una norma previamente establecida. Inclusive, la atribución de significado se realiza a partir del lugar que la disposición ocupa en el contexto normativo del que forma parte o del título o rúbrica que encabeza el grupo de artículos en el que aquélla se encuentra, ya que se piensa que la localización topográfica y los títulos de las disposiciones proporcionan información sobre su contenido. Con este método se atribuye a una norma el significado que corresponda a la voluntad de su autor o emisor. De ahí que se cuestione, ¿dónde puede encontrarse expresada la voluntad del legislador?:

- En el propio texto de la ley cuando es claro y preciso.
- En la exposición de motivos.
- En los informes de las comisiones legislativas.
- En los debates parlamentarios.
- En un cambio legislativo.

La teoría pura del derecho kelseniana concibe un derecho "puro", no influenciado por la política, la economía, la psicología, la religión. Para eso, es necesario distinguir el derecho de la moral, así como diferenciar los distintos tipos de normas que existen en las ciencias formales normativas, siendo el principal objeto de estudio de la teoría de Kelsen, las normas jurídicas. Conjuntamente, Kelsen hace un estudio del lenguaje jurídico: su carácter prescriptivo y descriptivo, para referirse a una norma jurídica lógica. De ahí que Kelsen considere que las normas jurídicas forman parte del "mundo del deber ser", y que por tanto, no existe una conexidad de "causa y efecto" de los hechos naturales, como ocurre con las leyes naturales de las ciencias empíricas, sino que el derecho formula sus proposiciones a través de una relación de "imputación" (no de causalidad), mediante el cual se establece una conexión entre la conducta (ilícita) con su respectiva sanción que debe ser.

Si se toma en cuenta que "interpretar y argumentar" significa explicar, esclarecer y, por ende, desentrañar el sentido de alguna cosa o de una expresión para descubrir lo que significa, y que "interpretar y argumentar una ley" es revelar el sentido que ésta encierra, ya sea atendiendo a la voluntad del legislador, al sentido lingüístico de las palabras que utiliza, o bien, al sentido lógico objetivo de la ley, como expresión del derecho cuando se considera que el texto legal tiene una significación propia e independiente de la voluntad real o presunta de sus autores, que se obtiene de las conexiones sistemáticas que existan entre el sentido de un texto y otros que pertenezcan al ordenamiento jurídico de que se trata u otros diversos, se concluye que, en la interpretación y argumentación de las normas jurídicas, además de concurrir las reglas generales destacadas, y dadas las especiales características derivadas de su materia y carácter supremo del órgano que las crea y modifica, entre otros, existen aspectos peculiares en la argumentación de tales normas que también pueden tomarse en cuenta, como los factores políticos, históricos, sociales y económicos, para entender su significado de la norma jurídica:

- Determinación de su validez.

- Determinación de los hechos del caso y su circunscripción en la norma jurídica aplicable.

III. SISTEMÁTICO (TEORÍA DEL PACTO SOCIAL, TEORÍA CONSTITUCIONAL)

Persuadir y convencer, para poder decidir.
HEGEL

Para la atribución de significado a una disposición jurídica, se tiene en cuenta el contenido de otras normas, su contexto. El problema es determinar cuál es el contexto de una disposición normativa. Este argumento pretende dar al enunciado que interpreta un significado sugerido o no impedido por el sistema jurídico del que forma parte. En virtud de la primacía de la Carta Magna, toda interpretación y argumentación debe ser sistemática en dos sentidos: porque si una disposición admite varios significados, en resguardo del principio de conservación de la norma adoptará la interpretación que concuerde con la Constitución: argumento a coherencia, y cualquier disposición del sistema debe interpretarse y argumentarse considerando a la Norma Máxima.

IV. ARGUMENTO A COHAERENTIA

Refútase a los que dicen que la elocuencia no necesita de la filosofía.
RAFAEL PRECIADO HERNÁNDEZ

Es aquél por el que dos disposiciones no pueden expresar dos normas incompatibles entre ellas; por ello, sirve tanto para rechazar los significados de un enunciado que lo hagan incompatible con otras normas del sistema, como para atribuir directamente un significado a un enunciado, ya que el argumento justifica no sólo la atribución de significados no incompatibles y el rechazo de significados que impliquen incompatibilidad, sino la atribución de aquel significado que haga al enunciado lo más coherente posible con el resto del ordenamiento.

V. ARGUMENTO PRAGMÁTICO

La prueba, es la parte del discurso que presta crédito, autoridad y soporte al caso, y puede ser irrefutable, rigurosa, de ejemplo y probable.
RAFAEL DE PINA

Justifica atribuir o rechazar un significado por las consecuencias favorables o desfavorables a las que conduce. Puede utilizarse de dos modos:

1. Negativo: justifica rechazar un significado porque convertiría una disposición en inútil.
2. Positivo: justifica atribuir un significado a un enunciado porque, de lo contrario, lo vaciaría de contenido.

VI. ARGUMENTO ANALÓGICO

Qué es más dificultoso, ¿acusar o defender?
CICERÓN

Justifica trasplantar la solución legalmente prevista para un caso a otro caso distinto, no regulado por el ordenamiento jurídico, pero que es semejante al primero. La mayoría de nuestras inferencias cotidianas proceden por analogía. Esta es la base de la mayoría de nuestros razonamientos ordinarios que van de la experiencia pasada a lo que sucederá en el futuro. Las analogías muchas veces se usan en forma argumentativa y no se deben confundir estos usos diferentes respecto a los principios universales del ser humano y del derecho. Los argumentos por analogía no se clasifican como válidos o inválidos; que son probables es lo único que se puede afirmar de ellos. La analogía se usa en la explicación, donde algo no familiar se hace inteligible por medio de una comparación con alguna otra cosa o circunstancia. Consecuentemente, el primer criterio para evaluar un argumento analógico es el número de entidades entre las que se instituye la analogía; un segundo es el referido al número de aspectos en los cuales, los casos involucrados se dice que son análogos; un tercero se refiere a que se pueden juzgar los argumentos analógicos a través de la fuerza de sus conclusiones con respecto a sus premisas, así como el que tiene que ver con el número de aspectos no análogos o diferencias entre las instancias mencionadas en las premisas. No obstante, conforme el artículo 14 constitucional, a contrario sentido, "en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata".

Problemas en el uso de la analogía.

- ¿Cómo se determina la existencia de una laguna?
- ¿Qué diferencia existe entre la analogía y la interpretación extensiva?
- En ocasiones la semejanza se da por evidente y no se fundamenta:
 - ¿Cuándo dos supuestos fácticos son análogos?
 - ¿Cuándo dos casos son semejantes?
 - ¿Cuándo dos leyes son semejantes?
- ¿Cómo debe reaccionarse ante un vacío legal?
- El legislador no ha querido regularlo:
- Argumentando a contrario: el caso no previsto no tiene la consecuencia establecida para el previsto.
- Interpretando extensivamente: no se reconoce la existencia de laguna.
- Utilizando la analogía.

VII. ARGUMENTO A PARTIR DE LOS PRINCIPIOS, VALORES O CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

"Tal como acontece con los meridianos, conforme se acercan al polo, la CIENCIA, la FILOSOFÍA y la RELIGIÓN, coinciden ineludiblemente al aproximarse al TODO".
SANTO TOMÁS

¿Qué es lo bueno y qué es lo malo? Este principio falla al depender de cada pueblo y época para determinar el parámetro de la justicia.³³ Si los hombres son iguales por naturaleza, pero a su vez, son muy distintos, esto conlleva a que en el positivismo jurídico se omitan ciertas desigualdades al otorgar derechos e imponer deberes. Entonces, ¿cuáles diferencias deben tenerse en cuenta y cuáles no? Este principio ante la ley se trata de un principio de juridicidad o legalidad (revolución francesa), al cual no le interesa que el ordenamiento sea justo o injusto. Así, para muchos, la monarquía es la única forma de gobierno natural justa (representación del creador en la tierra a través del monarca) vs. la democracia, que es la forma de gobierno por medio de la cual, se llega a la justicia y a la verdad, permitiendo libertades para tal objetivo, puesto que la diversidad de intereses humanos tarde o temprano provocan conflictos de intereses, para lo cual se plantean dos soluciones posibles: a) satisfacer a uno a costa del otro, b) equilibrio entre ambos. Si se entiende el valor supremo por la paz social, el equilibrio será la solución justa, así como el principio de la tolerancia, que va a ser el que permita la aplicación de sistemas de valores. Esto se logra a través de la democracia, que favorece la ciencia: La justicia es aquello bajo cuya protección puede florecer la ciencia, y junto con la ciencia, la verdad y la sinceridad. ¿Es la justicia la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia?:³⁴

- Para unos, es preferible un sistema económico libre, y para otros, una economía planificada (valor libertad individual o el valor seguridad económica de cada uno).
- Para algunos, la vida es el valor supremo; para otros no (pena de muerte, aborto, la violencia-guerra), ejemplos: para un esclavo no será tan simple decidir si vale más la vida o la libertad; ¿debe el médico que decirle la verdad al enfermo terminal o debe mentirle por **compasión**?; en ciertos casos, el justo puede ser infeliz y el injusto feliz.
- Al hombre sólo se le hace posible justificar los medios cuando logra determinado fin: "El fin justifica los medios; en cambio, los medios no justifican el fin"; "nuestra conducta se ve justificada por el fin último y supremo"; "la justificación de una conducta humana para lograr un fin, es una justificación condicional, pues depende de que el fin esté justificado o no (la democracia es una forma de gobierno justa, pues asegura la libertad individual)".

³³ La conducta humana es buena o justa cuando está determinada por normas que los hombres que actúan dentro de una sociedad pueden o deben desear que sean obligatorias para todos. Pero, ¿cuáles son esas normas: (jurídicas, sociales, morales, religiosas? La ética de la virtud: apunta hacia un sistema de virtudes/ valores entre las cuales, la justicia es la virtud más alta, la virtud perfecta, y ésta es el punto medio entre dos extremos llamados vicios: el vicio del exceso y el del defecto: "qué es lo bueno y qué lo malo". Las ideas/valores existen en el **mundo de las ideas/valores (iusnaturalismo)**: "la conducta justa del hombre". Si la naturaleza es creación divina, entonces serán sus normas expresiones de la voluntad divina, por lo que el derecho natural es de carácter metafísico (más allá de la física, de lo visible), y "el principio de justicia se halla en la razón humana".

³⁴ Valores deseables: éticos, estéticos, culturales, sociales y educativos.

Valores útiles: económicos, pragmáticos, políticos y de cambio.

Valores justos: justos, equitativos competentes, competitivos, premio, castigo.

- “**La conciencia del ser humano** no se contenta con justificaciones condicionales, sino que pide una justificación absoluta, es decir, que la conducta coincida con un valor absoluto”.
- La justicia absoluta en la religión y la metafísica, se basa en una autoridad sobrenatural inaccesible al conocimiento humano: el hombre cree en Dios, ser supremo de justicia absoluta (**iusnaturalismo religioso**), vs. hay quienes no aceptan la solución metafísica del problema de la justicia y tratan de definirla de manera racional y científica (**iusnaturalismo racional**): la justicia sociológica-económica es dar a cada cual lo suyo. Pero, ¿qué puede considerar cada cual lo suyo? Esto es útil para justificar cualquier orden social.

La autoridad estatal será quien determine qué es lo demasiado y qué lo poco; cuáles son los extremos y por ende la virtud situada entre ambos a través del positivismo jurídico: “lo bueno es aquello que es bueno para el orden social existente”, “la justicia es lo contrario de la injusticia, que es aquello injusto para el orden moral-social y el derecho positivo”. Así como es indispensable a la vida humana contar con una filosofía o una tabla de valores éticos, de igual modo, la vida jurídica carece de sentido y de significado, si no se relaciona con esos valores, principios universales o derechos humanos (eternos del ser humano), pues la práctica de profesión tan noble (abogacía humanizada) es parte de la vida humana socializada, es decir, de la filosofía jurídica. Ésta, investiga los fundamentos y los caracteres de su desarrollo y su valoración, según el ideal de justicia trazado por la razón. En consecuencia, la preparación del jurista no es completa, sino cuando une el conocimiento del derecho, la aptitud para comprenderlo, interpretarlo y argumentarlo, bajo un rigorismo científico-filosófico, que no podría alcanzar prescindiendo de la filosofía y la ciencia jurídicas.

El papel del abogado en el ejercicio de su profesión es una lucha de contrarios en el ámbito de lo posible, de lo plausible y de lo verosímil, en el que nada es exacto ni verdad, como lo sería para la ciencia jurídica. En esta lucha, el abogado cuenta, además de con la norma, con esa inteligencia de carácter sustancial que está presente en todos los conflictos interpersonales y sociales. Esta inteligencia se puede entender como la facultad que tiene la humanidad para razonar en común que, referida al derecho, se llama argumentación. Por tanto, ¿qué se espera pues del abogado rétor en el siglo XXI? Apela a una tarea muy definida: convertir los intereses particulares en valores razonables que se puedan identificar y argumentar ante el Ministerio Público y/o juez. Esta aptitud que se espera del profesional en el tratamiento racional de los valores ya se consideraba desde la antigüedad clásica cuando se entendía que la argumentación jurídica tenía dos subgéneros: la *argumentación racional* de los valores³⁵ y la argumentación legal de la norma; la primera, que se utiliza para

³⁵ Los valores son el grado de utilidad, justicia o buenas cualidades de algo. Se ha establecido una jerarquía o escala que se puede considerar universal, dividiéndolos de lo más abstracto a lo más concreto en: deseables en sí, útiles para otro fin y justos por naturaleza (equidad) o por ley. Son los valores útiles para otro fin: económicos, políticos, pragmáticos y de resultados y se encuentran entre los resultados de la ciencia, en la evolución, las cosas que requieren esfuerzo, la administración de bienes o el arte de gobernar. Son valoraciones probables y se tratan por medio del consejo o disuasión. En la jerarquía están los valores justos por naturaleza o por ley, la competencia, la competitividad, el premio o el castigo. Los

resolver las diferencias de valoración de los hechos, mientras que el legal estudia y resuelve las diferencias de interpretación de la ley que se pretenda aplicar a los hechos. Estas valoraciones se deciden en función del sistema de valores de la sociedad a la que el sujeto pertenece, son convenciones afectivas y orientan la decisión, la acción, los cambios de opinión y la conducta, en determinada dirección. Por eso, el entramado jerárquico que ordena los valores ayudará al abogado a entender cómo las personas relacionadas con el asunto: prefieren, estiman y dan importancia a los hechos, de ahí que justifica otorgar a un enunciado el significado sugerido por un principio, y satisfacer una laguna legal utilizando los principios.

Funciones:

- Integradora: en caso de laguna, la sentencia debe fundarse en los principios generales del derecho (artículo 14 Constitucional).
- Interpretativa: en caso de duda, la ley procesal debe interpretarse atendiendo a los principios constitucionales y a los principios generales del derecho procesal.

Problemas:

- ¿Qué son los principios?
- ¿Qué les diferencian de las normas jurídicas y de los fines del derecho?
- Si un principio no es positivo, no está conectado con ninguna disposición normativa, ¿cuál es su origen?
- Utilizamos el término “principio” para referirnos a cosas muy variadas.

Funciones de los principios:

- Fundamentadora del ordenamiento jurídico, y por ende, cuentan con eficacia derogatoria y directiva de las demás fuentes del derecho.
- Orientadora en la operatividad del derecho vigente, es decir, los intérpretes jurídicos no deben ignorarlos a la hora de cumplir esa tarea.
- Fuente supletoria o integradora del ordenamiento jurídico cuando falta la ley y la costumbre jurídica.

Características:

- Estándares.
- Permanencia, por necesidad.
- Desarrollan a los fines.

lugares de este tipo de valoración se encuentran en la moderación, la proporción, lo hecho conforme a derecho, la remuneración, aptitud o competencia. Entonces, la argumentación de los valores es una competencia que debe formar parte de la práctica jurídica y el conocimiento de los profesionales relacionados con el derecho, en su labor de intermediación y representación de los ciudadanos ante la ley. Estos valores son tan contingentes como las épocas y las personas y, como ellas, están en continuo cambio. Valores que antaño inspiraban determinadas conductas hoy pueden haber caído en desuso. Sin embargo, todo asunto y actividad que estos individuos realizan encierra un conflicto de valoraciones, es decir, de significados valorativos que requiere una técnica para su tratamiento. Pero ¿cómo actúan los valores en el derecho? En medio de esta relación entre los individuos y la justicia se halla el abogado, que está implicado en la resolución de los conflictos que ocasionan las diferentes valoraciones de los hechos para la toma de decisiones, tanto del cliente como del juez.

- Contradicción de principios, ambos son válidos, pero se determina por la importancia.
- Tienen una función explicatoria y justificatoria respecto a las normas.
- No establecen una decisión en particular, si no dan una razón que discurre en cierta dirección.
- Mandato de optimización, mandan la mejor conducta posible según sus posibilidades fácticas y jurídicas.

Principios:

– Principios.

- El que afirma, tiene la carga de probar.
- En caso de duda debe absolverse.
- Donde la ley no distingue no debemos distinguir.
- El particular puede hacer todo aquello que no le está prohibido.
- La autoridad sólo puede realizar lo que le está permitido.
- Invariabilidad de la litis.

Fines:

- Bien común.
- Justicia.
- Seguridad.

Principios del derecho:

- *Lex posterior derogat legi priori.*
- *Lex specialis derogat legi generali.*
- *Res judicata pro veritate habetur*
- *De minis non curat praetor (iudex, fiscalis).*
- *Ne ultra petita.*
- *Et audiatur altera pars.*
- *In dubio pro reo.*
- *In dubio pro libertate*
- *Quisquis praesumitur bonus.*
- *Venire contra factum proprium.*
- *Non est tolerabilis ignorantia in ipso proprio.*
- *Proprium factum nemo impugnare potest.*
- *Ubi eadem est ratio, idem jurs.*
- *Tantum devolutum, quantum appellatum.*
- *Confessus pro iudicato habetur.*
- *Nemo tenetur edere contra se.*
- *Confessio soli confitenti nocet.*
- *Ubi lex non distinguit, nec nostrum est distinguere.*
- *Non sunt iudicandae leges.*
- *Nemo debet bis vexari*

- *Pro una et eadem causa.*
- *Non bis in idem*
- *Probatio vincit praesumptionem*
- *Dura lex sed lex.*
- *Expressa nocent, non expressa non nocent.*
- *Nullum crimen, nulla poena sine lege.*

Valores: acción, actitud, adaptación, alegría, amistad, amor, autodominio, autoestima, autonomía, autorregulación, bien, belleza, bondad, civilidad, compasión, comunicación, conciencia, confianza, convicción, cooperación, cortesía, creatividad, cultura, diálogo, dignidad, disciplina, diversidad, equidad, esfuerzo, esperanza, éxito, familia, felicidad, fortaleza, generosidad, gratitud, honestidad, humanidad, humildad, identidad, igualdad, independencia, iniciativa, innovación, inteligencia, justicia, lealtad, legalidad, libertad, naturaleza, paciencia, participación, patriotismo, paz, perdón, perseverancia, respeto, responsabilidad, sabiduría, salud, sinceridad, sociedad, solidaridad, templeanza, tolerancia, trabajo, unidad, urbanidad, valentía, verdad.

Ciudadanía, política, Estado, poder-ideología, formas de gobierno, Estado de Derecho, orden jurídico, ley.	
Autor	Lectura
Platón	Apología de Sócrates
Aristóteles	Ética Nicomáquea
Plutarco	Vidas Paralelas - Licurgo y Numa
San Mateo	Evangelio
San Agustín	Confesiones
Maquiavelo	El Príncipe
Thomas Moro	Utopía
Montaigne	Ensayos
J.J. Rousseau	El Contrato Social
Declaración de Independencia de EE.UU	
Declaración francesa de los derechos del hombre y de los ciudadanos	
Jay Hamilton, y Madison	El Federalista
K. Marx y F. Engels	Manifiesto del Partido Comunista.

Antiguo testamento	Isaías
Homero	La Ilíada
Sófocles	a) Edipo Rey, b) Ajax
Herodoto	Los nueve libros de la historia
Marco Aurelio	Soliloquios
Thomas Hobbes	Leviatán
Blas Pascal	Pensamientos
Immanuel Kant	Fundamentación de la metafísica de las costumbres
John Stuart Mill	Sobre la libertad
Familia, educación, libertad, vida, lenguaje, cultura.	Obra
Antiguo testamento	Eclesiastis (Qohelet)
Eurípides	Las diecinueve tragedias
Platón	La República
Aristóteles	Política
Tomas de Aquino	Summa teológica
Shakespeare	Hamlet
John Milton	Aeropagítica
John Locke	Ensayo sobre el Gobierno Civil
F. Nietzsche	Más allá del bien y el mal
Alexis de Tocqueville	La democracia en América
Octavio Paz	El Laberinto de la soledad
Antiguo Testamento	Proverbios-Salomón
Eurípides	Medea
Herodoto	Los nueve libros de la historia
Sófocles	Electra
Aristóteles	Hermenéutica, El Organón
San Agustín	Confesiones
Hipócrates	a) Juramento, b) Aforismos
Dante	La divina comedia
Cervantes	Don Quijote
Berkeley	Principios del conocimiento Humano
Darwin	El origen de las especies
Tolstoi	La guerra y la paz
Vicio, violencia, mal, dolor, salvajismo-barbarie, tiranía y despotismo.	Obra
Antiguo Testamento	Génesis
Eurípides	Las troyanas de Eurípides
San Agustín	Confesiones
Shakespeare	La comedia de errores
Milton	Paraíso perdido
Hegel	Filosofía de la historia
Kierkegaard	Temor y temblor
Dewey	Experiencia y educación
Espinoza	La ética
Kant	Crítica de la Razón Pura.

Ciencia-humanidades, naturaleza del universo, religión y teología, ley divina (naturaleza de Dios), naturaleza y persona (lugar del ser humano en el universo): identidad, alma e inmortalidad, amistad, honor, moral y carácter lúdico, placer, bien, paz, virtud, verdad, amor, ética, valores, valentía, tolerancia, conocimiento, mente y materia, ideas y pensamiento, aprendizaje, conductismo, dualismo y destino vs. libre albedrío, predicción.	Lectura
Antiguo Testamento	Job
Platón	Fedón
Aristóteles	Tratado del alma
Virgilio	Eneida
Tomás de Aquino	Suma teológica
Shakespeare	La comedia de las equivocaciones y la violación de Lucrecia
Cervantes	El Quijote
Berkeley	Principios del conocimiento humano
Darwin	El origen de las especies
Moisés	Levítico - Éxodo
Shakespeare	Otelo
Locke	Trabajo sobre el gobierno civil
A. Smith	La riqueza de las naciones
Bergson	Introducción a la metafísica
Antiguo Testamento (Jueces)	Samuel
Descartes	Meditaciones sobre la 1era. filosofía
Moliere	Tartufo
Montesquieu	El espíritu de las leyes
Hegel	Filosofía del derecho
Darwin	El origen de las especies
George Orwel	Rebelión de la granja
Antiguo Testamento	Eclesiástico
Antiguo Testamento	Sabiduría - Sirácides
Aristófanes	Las tesmoforias
Platón	Gorgias
San Agustín	La doctrina cristiana
Shakespeare	Otelo
Locke	Carta sobre la tolerancia
A. Smith	La riqueza de las Naciones Unidas
David	Salmos
Aristófanes	Pluto
Aristóteles	Retórica
Descartes	Meditaciones metafísicas
Newton	Principios matemáticos de Filosofía

	natural
J.S. Mill	Utilitarismo
William James	Principios de psicología
(Reyes, Jeremías, Ezequiel, Daniel y otros profetas menores)	
Tomas de Aquino	Surnma teológica
John Locke	Ensayo sobre el entendimiento humano
J.S. Mill	Consideraciones sobre el gobierno representativo
Platón	El sofista. (las leyes)
Evangelio según San Juan	
Epístola de Pablo a los romanos	
San Agustín	La ciudad
Descartes	Reglas para la dirección de la mente
Montesquieu	El espíritu de las leyes
Antiguo Testamento	Lamentaciones
Nuevo Testamento	Apocalipsis
Platón	Timeo
San Pablo	Primera carta a los corintios
Shakespeare	La primera parte del Rey Enrique IV
Cervantes	Don Quijote
Kant	Crítica del juicio
Marx	El capital
Trabajo, riqueza, ahorro vs. pobreza	Obra
Moisés	Deuteronomio
Salomón	Cantar de los cantares
Aristóteles	Sobre las partes de los animales Generación de los animales
Virgilio	Égoglas- Bucólicas
San Pablo	a) A los romanos, b) A los corintios
Shakespeare	Romeo y Julieta

Para la concreción de las teorías, corrientes o escuelas filosóficas a través del **Estado**, la tradición occidental ha confiado cierto número de **garantías al ciudadano**, a partir de las revoluciones inglesas, norteamericanas y francesas, por lo que se consideran las siguientes generaciones de derechos humanos.

Primera generación: son los derechos civiles y políticos, vinculados con el principio de libertad. Generalmente se consideran derechos de defensa o negativos, que exigen de los poderes públicos su inhibición y no injerencia en la esfera privada.

Segunda generación: son los derechos económicos, sociales y culturales, que están vinculados con el principio de igualdad.

Tercera generación de derechos: se vincula con la solidaridad. Los unifica su incidencia en la vida de todos, a escala universal, por lo que precisan para su realización una serie de esfuerzos y cooperaciones en un nivel planetario: derechos heterogéneos como el derecho a la paz, a la calidad de vida.

Cuarta generación: se consideran algunos derechos de la tercera generación y los incluyen en la cuarta, como el derecho al medio ambiente o aspectos

relacionados con la bioética (las nuevas tecnologías), la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto de los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma, religión.

Quinta generación: reivindicaciones de diferentes grupos sociales: derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, propios de los movimientos obreros y antiesclavistas; los derechos de los pueblos y sectores diferentes, incluyendo las luchas de descolonización y feministas; los ambientales, que define como derechos las generaciones futuras, y los relativos al control del cuerpo y la organización genética de uno mismo, enfrentados a la mercantilización del interior de la vida (derechos de la cuarta generación).

Los principios universales han sido positivados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la siguiente manera:

Garantías de igualdad

- Titularidad de las garantías por todos los gobernados (arts. 1° y 33, Const.).
- Igualdad humana (proscripción de la esclavitud) (arts. 1° y 15, Const.).
- Derecho de educación (art. 3° Const).
- Derecho a recibir educación pública gratuita (art. 3D, frac. IV, Const.).
- Derechos a la libertad de cátedra, de examen y libre discusión de las ideas (art. 3D, frac. VII, Const.).
- Igualdad entre el varón y la mujer (art. 4°, Const.).
- Derecho de procreación (art. 4°, Const.).
- Derecho a la protección de la salud (art. 4°, Const.).
- Derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar del ser humano (art. 4°, Const.).
- Derecho a tener una vivienda digna y decorosa (art. 4°, Const.).
- Derecho de los niños a su protección jurídica (art. 4°, Const.).
- Igualdad social (proscripción de títulos nobiliarios) (art. 12, Const.).
- Igualdad del gobernado ante la ley (art. 13, Const.).
- Igualdad de los gobernados ante los órganos judiciales (arts. 13 y 17, Const.).
- Igualdad en materia de percepción de emolumentos por trabajos públicos (art. 13, Const.).
- Proscripción de fueros (art. 13, Const.).
- Vigencia del fuero de guerra frente a todos los miembros de la milicia (art. 13, Const.).
- Igualdad de las iglesias ante la ley (arts. 24 y 130, Const.).
- Igualdad tributaria (arts. 28 y 31, frac. IV, Const.).
- Igualdad de los gobernados frente al decreto de suspensión de garantías (art. 29, Const.).

- Garantía de que los organismos gubernamentales de derechos humanos velen por el respeto de los derechos del hombre (art. 102, apartado B, Const.).
- Igualdad de las iglesias y asociaciones religiosas, frente al gobierno del Estado (art. 130, Const.).

Garantías de libertad

- Libertad ocupacional (art. 5º, Const.).
- Libertad de trabajo digno y socialmente útil (arts. 5º y 123, Const.).
- Libertad de expresión oral de las ideas (arts. 3º, Const.).
- Libertad de prensa (art. 7º, Const.).
- Derecho de petición (art. 8º, Const.).
- Derecho a recibir una respuesta a la petición formulada (art. 8º, Const.).
- Libertad de asociación (art. 9º, Const.).
- Libertad de reunión (art. 9º, Const.).
- Posesión de armas para la defensa de los gobernados en su domicilio particular (art. 10, Const.).
- Libertad de tránsito en su modalidad de entrar al país (art. 11, Const.).
- Libertad de tránsito en su modalidad de salir del país (art. 11, Const.).
- Libertad de tránsito en su modalidad de viajar por el país (art. 11, Const.).
- Libertad de tránsito en su modalidad de cambiar de residencia (art. 11, Const.).
- Libertad de profesar una creencia religiosa (art. 24, Const.).
- Libertad de cultos (arts. 24 y 130, Const.).
- Libre concurrencia en materia económica (arts. 26 y 28, Const.).

Garantías de propiedad

Estas garantías protegen el derecho real por excelencia frente a las autoridades públicas, permitiendo que los gobernados detenten bienes bajo el concepto de propiedad privada, así como regulándose otras clases de propiedad, como la rural (art. 27, Const.). Estas garantías de propiedad aseguran el ejercicio de derecho real por parte de las personas físicas nacionales y extranjeras (art. 27, frac. 1, Const.), así como por parte de diversas personas morales, como las de índole religiosa, las sociedades mercantiles y las morales oficiales. Asimismo, se regula la posibilidad de que los países extranjeros adquieran bienes raíces en México.

Garantías de seguridad jurídica

Las garantías de seguridad jurídica representan la certeza en el derecho, por lo que imponen un cúmulo de obligaciones de hacer a cargo del gobierno del Estado, para que las autoridades constitucionales puedan afectar al gobernado con los actos que de ellas emanan.

- Seguridad en cuanto a la situación jurídica en el proceso penal (arts. 14-22, art. 73, frac. XXII, art. 89, frac. XIV, art. 109, art. 119, Const.):

No aplicación retroactiva de la ley, garantía de audiencia, exacta aplicación de la ley penal, garantía de legalidad en materia procesal civil (*lato sensu*), garantía de legalidad en general, protección a la libertad deambulatoria frente a autoridades judiciales y administrativas, protección del domicilio del gobernado frente a autoridades en materia penal, protección a la intimidad en comunicaciones (serie de garantías en materia de intervención de comunicaciones privadas), protección del domicilio del gobernado en materias administrativa y fiscal, tutela de la correspondencia, protección del domicilio del gobernado ante autoridades militares, aplicación del derecho por tribunales estatales, derecho de acción en materia civil (*lato sensu*), resolución de los juicios en los términos legales, garantía de administración de justicia pronta, completa, imparcial y gratuita, protección a la libertad personal frente a procesos penales, readaptación social del delincuente, traslado al país de reos nacionales que se encuentren purgando penas en el extranjero, traslado de reos extranjeros a su país de origen, cuando se encuentren purgando penas bajo las normas del sistema penitenciario mexicano, substanciación del proceso penal por el delito inscrito en el auto de formal prisión, protección de la integridad física (proscripción de la tortura), no ser obligado a declarar, prohibición de la incomunicación, intimidación o tortura para rendir declaración, garantía del ofrecimiento de pruebas en el proceso penal, garantía de ser juzgado en audiencia pública, garantía de recepción de elementos para su defensa, garantía de la brevedad en la solución de los procesos penales, garantía de información de los derechos del procesado, garantía de defensa en materia procesal penal, derecho a que su defensor lo asista en todas las diligencias del proceso penal, garantías de la víctima, competencia de la autoridad judicial en materia de imposición de penas, investigación de delitos por el abogado, límite a la imposición de sanciones por infracción a reglamentos administrativos e imposición de ellas por autoridad administrativa, protección de la vida, límite de instancias en materia procesal penal, garantía de no ser juzgado dos veces por el mismo delito, garantía de no absolver de la instancia en materia penal, garantías en relación a la emisión del decreto de suspensión de garantías, garantía de la amnistía, garantía del indulto, garantía de la no imposición de una sanción por responsabilidad oficial dos veces por la misma conducta, garantías en materia de extradición, etcétera.

VIII. ARGUMENTOS DEDUCTIVOS E INDUCTIVOS (LÓGICA VS FALACIAS-VICIOS)

"En el argumento se recurre a las operaciones lógicas del pensamiento a partir de premisas generales o particulares, con el fin de garantizar la verdad en la interpretación y argumentación de la norma."

LUCAS ALAMÁN

De lo general a lo particular (deductivo); de lo particular a lo general (inductivo). Para ello, se ha de contar con un razonamiento apropiado y evitar las falacias, que son errores en los que todos podemos incurrir en el curso de nuestros razonamientos. Así como en las carreteras se ponen señalamientos de advertencia para que el viajero evite los diferentes riesgos que se le pueden presentar, los nombres y descripciones de las falacias se saben concebir como las señales de advertencia colocadas en nuestro camino hacia la elaboración

de razonamientos correctos. Comprender estos errores y el desarrollo de la habilidad para analizarlos es muy útil, pero no hay una forma mecánica para detectar falacias, por lo que debe estar muy atento a evitar esos riesgos. Estos vicios argumentativos pueden surgir desde la estructura del lenguaje del legislador, donde encontramos signos descriptivos y signos lógicos. Los signos descriptivos, son objetos extra lingüísticos, que designan objetos, personas, cosas, eventos o predicados que denominan atributos. El significado de cada signo descriptivo debe interpretarse en forma sistemática y no aislada, más aún, los jurídicos, incluso, para colmar lagunas jurídicas, es decir, pues ninguno de los enunciados normativos del sistema jurídico contempla los hechos del caso; ampliar el campo de aplicación de algún enunciado hasta incluir en su supuesto de hecho el caso a resolver.

1. Falacia de argumentos falsos. Argumentos que nos hacen creer verdades, que en realidad son falsas. Las falacias son peligrosas en la argumentación. A veces, los argumentos jurídicos fracasan porque su enunciación contiene palabras o frases ambiguas, cuyos significados cambian en el curso del argumento, ocasionando así una falacia. Un argumento trata de establecer la verdad de su conclusión. Hay muchas formas en las que puede equivocarse el razonamiento; muchos tipos de errores que se pueden cometer en un argumento. Así, los argumentos pueden fallar en ese propósito: en suponer alguna proposición falsa como una de las premisas del argumento, o en el intento de establecer la verdad de su conclusión y sus premisas no la impliquen. La falacia es un desatino del razonamiento. Son errores típicos que florecen frecuentemente en el discurso ordinario y que toman inválidos los argumentos en los cuales afloran. La falacia también se refleja en argumentos que, aun cuando sean incorrectos, resultan persuasivos de manera psicológica. La falacia es como un tipo de argumento que puede parecer correcto pero que demuestra, luego de examinarlo, que no lo es.
2. Falacias de atinencia. Cuando un argumento reposa en premisas que no son acertadas para su conclusión y, por tanto, no pueden instaurar de manera apropiada su verdad, la falacia cometida es de atinencia.
3. Existe el argumento por la ignorancia, que es el error que se realiza cuando se argumenta que, una proposición es verdadera sobre la base de que no se ha probado su falsedad, o a la inversa, de que es falsa porque no se ha tratado su verdad. Existen muchas proposiciones falsas cuya falsedad aún no se ha probado y de que existen muchas proposiciones verdaderas cuya verdad no se ha demostrado. Entonces, nuestra ignorancia sobre cómo refutar una proposición no establece su verdad ni su falsedad.

4. Accidente. Estas falacias manan como resultado del uso descuidado o deliberadamente exagerado de generalizaciones. En la mayoría de los casos, confiamos en enunciados generales acerca de cómo son las cosas o cómo actúa en general la gente. Pero aun cuando los enunciados generales sean del todo verosímiles, debemos tener cuidado de no aplicarlos en forma tan rígida a casos particulares. Las circunstancias alteran los casos, por lo que una generalización que es verdadera puede no aplicarse a un caso dado, por buenas razones que tienen que ver con las circunstancias especiales o accidentales del caso. Cuando aplicamos una generalización a casos individuales, de manera impropia comentemos la falacia de accidente. Entonces, las generalizaciones tienen excepciones respecto a las cuales debemos estar en guardia. Los principios del derecho que son válidos en general, en ocasiones tienen excepciones identificables como tales.
5. Anfibología. Esta falacia nace cuando se discute a partir de premisas cuyas formulaciones son ambiguas a causa de su construcción gramatical. Un enunciado es anfibológico cuando su alcance está indefinido, debido a la forma en que se ordenan sus palabras. Un enunciado de este tipo puede ser verdadero bajo una interpretación y falso bajo otra. Cuando se enuncia en las premisas bajo la explicación que lo hace verdadero y se extrae una conclusión donde se recurre a la interpretación que lo hace falso, se comete esta falacia.
6. Acento. Un argumento puede ser engañoso y no válido cuando el cambio de significado dentro de él surge a partir de cambios de énfasis en las palabras o en sus partes. Cuando una premisa consigue su significado de un posible énfasis, pero la conclusión que de ella se obtiene descansa en el significado de las mismas palabras enfatizadas en forma diferente, se comete esta falacia.
7. Falacia de vaguedad (antinomia). Tiene que ver con los confines del significado. Se trata de vocablos análogos cuyo postulado en parte se sobrepone y se embrolla, es decir, es indefinido. Por ejemplo: posesión y portación. Surge en los significados asignables, de ahí que cuando surge un conflicto entre el posible significado de una disposición constitucional y una de carácter secundario, los órganos ministeriales y jurisdiccionales suele adoptar el procedimiento llamado “procedimiento conforme”, a través del cual se confrontan los distintos significados atribuibles a la disposición. Consiste en que el enunciado es susceptible de ser entendido con diferentes significados incompatibles: optar por uno de ellos justificando por qué al enunciado no se le asigna cualquiera de los otros significados posibles; no redundar.

8. Falacia de ambigüedad. Admite una multiplicidad de significados. Así, un término es ambiguo cuando asume diversos campos de referencia, de tal forma que debemos dilucidarlo, atendiendo al método sistemático y no literal. Debemos desentrañar el enunciado en conjunto y no así las palabras.
9. Falacia escéptica de la interpretación (realismo jurídico-socio-lógico). Sostiene que la interpretación es una actividad de valoración y decisión de opciones interpretativas y no de conocimiento. Se funda en la opinión de que, toda palabra puede tener el significado que cada intérprete le dé, por lo que todo texto jurídico puede ser entendido de muy diversas maneras (valoración). Asimismo, estima que los sistemas jurídicos no son ni completos ni coherentes, por lo que los jueces tienen que crear derecho, inclusive, combinado hasta cuestiones de cuestión de valores.

IX. MÉTODO ARGUMENTATIVO HISTÓRICO

Este argumento refiere a un enunciado el mismo significado que tradicionalmente se le ha dado. Puede efectuarse en dos usos:

1. Uso estático
 - a) Se prevé que el legislador es conservador, y aunque reforme la legislación, su intención es no apartarse de la naturaleza de la materia regulada.
 - b) El significado se justifica alegando que ese es el modo tradicional de entender la regulación sobre esa materia.
2. Uso dinámico
 - a) Toma la historia de las instituciones jurídicas desde una perspectiva dinámica, como un proceso de cambio continuo.