



Universidad Autónoma de Querétaro
 Facultad de Derecho
 Doctorado en Derecho



ELEMENTOS DEMOCRÁTICOS EN LA CREACIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO

Opción de titulación
Tesis

Que como parte de los requisitos para obtener el Grado de
 Doctorado en Derecho

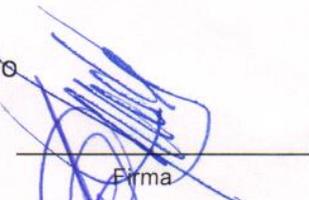
Presenta:

Efraín de Jesús Gutiérrez Velázquez

Dirigido por:

Dr. José Fernando Vázquez Avedillo

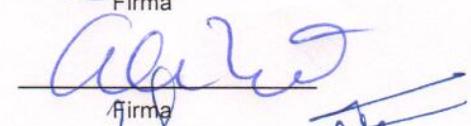
Dr. José Fernando Vázquez Avedillo
 Presidente


 Firma

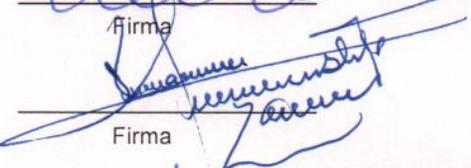
Dra. Gabriela Aguado Romero
 Secretario


 Firma

Dra. Alina del Carmen Nettel Barrera
 Vocal


 Firma

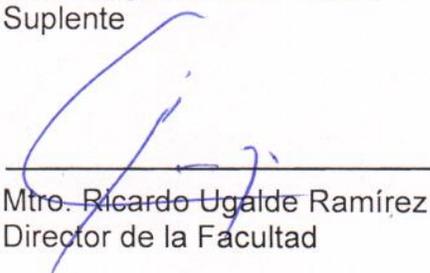
Dr. Juan Austreberto de la Cruz Zamudio
 Suplente


 Firma

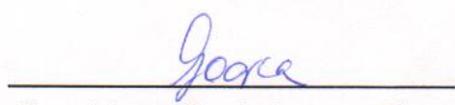
Dra. Margarita Cruz Torres
 Suplente


 Firma

Mtro. Ricardo Ugalde Ramírez
 Director de la Facultad



Dra. Ma. Guadalupe Flavia Loarca Piña
 Director de Investigación y Posgrado



Centro Universitario
 Querétaro, Qro.
 Octubre de 2018

RESUMEN

El presente producto de investigación aborda el problema de la legitimación del derecho desde una perspectiva de la filosofía jurídica, política y de la teoría social. Se plantea el problema de la falta de conectividad del sistema jurídico con las aspiraciones sociales de una nación. Para ello se presenta el desarrollo de la tesis en cinco capítulos que refieren, primero, al asunto de la verdad en general desde un plano filosófico, su descripción a la verdad jurídica y finalmente a la teoría discursiva de la verdad y una propuesta final de concepto de verdad jurídica; segundo, desde la filosofía jurídica se analiza la postura de cinco corrientes del pensamiento jurídico en relación a la producción normativa y cómo la legitiman, a saber, el iuspositivismo, el iusnaturalismo, el iusrealismo, el iusmarxismo y el neocontractualismo; tercero, desde la teoría social se explica y correlaciona a la legitimación social del derecho con el poder político, el poder económico, la cultura, y las consecuencias sociales que acarrea la ilegitimidad de éste; cuarto, se describen y explican desde la perspectiva jurídica los principales modelos democráticos, mismos que se vinculan con el tópico de la legitimación del derecho para luego determinar qué grado de contribución tienen éstos en lograr el consentimiento social de las normas y; quinto, se realiza una contrastación dialéctica entre las escuelas filosóficas democráticas y jurídicas, respecto de la producción normativa y su legitimación, proyectando las bondades y elementos cuestionables de cada una de ellas, contribuyendo lo anterior para que se presente un sistema integrador de democracia jurídica que embone las ventajas de cada uno para llegar a la formulación de tres presupuestos teóricos básicos: el objeto de una democracia jurídica, los sujetos de ésta y la agenda y su funcionamiento. Se concluye con un concepto de verdad jurídica, dialógica y discursiva; se afirma que existe una ilegitimidad del sistema jurídico por el dominio de poderes facticos y la flaqueza de la representación política; se cuestionan, pero también se estiman viables algunos componentes de las teorías jurídicas y democráticas, de las que se reconstruye un sistema y concepto de democracia jurídica.

Palabras clave: soberanía, democracia, creación normativa, verdad jurídica y democracia jurídica.

SUMMARY

The present research product addresses the problem of the legitimation of law from a perspective of legal philosophy, politics and social theory. The problem of the lack of connectivity of the legal system with the social aspirations of a nation is raised. To this end, the development of the thesis is presented in five chapters that refer, first, to the issue of truth in general from a philosophical point of view, its description to legal truth and finally to the discursive theory of truth and a final proposal of concept of legal truth; second, from legal philosophy the position of five currents of legal thought in relation to normative production and how they legitimize it is analyzed, namely, iuspositivism, natural law, iusrealism, iusmarxism and neocontractualism; third, from the social theory is explained and correlated to the social legitimization of the right with the political power, the economic power, the culture, and the social consequences that the illegitimacy of this one brings; fourth, the main democratic models are described and explained from the legal perspective, which are linked to the topic of the legitimation of the right and then determine what degree of contribution they have in achieving the social consent of the norms and; fifth, there is a dialectical contrast between democratic and legal philosophical schools, regarding normative production and its legitimacy, projecting the benefits and questionable elements of each of them, contributing the above to present an integrating system of legal democracy that embeds the advantages of each to arrive at the formulation of three basic theoretical assumptions: the object of a legal democracy, the subjects of this and the agenda and its operation. It concludes with a concept of legal truth, dialogical and discursive; it is asserted that there is an illegitimacy of the legal system due to the dominion of factual powers and the weakness of political representation; they question, but some components of legal and democratic theories are also considered viable, from which a system and concept of legal democracy is reconstructed.

Key words: sovereignty, democracy, normative creation, legal truth and truth democracy.

AGRADECIMIENTOS

A la posibilidad natural de existir y poder disfrutar del conocimiento.

A mis padres y a mis hermanos por su incesante apoyo y estímulo en mi formación profesional y en mi carrera académica.

A mi esposa Erika y a mis entrañables Efrén y Kenya, que representan la principal razón de mis esfuerzos, por su comprensión y entrega diarias.

A mis compañeros del doctorado, por sus consejos y recomendaciones para culminar con este trabajo.

A los doctores José Fernando Vázquez Avedillo y Raúl Ruiz Canizales, por sus orientaciones para llevar a buen término este producto.

A todos mis amigos de Ocotlán, Colotlán, Guadalajara y Querétaro, que siempre me manifestaron su preocupación sentida y ayuda incondicional para finalizar esta tesis.

DEDICATORIAS

Con el placer de haber aprendido de sus caracteres y personalidades, dedico este humilde trabajo a los que sin encontrarse aquí, siguen presentes en mis decisiones y en mi consciencia:

- Efrén Gutiérrez Páez †
- Juan Manuel Díaz Macías †
- Mario Alberto Lugo Ortega †

ÍNDICE

	Pág.
Resumen	II
Summary	III
Agradecimientos	IV
Dedicatorias	V
Introducción	1

CAPITULO 1

LA VERDAD JURÍDICA COMO FUNDAMENTO DE LEGITIMACIÓN DEL DERECHO.

1.1. Planteamiento filosófico de la verdad	5
1.2. Acepciones de la verdad	8
1.3. La verdad en la ciencia jurídica	14
1.4. Teoría discursiva de la verdad	19

CAPITULO 2

LA PRODUCCIÓN NORMATIVA DEL DERECHO Y SU LEGITIMACIÓN DESDE LAS TEORÍAS DEL PENSAMIENTO JURÍDICO.

2.1 La justificación de la legitimación del derecho	23
2.2 La legitimación normativa del derecho	25
2.3 La legitimación del derecho en su producción normativa, a la luz de las corrientes filosófico-jurídicas	34
2.3.1 Iuspositivismo	38
2.3.2 Iusnaturalismo	46
2.3.3 Iusmarxismo	50
2.3.4 Iusrealismo	55
2.3.5 Neocontractualismo	58

CAPITULO 3
LA DESLEGITIMACIÓN DEL DERECHO CONTEMPORÁNEO DESDE
LA TEORÍA SOCIAL

3.1 Una visión social del derecho: de lo moderno a lo posmoderno	64
3.2 El derecho y su responsabilidad frente al poder económico	70
3.3 El Poder político como fuente de invalidación del derecho	74
3.4 El derecho estatal como un producto cultural	78
3.5 La identidad jurídica como un proceso social inacabado	81
3.6 Consecuencias sociales de la deslegitimación del derecho	84

CAPITULO 4
EL PARADIGMA DE LA DEMOCRACIA POLÍTICA EN LA
PRODUCCIÓN NORMATIVA DEL DERECHO.

4.1 Legitimación democrática del Estado y del derecho	87
4.2 Análisis de modelos democráticos frente a la creación de sistemas jurídicos	100
4.2.1 Democracia cualitativa y cuantitativa	101
4.2.2 Pluralismo democrático	103
4.2.3 Democracia representativa	105
4.2.4 Democracia participativa	109
4.2.5 Democracia deliberativa	112
4.2.6 Democracia como sistema de vida	114

CAPITULO 5
APROXIMACIONES PARA UN SISTEMA INTEGRADOR DE
DEMOCRACIA JURÍDICA

5.1 Contrastación con las teorías de la filosofía jurídica	117
5.2 Contrastación con las teorías de la filosofía democrática	121

5.3	Hacia un sistema integrador de Democracia Jurídica	124
5.4	Directrices primarias para un sistema integrador de la Democracia Jurídica	128
	Conclusiones	140
	Bibliografía	144

∴

INTRODUCCIÓN

El programa educativo del doctorado en derecho, del que el suscrito aspira titularse, es de una naturaleza de investigación básica, por lo que la búsqueda y selección del tema se centra en una línea que no propiamente es de carácter profesionalizante.

De acuerdo al planteamiento del problema, se considera que en éste yace la relevancia, en el sentido de que trata de adentrarse en la filosofía del derecho, tratándolo de comprender, entender y dimensionar en su más pura esencia y naturaleza social. Es por lo que, dentro de la filosofía jurídica resulta de trascendental importancia arribar al campo de la creación misma de la norma jurídica, que para algunos juristas se considera como la simple discusión, aprobación y promulgación del derecho.

¿Cómo es que se justifica el nacimiento de la norma pública?, es prioridad para la ciencia jurídica y la epistemología. Establecer científicamente a quién le asiste, desde una perspectiva ética y racional, el derecho creacional de las normas jurídicas, implica describir y explicar la naturaleza misma de la legitimación del derecho.

A la luz de la filosofía política y de las diferentes corrientes contemporáneas del pensamiento jurídico, existe una intensa teorización y discusión sobre a quién le corresponde construir y moldear el marco jurídico de una sociedad: a sus poderes públicos o a sus pueblos. En ello estriba la importancia de ésta línea de investigación, pues hasta el día de hoy algunos sostienen que el derecho debe estar validado por los poderes públicos, y otros, que debe estar legitimado por el consentimiento social. Lo resaltante es que se den las razones científicas y filosóficas para determinar su validez o legitimidad para ser aplicable en una nación. Y en ese sentido lo vanguardista de esta investigación es que se centra principalmente en la búsqueda de soluciones desde

la filosofía jurídica y no la búsqueda de la solución jurídica desde otras disciplinas sociales.

A través de esta investigación se plantean una serie de resultados teóricos que además de aclarar el lazo estrecho que existe entre la comunidad social y el derecho, se están dando algunas respuestas a problemas de falta de legitimidad en la representación política, que inexorablemente hoy se encuentran en crisis. Si algo es preocupante en esta generación, es que, desde las disposiciones jurídicas, la sociedad no haya encontrado en el derecho las suficientes respuestas para cumplir con felicidad sus planes y proyectos de vida; y en ese sentido, el derecho debe encontrar los caminos idóneos para esta satisfacción societal.

En esta investigación resulta beneficiada directamente la sociedad, pues se le está reconociendo, por lo menos, la posibilidad teórica de auto resolver sus problemas estructurales jurídicos. Sería iluso desconocer las sendas publicaciones que se han hecho sobre el tema de los modelos democráticos y sus repercusiones en el ejercicio del poder político. Sin embargo, las investigaciones y publicaciones hechas hasta ahora, sólo se profundiza en el aspecto político y no así en el jurídico.

Los investigadores en teoría o filosofía política se plantean interrogantes sobre la legitimidad política del pueblo para que en uso de su soberanía popular reconfigure sus formas de gobierno; y en esta investigación, no se indaga sobre la legitimidad política, sino sobre la legitimidad de orden jurídico y la validez del mismo, cuando este se somete a la consideración social. Este trabajo de investigación se adentra en ello y se observa y verifica si es posible la intervención social, a la luz de las modernas teorías de sistemas jurídicos contemporáneos.

Por otro lado, también goza de innovación y originalidad esta investigación, ya que, luego de analizar la función creacional del derecho, su legitimación desde las corrientes del pensamiento jurídico y el análisis democrático deliberativo, se plantean elementos constitutivos de alcance comunitario.

Algunos planteamientos teóricos hacen referencia a modelos de diferentes democracias desde una perspectiva política. Otros juristas, desde la filosofía jurídica, estudian la forma en que abordan y justifican la función creacional del derecho. Más, ninguno, puntualiza elementos claros para democratizar el sistema jurídico, en los que podamos desentrañar qué parte del sistema jurídico puede ser objeto de una construcción discursiva, quiénes son sujetos de una construcción dialógica del derecho y bajo qué procedimiento se desarrollaría esta función social. Ahí yace la originalidad de este trabajo de investigación, pues aun cuando se ha investigado al respecto, no dejan de ser meras consideraciones abstractas que poco ayudan a reconstruir y transformar la realidad social. Se requieren elementos teóricos para un sistema o teoría integrador de una democracia jurídica.

La hipótesis general planteada fue: *“El proceso orgánico - político de producción normativa del derecho de una comunidad dada, carece de Legitimidad Democrática Objetiva al no contemplar la construcción racional e imparcial del discurso de los destinatarios de las mismas”*. Las hipótesis secundarias presentadas fueron: a) La verdad jurídica de los diferentes componentes normativos de un sistema jurídico dado, debe ser producto de comunicación activa e intersubjetiva de la comunidad social que finalmente les va a dar el valor legítimo; b) La soberanía popular de un conglomerado humano no se ejerce a través de los órganos del Poder público porque es indivisible e indelegable, y en el entendido de que ésta se ejerce a través de los tres poderes de la Unión, es insostenible, dada la ausencia parcial de las posiciones comunicativas racionales de los asociados miembros de la comunidad entera; c) Si el derecho sólo vale porque existe en un sistema Jurídico, sería tanto como decir que no existe una teleología y axiología jurídica, y la ciencia jurídica sólo estaría al servicio de los intereses de los gobernantes y no en beneficio de la humanidad, que es uno de los postulados de la Ciencia; perdiendo así, el derecho toda función social y; d) El Sistema jurídico, dado su origen a través del discurso unilateral y elitista de los

grupos de poder, es singularmente un producto político que finalmente sirve como instrumento del poder formal, cuyo reflejo se traduce en una falta de concordancia entre la norma jurídica y las expectativas de vida de la sociedad destinataria.

El objetivo general fue “Lograr una serie de aproximaciones teóricas en torno a la Construcción de elementos democráticos de una nación o comunidades, en la creación de sus normas jurídicas”. Y los específicos fueron: a) Determinar de manera clara el alcance que tiene la figura de la soberanía popular en la actualidad, respecto de los integrantes de una nación; b) Analizar las diversas corrientes del pensamiento político y jurídico en relación al papel que juega la sociedad en la construcción del derecho; c) Describir y analizar la desobediencia e ineficacia de la ley como consecuencia de la falta de conexidad entre el sistema jurídico y la sociedad que no creó ese derecho; d) Describir las posibles consecuencias que se presentarían, de lograr una incidencia social en la génesis misma del marco constitucional y legal; e) Contraponer las diferentes teorías jurídicas que existen, respecto de la legitimidad y validez del derecho para una sociedad determinada; f) Encaminar el conocimiento particular que se adquiriera a lo largo de la investigación a una posible serie de elementos que sirvan de soporte para Legitimación social del derecho y; g) Establecer una aproximación sobre el concepto de Democracia Jurídica.

La metodología fue que la tipología de la tesis que se presenta, es de tipo jurídico – propositiva, misma que busca establecer una serie de reglas y principios democráticos necesarios para la producción de la normatividad jurídica. El cuerpo de la tesis pasaría por cinco estadios para poder llegar a sus conclusiones y propuestas, a saber, estadios descriptivo, analítico y comparativo, explicativo, predictivo y proyectivo. Los métodos a utilizarse para culminar cada una de estas etapas de investigación son los siguientes: descriptivo, analítico y comparativo, explicativo, dialéctico e inductivo. Se utilizó la técnica de investigación documental.

CAPÍTULO 1

LA VERDAD JURÍDICA COMO FUNDAMENTO DE LEGITIMACIÓN DEL DERECHO.

1.1 Planteamiento filosófico de la Verdad.

El propósito principal del conocimiento humano es lograr la verdad. Sin embargo, para muchos teóricos sigue siendo una gran interrogante el significado y alcance de la verdad como concepto. Nos recuerda el afamado cuestionamiento del romano Poncio Pilatos al considerarla una de las cuestiones más problemáticas de la filosofía; cuando *“le preguntó a cristo: ¿Y qué es la verdad?, y antes de que el nazareno contestara, les dio las espaldas y se dirigió al pueblo”*¹. De entrada, su significado es muy variado. Dentro de la cultura hebraica se entiende la concepción de la verdad como una cualidad de los individuos que inspiran confianza y son de confiarse.

Dentro de la cultura griega se refiere a la verdad de las cosas y accesoria y posteriormente, a nuestro conocimiento. El fuego es considerado en la mitología griega como un instrumento de adquisición de la naturaleza divina. *Tetis* introduce en el fuego a *Aquiles* para eliminar de él toda cualidad mortal. Con el mismo fin, exponiéndose al fuego, Heracles se despoja de los elementos mortales que había

¹ DORANTES Tamayo, Luis Alfonso. *Filosofía del derecho*, 2da. Edición, Ciudad de México, E.U.M., ed. Porrúa, 2016, p.191.

heredado de su madre Alcmena. *Fos* es un término que nos refiere al ser humano como un ser del orden divino semejante a los Dioses.

Cuando Prometeo entregó el fuego a los hombres, Zeus ordenó a Efesto y a Atenea la creación de una primera mujer. Los dioses la dotaron de gracia, belleza, habilidades manuales y gran don de persuasión. Hermes en particular le puso en su corazón la mentira y la falacia. Zeus la llamó Pandora y la regaló a la raza humana. Entonces se dice que cuando Pandora, al hallarse frente a una vasija cerrada cuyo contenido desconocía, por curiosidad, la abrió dejando escapar todos los males del mundo. Como parte de esta mitología griega se explica la situación dialéctica de la inteligencia humana en el mundo grecorromano. Por un lado puede adquirir la verdad divina y aspirar a vivir como un dios, mientras que por otra parte, se ve sometido a los engaños y falacias que vagan por el mundo, cegando su conocimiento luminoso.

Desde tiempos presocráticos los sabios griegos distinguían dos tipos de inteligencia: la que provenía de un conocimiento divino a los dioses y la que generaba el conocimiento propio de los hombres. Los primeros, los dioses, *“poseían el saber de lo que podemos llamar, en un sentido estricto, “la verdad absoluta” (en griego aletheia), mientras que los hombres tan sólo podían aspirar a un saber – de verdades en sentido lato o de verdades relativas – que llamaremos certezas. La diferencia entre uno y otro saber es notable”*².

Ellos la manejan con el término *aletheia*, que significa “lo que no está oculto”, lo manifiesto. Desde la Grecia arcaica, la preclásica y la clásica, prevalece un concepto de la verdad jurídica, pero vista de la óptica de la justicia. Desde la administración de la justicia, *“desde sus orígenes político literarios más remotos, los términos parecen indicar que el dispositivo de alusiones a la verdad responde en los episodios épicos a la voluntad de determinar la exactitud del relato, de dar*

² HERNÁNDEZ Franco, Juan Abelardo. *Dialéctica y racionalidad jurídica. Principios teóricos prácticos para la conformación del razonamiento lógico jurídico*, D.F., E.U.M., ed. Porrúa, 2006, p. 2.

*cuenta de la precisión de la narración... la adecuación de lo que se dice con lo ocurrido en los hechos*³, que hoy en día se puede considerar como la verdad judicial.

La verdad, dice Platón, “*es el discurso que dice las cosas como son*”⁴, es decir, tal como existen en la realidad. Por su parte, Aristóteles precisa que esta verdad se encuentra en el pensamiento y no en las cosas mismas; sin embargo la medida de la verdad mental debe corresponder con la cosa real. De ahí que se diga que la verdad es un saber adecuado a las cosas reales. Tanto en Platón, como en Aristóteles, lo verdadero es aquello que es acorde a como son las cosas en sí mismas, pero la verdad en sí misma, no está en la realidad, sino en el pensamiento humano.

De ahí que se pueda llegar a afirmar, como Santo Tomás de Aquino, que “*la verdad es la adecuación del intelecto a la realidad*”⁵, (*adaequatio intellectus et rei*). En ese sentido, cuando se habla de la verdad como Aletheia, se entiende como “*una relación objetiva entre el lenguaje y la realidad demostrable por métodos racionales; lo anterior, siendo correlativo, en cambio, con el sistema del pensamiento del mundo laico de la polis democrática de la Grecia clásica logos y rige la palabra diálogo*”⁶

En latín, *veritas* y *verum* hacen referencia a la exactitud y rigor en el decir. La cultura Romana entiende la verdad como virtud de las personas veraces, como aquellas que no mienten.

³ SUCAR, Germán y CERDIO Herrán, Jorge. *derecho y verdad. Genealogía(s)*, Valencia, España, ed. Tirant lo Blanch, 2015, p. 256.

⁴ informes.acropolis@gmail.com, “Nueva acrópolis”, (documento web), 2014. <http://www.acropolis.org.uy/> Investiga y Comparte / Biblioteca_Virtual / Platon / Platon %20 %20Cratilo. Pdf

20 de junio de 2016

⁵ HERNÁNDEZ Franco, Juan Abelardo. *Op. cit.*, p. 3.

⁶ SUCAR, Germán y CERDIO Herrán, Jorge. *derecho y verdad. Genealogía(s)*, Valencia, España, ed. Tirant lo Blanch, 2015, p. 14.

Estas tres concepciones de la verdad guardan cierta analogía entre sí y se complementan, coinciden y están presentes en la concepción europea de la verdad.

Partiendo de esta significación estas son las principales corrientes del pensamiento teórico que comprenden y explican en qué consiste y cómo es que surge la verdad: existe una teoría que señala que es por adecuación, otra más que la deposita en la coherencia, una más que le apuesta a la utilidad y finalmente una que le apuesta al consenso para la construcción, legitimación y validez de la verdad.

En este sentido, es que siempre deberá existir la fórmula que debe estar presente a manera de dos elementos que inexorablemente intervienen en el acto del conocer y en la conceptualización de la verdad: el objeto y el sujeto. Enseguida se analizan las principales teorías en torno a ello.

1.2 Aceptaciones de la verdad filosófica

Como todo problema universal que se plantee en la filosofía general, el de la verdad, contiene por sí mismo la adopción de diversas posturas que tratan de explicar y describir su significado y alcances; para ello se plantea a continuación las diferentes posiciones filosóficas que en torno a la verdad existen.

Para algunos tratadistas de la filosofía, se llega a asegurar que la verdad es la concordancia del pensamiento con su objeto, en virtud, de que todo pensamiento hace inevitablemente referencia a un objeto; esto es, cuando hay correspondencia o adecuación entre el pensamiento y el objeto de la situación objetiva a que ese pensamiento se está refiriendo.

Por otro lado, se puede llegar a considerar a la verdad como una relación de ajuste o correspondencia entre la realidad y lo que los sujetos llegamos a

mencionar de esta. El pensador Santo Tomás de Aquino y algunos filósofos del Medioevo lo manifestaron con una definición atinada: “*Adecuación entre el entendimiento y la cosa*”⁷. Es decir, los objetos están en nuestro pensamiento, no de la manera tradicional que es propia de su ser, sino que, el objeto, la situación objetiva en sí, tiene que despojarse de las cualidades, para poder ser pensados; y por otro lado, tienen que conservar en el pensamiento, algo sin lo cual el pensamiento no sería el pensamiento de esa situación objetiva o de ese objeto; “*la verdad es una cuestión de correspondencia con los hechos*”⁸.

De manera decidida aún se mantiene también la idea o teoría de la verdad basada en la coherencia, anunciada por vez primera por Hegel, misma que no establece como criterio de verdad la adecuación a la realidad, sino a la conexión existente entre el conjunto de proposiciones de un sistema dado. El fundamento de la verdad, se puede llegar a dar en un sistema, más que en sus proposiciones aisladas que componen el conjunto sistemático. Se trata de un criterio válido para las ciencias formales: matemáticas y lógica, pero no aplicable a las ciencias empíricas, donde la teoría ha de acomodarse a los hechos que pretende explicar: un sistema puede tener coherencia lógica, pero puede ser objeto de falsación.

No hay forma de establecer una verdad sino mostrando su relación con otras verdades. Una verdad no es tan solo una verdad, sino que es tal, por su relación con otras cosas verdaderas dentro de un sistema. La verdad descansa en una unidad última del conocimiento y esa unidad es tal, que los elementos del conocimiento están relacionados de manera que no pueden ser conocidos sino en función del todo, y a su vez el todo no puede ser conocido sino en función de aquellos elementos. Un enunciado es verdadero no porque se encuentra con una supuesta verdad, sino porque es coherente dentro de un sistema con otros

⁷ ZUBICOA Bayón, José Manuel. “Hispanidad”. (Documento web) 2018. <http://www.hispanidad.info/verdad.htm>
05 de mayo de 2018

⁸ SEARLE, John R. *La construcción de la realidad social*, Barcelona, España, ed. Paidós, 1997, 202.

enunciados; un enunciado será verdadero cuando, entre este y otro, haya una coherencia lógica.

Así también la verdad se puede categorizar como eficacia. Ésta existe de manera progresiva. La verdad crece y se desarrolla a través de etapas con errores. De esta manera se obtendrán en una inteligencia que no tenga ningún valor para los fines de la vida, es una aberración patológica, una falta de adaptación, que la selección natural ha de eliminar tarde o temprano. No es la verdad de un juicio lo que nos asegura su veracidad y verificabilidad, sino la verificabilidad es lo que nos asegura su verdad. Si la verdad es inmutable, el progreso del conocimiento no es posible, si hay progreso del conocimiento, las verdades no son inmutables.

La verdad como un dato dotado de verificabilidad; no es la verdad de un juicio lo que nos asegura su verificabilidad, sino al contrario, la verificabilidad de un juicio o enunciado es lo que nos asegura su verdad; no se comprueban las verdades; se verifican las comprobaciones, es decir, no hay juicios verdaderos que luego comprobamos, sino comprobaciones que nos permiten formar juicios verdaderos. Mientras no haya comprobación posible, ningún juicio es ni verdadero, ni falso. Esta concepción teórica de la verdad niega que la verdad o falsedad consista en una relación existente entre una afirmación y una situación objetiva ya dada.

Esta teoría pragmatista, desarrollada por Dewey y James, equipara verdad y utilidad. Al constatar la función práctica del conocimiento, el pragmatista reduce a verdad esa función y estima que un conocimiento es verdadero si nos permite actuar con éxito y falso si nos conduce al fracaso. Por esta regla de tres: un mapa de carreteras es verdadero si nos orienta y nos permite llegar a nuestro destino y es falso, si nos desorienta y nos perdemos. En el ámbito de la ciencia, la verdad se manifiesta en el éxito de la experimentación. En el ámbito de las creencias, James sostiene que son verdaderas si producen efectos beneficiosos

en el creyente y falsas si es que los efectos producidos son de naturaleza perniciosa.

Es fácil ver que el pragmatismo se enfrenta a objeciones muy serias. En primer lugar, deja en la penumbra su concepto básico de utilidad. Además, lo útil es un concepto esencialmente relativo, que varía según las personas, los lugares y los tiempos. Una creencia tampoco es verdadera porque produzca efectos satisfactorios: se dice sabiamente que, en ocasiones, la verdad es amarga. También sabemos que hay verdades inútiles y mentiras útiles. El pragmatismo pues, con su ausencia de matices, puede justificar posturas políticas violentas o injustas.

La verdad como propiedad física; la doctrina de la verdad como concordancia y la de la verdad como verificabilidad parecen darse simultáneamente en la lógica, la verdad es una propiedad física de cosas físicas llamadas símbolos y consiste en la relación entre esas cosas, los símbolos entre otras cosas y los objetos.

Por otra parte se le llama certeza a la seguridad subjetiva. La certeza *“es una enunciación de tipo mental coherente, pero que no necesariamente es adecuada y acorde a la realidad. Por ejemplo, se puede llegar a decir que una sirena es un ser mitad pez y mitad mujer. Esta afirmación es cierta, sin embargo no es verdadera, porque no se adecua a la realidad”*⁹. En ese sentido se puede señalar que hay muchas teorías cuya coincidencia interna las hace ciertas, sin embargo no están adecuadas a la realidad. Ejemplo de esto son las antiguas teorías científicas sobre la tierra y el universo de Ptolomeo y Aristóteles; o bien, las ideas fisiológicas de Sócrates y Galeno.

⁹ HERNÁNDEZ Franco, Juan Abelardo. *Op. cit.*, p. 3.

Existe otra forma de plantear la verdad por medio de la revelación o evidencia, en la que se encuentran ubicados los positivistas y los neopositivistas analíticos, donde la verdad se le manifiesta a alguien por medio de un fenómeno o dato que aparece cuando se está estudiando algo, o también, cuando metafísicamente el conocimiento puede ser revelado por medio de un conocimiento privilegiado.

Aparte de reconocer que se han manifestado estas corrientes académicas que refieren la verdad en el derecho, hay otras que niegan la existencia de la verdad en éste, o que podamos acceder a su conocimiento total o parcialmente. Anna Pintore llega a considerar que el *“derecho es irremediamente sin verdad, pero precisamente en esto reside su utilidad, y diría su razón de ser. Asociar el derecho a la verdad, hace de él un fin, o un principio, e induce a desatender su instrumentalidad básica. Induce a entregarlo al dominio del poder que, en tanto es concebido como fuente o vía de verdad, se sustrae al control y a la confrontación pública, esenciales para nuestras democracias liberales”*¹⁰. Posición que sería razonable si se considera que una vez consensuada la producción de normas jurídicas, éstas fueran parte de la verdad bajo ésta hipótesis, bajo el consenso social. Mientras las normas jurídicas materiales sean un producto político, carecería de esa carga de verdad; situación teórica que se describe más adelante en una posición sobre la *verdad jurídica*.

El propio positivista jurídico Hans Kelsen, afirmaba en su inmortal frase que el derecho no puede ser ni verdadero ni falso. Esto, con base a la filosofía analítica o del lenguaje. Y en relación a estas posiciones por decirlo así, escépticas, de la verdad en el derecho, valdría la pena considerar que *“la exclusión de la verdad como fin hace imposible el camino del hombre. Hay una relación inmediata entre la verdad, el conocer y el ser. Y en esto coinciden los tres tipos de la verdad, emet, aletheia, adaequatio. Hay diferencias, pero no hay*

¹⁰ PINTORE, Ana. *El derecho sin verdad*, Madrid, España, ed. Dykinson, 2005, p. 12.

*exclusión, la verdad se relaciona directamente con el conocer del entendimiento, el cual está abierto al ser, y es como un medio entre el fundamento en el ser y el signo en el decir*¹¹. Es decir, sería inconcebible que en el derecho no existiera la verdad, puesto que estaríamos considerando que el derecho no es parte de nuestra realidad social. Que el derecho como subsistema jurídico del sistema social, fuese inexistente, que no fuera verdadero, algo que de entrada es a todas luces ilógico. La verdad es inseparable del ser y por lo tanto, al derecho no se le puede concebir como falta de verdad, porque como lenguaje de un sistema cultural, sí es un componente del ser social.

Así pues, existen diferentes acepciones de la verdad y su relación con el derecho, que de manera combinada con el conocimiento, significado, valores morales o principios, abordan por fortuna el problema del derecho en los albores de este nuevo milenio.

Finalmente, tenemos la teoría discursiva de la verdad, que más que considerar a ésta como un producto verificable, coherente, descubierto, correspondiente o congruente, la considera como un constructo social, misma que se puede considerar de gran atracción para la validación de la verdad jurídica. Mientras que para otros fenómenos sociales o naturales, objeto de estudio de otras disciplinas científicas, se tengan connotaciones propias de la verdad, como verificabilidad, en el campo del derecho, como conjunto normativo, se comprende que goza de verdad jurídica si éste es el resultado de la contribución de los diferentes miembros de la comunidad.

En la medida en que la comunidad aporte sus valores morales, éticos, sociales y comunales a un discurso común, que por medio del lenguaje lo eleve a la categoría de norma jurídica, es en la medida en que se contendrá verdad jurídica. Se debe tener presente lo amalgama la figura de lo comunitario, puesto

¹¹ FERRER ALOY, Gabriel. *Santo Tomás de Aquino, opúsculos u cuestiones selectas I, De la verdad*, Madrid, España, ed. Fareso, 2001, p. 196.

que “*La comunidad se integra por vínculos variados: raza lengua, fines sociales, políticos, económicos, culturales, que manifiestan el principio de asociación, que radica en todos los ‘socios’ o miembros de la sociedad*”¹². Y que considerar a estos elementos como constitutivos de un “*discurso como un conjunto de hechos lingüísticos ligados entre sí por reglas sintácticas de construcción*”¹³.

En la teoría discursiva de la verdad, ésta no se descubrirá, se realizará por medio de las ideas afinadas de un pueblo que las haya adoptado y consentido como reglas públicas de observancia obligatoria. Una verdad que transite entre el análisis intersubjetivo de los particulares, hasta que se convierta en una verdad pública.

1.3 La verdad en la ciencia Jurídica

Es enteramente asimilable que, epistemológicamente, el modelo bajo el cual se valida la verdad dentro de las ciencias exactas o las formales, es aquel que la concibe como un ente físico, de correspondencia o de coherencia, en razón de que las certezas que se precien de veraces, tendrán que pasar necesariamente por el molinillo fino del riguroso método científico que tiene como premisa básica la verificabilidad. Incluso, habrá algunas ciencias, como los métodos sociológicos, que se ajusten a este modelo de apreciación de la verdad. La verdad como una adecuación o correspondencia entre lo que pensamos y los objetos conocidos.

Para el caso de la ciencia jurídica, teniendo como objeto de estudio el derecho, no puede ajustarse a este modelo de verdad, ya que como lenguaje, no es aquel que se utilice para la comunicación de sus sujetos, sino que es un lenguaje que se utilizará para el sometimiento y control social a través de los dictados públicos, y en ese sentido la verdad en el derecho, no puede ser producto

¹² DACAL Alonso, José Antonio. *Filosofía del derecho*, Ciudad de México, E.U.M., ed. Porrúa, 2016, p. 150.

¹³ FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, España, ed. Gedisa, 2011, p. 13.

un simple análisis filológico o analítico que estudie sus letras, semánticamente hablando, sino que la gramática tiene valor, sólo, si las dice, el que las creó y el que las va a aplicar; y por ese sólo hecho el derecho, como parte de la realidad social, se convierte en otra verdad.

El texto de un cuerpo normativo producido por un conjunto de individuos que se consideren como autorizados para ello, no tiene valor dentro de lo se considera como una categoría de la verdad jurídica. A ese texto construido o creado al margen del derecho, para determinarle su grado de veracidad, se atiene a las reglas de las disciplinas científicas o filosóficas de la filología, la semántica o la gramática, pero no podrá decirse que por cumplir su escritura con las reglas de estilo y arquitectura jurídica, ese texto pueda llegar a considerarse como depositario de la verdad jurídica. El mismo texto legal o jurídico construido o formulado por sujetos autorizados por el derecho autofundante de la comunidad, representará, ahora sí, una verdad jurídica. Bajo esta lógica, la verdad jurídica se valida a partir de las expresiones sociales, que se convierten en su fuente inagotable de legitimación.

Para la comprensión absoluta y clara de la verdad jurídica, es preciso distinguir entre lo que es el derecho (como un objeto, ontológicamente hablando), la ciencia jurídica, la filosofía jurídica, lo que se interpreta hasta hoy como verdad real y lo que se entiende por verdad judicial. Pareciera que no existe conectividad entre estas figuras jurídicas y las disciplinas del conocimiento que se enuncian, sin embargo, para poder describir y decantar el concepto de verdad jurídica, es preciso diferenciarlos entre sí, aunque pertenezcan a un mismo objeto de estudio.

Es ampliamente conocido que los tres niveles del lenguaje jurídico, obedecen a los tres campos de análisis del pensamiento del derecho. Un nivel básico del lenguaje es lo que se conoce como la dogmática jurídica, que centra principalmente su estudio en los propios sistemas legales e institucionales de un orden jurídico dado, es decir, es el derecho en sí mismo. Es lo que se conoce

como un lenguaje legal, que se “*caracteriza porque siempre reivindica una propuesta de disciplinamiento: prohíbe, permite, regula, establece, ordena, instituye, etc.*”¹⁴. El segundo lenguaje se le conoce como teórico, en cuya posición se localiza a la ciencia jurídica, misma que describe, analiza, interpreta y explica al derecho desde la conceptualización del mismo. Y, finalmente encontramos al máximo nivel de abstracción del lenguaje jurídico, que es el de la filosofía jurídica, que se encarga de criticar, problematizar, destruir, reconstruir las tesis teóricas de la ciencia jurídica, desde planteamientos reflexivos generales, orientados a la universalidad del pensamiento jurídico, llamado metalenguaje.

Así, Paolo Comanducci, explica muy bien estos niveles lógico – semánticos del lenguaje cuando hace referencia a “*una casa. Una cosa es hablar de la casa y decir que tiene cuatro habitaciones; y otra cosa es hablar de “casa” y decir que tiene cuatro letras. En el primer caso el discurso versa sobre una entidad física y se coloca en el primer nivel del lenguaje. En el segundo caso, nuestro discurso versa sobre una palabra, colocándose en un segundo nivel del lenguaje. Los discursos que versan sobre otros discursos (o sobre otras entidades lingüísticas) son llamados metadiscursos*”¹⁵. Haciendo referencia, claro está, en esta última hipótesis a un tercer nivel del lenguaje: el metalenguaje.

Bajo estos tres niveles de abstracción del lenguaje jurídico, es como se puede, en primer término, hacer una distinción entre lo que se considera por derecho y lo que se concibe como ciencia jurídica. Uno es objeto de estudio del otro. El derecho en sí mismo no es la ciencia jurídica. Quien lo sostenga, cae en una posición derrotable, puesto que debe existir un objeto estudiado por un sujeto investigador; jamás se ha sabido que los seres vivos como objeto de estudio de la zoología, sean los mismos que se conviertan en zoólogos. Es decir, el derecho es conjunto normativo jurídico, que como técnica de control social, es objeto de

¹⁴ RIBEIRO Toral, Gerardo. *Verdad y argumentación jurídica*, 2da. Edición, Guanajuato, E.U.M., ed. Porrúa y Tribunal de lo contencioso administrativo del estado de Guanajuato, 2007, p. 57.

¹⁵ COMMANDUCCI, Paolo. *Razonamiento Jurídico. Elementos para un modelo*, D.F., E.U.M., ed. Fontamara, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, No. 68, 2004, p. 28.

estudio de una ciencia que es la jurídica, misma que tiene sus propios métodos y técnicas para validar su conocimiento científico.

El derecho, ontológicamente, es un objeto cultural que se categoriza como parte del lenguaje. El derecho es lenguaje y como tal, puede ser analizado, descrito, explicado y estudiado por una disciplina científica, a saber, la ciencia jurídica o conocida también como la *jurisprudencia*. Así, el derecho, no es cualquier tipo de lenguaje, es un *dictum* público que tiene dos momentos, cuando se crea y cuando se dice, es decir aparece en dos actos del habla humana.

El Dr. Rolando Tamayo y Salmorán, lo explica claramente el sentido del origen del derecho a partir del *ius*: “*Los juristas romanos se percatan que la expresión ius (‘derecho’) era un topónimo usado para indicar el lugar donde éste se decía... De ahí, la expresión iuris-dictio (‘jurisdicción’); de ahí también: iu-dex (‘juez’): ‘quien dice el derecho’. De la misma toponimia de ius, ‘pronunciamiento del derecho’, por extensión, designa, también, lo que el pronunciamiento dice: el dictum. Si ius designa el dictum del iu-dex, entonces iura (plural) designa los pronunciamientos de los iu-dices (jueces). Después no sólo iudices decían el derecho. Había otras instancias reconocidas como instancias creadoras del derecho. Fue así que (posiblemente desde su origen), ius nombra no sólo el conjunto de los pronunciamientos de los jueces, sino el conjunto de todos los iuris dicta (decreta, edicta, leges, senatusconsulta, plebiscita, constitutiones) por medio de los cuales el derecho se establece. Ahora bien, si para que el derecho aparezca es necesario decirlo, entonces resulta evidente que el derecho se manifiesta como un lenguaje*”¹⁶. El derecho entonces, es un *dictum* público, que se dice cuando es creado y cuando se administra. Dos momentos, en los que la verdad juega un papel crucial e importantísimo.

¹⁶ TAMAYO y Salmorán, Rolando. “*Introducción analítica al estudio del derecho*, 2da. Edición, D.F., E.U.M., ed. Themis, 2006, p. 17.

Se ha mantenido por años la idea de que el derecho, sólo aparece cuando éste se administra en los órganos jurisdiccionales, más, se considera que este tiene un primer momento, que es cuando nace, cuando se crea o se construye. Es a partir de ahí, que hay una primera verdad en el derecho, que se considera como la *verdad inicial del derecho*, aquella que se asiente por los órganos o conjuntos humanos facultados para crear o construir un sistema jurídico. Esto es, lo que materialmente esté dicho o asentado en palabras iniciadoras de la normativa jurídica, es lo que se reconoce como una verdad jurídica. Una verdad basada en un conjunto social que asimila, delibera, discute, aprueba y asiente sobre contenidos de mecanismos legales para su propio autocontrol.

La *verdad judicial* – como comúnmente se le conoce en la teoría jurídica – es aquella que se construye a partir de un proceso jurisdiccional y que se evidencia a partir de los hechos planteados por los gobernados, que en ejercicio de sus derechos subjetivos se imponen ante un iudex (Juez). Esta verdad judicial o *iuris dictio* (jurisdiccional), es el producto de la relación existente entre lo que se plantean como actos o hechos por los sujetos pretendientes de **justicia** en una relación procesal y lo que se impone como derecho a esa realidad social planteada por la autoridad que les administra o les dice el *ius* o el derecho. Se entiende que, a la luz de la teoría procesal existen diferentes tipos de verdades¹⁷ que no se estima conveniente analizarlas o describirlas en esta tesis, en virtud de que no es el objeto de investigación de la misma. Lo único que se pretende es distinguir de estas verdades judiciales, que resultan al culminar un proceso jurisdiccional, la verdad jurídica que se les impone, que en este caso es el derecho, que representa la verdad que está inserta en las normas jurídicas que se administran.

¹⁷ Existen dentro de la Teoría General del Proceso, la concepción de la verdad real, la verdad material, la verdad histórica, la verdad formal e incluso hasta la verdad sabida para el caso del Teoría del proceso social.

Una vez realizadas las precisiones y deslindes respecto de la verdad jurídica con otro tipo de verdades en la misma ciencia jurídica y otras concepciones filosóficas, y una vez diferenciada la posición del derecho, respecto de la ciencia jurídica y de la filosofía Jurídica, es preciso establecer los presupuestos teóricos que deberán atenderse para la producción normativa del derecho se considere ajustada a la verdad jurídica, a saber:

- a) El ser del derecho.
- b) Orden normativo jurídico.
- c) Plena libertad de los sujetos reproductores del derecho.
- d) Fundada en el discurso social.
- e) Publicidad de la producción normativa.

1.4 Teoría discursiva de la verdad.

A través de las diferentes épocas por las que ha atravesado la humanidad, han sido diferentes las posturas que se han adoptado para reconocerle legitimidad al conocimiento, así como para darle validez a la verdad. Precisamente, las propias distinciones platónicas entre la *episteme* (conocimiento validado con la calidad de verdad) y la *doxa* (opiniones comunes) del pensamiento griego, abren la pauta para comenzar a distinguir y entender que existen diferentes calidades del conocimiento y que no todo demuestra o enuncia manifestaciones verdaderas.

Así, durante esta etapa de la filosofía griega, se perfilan están dos formas de conocimiento; el común o de opiniones que es el *episteme*; y la *doxa*, que es el conocimiento reflexionado, crítico y coherente. En ese sentido, el conocimiento *Doxa* se validaba a partir de que existían constructos discursivos, formulados de tal manera, que reflejaban una congruencia, verificabilidad, constatación y progresividad de sus posicionamientos. Caso distinto, eran las manifestaciones

sociales aisladas del episteme, que, sin sentido, se emitían sin ningún tipo de orden o método que demostraran su solidez y sustento.

En ese periodo nace la teoría discursiva. Aunque pareciera pensarse que esta teoría es de reciente creación, no es así, sus orígenes se remontan al periodo clásico griego. La teoría discursiva de la verdad, también conocida como teoría del consenso, como un medio para obtener la verdad, tiene sus primeros inicios en el griego Sócrates y ha sido impulsada y evolucionada por la filosofía contemporánea de la ética discursiva de Jürgen Habermas y de Karl Otto Apel. Del que se puede señalar que *“el punto de partida de la ética discursiva, no es ontológico -del ser-, tiene como punto de partida un factum lingüístico de la filosofía y considera al lenguaje desde la triple dimensión del signo -sintáctica-semántica-y pragmática trascendental, bajo una situación de diálogo y no desde la práctica empírica de los consensos fácticos”*¹⁸.

Esta escuela del pensamiento filosófico, prioriza al elemento del diálogo como el mejor de los procedimientos para construir la verdad. Bajo un diálogo enteramente libre, sin sombra de coacción y de intereses, sin ignorar datos de vital importancia y relevancia. La principal aportación de los seguidores de esta teoría, consiste en demostrar que el mejor mecanismo de acceder a la verdad es aducir razones propias, escuchar las ajenas y deliberar con cierta rigurosidad y serenidad. El resultado de un discurso *“no puede decidirse ni por coacción lógica ni por coacción empírica, sino por la “fuerza del mejor argumento. A esta fuerza le llamamos “motivación racional” y tiene que dilucidarse en el marco de una lógica del discurso”*¹⁹.

¹⁸ “Universidad de Santo Tomás. Primer Claustro Universitario de Colombia”, (documento web), 2018, http://soda.ustadistancia.edu.co/enlinea/ETICA%20CONTEMPORANEA%20SEGUNDO%20MOMENTO/etica_civica_adela_cortina.html

05 de mayo de 2018.

¹⁹ FABRA, Pere. *Habermas: Lenguaje, razón y verdad*, Madrid, España, ed. Marcial Pons, 2008, p. 343.

Sobre de esta línea, la crítica principal de Habermas a la semántica formal, viene motivada por la incapacidad de su análisis para dar razón de pretensiones de validez diferentes de la de verdad, prisionera como está de un concepto del lenguaje centrado exclusivamente en la función cognitiva o representacionista.

Dado el vínculo interno entre significado y verdad, esta teoría permite una aproximación al concepto de verdad que evita el realismo metafísico y el objetivismo empirista y no cae en las fáciles soluciones del relativismo filosófico. Habermas busca esta tercera vía porque piensa que una teoría de la verdad de este tipo le facilitará la búsqueda extrapolación de las características de la verdad a la corrección normativa. Considerando el teórico alemán, que sólo esta tercera vía puede permitir defender el contenido cognitivo de los enunciados prácticos, sin caer necesariamente en una ontologización de los hechos morales.

Para Habermas, a cada enunciado le puede hacer corresponder un estado de cosas, pero “un enunciado es verdadero si y sólo si reproduce un estado de cosas real o un hecho – y no si se presenta un estado de cosas como si fuera un hecho”²⁰.

Dado que la cuestión de la verdad está directamente conectada dentro de la obra de Habermas con la posibilidad de fundamentación de las cuestiones prácticas (se ve a la Teoría consensual de la verdad en conexión con los fundamentos normativos de una teoría crítica de la sociedad y en general con la fundamentación de la ética), se utiliza ampliamente el argumento de la analogía entre la pretensión de validez (verdad) con la pretensión de validez como corrección (o rectitud).

²⁰ *Ídem.* p. 339.

Habermas sostiene en su artículo *Wahrheitstheorien*, que *“la verdad se entiende como aquella pretensión de validez que va ligada inevitablemente a los actos de habla asertivos: la verdad es una pretensión de validez que vinculamos a los enunciados al afirmarlos; las afirmaciones no pueden ser verdaderas ni falsas, sino que están justificadas o no justificadas”*²¹.

Sin embargo, para la teoría de la verdad consensual, la condición para la verdad de un enunciado es el potencial asentimiento de todos los otros. La verdad de una proposición significa la promesa de lograr un consenso racional sobre lo dicho. En ese sentido *“existe la idea de una construcción de la verdad, opuesto a la idea de que la verdad se descubre”*²².

²¹ *Ibidem* p. 341.

²² RIBEIRO Toral, Gerardo. *Op. cit.*, p. 17.

CAPÍTULO 2

LA PRODUCCIÓN NORMATIVA DEL DERECHO Y SU LEGITIMACIÓN DESDE LAS TEORÍAS DEL PENSAMIENTO JURÍDICO.

2.1 La justificación de la legitimación del derecho.

La decadencia institucional, la crisis de la representación política, la relativización de los valores en la sociedad, entre otros, han sido elementos que han hecho resurgir el tema vertebral de la legitimación del derecho dentro de todo sistema jurídico. En el capítulo pasado analizamos la verdad jurídica como fuente legitimadora del derecho y el lugar que le da cada una de las corrientes del pensamiento jurídico en relación a la creación de las normas jurídicas. A continuación se analizará la legitimación del derecho desde la óptica de las teorías social, económica y política.

La legitimación del derecho, representa para la filosofía jurídica contemporánea, uno de los tópicos que tiene mayor relevancia. El concepto de la legitimación lo encontramos inicialmente en Max Weber, en sus obras principales de sociología política; aunque en la presente tesis se desarrolle el término en un sentido que abarque la ciencia jurídica. Y para punto de partida, se considera que la legitimación *“explica el orden institucional atribuyendo validez cognoscitiva a sus*

*significados objetivados... justifica el orden institucional adjudicando dignidad normativa a sus imperativos prácticos*²³.

Para comprender con mayor exactitud los alcances de la legitimación del derecho, debemos trasladarnos al origen de éste por el género humano. Las primeras presentaciones de un sistema de normas obedecieron a la sobrevivencia de los primeros hombres que habitaban el planeta. El entendimiento entre dos o más individuos, imponiéndose reglas a corto plazo, con la única intención de salvaguardar su vida y la de los suyos, es que se inició con un sistema rudimentario de normas.

La parte racional del hombre que le permitió discernir acerca del valor que tenía la vida y su preservación, fue lo que motivó a establecer estos primeros acuerdos entre individuos, que se fueron convirtiendo en reglas de observancia general.

La revolución agrícola y el sedentarismo, obligó a los hombres a generar hábitos y costumbres, que con el paso del tiempo, se transformaron en comportamientos obligados. Surgieron roles de trabajo, clasificación o división del mismo, se deslindaron tareas y se establecieron las primeras sanciones. Con el correr de los años, alguien de entre los habitantes, tuvo que administrar todas estas labores y vigilar que se cumplieran; así surgen los primeros liderazgos. Éstos, los primeros indicios de autoridad y estos los primeros acuerdos entre los integrantes de una organización social, un representante y disposiciones que aplicar.

Estos preceptos, con el paso de los siglos, se fueron perfeccionando, así como el o los responsables de su aplicación. Fue tal la cantidad de asuntos en los que se requería la aplicación de las costumbres hechas normas, que un día ya no se requirió de los demás miembros de la comunidad para crearla o actualizarla. Sólo algunos integrantes se erigieron, quienes, con cierta inteligencia y superioridad

²³ BERGER Peter y Thomas LUCKMANN. *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires, Argentina, ed. Amorrortu editores, 1968, p. 122.

física, de inicio, argumentaron ser más lúcidos para administrar y tener el respaldo divino para ello. Así surgen los dominantes y los dominados.

Así, sucesivamente las comunidades perdieron de vista que, de origen, todos éramos iguales y que quien establecía las reglas sociales eran todos, y que sólo algunos se dedicaban a aplicarlas. Vino el esclavismo, el feudalismo, el capitalismo y hasta el socialismo, y en ninguna de estas etapas de la historia universal, se recobró la condición de igualdad plena y el derecho de mandarse a sí mismos.

La obediencia de los miembros del régimen político a la sociedad que dirige, al momento de producir los cuerpos normativos, es lo que nos conduce a la legitimación del derecho. Que, tanto la norma fundamental, como las que se derivan de ésta, se encuentren congruentes con las aspiraciones y el consentimiento social, es lo que le daría validez al derecho. Es incomprensible que el derecho sea válido porque simplemente proviene de la autoridad y se cumplieron los procedimientos para su creación; tampoco lo es, porque su contenido y alcances, son acorde al pensamiento de los intelectuales naturalistas; y de ninguna manera lo va a ser, si el derecho es producto de una dictadura de la clase trabajadora.

El derecho tendrá legitimación y validez si proviene del lenguaje popular, obtenido por medio de mecanismo e instrumentos democráticos que construyan una verdad jurídica social, una verdad dialógica. No, una verdad jurídica institucional o naturalista racional. El derecho debe ser producto de una Democracia Jurídica.

2.2 La legitimación normativa del derecho.

La legitimación del derecho en la filosofía jurídica ha sido abordada desde diversa problemáticas de diferentes figuras jurídicas que, pese a su estrecha relación, es necesario hacer una serie de precisiones y distinciones. De

acuerdo a la amplia cultura jurídica, la cuestión acerca de la legitimación del derecho es algo ambigua, ya que con ella se ha hecho referencia tanto a problemas de validez, de vigencia y de eficacia normativas.

El mayor problema no ha sido el de la utilización de una terminología ambigua, sino el hecho, de que varias cuestiones que están en diversos planos, son teóricamente vistas como algo idéntico o confundidas, dando lugar, en muchas ocasiones, a posiciones conceptuales erradas. Habermas, puntualiza que *“la legitimación de los sistemas de normas válidos... cumplen la exigencia de fundamentación a través de imágenes del mundo legitimantes. Así nace la creencia en la legitimidad”*²⁴ y en ese sentido, se desarrollarán algunas figuras jurídicas o ‘imágenes’ para representar la legitimidad.

En el desarrollo de esta investigación, se realiza una distinción y separación a la vez, entre conceptos como la validez del derecho, la vigencia de la normativa jurídica, la eficacia de la ley y finalmente se desempolva el concepto genuino de la legitimación del derecho.

Cuando los órganos del Estado, con atribuciones constitucionales o legales para producir normas jurídicas, y en ejercicio propio de estas facultades *in situ* considera la necesidad social, económica o política de construir una disposición normativa, el problema ya no es sólo político, sino también, de carácter técnico jurídico: y nos preguntamos si está facultado dicho poder público para regular las relaciones sociales que desea, mediante qué tipo de normas y conforme a qué procedimientos institucionales puede imponer su voluntad. Bajo este orden de ideas, *“el estado y el derecho, son términos comunes o paralelos, debiendo decirse que el primero, es la materialización del derecho, y el segundo es la subjetivización o explicación ideológica del primero, por ende, la constitución del estado se explica mediante modelos legitimantes o superestructurales plasmados en una norma fundamental...a través de sus diversos poderes e*

²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Problemas de Legitimación en el capitalismo tardío*, Madrid, España, ed. Cátedra Colección Teorema, 1973, p. 14.

instituciones. Cuando éste actúa conforme a las reglas previstas, la norma que ha nacido se puede considerar que está ajustada a la *validez del derecho*, y sostienen los que coinciden con esta posición teórica, que goza de existencia jurídica porque fue hecha conforme a las reglas establecidas previamente.

Para los partidarios del positivismo jurídico, dentro de lo que se considera como *iuspositivismo ideológico*, consideran como válida una norma jurídica cuando ésta llega a cumplir con los requisitos de formalidad necesarios para su nacimiento. El iuspositivista alemán Hans Kelsen abanderó el grupo de pensadores juristas, para los que la validez de la norma jurídica es equivalente a la existencia de la misma, siempre que se apoye jerárquicamente en una norma superior, formando una cadena de conexión de la una a la otra hasta llegar a la primera Constitución y la norma hipotética fundamental, madre de la legitimidad de todo el sistema jurídico.

Joseph Raz, se refiere a tales dependencias bajo la denominación de cadena de validez, considerando que *“la creación de todas las normas que componen cada uno de los sistemas que integran un orden jurídico está autorizada directa o indirectamente por una norma jurídica (norma básica). De lo cual se sigue que dos normas, ninguna de las cuales autorice la creación de la otra, no pertenecen a un sistema del mismo orden si no existe una norma que autorice directa o indirectamente la creación de ambas”*²⁵.

Este tipo de aseveraciones o afirmaciones encuentran sustento en la teoría de la ciencia biológica de la autopoiesis de Maturana y Varela, aplicada por analogía al derecho por algunos pensadores como Niklas Luhmann, con la que se sostiene la autodeterminación del sistema jurídico en sus órdenes jurídicos. Se entiende que el sistema del derecho debe ser autónomo y para la producción y reproducción normativa la única autoreferencia es el propio sistema y sus reglas.

²⁵ VILAJOSANA, Josep M. *¿Cuándo cambian los ordenes jurídicos?*, (document web), 2017, <http://www.uv.es/CEFD/1/Vilajosana.html>
15 de noviembre de 2017.

Si en la autopoiesis la vida de un ser vivo sólo puede provenir exclusivamente del sistema vital de otro ser de la misma naturaleza, el inicio y el final de los seres vivos se genera en su propio y autónomo círculo de vida.

Por analogía, en el derecho sucede – desde la perspectiva del derecho como un sistema autopoietico - lo mismo, donde el sistema de reglas y *subreglas*, sólo puede ser producto del propio sistema jurídico; no intervienen otros factores sociales que alteren ese proceso de clausura y apertura del derecho. Desde esta perspectiva, la única fuente de la transformación del derecho es el propio derecho, por eso es autorreferencial. El derecho se “*ve como una sistema más, junto al sistema político, el económico o el educativo, comprendido dentro del sistema societal, que es el sistema de todas las comunicaciones*”²⁶, es decir, se considera al derecho como un sistema independiente y aislado (unidad), dentro del sistema social (todo), que se autorreproduce.

Sin embargo, al momento que visualizamos las estructuras de los sistemas políticos - y sus poderes – y los factores sociales hegemónicos – fácticos – que operan en una sociedad, el modelo autopoietico se derrumba. Las razones y principios (o intereses) que orientan la producción normativa autopoietica se ve contaminada, con factores económicos y culturales dominantes en un sistema social, que hacen del derecho, un código de pretensiones basadas en la filosofía del dinero.

Por otro lado, desde posturas poco más normativistas, aun cuando no extremas, autores como Recasens Siches, reconoce a la coactividad como el fundamento de validez objetiva de las normas, independientemente del reconocimiento del sujeto destinatario de la misma. El politólogo y jurista neopositivista Norberto Bobbio, considera como válida la norma que está insertada en el ordenamiento jurídico de un sistema, siempre y cuando se

²⁶ CARASSALE, Santiago. *derecho y política*. Unger, Luhmann y Habermas, D.F., E.U.M.. Ed. Coyoacán y FLACSO, 2005, p. 70.

hubieran cumplido ciertos requisitos para su elaboración: producida por el órgano competente de conformidad con el procedimiento establecido.

Para el filósofo del derecho Gregorio Peces Barba, la validez de la norma jurídica es signo de su identificación y existencia considerándola aisladamente, con independencia de que sea justa y eficaz. Finalmente los autores jurídicos Alchourron y Bulygin, distinguen las normas válidas de las normas existentes, son conceptos diferentes, no necesariamente para una norma exista tiene que ser válida. Una norma puede existir, pero ser inválida. Pues, *“si por ´norma válida´ se entiende una norma dictada por la autoridad competente, es claro que la validez no se identifica con la existencia... una ley inconstitucional, es una ley cuyo acto de creación está prohibido... se trata de una ley inválida, pero no cabe duda de que tal ley existe”*²⁷.

Desde un punto de vista distinto como el sociológico funcional, el tema de la validez de las normas jurídicas también ha sido abordado, pero no sólo limitado al momento del origen material o formal de las mismas, sino en consonancia con su aplicabilidad social. Es de donde se alimenta la corriente del pensamiento del realismo jurídico. El jurista Alf Ross y por su parte Joseph Raz admiten que forman parte del sistema jurídico las normas que también son aceptadas por los tribunales. Y por otro lado, aceptan, como positivistas, que la validez de la norma jurídica es intrínseca, *“la validez en sentido normativo no cumple ninguna función en la descripción y explicación de la realidad. Su función consiste en reforzar el orden jurídico...”*²⁸.

Y finalmente por el lado del iusnaturalismo, se procura distinguir la validez formal de la validez intrínseca, puesto que la primera *“como la validez extrínseca es la que admiten los positivistas, mientras que la segunda, la intrínseca, se refiere*

²⁷ ALCHOURRÓN Carlos y Eugenio BULYGIN. *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Valencia, Venezuela, ed. Fontamara, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, no. 39, 1997, p. 33.

²⁸ ROSS, Alf. *El concepto de validez y otros ensayos*, D.F., E.U.M., ed. Fontamara, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, no. 7, 2006, p. 24.

*al sentido objetivo o axiológico de la norma jurídica*²⁹, que debe de contener para que esta se considere como válida en cierto orden jurídico; por su lado también el sociólogo del derecho Ramón Soriano hace un análisis en cuatro dimensiones que interconecta y define como válida la norma jurídica que existe y puede obligar, si cumple ciertos requisitos, que van desde su promulgación por el órgano competente, la obligatoriedad, su aplicación social y valor axiológico contenido.

Se establece generalmente como válida una norma cuando cumple con los requisitos formales y materiales necesarios para su producción y cumplir con este presupuesto de validez normativa que se traduce en la publicidad, para dar a conocer el nacimiento de la disposición jurídica, el inicio de su vida jurídico formal, y la posibilidad de su exigencia y obligatoriedad para el círculo de destinatarios de la normativa. Y no sólo para que sea válida la norma, se requiere su producción material, pues dependerá de sus prescripciones insertas apegadas a una verdad jurídica creacional, lo que le dé su perfeccionamiento, *“la verdad jurídica es una pretensión de validez de un sistema jurídico”*³⁰.

Otra figura jurídica que tiene una relación estrecha con la validez del derecho, es el de *vigencia de la norma jurídica*, en ocasiones utilizados ambos términos de manera indistinta, pero que en sentido estricto ha de designar la existencia de vida jurídica de la norma, a partir de una existencia de hechos sociales o instituciones que la hacen necesaria conforme a los principios de jerarquía, temporalidad y especialidad antes explicados. Eso es lo que la hace vigente. La relación entre ambos campos de la norma jurídica estriba en el hecho de que las normas jurídicas son promulgadas para tener una acción social, nacen conforme a un proceder previsto, y en tanto se cumplan los requerimientos ya pueden ser exigibles. Esto es, se encuentran vigentes; rigen dentro de la demarcación o superficie territorial, sujetas a la jurisdicción del estado nacional, destinadas a regular el orden público.

²⁹ GARCÍA Máñez, Eduardo. *Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo*. D.F., E.U.M., ed. Fontamara, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, no. 31, 1997. p. 124.

³⁰ FABRA, Pere. *Op. cit.* p. 337.

Bajo una visión integradora de cualquier sistema jurídico material, no basta con que la norma jurídica exista formalmente y pueda ser exigible, también hay que revisar que se cumpla con su objeto; es decir, con las consideraciones racionales públicas para los que fue producida. Para que se logre encauzar, limitar, garantizar y educar, sería necesario que la norma jurídica pueda ser observable y que se den las situaciones y consecuencias para las que fue inaugurada; que sus hipótesis legales, aun cuando voluntariamente no se cumplan, éstas sí puedan ser exigidas por los órganos conformantes del Estado, sancionando sus inobservancias, es decir que las normas jurídicas sean eficaces. Que se dé un desarrollo o consecuencia social de la propia norma jurídica; que exista una conectividad entre lo que jurídicamente se prescribió y los resultados sociales.

Aunado a esta función regulatoria del derecho, la validez de las normas jurídicas comprendida desde la óptica de su eficacia se manifiesta en la existencia de instituciones y procedimientos que aseguren el cumplimiento de la propia realización de la norma jurídica. Tal situación se asegura desde el propio momento en que se tiene la convicción de la necesidad de la regulación. En ese sentido, es un imperativo el análisis, previo a su elaboración, respecto a los hechos que se producen en la sociedad, sus causas y sus efectos; las regulaciones posibles, sus consecuencias, así como la determinación de cuál es la forma precisa que ha de exigirse o propiciarse, o de la Institución jurídica que desea someterse a una regulación.

La eficacia se puede asegurar con el cumplimiento de ciertos requisitos formales en el proceso de creación, así como con la observancia de principios técnicos jurídicos que rigen en un ordenamiento jurídico determinado. No basta sólo con que las normas se expresen con ideas nítidas, sino que han de crearse los factores, medios e instituciones, tanto en el orden del condicionamiento social-material, proveniente del régimen socioeconómico y político imperante, de los órganos que hacen falta para su aplicación, como las normativas legales secundarias que sean necesarias para instrumentar la disposición normativa y que

propicien, a su vez, la realización de los derechos y deberes que de tales situaciones resulten.

Ocasionalmente, disposiciones posteriores emanadas del propio órgano, o de un órgano jerárquicamente superior, regulan de otra manera el conjunto de conductas o de relaciones instituidas por la norma anterior. En este caso, hay una pérdida parcial de vigencia de la disposición inicial, lo cual es válido si tenemos en cuenta que han podido cambiar las circunstancias que le dieron origen, que necesitan ser suprimidas, o que desean imponerse otras. También puede suceder que de variar tanto las circunstancias que le dieron origen a la disposición, la regulación sea obsoleta y pierda su eficacia, aun cuando formalmente no haya sido derogada; volviéndose inaplicable, y sólo haciendo una amplia interpretación extensiva. Por parte de los aplicadores de la norma, operadores jurídicos o jueces, podrá conservar su validez, aun cuando también puede afectar la observancia estricta de la legalidad.

Como se puede apreciar, se contraponen la extensión de la vigencia y legalidad y la solución a que se pretende arribar, ya que denota una determinada posición acerca de la concepción del derecho y de sus fuentes formales. Son posiciones extremas que se contraponen. Pero una conjugación de ambas, con el predominio de la primera y la autorización de la segunda, con límites formalmente regulados y sin salirse de del marco legal y constitucional previsto, son una necesidad.

La validez de una norma de derecho es un elemento indispensable para la eficacia de la misma, para el logro de su realización en la sociedad, tal y como se previó, permitiendo con ello la realización de la finalidad que se persigue: conservar, modificar y legitimar los cambios sociales.

La eficacia es entonces una condicionante para la existencia de la norma y tal es así, que el desuso u obsolescencia las convierten en inaplicables y provocan su posterior derogación formal, aunque no su expulsión inmediata del ordenamiento jurídico, ya que perviven y ante un cambio de circunstancias o

intereses, los operadores pueden, reinterpretándolas, rescatarlas y aplicarlas por cuanto están formalmente vigentes.

La exigencia de esta eficacia jurídica a la que se hace referencia en párrafos pasados ha de ser también en el orden material y social; no basta sólo con la existencia de una normativa jurídica que desarrolle preceptos generales, que impida, que mande o que permita (función deontológica), se requiere la existencia de una correspondencia entre norma y realidad, para que refleje así la situación existente o que desee crearse, manifestándose en consecuencia no sólo la funcionalidad del derecho, sino también su *legitimidad*, a lo que se le ha llegado a considerar como una especie de eficacia un tanto ideológica de la norma jurídica.

En ese orden de ideas la norma jurídica ha de ser no sólo forma creada y aplicada, sino que ha de expresar valores sociales y tener como objetivo la consecución de un ideal de justicia imperante en una sociedad determinada. El alcance de tales fines deberá ser un pronunciamiento formal de cualquier discurso filosófico del derecho, que se encuentre indudablemente situado en el plano del deber ser.

Desde posiciones iusnaturalistas se llega a afirmar que un sistema normativo legal no puede ser calificado de jurídico si contradice los principios de justicia. También se defiende la necesidad de legitimidad del derecho desde la sociología cuando se afirma que el derecho sólo puede ser legítimo cuando no contradice los postulados básicos y axiomas, y aquí defiende posiciones axiológicas; asimismo tal legitimidad se pone de manifiesto en el plano deontológico cuando crea la expectativa de determinadas consecuencias externas, debido a una determinada situación de intereses.

Pero como realidad, la legitimidad del derecho sólo existirá si en el proceso de elaboración de la norma pueden intervenir, y así lo hacen, los destinatarios de las normas, o en situaciones tales que los representantes populares, liberados de pragmatismo o utilitarismo político por el estrecho vínculo

con el pueblo, se sientan y sean parte de él; cuando los intereses prevalecientes no socaven los intereses populares. En tales situaciones la eficacia de la norma no se valorará por su aplicación, sino por la aceptación y defensa que de ella hacen los individuos al sentir que la norma expresa sus propios intereses. Como resultado de lo anterior, será posible, entonces, que la norma obtenga el consenso activo de sus los sujetos.

Hágase que las normas sean válidas por expresar el ideal de justicia y ser resultado de los procesos de creación formalmente establecidos, que, a partir de su entrada en vigor conserven su eficacia, y no sólo gozarán de legitimidad, sino que ellas a su vez legitimarán su propio proceso de creación, a la vez que al sistema de derecho.

2.3 La legitimación del derecho en su producción normativa, a la luz de las corrientes filosófico-jurídicas.

El fundamento medular de toda filosofía del derecho es el ejercicio básico de la problematización de los campos abstractos del conocimiento humano. El derecho como objeto de análisis de la teoría del derecho y ésta, como objeto de estudio de la filosofía jurídica, representan en la actualidad, una de las fuentes de mayor validación para el conocimiento jurídico.

La norma jurídica como producto actual de los poderes públicos representa uno de los temas de mayor interés para la ciencia jurídica y por qué no, para la ciencia política, dualidad indisoluble que nos obliga a explicarlas, describirlas, cuestionarlas y transformarlas desde paradigmas que atraviesen con un amplio sentido de trazabilidad, estas ciencias de la humanística o del espíritu.

Uno de los componentes que despiertan mayor polémica entre la comunidad científica del derecho es el de la legitimación y validez de la norma

jurídica: al momento de su producción legislativa y en su posterior observancia social. Este trabajo de investigación a realizar, estará centrado exclusivamente en la primera etapa de la norma jurídica.

A partir de esta concepción puramente científica, la ciencia jurídica redimensiona su propósito y alcances. En el positivismo jurídico y toda una escuela de defensores de ésta teoría se purificó al derecho respecto de agregados místicos o religiosos. Por lo que las vertientes filosóficas como la de la validez y la legitimación del derecho, no fueron exentas del análisis reflexivo de éstas nuevas corrientes del pensamiento jurídico. Así, desde su origen y hasta nuestros días, el derecho está legitimado, según el *iuspositivismo jurídico desde su enfoque ideológico*³¹ y la tesis de la representación unitaria del poder político (o *Democracia representativa*)³², con el solo hecho de que los individuos que son conformantes de una nación, se les respeten sus derechos electorales. El *iuspositivismo* ideológico, sostiene que las disposiciones normativas públicas son enteramente válidas si para la creación normativa se respetó el sistema jurídico existente y el órgano creador estaba facultado para ello. En lo que respecta a la postura de la democracia representativa, tiene un alto grado de normalidad que en la relación de representados – representante, éste último tenga amplia libertad y poderes a nombre de los representados por la confianza depositada en él, cuya función es la de interpretar o intuir los intereses de la comunidad.

En el mundo moderno con éstas dos bases de argumentación, se siguen justificando la legitimación de los sistemas normativos, desde una visión de la teoría jurídica y una de la teoría política; las normas jurídicas valen por el simple hecho de *existir* y los representantes del poder político – de manera particular los órganos productores de las disposiciones constitucionales y legales – no son simples delegados, sino *consagrados* por la sociedad para que puedan actuar sin

³¹ VAZQUEZ, Rodolfo. *Teoría del derecho*, D.F., E.U.M., ed. Oxford, 2007. Pp. 12-14.

³² BOBBIO, Norberto. *El futuro de la Democracia*, 3ra. edición, D.F., E.U.M., ed. Fondo de cultura económica, 2005, pp. 50 – 56.

restricción alguna en el ejercicio del poder. Esto es prácticamente insostenible. En estas dos corrientes del pensamiento jurídico-político hay un alto grado de escepticismo ético, que ha convertido a los regímenes gubernamentales en pragmáticos y utilitarios desmedidos. Hay una visión reductiva del papel central que debe prevalecer en cualquier sistema constitucional y de orden gubernativo. Así, se llega a sostener con fanatismo *la creencia en la legitimidad reducida a la creencia en la legalidad: basta invocar la legalidad con que se tomó una decisión*³³.

Existen como muestra, múltiples sucesos del siglo pasado, donde los regímenes gobernantes sólo se preocuparon por legalizar sus atropellos de lesa humanidad (véase fascismo Italiano y el nazismo alemán) que nos demostraron que la condición de la legalidad no les alcanzó para el de legitimidad.

El consentimiento social a un sistema normativo no se da por el simple silencio de ésta ante su aplicación, pues *“el reconocimiento fáctico de un sistema de normas de este tipo no se basa solamente, desde luego, en la creencia de legitimidad que los gobernados alientan sino en el temor a sanciones que constituyen una amenaza indirecta, y la resignación ante ellas, así como en el mero dejar hacer, teniendo en cuenta la impotencia percibida en uno mismo y la carencia de alternativas”*³⁴.

En ese sentido actualmente solo se ha considerado al derecho como un instrumento del poder político y del poder económico. El actual sistema jurídico no contiene el sentimiento de su comunidad, sino que es lisa y llanamente una expresión ideológica del sistema político dominante.

El neo capitalismo ha dejado enormes consecuencias negativas para la mayoría de quienes integran el conjunto humano de las naciones. El poder

³³ HABERMAS, Jürgen. Problemas de legitimación del capitalismo tardío, *Op. cit.* p. 165.

³⁴ *Íbidem.* p. 163.

capitalista tiene controlado, no solo la economía mundial, sino también, las estructuras políticas de cada país; unos en mayor medida que en otros. Y en razón de ello inexorablemente que, el derecho como un producto cultural, está siendo diseñado y configurado para sus ambiciones de dinero y control de las grandes masas o mayorías sociales.

El derecho es algo más que ligeras o complejas estructuras normativas. Es decir, debemos comprender el derecho como una construcción humana: como un constructivismo permanente que socialmente a través del discurso deliberativo se edifique desde los planes de vida de quienes somos los destinatarios. El derecho debe dejar de ser un producto político, para convertirse en un producto social.

Ante estas posturas teóricas contrastadas con las actitudes estatales, nos refleja que siquiera la mayoría de ciudadanos de una nación participan en la conformación de las normas jurídicas, mucho menos las minorías que pueden estar representadas por grupos étnicos, agrupaciones religiosas, extranjeros residentes, discapacitados, homosexuales, etc.

En ocasiones se discute si los sistemas normativos de un país son reflejo de la identidad cultural de sus pueblos. Claro está que no es así. La sociedad en su mayoría, no ve cristalizados sus proyectos de vida en los sistemas legales, sino que éstos lo único que reflejan en sus contenidos, es la visión autónoma de los intereses de una clase política.

Cuando una minoría invoca un derecho de orden cultural en una país culturalmente distinto, regularmente la autoridad legislativa (*iuspositivista*) responde contrariamente a la minoría, que se tiene que ajustar a la normatividad existente, porque es la que tiene validez; o la misma autoridad se dedica a hacer una serie de consideraciones respecto de los valores universales (*iusnaturalistas*) para resolver el respeto a un derecho de orden cultural. Y surge la discusión sobre

qué es lo que debe prevalecer cuando estamos ante estos casos que defiende actualmente en gran medida el *comunitarismo*. ¿Qué derecho es el que está legitimado para regular a estos grupos que invocan prerrogativas de orden cultural?: ¿el positivo o existente?, o ¿el natural o ideal?. Ninguna de las dos escuelas teóricas está validada para ello. El derecho debe ser en realidad un producto cultural producido por los ciudadanos de un país, que construyan a partir de las deliberaciones y debates la verdad dialógica de éste.

Así en esta construcción social del derecho, producto de la deliberación permanente, podrán participar y ser escuchadas tanto las mayorías como las minorías y es del modo más acercado a la racionalidad, que se pudiera justificar la existencia y aplicación de un sistema jurídico.

Esta primera etapa de la producción legislativa del derecho y su proceso de legitimación social, actualmente es objeto de análisis científicos de la ciencia y filosofía jurídica y para ello en este subtema se aborda, desde una metodología analítica del derecho, partiendo básicamente desde las cinco principales corrientes del pensamiento filosófico del derecho, a saber, el iuspositivismo jurídico, el iusnaturalismo, el iusmarxismo, el realismo jurídico y el neocontractualismo.

2.3.1 Iuspositivismo.

El positivismo como corriente general del pensamiento filosófico, significó una respuesta al dogmatismo y al conocimiento religioso. Augusto Comte, en el siglo XIX, planteó en esta escuela, la posibilidad epistemológica de validar el conocimiento desde una metodología diferente. Transitar de la intuición y la fe a la validación del conocimiento por medio de la experiencia. Según esta teoría, todo lo planteado debe estar sujeto a la demostración.

El derecho, como un fenómeno social y objeto de estudio de las ciencias sociales, no pudo haber estado ajeno a esta tendencia. Por ello tomó un matiz y lo

denominaron positivismo jurídico o iuspositivismo. Principalmente, en Austria Hans Kelsen, impulsó y aglutinó una teoría – que él le llamó – pura del derecho, donde se preocupó por separar al derecho de conceptos o leyes universales, sean racionales, religiosas o morales; “*la teoría pura del derecho, en tanto ciencia racional del derecho, rechaza la teoría del derecho natural como metafísica del derecho, a última hora irracional y no sometida a la lógica*”³⁵. Se dio posteriormente origen a diversos parámetros del iuspositivismo: el positivismo ideológico, conceptual, lógico y el formalismo. Que para el caso que nos ocupa en esta tesis, todos guardan una similar postura respecto de función creacional del derecho.

De acuerdo al iuspositivismo el sistema normativo jurídico está validado en un modelo creacional que se identifica de manera jerárquica, teniendo como cúspide de la misma, a la *Norma Fundamental del Estado* y de ahí, descendiendo a los tratados internacionales y subsecuentes normas secundarias y subsistemas jurídicos de sus entidades; por lo menos en aquellos que tienen como forma de estado el federalismo.

Desde el positivismo del derecho, los preceptos jurídicos, han sido establecido y validados por los poderes constituidos con competencia gubernamental para ello, a saber, el poder legislativo y ejecutivo federales, de acuerdo al sistema constitucional que alberga un modelo clásico de gobierno republicano y democrático electoral, partiendo de la idea de que, cuando la comunidad ciudadana en su conjunto elige a sus gobernantes, éstos tienen la extendida atribución de regular el comportamiento de los sujetos electorales.

Bajo esta argumentación teórica, la producción del marco constitucional y legal, es ideado y construido por los representantes populares - que en turno - les corresponde ejercerlo, haciendo de la norma jurídica un objeto elástico, que

³⁵ KELSEN, Hans. *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, D.F., E.U.M., ed. Fontamara, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, no. 11, 1991, p. 13,14.

transita entre el respeto parcial y la indiferencia consciente, de la voluntad comunitaria. En esta perspectiva creativa del derecho que asume el positivismo jurídico, el derecho de un conjunto de seres humanos a darse las reglas que rijan y controlen sus conductas, queda al arbitrio y prudencia de un reducido grupo de habitantes que fueron elegidos para representar los intereses comunitarios de quienes integran una nación, prescindiendo de un vínculo normativo tal, que haga pensar que la sociedad está ratificando o consintiendo lo que sus se está produciendo o reproduciendo.

Se refleja una ausencia total o relativa de legitimidad del derecho frente al conjunto social que somete o regula. La deslegitimación jurídica es producto de diversas circunstancias que lo hacen multifactorial, tales como la crisis de representación política, la acumulación de poder político, la concentración de riqueza a través de los depositarios del poder económico y el dominio internacional de un naciente poder cultural. Cuyo modelo económico contemporáneo, basado en las operaciones de mercado, han dejado graves consecuencias financieras negativas para la mayoría de quienes integran el conjunto humano de las diferentes naciones.

El poder económico de un reducido grupo de actividad financiera tiene controlado, no solo gran parte de la economía mundial, sino también, las estructuras políticas de un número considerable de países; unos en mayor medida que en otros. Y en razón de ello, inexorablemente que el derecho como un producto cultural del estado, está siendo diseñado y configurado para sus pretensiones comerciales, con el acompañamiento de administraciones públicas que sostienen que el derecho está legitimado - según la actual teoría *iuspositivista* clásica y la teoría política de la representación gubernamental - con el solo hecho de que los individuos que forman parte de la ciudadanía nacional, participen en los procesos electorales sistematizados.

Los titulares o depositarios de los poderes gubernamentales, partidarios de esta visión jurídica reducida, se caracterizan por prescindir del contacto con el tejido social para la determinación de sus directrices jurídicas, que lejos de fomentar el progreso humano general con visiones colegiadas o comunitarias, invierten sus determinaciones en el alcance particular o de grupos. Grupos políticos locales, arropados por los partidos, que a su vez responden a otros intereses más elevados, que hacen suponer que el derecho que producen es prácticamente invalidado y deslegitimado. Así, *“el Estado Nación, en donde debería llevarse la competencia democrática, queda aniquilado por los grandes centros de poder fáctico, como la comisión trilateral (E.U.A., Europa y Japón), los consorcios trasnacionales y los organismos internacionales (BM, FMI, OMC, etc) rectores de la economía que tienden a establecer el pensamiento único en cuanto a la conducta de los individuos...”*³⁶.

Es por ello que, pensar que sólo porque se eligió a un legislador, éste ya tiene la legitimación para crear el derecho: es una posición refutable. Porque lo que se ha cumplido medianamente hasta nuestros días es la legitimación democrática del estado, no así la legitimación democrática del derecho. El legislador estará legitimado para tener la representación por la vía democrática y política por la que llegó; más, para crear la norma jurídica, requerirá de otro tipo de legitimación, que el estado por sí solo no le puede dar, sino los sujetos destinatarios de la misma norma.

Esto es, la misma sociedad que un día se organizó para constituir un país a través de un estado, ha ejercido la prerrogativa soberana de construir una estructura gubernamental, misma que en su momento erradicó formas absolutistas del poder político, y que le trajo innumerables beneficios de desarrollo integral de los conformantes de las naciones; sin embargo, el derecho de representación que como comunidad nacional le otorgamos a los depositarios de ese poder político,

³⁶ MADRID ESPINOZA, Alfonso. *Introducción a la Filosofía del derecho y de la Política*, D.F., E.U.M., ed. Fontamara, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, 2005, p. 226.

estaría en duda en la actualidad si consideramos que abarca también la generación y reproducción de las normas jurídicas, que inevitablemente resultarían en beneficio o en perjuicio de quienes los eligieron.

Es por esa distancia tomada, entre el legislador, quien es productor del marco constitucional – legal, y quienes serán objeto de las mismas, que la sociedad se mantiene exclusivamente como espectadora de los controles normativos que sobre sí se aplican. Y ello trae inevitablemente consecuencias de falta de eficacia de la ley, porque, una, se desconocen los contenidos de los cuerpos normativos, y dos, la sociedad–comunidad no los considera como suyos, como reglas propias a acatar, dado que la creación o derogación de éstas le son ajenas, porque no participó en su construcción. Lo considera (el común social) como una verdad legal impuesta desde el aparato estatal que, pese a que ella los eligió (a los gobernantes) para administrar y representar, no lo hizo para que decidieran por ella normativamente. En esta visión del monismo jurídico positivista, el derecho sólo debe provenir del estado y *“no hay más derecho que el positivo, entendiendo por tal, el que el poder público a través de sus órganos, crea, reconoce y aplica”*³⁷.

En ese sentido, son cuestionables los procedimientos institucionales que se tienen concebidos para establecer la ontología y deontología del derecho. El ser y el deber ser del derecho como disciplina de estudio y praxis, ha estado a merced de quienes legítima o ilegítimamente ejercen el poder republicano, y ello no nos garantiza que las hipótesis legales insertas en las normas materiales, tengan aceptación en un conjunto social. Bajo estas afirmaciones, las normas *“son válidas si su creación está autorizada por normas válidas de acuerdo a la norma fundamental del sistema y ellas pertenecen al sistema en tanto y cuanto su creación esté autorizada por normas que forman parte del sistema”*³⁸. Aquí vale la

³⁷ GARCÍA Máynez, Eduardo. *Op. cit.* p. 20.

³⁸ NINO, Carlos Santiago. *Alguno modelos metodológicos de ‘ciencia’ jurídica*, D.F., E.U.M., ed. Fontamara, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, no. 25, 2007. p. 25.

pena preguntarse sobre las razones de la obediencia a un marco jurídico; ocurrirá éste por la propia bondad de la norma jurídica o simplemente se acatará porque es emanado de los órganos del poder político.

Mientras que unos discuten las verdades legales, tomando como base algunas connotaciones que sobre la realidad hay, la sociedad obedece bajo resistencia, las conclusiones y determinaciones finales tanto de los teóricos juristas como de los forjadores materiales de las leyes. Y ello acarrea la posibilidad de establecer como una falta de legitimidad en la norma jurídica que se construyó con la visión de sólo un reducido grupo; serían las verdades absolutas tanto del iuspositivismo las únicamente viables. Y la comunidad humana que recibirá y ejercerá ese marco legal, sólo se le considera para elegir quién, de entre los cohabitantes, construirá y decidirá por ella. En ese sentido, sería ilegítima la norma jurídica de la que no participó en su creación o derogación el grueso social, trayendo como consecuencia la invalidez jurídica del marco normativo establecido. En ese sentido, los marcos jurídicos se encuentran sujetos a la postura del *monismo jurídico positivista*, que afirma, que “*no hay más derecho que el positivo, entendiendo por tal, el que el poder público, a través de sus órganos, crea, reconoce y aplica*”³⁹.

Sin duda alguna podemos afirmar que la sociedad se ve controlada externamente por el poder formal de un país, cuando no tiene los medios jurídicos para deliberar con éste las decisiones normativas más trascendentales de su vida nacional, verbigracia, creación, modificación, adecuación y derogación de disposiciones constitucionales federales y leyes reglamentarias. La relación cercana y sana entre gobernante y gobernados se ha diluido a partir de que solamente se ha considerado al derecho – desde una perspectiva reduccionista – como un resultado e instrumento del poder. El iuspositivismo reduce al mínimo los fines teleológicos del derecho. Esta escuela, promueve que el sistema legal

³⁹ GARCÍA Máynez, Eduardo. *Op. cit.* p. 20.

adopte una postura axiológica neutral, desde la que se llega a considerar a la justicia, como una simple regla de legalidad.

Al margen de que la norma pueda ser considerada como válida por el positivismo jurídico, y más aún, eficaz, ello no significa que resulte en beneficio de la comunidad destinataria de la misma. Recordemos que para el iuspositivismo ideológico, para que una norma jurídica sea válida, no requiere atender a principios o valores, sino exclusivamente a la satisfacción de los requisitos procedimentales de su creación. El derecho *“positivo disciplina positivamente, tanto las condiciones formales de existencia de las normas, que dependen de la correspondencia empírica entre su forma y las normas formales de producción normativa, como las condiciones sustanciales de su validez...”*⁴⁰.

Se debe transformar la perspectiva teórica del *‘derecho del estado’* al *‘derecho de la sociedad’*.

Hay una corriente neopositivista del garantismo jurídico, porque su autor así se atribuye esa pertenencia. Aunque a de entrada lo que se expone ahí, es un debate iusnaturalista. Los principios metateóricos y los derechos fundamentales del autor de la obra *Epistemología Jurídica y Garantismo*, Luigi Ferrajoli, se exponen como medios irrenunciables que deben existir en toda normatividad jurídica, aún con la intervención social. El Italiano Luigi Ferrajoli, filósofo del derecho, vino a generar un *parte aguas* en la historia de ésta escuela filosófica del derecho. *“El positivismo jurídico puede tener un significado más amplio y distinto. Entre otra cosas designa una concepción y un modelo de derecho en el que no sólo la existencia de las normas, en tanto vinculada a su forma de producción, sino también los criterios sustanciales de reconocimiento y validez de las mismas, son puestos, artificialmente, por el mismo derecho Positivo... el derecho Positivo*

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Epistemología Jurídica y Garantismo*, D.F., E.U.M., ed. Fontamara. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, no. 88, 2006, p. 266.

*disciplina tanto las condiciones formales de existencia de las normas, como las condiciones sustanciales de su validez...*⁴¹.

Amplía lo que parece prácticamente imposible para el positivismo jurídico, la posibilidad de darle legitimidad a las normas jurídicas emanadas bajo éste modelo jurídico. No sólo se encajona en la visión Kelseniana de que la norma sólo es producto de la norma, sino que, sitúa al margen de ésta, a los principios sustantivos de las democracias contemporáneas y al respeto irrestricto de los derechos humanos, que genera *“un nuevo cambio de paradigma de experiencia jurídica: la sumisión del legislador a normas jurídicas positivas, como lo son los principios ético – políticos jurídicamente positivizados en las constituciones rígidas que están por encima de la legislación ordinaria... Éste sistema de normas meta – legales dirigidas a los poderes públicos y, antes que nada al legislador, es, precisamente, la constitución, es decir el acuerdo democrático de lo no decidible”*.⁴²

Ante esta nueva variante del positivismo jurídico, que él lo denomina *iuspositivismo crítico*, surgen elementos que repercuten en la línea de investigación para la elaboración de esta tesis, que a partir de ésta postura teórica, se rescata el elemento democrático sustantivo de nuestra sociedad moderna, que debe permanecer invariable en toda comunidad civilizada. Pues la creación del derecho, ya no sólo se ve como una facultad omnipotente del monopolio político, sino como una construcción del ingenio social, sin descuidar principios y derechos que por razones históricas deben permanecer en todo sistema jurídico.

⁴¹ *Ibidem.*

⁴² *Ídem.* pp. 266, 267.

2.3.2 Iusnaturalismo.

Es de vital importancia tener una clara idea de los alcances que ha tenido el derecho natural dentro del pensamiento de la comunidad científica del derecho. La corriente del pensamiento jurídico del iusnaturalismo es una respuesta de la filosofía al problema en sí del derecho como un conjunto normativo; de ahí que su antecedencia histórica quede insertada en la historia general de la filosofía.

Subsiste genéricamente la idea de que por encima de las leyes terrenales o expedidas por los seres humanos, subyacen algunos postulados superiores, cuyas afirmaciones ya se encontraban presentes desde el pensamiento clásico griego, mismo que no ha dejado de ser una constante en la historia de la humanidad. Su composición filosófica de esta teoría jurídica hace que sea muy diversificable y mutable.

En sentido amplio, la corriente teórica del iusnaturalismo, es un derecho – como conjunto normativo - con las implicaciones sociales y culturales que ello conlleva, que tiene la condición de imposición de normas pertenecientes a un sistema moral, en cuanto que tienen como pretensión la de regular la conducta humana con el propósito de lograr la convivencia social armoniosa y justa. Ya en un sentido estricto, se trata de sólo referencias valorativas, pero de ninguna manera de naturaleza jurídicas.

El iusnaturalismo ha pasado por diversas etapas y concepciones, -en la Grecia antigua - desde los presocráticos que ligaban la idea del naturalismo basado en el cosmos, que en un sentido amplio, lo relaciona a la physis, hasta Heráclito, que concebía al cosmos-logos como un orden normativo supremo; o el propio Anaximandro, que lo menciona como la justicia cósmica.

También tenemos a los propios sofistas que significaban una oposición entre la physis y nomos. En este sentido, el punto medular ya no es el cosmos

sino el individuo como tal, corriente que se le conoce como el humanismo de Atenas. Posteriormente vendrían los clásicos como Sócrates, Platón, Aristóteles y Cicerón, que refuerzan en el periodo grecorromano, la idea de una ley particular que tenga como fundamento intrínseco la naturaleza.

El iusnaturalismo cristiano, transita del individuo a la calidad de persona y se vincula la deidad en la naturaleza humana. Dios, según esta etapa, se inscribe y materializa en la naturaleza; surge así pues, una ley moral natural. Se refuerza una presencia teológica en las normas regulatorias de la conducta humana, con las posiciones de San Agustín y Santo Tomás de Aquino.

Después aparecería el iusnaturalismo racionalista, que a partir del *renacimiento*, propone la desvinculación del derecho natural respecto de Dios. La moralidad no tiene como fuente a dios, sino a la propia racionalidad humana. Vinieron a contribuir a esta naciente corriente, Rousseau, Grocio, Puffendorf y Locke.

El iusnaturalismo actual, del siglo XX a la fecha, tiene claros impulsores: Radbruch, Fuller, Finnis y Dworkin. Mismos que plantean la idea de que el derecho no es más que una voluntad política (Radbruch); que para que ésta tenga validez, deba estar acorde a ideales de racionalidad (Fuller), misma que por medio de principios, le debe dar orientación al derecho positivo al momento de su creación (Finnis) y también, a la actividad de los órganos jurisdiccionales (Dworkin).

La corriente del pensamiento jusnaturalista ha sido la que ha dominado las ideas filosófico jurídicas desde el mundo clásico hasta finales del siglo XIX, donde fue prácticamente remplazado por la doctrina del positivismo jurídico. De cualquier forma, aunque en cierta forma desplazado por el sistema positivista, el molde jusnaturalista, sus concepciones sobre el derecho natural y la importancia de la moral en el concepto de derecho, siempre se han mantenido presentes en

las deliberaciones jurídicas, presentándose a menudo como contrapunto crítico a la doctrina positivista y como objeto de la filosofía del derecho.

Resulta evidente que ahora en el último siglo, existe un periodo crítico que viene sufriendo el iuspositivismo con la aparición de sistemas constitucionales materiales y de doctrinas sobre derechos fundamentales que cuestionan su compatibilidad con una concepción positivista de derecho; muchas de los planteamientos iusnaturalistas que fueron en cierta forma negadas por el iuspositivismo, se ven ahora recuperadas por la doctrina de los derechos fundamentales y por el nuevo movimiento jurídico denominado garantismo jurídico. Entre ellas, debemos destacar la de la relación entre el sistema moral y el sistema jurídico, lo concerniente a las fuentes del derecho y la consiguiente relación entre la política y los sistemas jurídicos contemporáneos.

En el espacio jurídico en que nos desarrollamos, éste reacciona automáticamente con una visión iuspositivista y no resulta extraño que cualquier mención a un pensamiento iusnaturalista sea asociado a una visión romántica, anquilosada u utópica del derecho o a una perspectiva filosófica de éste. Sin embargo, parece un tanto arriesgado que la teoría jurídica pretenda desplazarlo a una posición meramente accesoria, a pesar de que durante tanto tiempo ha dominado el escenario jurídico.

En la última mitad del siglo pasado la teoría del garantismo jurídico, se ha propuesto tratar al derecho a partir de conceptos materiales presentes en la constitución, generalmente bajo la forma de derechos fundamentales, que acaban por hacer resurgir la discusión sobre la concepción iusnaturalista del derecho, que retorna una vez más con fuerza a los debates jurídicos, principalmente en lo que se refiere a la polémica sobre las relaciones entre derecho y moral, así como de reformulaciones de teorías de autores iuspositivistas.

Una concepción jusnaturalista del derecho no es del todo incompatible con la concepción iuspositivista o, al menos, sus tesis no son del todo antagónicas y en un concepto de derecho actual, “*los derechos fundamentales actúan como puertas de entrada de la moral en los ordenamientos jurídicos*”⁴³, y convierten en relativa compatibilidad de estas dos teorías jurídicas. El derecho natural no es fijo, sino cambiante y diferente en cada autor. El derecho natural según esa concepción, proclama como fundamento la libertad y la igualdad de los hombres.

En lo que respecta al trato teórico que recibe la producción normativa en la corriente del iusnaturalismo –actual-, se caracteriza por asumir una axiología jurídica abundante, por medio de la cual el derecho en su momento creacional, adopta una posición heteroreferencial. Se afirma que “*el derecho si pretende servir al hombre y contar con validez jurídica en sentido pleno debe promover y no perjudicar a esos bienes básicos...*”⁴⁴. En la expedición de disposiciones jurídicas, se tendrá que consultar y ajustar el derecho producido o reproducido, a los valores preestablecidos que la comunidad científica vaya descubriendo o estableciendo. En un régimen ideal del iusnaturalismo, el estado, por medio de los órganos legislativos y jurisdiccionales, debe asumir como normas preexistentes, los postulados básicos de los principios generales o universales del derecho.

En ese escenario naturalista, existe una dualidad entre el régimen público y los expertos que describen los catálogos morales de la nascente norma. Tanto las adecuaciones normativas que realicen los legisladores, como los razonamientos lógico jurídicos que desarrollen los órganos jurisdiccionales, se deben ajustar a los dictados naturales del derecho. Y ante tal planteamiento naturalista, resulta insostenible que, igual como sucedería bajo un sistema jurídico positivista puro, el factor social queda marginado a la expectación de los instrumentos técnicos de la erudición racional individualizada.

⁴³ FARREL, M., “*¿Discusión entre el derecho natural y el positivismo jurídico?*”, DOXA, Alicante, España, 1998, n. 21, vol. II, p. 121.

⁴⁴ VIGO, Rodolfo L. *El iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis*, D.F., E.U.M., ed. Fontamara. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, no. 95, 2003, p. 114.

Tanto en los sistemas legales idealizados del positivismo y el naturalismo, opera el impulso creativo de la norma, desde la subjetividad “racional” de las instituciones o de los sabios, respectivamente. El iusnaturalismo considera que el iuspositivismo monopoliza el poder productivo de las disposiciones jurídicas, pero no comprende que desde su propio abordaje teórico, hace lo mismo: controla absolutamente la génesis normativa desde concepciones individualizadas que adolecen de contribuciones racionales de los demás sujetos destinatarios.

El sentido natural de la humanidad no nos garantiza que la vida armoniosa y justa que pretende el propio iusnaturalismo, como cuando “*la naturaleza produce, en su conjunto, un incesante, brutal, cruel exterminio de seres vivos*”⁴⁵.

2.3.3 Iusmarxismo.

Para poder estar en condiciones de analizar esta corriente del pensamiento filosófico – jurídico, vale la pena concebir lo que se entienda por el propio *Marxismo*. Cuya creación obedece básicamente a la teoría que emerge de los planteamientos teóricos de Karl Marx y de Friedrich Engels. Podemos llegarla a concebir como un conjunto de ideas, conceptos y tesis de las teorías de las metodologías científicas y de estrategia política; en un plano más abstracto, en la propia concepción del mundo, de la vida asociada y de la política, consideradas como un cuerpo homogéneo de proposiciones hasta llegar a constituir una auténtica corriente doctrinaria.

El derecho en el marxismo está basado en el materialismo dialéctico y en el materialismo histórico; por eso y como antecedente necesario, algo hemos de decir de estos dos aspectos del marxismo, así como de su evolución histórica.

⁴⁵ BOBBIO, Norberto. *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, Madrid, España, ed. Trotta, 2015, p. 176.

Debemos tener en consideración que esta corriente filosófica del derecho – iusmarxismo-, parte de una doctrina ya referida - materialismo dialéctico e histórico, que llega a sustentar que el derecho es un sistema de relaciones sociales que deriva de la estructura económica imperante de un país determinado. La parte de lo *dialéctico* obedece a la idea de Hegel del cambio inherente a todas las cosas; y la del *materialismo*, porque el motor de dichos cambios está situado, no en el plano de la espiritualidad, sino en la materia. El Marxismo llega a considerar a la sociedad civil como una esfera en la que debe buscarse la respuesta para comprender el proceso histórico del progreso de la humanidad. La transformación de la realidad es posible en tanto se conozca el desenvolvimiento del sistema de las relaciones de producción, que es el dialéctico.

A manera de abundar un poco sobre la posición teórica del materialismo histórico, éste llega a afirmar que la masa, el pueblo, la plebe, la clase, son el elemento material capaz de acciones conscientes, y que la liberación del pueblo, no proviene de los héroes; los marxistas ortodoxos, dicen que no son los héroes los que hacen el pueblo, ni la historia, sino que es el pueblo el que hace a los héroes y el que empuja a las sociedades e instituciones a su devenir histórico.

Por otro lado, el *marxismo* considera que las relaciones de producción de una sociedad determinada, constituyen la estructura básica de una sociedad, y todas las demás instituciones sociales integrantes: como las políticas, religiosas, morales o jurídicas, son superestructuras secundarias de la estructura económica de la sociedad, que es la fundamental.

A partir de la teoría política y social del alemán, Carlos Marx, en lo que atañe al estudio de las disciplinas jurídicas, surgen dos subcorrientes teóricas, que les podemos decir que representan el marxismo. Una que se le denomina la *extincionista* y otra, con notables diferencias, la *reformista*. Respectivamente, Manuel Atienza considera a las dos anteriores como una versión fuerte y una débil del marxismo, a saber “*las versiones fuertes vienen a conformar una concepción*

*escéptica del derecho, que difícilmente puede servir como una guía para el jurista que ha de operar en él... es la tesis del carácter clasista del derecho... mientras que su versión débil el acento se pone en la limitación del tratamiento igual en cuanto característica del derecho moderno, del derecho burgués*⁴⁶.

En ese sentido, el *iusmarxismo extincionista* considera al derecho – visto como un sistema jurídico - como una de esas superestructuras; al identificarlo como un mero constructo burgués, detrás del cual se ocultan intereses autónomos de las clases económicas dominantes, para perpetuarse en su poder político, económico y cultural, y así, mantener sometida a la clase oprimida y explotada del proletariado. En este pronóstico marxista el componente jurídico de la superestructura desaparecería en una fase superior denominada *comunismo*. A esto se le pudiera considerar como el “no derecho”, puesto que se le ve de manera negativa al conjunto de normas jurídicas, proponiendo una salida escéptica de desaparición o extinción de las normas públicas. Admitir esta tesis, sería tanto como desconocer al derecho como un instrumento para la transformación social. Se puede comprender que cuestionemos el origen, conformación y alcances del derecho, más, asimilar que la respuesta a los problemas filosóficos del campo jurídico, es el aniquilamiento de un sistema que es el objeto de su estudio, implicaría un sinsentido; se estaría fuera de toda lógica.

Se vislumbra la posibilidad de que todo sistema jurídico es producto de una estructura económica, arribando a la solución tan drástica, como el establecimiento de un régimen político donde se propicie la inexistencia del derecho como condición para la convivencia social armónica. Cuya posición teórica marxista, desdibuja la razón fundante del derecho y del propio Estado.

Se puede considerar admisible la teoría crítica del derecho, por la deslegitimación que pueda llegar a tener, ante la desconexión que pueda llegar a

⁴⁶ ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*, 4ta. Edición, Barcelona, España, ed. Ariel Derecho, 2009, p. 300.

tener con la sociedad destinataria de la norma jurídica; más, que ello sea suficiente para considerar que la solución se encuentre en la desaparición del derecho como conjunto normativo regulatorio de conductas humanas, resulta totalmente inadmisibile.

La justificación de la génesis del Estado y del derecho, encuentran sentido ante la pretensiones humanas de explotarse los unos a los otros. Como género humano, estamos a años luz de convertirnos en una sociedad madura que no requiera un sistema de reglas que normen, reconozcan y sancionen sus conductas. La mejor opción no sería la desaparición del derecho, sino que, a partir de la crítica que el propio iusmarxismo hace, se busquen soluciones alternativas para legitimar al sistema jurídico sin pretender su aniquilación.

El *iusmarxismo reformista* del derecho es una confirmación de que los términos de la revolución y el derecho, términos que parecen una antítesis, guardan entre sí una inexorable relación, porque no son sino un fiel reflejo de la confrontación perenne entre el propio estatismo de la norma jurídica y el dinamismo de la vida. Nace el principio, un tanto ideológico, del derecho revolucionario.

Desde otra perspectiva, del iusmarxismo, podemos señalar que existen dos grandes formas de conceptualizar al derecho. Una, la occidental o clásica, otra, la marxista. En la primera, dentro de la cual, claro es, existen matices y diferencias, se parte de un punto de vista idealista y se deduce el derecho de principios ideales superiores y no de las relaciones de las clases sociales. Algunas, pocas, teorías del derecho dentro de esta línea, manifiestan el deseo de conectar el derecho con las efectivas condiciones sociales, pero nunca lo ven como la expresión de la voluntad de la clase dominante, y a lo sumo son teorías eclécticas entre el concepto idealista y el empírico. Toda esta línea del pensamiento jurídico es sustancialmente idealista y sus fundamentos abstractos: idea, voluntad privada, voluntad general, solidaridad social, función social, sistema

de normas, espíritu del pueblo. En cambio para la otra, la marxista, el derecho nace de la material forma de vida del pueblo, y es la expresión de la voluntad de la clase dominante. Cuyo rasgo se convierte en distintivo del iusmarxismo, respecto de las demás corrientes filosóficas del derecho, que tienen una peculiar forma de explicarlo y concebirlo.

Para el marxismo, la teoría kantiana de la moral, al igual que la del derecho natural un tanto idealista, reflejan las aspiraciones de la burguesía: libertad para la propiedad privada, libertad para la empresa capitalista y libertad para la competencia. Amén de la visión iuspositivista que se lejos de tener aspiraciones morales o concepciones supraleales o supraterrrenales, se sostiene en la tesis de que un sistema jurídico es válido si tiene concordancia, coherencia y funcionalidad, independientemente de que si tiene una serie de pretensiones teleológicas qué alcanzar.

Y por lo que nos ocupa particularmente éste trabajo de investigación, pudiéramos señalar que el iusmarxismo – reformista - hace un denso cuestionamiento a las demás corrientes de la filosofía jurídica por la invalidez de los instrumentos y mecanismos que utilizan para la reproducción del derecho o la creación del mismo. La persuasión iusmarxista se centra en invalidar un sistema y un orden jurídico existentes por el solo hecho de ser producto de intereses de poderíos económicos, políticos o culturales, ajenos a los intereses de la clase oprimida o proletaria.

El marxismo jurídico, impulsado por soviéticos como Stucka y su obra "*La teoría comunista del Derecho*", cuestionaron ampliamente al derecho, considerado clasista y a la jurisprudencia -ciencia jurídica- como burguesa, quien conceptualizó al derecho como "*un sistema de relaciones correspondiente a los*

*intereses de la clase dominante y tutelado por la fuerza organizada de esta clase*⁴⁷.

El iusmarxismo tuvo amplias contribuciones para repensar las afirmaciones que se hacían. Kelsen, criticó acremente esta teoría de la que consideró que confundían al derecho con los discursos del derecho, decía que el derecho no puede ser ideológico, pero los discursos de él, sí. Hay una razón parcial al respecto, por lo menos en lo que respecta a la separación del derecho con la ciencia jurídica que lo considera su objeto de estudio. Más, en la parte de la carga ideológica de los sistemas jurídicos donde su producción normativa responde a expectativas de los miembros de una clase dominante (política, económica o cultural), sigue vigente en la vida contemporánea.

2.3.4 Iusrealismo.

Ésta escuela filosófica del derecho, que no goza de una extensa antigüedad como otras corrientes jurídicas del pensamiento, se centra principalmente en conceptos tales como el imperio de la ley: su vigencia, su observancia, su sistematicidad y su eficacia.

Dentro de sus dos principales movimientos internos del realismo jurídico – iusrealismo, como suelen llamarle algunos tratadistas –, tales como el estadounidense y el escandinavo, es muy poco probable que encontremos análisis o reflexiones acerca del origen de los sistemas jurídicos, su validez o legitimación. Sí tienen una clara postura en relación a la prohibición del uso de valores o postulados universales que sirvan de apoyo para la configuración, procuración o aplicación de las normas jurídicas, dado que llega a considerarse esta escuela jurídica, como una escisión del positivismo jurídico. Sin embargo, sí tiene en la

⁴⁷ ATIENZA Manuel y Juan Ruiz Manero. *Marxismo y filosofía del Derecho*, D.F., E.U.M., ed. Fontamara. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, no. 23, 1995, p. 167.

actualidad rasgos distintivos que la hacen consolidarse como una corriente autónoma del pensamiento jurídico.

A decir de algunos pensadores propios del realismo jurídico, llegan a considerar que lo producido por éste, no corresponde a la ciencia jurídica en sí, sino, al realismo sociológico (a la sociología) que ya forma parte de otra rama del conocimiento científico social, considerando al derecho y su consecuencia sólo como un hecho social más, objeto de estudio de la teoría social.

Por su estrecha cercanía con la corriente del iuspositivismo ideológico, la moral se encuentra expulsada como referente obligado para la concepción o producción de marcos jurídicos. Aparte de lo anterior, consideran al derecho como un hecho social más que es observable, medible e investigable, no desde una ciencia jurídica ex profeso, si no desde la propia sociología especializada en temas jurídicos.

Principalmente centran sus investigaciones y posturas teóricas en la maximización del poder estatal para generación de cuerpos normativos y en los entretelones que implica el sistema judicial para el desarrollo de la actividad jurisdiccional. Además, de la identificación de las demandas o necesidades sociales que requieren un nivel de atención y respuesta por parte de los órganos del poder público a través de marcos normativos eficaces y funcionales.

Sus principales autores, como Alf Ross y Karl Olivecrona, dirigen su capacidad científica en interpretar y descubrir aspectos jurídicos relativos a la eficacia legal y al propio cumplimiento de las normas jurídicas, por parte de sus destinatarios finales. Muchos de los análisis que se realizan, se construyen a partir de investigaciones emprendidas por juristas y no por académicos que tengan profundo arraigo filosófico.

El realismo jurídico parte de la idea de que el derecho como sistema jurídico, es un hecho social, objeto de estudio e investigación. Cómo se observa, cómo se aplica y cómo se interpreta en el ámbito de la práctica forense y judicial, es su principal objetivo de investigación. Las reglas y las razones jurídicas que son tomadas en consideración por personas que asumen cargos de administradores de justicia, al momento de fallar en los hechos que se les presentan, son el principal objeto de estudio de su investigación jurídica.

También, ésta escuela jurídico – sociológica, tiene como principal encomienda, la de identificar una serie de necesidades sociales que son presentadas o visibilizadas por la propia teoría social, para luego verificar a través de sus metodologías de investigación, el grado de cumplimiento, obediencia, observancia y eficacia. Es decir, básicamente se centran la mayoría de sus trabajos académicos, en encontrar respuestas convincentes (científicas) a los requerimientos de una sociedad; la practicidad y el utilitarismo le son cómodos a este tipo de teorías. Qué tan útil o eficaz, se ha convertido una norma jurídica, para satisfacer una problemática manifestada por la sociedad.

En ambas teorías, positivista y realista, se admite el pensamiento del nacimiento genuino de las normas primarias, casi a nivel de indiferencia y la consecuencia formal de derivación de normas secundarias, ajustadas a los alcances jurídicos materiales de las normas primarias. Hay una regla jurídica de reconocimiento escalonado de validez. Aunado a lo anterior, parten del principio del relativismo moral, pues se reduce la validez a la existencia de las normas y la justicia a la legalidad o cumplimiento de la ley. Se rechazan conceptos o leyes universales y planteamientos ideológicos o metafísicos al derecho formal. Por lo cual, en lo que corresponde a esta parte del realismo jurídico, se reproducen los cuestionamientos que se hicieron al positivismo jurídico. Alf Ross sostiene que el término validez, *“nada tiene que ver con un enunciado normativo de un deber de obediencia al derecho, en el sentido moral de la palabra. Esta idea característica*

*del pensamiento jusnaturalista y cuasipositivista no tiene cabida en una teoría del derecho basada en principio empiristas*⁴⁸.

En el positivismo jurídico, el depósito de la validez de la norma jurídica recae en la propia existencia de la misma: la norma vale o se encuentra legitimada si es que se atendió a los requisitos prestablecidos para su nacimiento. Y sólo el derecho puede surgir del derecho: autopoiesis. Para el realismo jurídico, la legitimidad de la norma, yace en su grado de observancia y de eficacia para lo cual fue creada; independientemente que los preceptos jurídicos hayan sido producto de una decisión unilateral de los poderes públicos o que se haya considerado alguna intervención de la sociedad en el proceso legislativo.

2.3.5 Neocontractualismo

El contractualismo es una corriente del pensamiento político – jurídico, que tiene como punto de partida las consideraciones teóricas que envolvieron el impulso de la naciente república francesa de finales de siglo XVIII y el derrocamiento de las monarquías absolutas. En su momento, al plantear los enciclopedistas, que prevalecían una serie de prerrogativas inherentes a la naturaleza humana, es que se empiezan a replantear o a renacer principios tales como la libertad, la igualdad y la fraternidad humanas, características esenciales de la modernidad.

El enciclopedismo francés es el promotor del renacimiento ilustrado, en el que se concibe la idea básica sobre la igualdad entre los individuos, independientemente de su condición social, económica o política. Juan Jacobo Rousseau en su clásica obra excepcional “El Contrato Social”, diseña sobremanera una teoría sobre las condiciones naturales de todos los individuos con la que da origen a una nueva concepción de las relaciones entre estos, tanto de los gobernantes, como de los gobernados, *“cada uno de nosotros pone en*

⁴⁸ ROSS, Alf. *Op. cit.* p. 24.

común su persona y toda su potencia bajo la suprema dirección de la voluntad general y recibimos a cada miembro como parte indivisible del todo... ésta persona pública, tomaba antiguamente el nombre de 'ciudad', y ahora el de 'república' o 'cuerpo político', denominado por sus miembros como 'estado' cuando es pasivo y 'soberano' cuando es activo...⁴⁹.

En esta misma obra, transforma el concepto político de la soberanía monárquica, para situarlo en el terreno de la sociedad. Traslada el poder omnímodo de los emperadores a dirigir los destinos de un reino, al poder natural de un pueblo a autodeterminarse en todo, partiendo de la base de que todos son iguales; provoca “*un vuelco profundo de las contradicciones sociales con el fin de construir una sociedad de comunicación fundada en el conocimiento intuitivo de la verdad*”⁵⁰. Así, Rousseau en la obra ya citada rompe el paradigma jurídico, político y social, con el que conseguían su justificación y legitimidad las monarquías constitucionales y absolutistas que en turno existían.

Ante la crisis en que se encontraba el paradigma monárquico, Rousseau expuso la posibilidad teórica e instrumental de reformular un pacto entre quienes dirigían los destinos de los reinos y quienes eran los integrantes de sus comunidades. Un pacto o acuerdo de voluntades que él le llamó *Contrato social*, en el que la sociedad participaría por medio de representantes con funciones sustantivas diferentes, tales como las de producir las normas, aplicarlas a una sociedad determinada y sancionar a quienes no las acatase.

También propuso la instauración de una república como forma de gobierno, en la que sus miembros no tuviesen cargos eternos, siendo elegidos por los destinatarios de las normas jurídicas, estando siempre obligados a responder a los intereses sociales, siendo exigibles éstos, por medio de un poder natural que le era propio al pueblo y que lo denominó *soberanía popular*: un poder infinito

⁴⁹ ROUSSEAU, Jean Jacques. *El contrato social*, Madrid, España, ed. ALBA, 2011, p. 34.

⁵⁰ TOURAINE, Alain. *Crítica de la modernidad*, 2da. Edición, D.F., E.U.M., ed. Fondo de cultura económica, 2000, p. 28.

depositado exclusivamente en el pueblo para sus decisiones generales y trascendentales, indivisible, inalienable, insustituible e indelegable. A esto se le consideró el contractualismo.

No todo lo reflexionado por los enciclopedistas franceses, se imprimió en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente de 1789, ni en la primera Constitución francesa, producto de la revolución armada, aprobada por el mismo órgano en septiembre de 1791. Se aprobó la república como forma de gobierno, más no se instrumentalizó la soberanía popular.

No con lo anterior, se subestima el gran salto que dio la humanidad con la declaración y la constitución mencionadas. Tan es así, que las conquistas de este movimiento social, dio origen a una nueva era del neo constitucionalismo, de la primera generación de los derechos humanos, y de la ciencia política, en la formación, funcionamiento y fines del estado moderno.

A lo largo del tiempo, a poco más de dos siglos de distancia entre estos sucesos históricos y la actualidad, prevalece en el mundo occidental aún la idea progresista del régimen republicano y la de las democracias representativas, basadas en sistemas y procesos electorales, para justificar o legitimar el cumplimiento del derecho consagrado de la soberanía.

En la actualidad, tanto en la teoría como en la legislación material, a la soberanía se le ha dado por llamarle *soberanía nacional*, a efecto de no comprometer dicho esquema al planteado por Juan Jacobo Rousseau, del que adolecen de algunos elementos en gran medida, que conforman la teoría de la soberanía popular.

Se hizo de la soberanía, en la gran mayoría de los sistemas constitucionales occidentales, de ser considerado un principio de poder social, a

una simple prerrogativa para elegir gobernantes por la vía de sistemas electorales, libres de irregularidades. De considerarse un poder fundante, se redujo la soberanía popular, a un derecho político electoral. Y en esa dimensión y magnitud se confeccionó a la democracia, como un simple instrumento para el arribo a los cargos de elección popular, *“hoy la democracia descansa en la libre elección de los gobernantes y en la limitación del poder político por obra de un principio no político”*⁵¹.

El monopolio de la producción de la ley a cargo de este modelo de soberanía reduccionista y de democracia burguesa, coadyuvados por poderes fácticos, que por medio de corporaciones y organismos internacionales ejercen dominio común a diferentes sociedades, es lo que obligó a repensar desde la teoría jurídico – política, un *neocontractualismo*. El reto era, cómo trasladar el pensamiento contractualista a nuestros días, considerando que vivimos en sociedades complejas, con permanentes avances tecnológicos, posmodernista, sin fronteras y nuevas teorías sociales.

John Rawls, principal impulsor de neocontractualismo, en su *Teoría de la Justicia*, considera que *“tenemos que anular los efectos de las contingencias específicas que ponen a los hombres en situaciones desiguales y en tentación de explotar las circunstancias naturales y sociales en su propio provecho. Ahora bien, para lograr esto supongo que las partes están situadas bajo un velo de ignorancia. No saben cómo las diversas alternativas afectarán sus propios casos particulares, viéndose así obligadas a evaluar los principios únicamente sobre la base de consideraciones generales”*⁵²; que, previo a formular los postulados más elementales de la sociedad, debemos desaparecer los principios básicos propios. Ello suena difícil y es algo complejo, e incluso casi imposible. Por ello, nos

⁵¹ *Ibidem*. p. 320.

⁵² RAWLS, John. *Teoría de la justicia*, 2da. edición, D.F., E.U.M., ed. Fondo de cultura económica, 1995, p. 135.

propone un escenario en el que la humanidad se encuentre bajo un “velo de ignorancia” que lo trasladará a ese lugar o posición imaginarios.

Luego, ya en esa condición imaginaria, un grupo de personas debaten el tipo de sociedad en el que pretenden vivir y por el velo que portan, les obstaculiza saber cuál será su posición socioeconómica en dicha sociedad, sus utilidades o ganancias, posesiones, patrimonio, propiedades, prerrogativas y capacidades.

Con ello, se garantiza que quienes participan en ese ejercicio neocontractualista, lo hagan de manera incondicional o interesada. Y que sea a través de esta práctica, la reformulación de un estado que privilegie la democracia popular, pero sobre todo, la justicia distributiva.

El neocontractualismo busca rescatar el acuerdo de voluntades inicial entre la sociedad y su régimen, bajo el principio de igualdad entre estos, aspirando a un estado de bienestar. Persigue conjugar la figura de la soberanía abierta y completa, en sociedades que cada día tienen menos barreras migratorias, arancelarias y comerciales. Busca conectar la soberanía con las nuevas teorías de democracia, donde prevalezca el derecho a decidir de los individuos, en todo momento y en todo lugar. Estima encontrar aproximaciones a las fórmulas idóneas para hacer de una comunidad democrática, un espacio y procedimiento adecuados para escuchar las voces de todos sus miembros y que sus representantes y sistemas normativos públicos sean constructos sociales en los que se vean reflejados los intereses genuinos de toda una sociedad.

En el neocontractualismo no sólo se cuestionan los modelos de representación política vigentes, incluido el republicanismo, se pone en sana relatividad hasta el sistema moral o ético de valores, que ha servido de fundamento para la armonía social. Critica al derecho vigente, como producto exclusivo de un régimen político o también, como producto de enunciados preestablecidos de orden supraterritorial naturalista. Se disiente de Norberto Bobbio

cuando sostiene que “*el mercado político... es una característica de la democracia real (no la imaginada por Rousseau) que se nutre de este intercambio continuo entre productores y consumidores de poder... en pocas palabras, tener poder significa tener capacidad de premiar o castigar...*”⁵³. Aberrante, tener una visión mercadológica del poder público en un sistema democrático.

En el neocontractualismo jurídico, se busca que la sociedad destinataria de la norma, tenga un papel activo y decisivo en la construcción de su vida pública: del estado y del derecho. Sin embargo, hay un punto de quiebre del neocontractualismo, que esquiva la vida comunitaria. Por el posicionamiento que adopta para la construcción de ideas universales o nacionales, invisibiliza la condición del ser social; olvida la realidad de las naciones multiculturales que deben recibir un trato jurídico diferenciado.

El ser humano en el plano nacional, funciona en la medida en que, si no es que todos, la gran mayoría tienen una condición de igualdad. Pero las naciones que se asumen compuestas por elementos que les identidad al conjunto y elementos que son distintos, se debe encontrar una respuesta jurídica para incorporarlos a un mundo donde quepan todos. No a través de la imposición ideológica de una mayoría social a una minoría, sino por medio de canales neocomunitaristas que enriquezcan un modelo jurídico de producción normativa incluyente.

⁵³ BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*, Op. cit., p. 156.

CAPITULO 3

LA DESLEGITIMACIÓN DEL DERECHO CONTEMPORÁNEO DESDE LA TEORÍA SOCIAL

3.1 Una visión social del derecho: de lo moderno a lo posmoderno.

Para poder comprender el rol que ha jugado el derecho dentro de estos sistemas sociales, es preciso concebir en primera instancia, tres fundamentales etapas que nos servirán de contexto para la comprensión jurídica del hombre: la premodernidad, la modernidad y la postmodernidad. Si nos dedicamos a hacer un recuento histórico de la humanidad, nos daremos cuenta que durante muchos años el género humano, comúnmente conformado por pequeños conjuntos de individuos, se organizó, teniendo como fundamento la idea de la costumbre. Este sistema de organización normativa, le generaba un grado considerable de tranquilidad social, puesto que los hábitos ejecutados por el propio hombre eran los que posteriormente se tomaban como regla general de su autocontrol.

Posteriormente, con el perfeccionamiento de la organización social, al arribo de comunidades rudimentarias de producción rural, bajo la dirección de autoridades monárquicas u algunas otras equivalentes, que tenían un tipo de organización más desarrollada y avanzada, el derecho empezó a jugar un papel fundamental. Llegando en primer término, a través de enunciados producidos por medio de resoluciones jurisdiccionales, que poco a poco - al paso del tiempo y siglos -, estos sistemas jurídicos rudimentarios tomaran una complejidad enorme,

dedicándole los juristas sus mayores esfuerzos al estudio y análisis de su creación, estudio, enseñanza y aplicación del mismo.

A partir del siglo V (D.C.) se dio inicio a una etapa, que desde la clasificación de los paradigmas de la ciencia, se le conoce como la *premodernidad*. Misma que se caracteriza porque la ética se encontraría fundada en la fe y las formas de gobierno se agudizarían en regímenes monárquicos absolutistas que darían ejemplo claro de la edad media. Desde el horizonte trazado en esta época, se vislumbra una composición vertical y jerárquica del poder público.

A toda esta etapa, previa a la llegada de los estados nacionales, los podemos considerar como la *premodernidad*, misma que estuvo caracterizada por la concepción del individuo inexistente, ya que éste era propiedad de dios, quien representaba la vida eterna, lo divino, lo metafísico; subsistía la idea de que toda realidad material existente, así como la felicidad humana son producto de la voluntad divina; territorialmente se era conquistador o conquistado, bajo esquemas gubernamentales desde estados monárquicos, esencialmente cerrados, que controlaban sociedades feudales, conformadas por vasallos y guerreros.

Las organizaciones societales estaban fundadas en la fe, eran fundamentalmente religiosas y se tenía la inútil creencia de que habría que sufrir en la tierra para esperar con posterioridad el paraíso celestial. En relación a la forma del conocimiento, se tenía que creer para ver, teniendo como fundamento y argumento válido de la verdad, los mitos, sosteniendo como centro de la naturaleza del todo, a dios. Básicamente, los sistemas jurídicos operantes durante esta etapa de la premodernidad, reinante hasta mediados del siglo XIV, estuvieron influenciados por todo este modelo de pensamiento conservador que justificaba su discurso argumentativo en que algunos habían nacido para mandar y otros para obedecer.

Con la transformación de las *ciudades - estado* en *estados nacionales*, el fin de la época feudal y la llegada del renacimiento con la revolución industrial, inicia la etapa de la *modernidad*, viva desde este siglo XV a la sexta década del siglo XX, misma que incluso para estudios posteriores, puede ser analizada como la “*alta, media y baja modernidad*”⁵⁴.

La *modernidad* estuvo marcada genéricamente por la relación obrero – patronal; surge la forma de organización social por excelencia: la familia; existe una búsqueda incesante de la felicidad terrenal y el hombre con sus propios derechos y prerrogativas existe, incluso contra la voluntad de dios; se instaura el orden y control social que se pretende tener mediante un estado de derecho democrático y surgen los movimientos sociales; hay un gran avance científico y tecnológico del hombre; se piensa en torno a la racionalidad teniéndola claramente como su principal objetivo; el modelo del conocimiento se basa en lo demostrable, lo comprobable, hay que explicar y verificar para apostarle a un funcionamiento del orden social; la racionalidad es el argumento madre, teniendo como naturaleza del todo al hombre; aparece la libre competencia y el etnocentrismo; existe un reposicionamiento de la mujer; se crea consciencia por el medio ambiente.

Podríamos señalar que la *modernidad* se convirtió en todo un paradigma teórico que de manera particular o sintetizada se centraba en:

- a) *Amplio rechazo de la metafísica;*
- b) *la exigencia de verificación;*
- c) *una lógica formal interna;*
- d) *el pensamiento sistemático;*
- e) *la construcción de lenguajes técnicos;*
- f) *la utilización del método analítico;*
- g) *la creencia en el progreso indefinido; y*

⁵⁴ TOURAINE, Alain. *Crítica de la modernidad*, Op. cit., p. 135.

*h) la creencia en la utilidad de la cultura*⁵⁵.

Bajo este paradigma de la *modernidad*, predomina la teoría *estatalista* del derecho, que como ya quedó mencionado líneas arriba, esto fue producto de la configuración de los estados nacionales que nacieron a partir de la desaparición de la sociedad del medioevo. El estado modernista se fue configurando a través de la eliminación y la absorción de los ordenamientos jurídicos superiores e inferiores existentes en aquella, por la sociedad nacional moderna, por medio de un proceso que podríamos denominar de *monopolización de la producción jurídica*. Esta tendencia a identificar el derecho con el derecho estatal, que todavía hoy existe, es la consecuencia histórica del proceso de concentración del poder normativo y coactivo que caracterizó el surgimiento del estado nacional moderno. La crisis de la noción del estado nacional denunciada por la posmodernidad tiene su correlato en el mundo jurídico en el “*debilitamiento de la identificación entre derecho y norma jurídica como producto de la facultad monopólica de ese mismo Estado*”⁵⁶.

En la actualidad nos encontramos en una nueva etapa que ha roto los sistemas jurídicos de la *modernidad*, producto de los estados nacionales, cuyas bases de sostenimiento se encuentran en franca crisis. Arriba una nueva etapa que igual propicia toda una corriente en el filosofismo: la *posmodernidad*.

Desde hace 50 años, surge esta nueva corriente del pensamiento filosófico que equivale a nuevas formas de organización social y por consiguiente de la percepción del mundo. Se caracteriza por la diversidad humana y el respeto por las diferencias; nuevos enfoques de la democracia y la libertad; individuo individualizado; la verdad desaparece y aparecen las verdades; no hay trabajo formal, pues se da la flexibilización laboral; instituciones de enseñanza superior

⁵⁵ RUSSO, Eduardo Ángel. *Op. cit.* pp. 334, 335.

⁵⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoría General del derecho*, Colombia, ed. Temis, 1992, citado por Russo Eduardo, Ángel. *Teoría General del derecho en la modernidad y la posmodernidad*, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1995, p. 254.

van formando a los individuos para que refuercen sus competencias y no sus ideas, a fin de satisfacer las necesidades sociales; se busca en qué creer; se reproduce el poder económico; se da una modernidad líquida; el centro de la argumentación del conocimiento es la imagen; y la naturaleza del todo es ser consumista.

Existe una monumental incredulidad en los relatos, lo que da a su vez un efecto – para algunos - de progreso a las ciencias, las que se afanan por buscar su legitimación basándose en un criterio tecnológico. Como lo señala atinadamente Touraine “*en vastos sectores del mundo se debilitan los controles sociales y culturales establecidos por los Estados, las iglesias, las familias o las escuelas, y las fronteras entre lo normal y lo patológico, lo permitido y lo prohibido, pierde su nitidez*”⁵⁷. Todo ello es producto de profundas transformaciones en todas las áreas del conocimiento y la tecnología, a través de la complejización de las relaciones sociales y el crecimiento absolutamente extraordinario de los medios de comunicación, la economía globalizada y la explotación desmedida de los recursos naturales frente a la explosión demográfica del género humano.

La posmodernidad ya no comparte las teorías universales. Existe una resistencia contra las razones demasiado rígidas y totalizadoras que todo lo simplifican y que construyen sistemas cerrados que todo lo explican. En esta nueva etapa de la humanidad, se busca un orden social no lineal, que sea más dinámico, que no sacrifique o niegue la diversidad humana. Con una razón, que respete lo complejo con todas sus gamas, crear un orden abierto a las posibilidades de cambio, la libertad, la complejidad que significa ser humano, sin que ello nos conduzca a un desorden social.

No obstante lo anterior, resulta difícil caracterizar esta época *posmoderna* que aún tiene contornos poco precisos, confusos y ambivalentes, en el que

⁵⁷ TOURAINE, Alain. *Crítica de la modernidad*, Op. cit., p. 9.

desaparece un criterio único de verdad, tomando en su lugar sistemas de valores utilitarios y de naturaleza estética.

En este orden de ideas, la posmodernidad ha hecho surgir nuevas funciones que el derecho debe asumir no solamente a nivel del sistema de controles sociales, sino también de aquellos que versen sobre la regulación ecológica por lo que están dadas las condiciones para que, sometido a todas estas influencias del entorno socio-ambiental, se transforme y su estructura devenga distinta.

En el ámbito jurídico - político *“el recurso contra la desmodernización no es la nostalgia del orden social o comunitario desaparecido; es la aceptación de la ruptura de la antigua síntesis que era el **homo politicus** y la búsqueda de una nueva construcción de la modernidad. El fundamento de esta ya no puede ser la ley, y debe buscarse en el deseo de cada individuo de combinar en su vida personal la participación en el universo técnico y la movilización de una identidad cultural...”*⁵⁸.

En la posmodernidad, ante la pulverización de las ideas universales, de la solidaridad y del concepto de nación, se ha desencadenado un comportamiento individualista-egoísta despiadado, acompañado de la distracción visual ante la imagen y lo superfluo, que ha permitido que grupos hegemónicos de poder político y económico, estén concentrando fuentes ilegítimas de poder, que a su vez, están provocado un espiral de crisis humanas conducentes a la miseria y el olvido; *“la instrumentalidad está administrada por empresas, económicas o políticas, que compiten entre sí en los mercados”*⁵⁹.

⁵⁸ TOURAINE, Alain. *¿Podremos vivir juntos?*. D.F., E.U.M., ed. Fondo de cultura económica, 2006, p. 56.

⁵⁹ *ibídem*, p. 187.

En este sentido valdría la pena comprender la idea de la ley, como un producto estatal centralizado, ajeno a cualquier deseo o voluntad social. La ley entonces en esta etapa de recuperación de nuestra modernidad, en un mundo posmoderno, será encontrar la fórmula correcta para saber combinar la intersubjetividad social para la construcción de un objetivismo no sólo institucional y jurídico, sino hasta de orden ético – moral. Se debe replantear una neomodernidad que rescate lo ‘social’ y las valorizaciones universales de la modernidad, pero en un contexto de respeto a la comunidad o a lo grupal.

3.2 El derecho y su responsabilidad frente al poder económico.

Desde una posición de la teoría crítica del derecho, se presta cómodo el abordaje del análisis del derecho a la luz de la actividad económica. Incluso, hay una corriente de investigación jurídica denominada “análisis económico del derecho”, del que se prescinde en este trabajo, ya que éste hace referencia a cálculos económicos o financieros respecto de la actividad jurídica o legislativa, estima rendimientos económicos respecto de la actividad pública y mide la eficiencia y eficacia de la normatividad vigente, en términos de rentabilidad.

Más, que lo mencionado anteriormente, se pretende analizar y describir cómo es que la organización económica de las sociedades nacionales e internacionales, repercute invariablemente en el diseño y conformación de su producción jurídica.

La estructura y sentido del derecho vigente en un país, además de ser producto de las tendencias culturales y de las expresiones político - ideológicas de sus estructuras sociales, es el resultado de los modelos económicos imperantes que hacen de los órdenes jurídicos, un constructo afín a los intereses de las corporaciones que mantienen el control comercial y financiero, pudiendo “*hablarse*

*del poder económico, cuando la fuente (de este) es la posesión de ciertos recursos escasos*⁶⁰.

El arribo del modelo económico neoliberal o neocapitalista, que impulsó una tendencia mundial hacia la globalización, ha brindado una serie de influencias en diferentes sistemas jurídicos existentes. El liberalismo económico consiste en diferentes prácticas político económicas, de las cuales se indican a continuación las características más sobresalientes:

“1) Requiere de una economía altamente especulativa...

2) Defiende una meritocracia sin contemplaciones... cada quien debe desahogar sus necesidades con su plan de vida privado...

3) Contempla un pensamiento único...

4) Intervencionismo gubernamental instrumental... promueve una fuerte privatización de lo público...

5) promueve la globalización económica, informacional, política y cultural...

*6) Determina un modelo educativo competitivo orientado al éxito social... incide en el modelo educativo... dejando de lado las materias humanísticas... por un modelo de competencias, estudios tecnológicos...”*⁶¹.

La implementación o imposición de dicho modelo, ha ejercido presión en los diversos mercados nacionales, y los hechos de éstos, han trascendido en el derecho positivo de las naciones. La liberación de barreras arancelarias a través del establecimiento de diferentes acuerdos comerciales multilaterales o bilaterales, han marcado una tendencia clara en la forma de valorar la vida en su concepto individual, familiar y social; cuyas conductas internacionales de dichos grupos, han

⁶⁰ ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*, 4ta. Edición, Barcelona, España, ed. Ariel derecho, 2009, p. 121.

⁶¹ USCANGA Barradas, Abril. *Nuevas teorías en la filosofía política, republicanism, liberalismo y comunitarismo*, Ciudad de México, E.U.M., ed. Tirant lo Blanch, 2016, pp. 64, 65.

propiciado ajustes estructurales en sistemas constitucionales, que invariablemente han removido el sistema de valores sociales.

El mercado, las marcas, la posesión, las transacciones, la competencia, la apropiación, el éxito individualizado y la acumulación de capital, se adueñan del modo o sistema vital, para la sobrevivencia de unos sujetos sobre otros en esta aldea global – o regional-. Orienta Habermas al respecto, cuando señala que *“la sociedad no es sólo un conjunto de producción, sino también una colectividad que tiene exigencias de integración social y conservación de sus valores culturales...”*⁶².

La sustitución de la producción por el mercado y la rentabilidad por el consumo alimentario, son el fiel reflejo de que hemos transitado a una plataforma social en la que la preocupación económica ya no es qué se requiere producir, para satisfacer el consumo humano, sino, qué se requiere producir para generar un incremento de utilidades a una organización comercial en particular. Con las visiones del nuevo liberalismo económico, se han trastocado las razones de existencia y fines de la economía. Y lejos no se queda también, las del propio derecho.

Las ambiciones personales de reducidos grupos plutocráticos son tan abundantes y profundas, que las sociedades y regímenes, equivocadamente, se volvieron a preguntar algo que tiene décadas (o quizá siglos) resuelto: si el derecho debe regular las actividades económicas de un estado – nación, o viceversa, son las acciones económicas libres, que, a través de leyes de oferta y demanda, delinear al derecho vigente.

En ese sentido, antaño se comprendía con relativa facilidad, que la actividad económica de un país, debería estar sometida a los dictados jurídicos que estuviesen establecidos en un sistema legal. Y que una de las principales

⁶² TOURAINE, Alain. *Crítica de la modernidad*, Op. cit., p. 331.

razones por las que se justificaría la existencia de sistemas normativos jurídicos, es por la tentativa de control de aquellos campos de la actividad humana donde existiesen pretensiones de explotación, abuso o ventaja de unos individuos sobre otros. Era pues, el fundamento moral y racional de la construcción del estado y del derecho.

Las relaciones comerciales, como producto de las revoluciones industrial y tecnológica, no podían encontrarse al margen del espectro jurídico, que estaría obligado a dictar los procedimientos y lineamientos bajo los que una sociedad, enunciaría cómo desarrollar los negocios nacionales e internacionales.

Tiene que ser la sociedad, a través de su derecho soberano a autodeterminarse a sí misma, la que, por medio de determinadas ramas del derecho, tuvieran una preminencia sobre aquellos que se dedicaran a las transacciones y servicios relacionados con el capital, las mercancías y los servicios.

En estos términos, es que sería irracional que tuviésemos un derecho sin reglas para la economía; como hasta la actualidad ha existido en algunos regímenes.

Las pretensiones de validez del derecho tendrían que abarcar la actividad, preponderantemente corporativa, siempre y cuando sus contenidos y alcances sean producto de los anhelos sociales. Es decir, que el derecho obedezca a las intenciones y sentimientos sociales y no, al de los industriales.

Recobra lógica lo anterior cuando los grupos empresariales, consorcios comerciales, industriales, bursátiles o corporativos, se encuentren sometidos y controlados por un régimen legal, producto de una construcción social. No porque exista animadversión a quienes desarrollan dicha actividad, sino porque, la mayoría de quienes lo han hecho, han pretendido imponer su discurso y sus

intereses individualistas en el contenido de las disposiciones jurídicas y en la propia arquitectura constitucional. Se subestima a las sociedades de consumidores, a quienes, no los ven como un conjunto nacional, sino como una cartera de clientes o nichos de mercado. Según Habermas, hay “*un desatamiento de la ‘lógica’ del medio abstracto de regulación que representa el dinero y de la ‘lógica’ del medio abstracto de regulación que representa el poder político – administrativo*”⁶³.

Se debe dejar de ver a las sociedades destinatarias de la norma, como simples eslabones en las cadenas de rentabilidad utilitaria, donde pareciera que su lenguaje inicial y final, es la competencia y el éxito material a costa del menoscabo y decremento de los demás, para convertirse en sociedades consientes, que se asuman como productivas y activas –no expectantes-; y que comprendan , que lo que producen, finalmente es para consumirlo de manera sustentable y equilibrada y no para generarle mayores rendimientos financieros a alguien. Así pues, transitar de sociedades de mercado a sociedades activas.

Es por ello que el derecho debe mantenerse incólume ante los embates de estas agrupaciones fácticas que sólo mellan el interés genuino de una sociedad y su progreso. Si el sistema jurídico nacional es producto de los intereses del tejido social, y éste a su vez, regula a profundidad las actividades económicas de esa sociedad, no tienen por qué existir enormes distancias entre la opulencia y la indigencia.

3. 3 El Poder político como fuente de invalidación del derecho.

El poder, en su significado más puro, puede considerarse como la capacidad de uno o más individuos de persuadir, influir, controlar o manipular a otros individuos, cuyo propósito puede estar acorde a principios morales o con fines totalmente ajenos o contrarios a ello. El poder es una capacidad que se

⁶³ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, Madrid, España, ed. Trotta, 1998, p. 38.

manifiesta entre los seres humanos para dirigir a otros y lograr una serie de metas, sean o no ajustadas a normas o postulados éticos.

Inexorablemente, en una sociedad surge la necesidad de liderazgos, cuyo soporte se encuentre en el poder que se ejerce sobre los demás. El poder como parte de la realidad social, puede ser que su ejercicio se respalde en el sistema jurídico existente, o que no sea parte conformante de este y que, incluso, se oponga a las reglas jurídicas que enuncia. Por tanto, puede existir poder legal o poder no legal; mejor conocido éste último, como poder fáctico o poder real.

Así, es que podemos encontrar en un sistema social, al poder respaldado por el régimen y su sistema normativo jurídico; al que le podemos denominar “poder formal”; y por otro lado, a los poderes que emergen sin contar con facultades o atribuciones jurídicas, pero que mantienen relaciones de control, subordinación y manipulación social, como “poderes fácticos”, cuyo principal sustento para su operación recae en el uso del miedo, la fe, la corrupción generalizada y la superstición.

Al lado de estas dos anteriores tipologías de poder, dentro de una sociedad encontramos a un poder natural que no guarda vínculos con el régimen político (poder formal), ni depende su existencia de los poderes de hecho (poderes fácticos); es el poder soberano. La soberanía, como poder, representa esa misma capacidad humana de muchos individuos (nación) para autodirigirse, autodeterminarse, autocontrolarse y autoadministrarse de manera indelegable, independiente, indivisible e inalienable.

Mientras el actuar del poder formal depende de lo que le prescriba el ordenamiento jurídico por medio de una esfera de competencias orgánica, la soberanía, naturalmente hablando, no tiene ninguna limitación o restricción en ese sentido. No es finita. La soberanía moderna se entiende como el poder o derecho natural bajo el cual, una nación determinada, es libre de establecer su propia

filosofía de vida, a través de los medios y fines que mejor le parezcan como comunidad. Son seres vivos racionales identificados mayoritariamente por una lengua, historia y cultura comunes, apropiados de una porción del territorio, los que buscan decidir y administrar su vida.

Los poderes fácticos, representados por aquellas agrupaciones de individuos, depositarios de un poder obtenido por medios ajenos o contrarios a los preceptos jurídicos, guardan una distancia enorme con el otro tipo de poder: el soberano. Los responsables de la comunicación y la tecnología, las asociaciones religiosas, los actores y partidos políticos, los organismos internacionales, las asociaciones delictuosas, los grupos ocultos de enseñanzas místicas, entre otros, representan claramente a estos poderes reales que, haciendo uso de medios incorrectos, acumulan y ejercen poder, convirtiéndose en medios de control o de manipulación social.

A mayor presencia del poderío fáctico, menor aparición del poder formal y soberano. El florecimiento de los poderes fácticos evidencia la ausencia de los poderes formales, traducándose esto en lo que se conoce como estados fallidos. A mayor organización social y respeto del poder soberano, menor poder gubernamental, y por ende, fáctico.

En ese sentido, el poder político como producto creado, por medio del ejercicio del poder soberano, pertenece al poder formal. Forma parte del régimen político en turno. Las acciones emprendidas por los poderes públicos del estado, conforman el poder político de éste.

Las acciones de los poderes públicos, cuando estos no cuentan con el suficiente respaldo social, son producto de la presión e influencia que ejercen sobre sí los poderes de hecho, mismos que guardan consigo parcelas estratégicas de dominio social. En estos escenarios, el Estado – gobierno, tiene dos opciones, o se convierte en víctima y presa de los poderes fácticos, o se asocia con estos

para la obtención de beneficios autónomos a favor de diversos representantes políticos.

En la primera opción, con sus medios, el estado tiene que dar la batalla a los poderes fácticos, hasta lograr el sometimiento constitucional o fáctico de éstos. No desaparecerlos; decía Hobbes que “el hombre era una fraude” y con ello justificaba la existencia del monstruo del estado. Siempre existirá la perversidad humana; es una las razones justificativas de la existencia del derecho.

En la segunda opción, que es la más común, el régimen se asocia con los poderes fácticos y se convierte en uno más, al que deja de importarle su responsabilidad histórica, su lealtad a los individuos que representa y su responsabilidad social. Esta clase política gobernante agrupada en redes de poder fáctico, se beneficia de la ignorancia, la pobreza, la psicosis, el miedo, la angustia y el desorden caótico de una sociedad que representa, para obtener un beneficio propio. Por lo que se puede afirmar con certeza, que ante estos escenarios, no se dé la legitimación social suficiente, entendida como “*una función que consiste en lograr que las objetivaciones de ‘primer orden’ ya institucionalizadas lleguen a ser objetivamente disponibles y subjetivamente plausibles*”⁶⁴.

En ese sentido, materialmente se puede afirmar que el sistema jurídico de un país es un producto del poder político y no es subjetivamente plausible o aceptable por los actores sociales. Son los representantes políticos de la nación los que producen las normas jurídicas, generales o especiales, superiores o secundarias. Que la regulación jurídica de una sociedad está a cargo del régimen político. Que es éste el que ideológicamente y de manera centralizada le da sentido o dirección a los preceptos que orientarán el comportamiento de los individuos. Y que el derecho, más que un producto social, es un constructo político.

⁶⁴ BERGER Peter y Thomas LUCKMANN. *Op. cit.*, pp. 120,121.

Sin embargo, un régimen político asociado a poderes fácticos promueve la ignorancia, el fanatismo, el conformismo y la indiferencia social, porque ello le permitirá perpetuarse cómodamente en la élite del poder; auspicia y dirige la mercadotecnia ilícita, porque ello le permite ser parte de las corporaciones comerciales que realizan traspasos de mercancías y servicios al amparo de la omisión de la ley; fomenta el fanatismo, la superstición y frivolidad sistematizada, porque le facilita el entretenimiento y la distracción de los gobernados ante el clima de corrupción institucionalizada en los órganos de los poderes públicos; permite la entrega de los recursos naturales de un país a intereses extranjeros por recomendaciones supranacionales, para conseguir el reconocimiento internacional de países y organismos y; actualiza el sistema constitucional por indicaciones provenientes de poderes fácticos. El derecho se convierte en un traje dominante a la medida, que ya no es ni social ni político; es un producto o instrumento perverso para someter y explotar, amén de sus pretensiones para liberar o hacer justicia.

En conclusión, un ordenamiento jurídico que por sí solo es producido por su poder legislativo, carece de la validación social, pues no recoge la voluntad popular de una sociedad organizada. Peor aún, cuando el sistema normativo ni siquiera es el resultado de las intenciones del régimen gubernamental, sino que fue diseñado por entes sociales contrarios al progreso y al desarrollo de los pueblos. Estos dos tipos de productos jurídicos adolecerán de toda legitimidad y respaldo social.

3.4 El derecho estatal como un producto cultural.

La cultura de cada uno de los pueblos ha sido objeto de innumerables estudios en el campo las ciencias sociales, principalmente de la sociología, la antropología, la ciencia jurídica y la historia. La discusión sobre los elementos constitutivos de toda cultura, ha sido motivo de debates conceptuales que indudablemente han dejado una riqueza teórica acerca de lo que se entiende por esto que llamamos cultura.

Podemos iniciar con un deslinde respecto de lo que no es cultura: la natura. La natura como elementos y objetos de la propia naturaleza, sin transformación e intervención humana es lo que se distingue de la cultura. Llegaríamos a sostener que natura es todo lo que no es cultura; ésta sería toda aquella creación humana, sea material o inmaterial. Toda la natura intervenida con ciertos fines por el género humano se convierte por ese sólo hecho en un objeto cultural.

Entendemos claramente que en general, podemos coincidir enormemente en que existen dos partes componentes de la cultura, que se denominan la cultura material y la cultura intelectual. La cultura material se refiere a toda aquella producción palpable que el hombre ha creado y ha transmitido generación tras generación, verbigracia, la arquitectura, los vehículos, los sistemas de cómputo, etc. Y por su parte la cultura intelectual o inmaterial, como suelen llamarle otros sociólogos, hace alusión a aquel complejo de ideas creadas y socializadas. Tal es el caso de las normas, las creencias, las costumbres, los símbolos, el lenguaje, etc. Es en esta creación humana no material en donde el suscrito encuentra gran parte del objeto de estudio de este subtema.

Como podemos observar, las normas como reglas reguladoras de la conducta humana, son un elemento de la cultura, que agrupadas en sistemas normativos le dan identidad cultural a un pueblo o a una civilización.

De acuerdo a la teoría normativa, existen cuatro tipos de normas que reflejan su pertenencia a la cultura, como son: las normas morales, las normas religiosas, las normas de convencionalismo social y las normas jurídicas. Cada uno de estos típicos normativos tiene una diferente justificación de su existencia y de sus pretensiones en una sociedad, más tienen un denominador común: regir la conducta humana. De cómo se regule el comportamiento humano en un determinado lugar en referencia a otro, es lo que hace un mosaico de mismas

normas pero con diferentes tendencias. El mundo occidental tiene sus cuatro tipos de normas a que hacíamos referencia y el mundo oriental también tiene esos mismos cuatro tipos de normas, salvo que cada uno de ellos con orientaciones distintas. La manera en que se formule el contenido interno de cada norma es lo que va a ser característico a un conjunto normativo, dándole a cada nación una identidad cultural diferente. Así pues, las normas en general, marcan inevitablemente la cultura de una sociedad.

El derecho, más allá de ser una técnica social de dominio, es un conjunto normativo público que refleja un componente de la cultura de una nación. Es decir, el derecho como orden jurídico producido por las comunidades organizadas en un territorio determinado y en una época dada, evidencia la producción cultural de una nación. En ese sentido pues, la cultura con cada una de sus partes constitutivas es objeto de estudio de las ciencias sociales y de manera particular de la antropología social, la teoría política y la ciencia jurídica.

Las sociedades en cada uno de sus países, han tratado de conformar sus marcos jurídicos ajustados a su propia cultura, aunque esto no siempre suceda. Regularmente la sociedad y su cultura intervienen de manera reducida en la creación del orden normativo jurídico y ello desencadena pues un debate, principalmente en la ciencia jurídica, sobre los niveles de participación social en la construcción del derecho y de cómo éste se ajusta a las aspiraciones culturales de la sociedad destinataria de la norma.

Es indudable que la ciencia jurídica, como ciencia social, tiene una mayor polemicidad en relación a la concretización de su objeto de estudio que es el derecho. Ha sido por siglos, ampliamente discutido por prominentes filósofos, los alcances y caracterización que como ciencia social tiene la ciencia jurídica, con claros distinguos frente a las ciencias de otra naturaleza, como las exactas. Más, considero que en relación a otras ciencias como las sociales, debe existir una

relación más estrecha, que me empuja a hacer esta colaboración como la que se presenta.

Y en razón de ello, por la amplia cultura jurídica de las diferentes corrientes del pensamiento filosófico – jurídicos, es que es tan amplio el espectro del conocimiento jurídico.

En ese sentido se considera que uno de los mayores retos del conocimiento Jurídico, político y social de la modernidad, es el establecimiento claro del debate conceptual en torno a la legitimación y la validez del derecho, ante embates globalizantes por un lado y ante la justificación y defensa de naciones pluriculturales y multiculturales, por el otro.

3.5 La identidad jurídica como un proceso social inacabado.

La composición de un estado moderno, según lo establece los alcances de la teoría del estado, se encontrará integrado por tres elementos que perfeccionan su conformación: el pueblo, territorio y gobierno. Para el tópico que nos ocupa en este subtema de la tesis, se les tratará y describirá, a fin de poder determinar el grado de unión o empatía entre estos.

El pueblo es quizá el elemento más importante de entre los tres. Hay pueblos que habitan varios países, que son una nación, y que no tienen un territorio determinado. Sin embargo, en las que sí está conformado o completada la figura del estado, ésta, la nación, se manifiesta por el conjunto de habitantes que nacieron en ese territorio determinado, que son hijos de los que nacieron ahí o, que consiguieron la aceptación de los que viven ahí. Todos los seres humanos que se mencionaron anteriormente conforman la nación, mismos que se identifican por tener una historia inmediata y mediata común, una lengua predominante, creencias religiosas coincidentes y normas, usos y costumbres equivalentes.

La nación tendrá como sello inequívoco el factor identitario. Ese conglomerado humano, racional y pensante, funcionará entonces a través de un sistema social, teniendo como elemento de acompañamiento a la cultura. La identidad nacional se expresará por medio de su estructura cultural, que finalmente le dará sentido a su sistema social.

En ese orden de ideas, la cultura es un elemento inseparable de la nación. Los rasgos culturales son los que convertirán a un conjunto de habitantes en una nación. Denominadores comunes como el lenguaje, el suelo, los símbolos, los valores, las normas y las creencias, harán de una comunidad, una nación. Cuya conformación resulta de vital interés para la génesis de su sistema social.

Un pueblo siendo ya considerado como una nación, con una cultura medianamente uniforme, requiere de su funcionamiento, que se lo da el sistema social. En éste, para efectos de la presente investigación, encontramos básicamente tres subsistemas que le darán coherencia como estado: el sistema económico, el sistema político y el sistema jurídico, *“el sistema social se ocupa de sólo uno de esos problemas, el de la integración, pero al hacerlo se diferencia también internamente en cuatro subsistemas: el económico (encargado de la adaptación); el político (ocupado de la prosecución de metas); el de la comunidad societal (encargado de integrar la sociedad); y el cultural (que tiene a su cargo la latencia o la mantención de las pautas normativas)”*⁶⁵. El de la comunidad societal hace referencia a la construcción de un sistema normativo con una base social.

Para que opere de manera coordinada y armoniosa la nación, deberán crearse y mantenerse estos tres sistemas como parte de su esencia y cumplimiento de fines teleológicos. Para alcanzar o lograr los fines de una nación, que se traducen en su filosofía de vida o en su teleología pura, es necesario contar con reglas reguladores del comportamiento humano. Y así es, que los

⁶⁵ PEÑA, Carlos. *El concepto de cohesión social*. D.F., E.U.M., ed. Coyoacán, 2010, p. 60.

sistemas sociales cuentan con normas morales, de convencionalismo, religiosas y jurídicas. Todas, consciente o inconscientemente, las ha creado toda organización societal para su autocontrol, pero también, para su liberación.

Las normas jurídicas, como parte medular de los sistemas normativos de la nación, deben corresponder a los valores, a los principios, a las creencias y a las esperanzas de los miembros de una comunidad. Las normas jurídicas, como lenguaje social obligatorio, ontológicamente forman parte del ser social de la nación. El grado de conectividad entre los rasgos culturales de la población y los contenidos del sistema jurídico, manifiestan, por un lado, la identidad social con las reglas a que se someten, y por el otro, el grado de legitimación social que guardan esos preceptos jurídicos.

El sistema normativo jurídico deontológicamente hablando, deberá prescribir los anhelos, los proyectos, los idearios y las pretensiones que le imponga la sociedad destinataria de éste. A falta de identidad y consonancia entre la sociedad y sus normas jurídicas, prevalece la deslegitimación jurídica. El derecho se convierte en un instrumento de un grupo de individuos apalancados en el poder económico para controlar a otro grupo y ahí se desdibuja la identidad, *“el teorema sobre la crisis se apoya en la convicción general de que una identidad social que se determina a sí misma por el atajo de asegurar la integración sistémica, es siempre vulnerable si se basa en estructuras de clase”*⁶⁶. Si, por el contrario, las normas jurídicas provinieran del seno de la sociedad, más que de la autoridad y la racionalidad subjetiva, estaríamos ante un derecho libertador.

La representación política, jugaría un papel crucial en esta relación, pues, serviría de intermediario entre las decisiones soberanas de la nación y lo que se obtenga como resultado en el derecho material.

⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. *Problemas de Legitimación en el capitalismo tardío*, Op. cit., p. 123.

Una ley sin identidad social, seguramente será reflejo de la imposición y su coercibilidad carecerá de toda validez. Los ordenamientos jurídicos deberán ser fiel reflejo de las intenciones de un país y no de las pretensiones de un régimen.

3.6 Consecuencias sociales de la deslegitimación del derecho.

Cuando la producción normativa jurídica, representa un monopolio de los poderes formales, de los poderes fácticos o de los racionalistas naturalistas, se corre el riesgo de lo siguiente:

- a) Ausencia de cohesión social.
- b) Ineficacia jurídica.
- c) El miedo como medio de observancia.
- d) Falta de funcionalidad social del derecho.
- e) Sistema de valores sin legitimación social.

La identidad de los pueblos, atendiendo a su sistema cultural, es un factor relevante para la convivencia armónica y la felicidad humana. La disociación entre las clases sociales y su clase política, pone de manifiesto la separación entre sus intereses. Cuando no se evidencia unidad entre la gran mayoría de los miembros de una organización social, se traduce en que tienen proyectos e intereses no comunes; o peor aún, discordantes. *“La creación de significados compartidos que es la base de la cohesión social, de manera de hacer a cada uno un lugar en la sociedad, es lo que los autores clásicos identifican como el elemento moral o normativo de la cohesión social”⁶⁷.*

La falta de legitimación del derecho, acarrea la inevitable falta de cohesión social. Se puede caracterizar por la existencia de una competencia despiadada entre sus miembros, al grado de perder la identidad nacional que los

⁶⁷ PEÑA, Carlos. *Op. cit.*, p. 77.

une. Ello debilita a las naciones y los expone a otras potencias por su evidente flaqueza.

La falta de legitimidad jurídica también acarrea la ineficacia de la norma. Los cuerpos legales son creados y actualizados con el objeto mediato de atender las necesidades de la sociedad, y de corregir los males sociales que le aquejan. Para ello, el legislador, regularmente, atendiendo su permanencia en el gobierno, a los intereses del partido político que lo postuló o a sus propias metas y objetivos personales, construye la norma jurídica. En esa ruta legislativa, sin consultar a ninguno de los sectores de la población, los cuerpos jurídicos son aprobados y promulgados; los que traen como inevitable consecuencia, la inobservancia o el fracaso en su aplicabilidad, ya que existe una desconexión entre lo previsto en ella y el ideario popular.

Las reformas o actualizaciones normativas, al no encontrar eco en la población, el estado, en una fase de desesperación, hace uso desmedido de su fuerza y la utiliza para penalizar su incumplimiento. Y así es que se encuentra en el miedo, el instrumento idóneo para legitimar su sistema jurídico, verbigracia, la población cumple con sus obligaciones fiscales, no porque esté convencida de que las aportaciones o contribuciones que haga al estado, se materializarán en servicios públicos, sino porque, de no hacerlo, le acarreará una serie de penalidades excesivas, que prefiere optar por cumplir. La observancia de la ley debe ser un acto de voluntad satisfactoria para el ciudadano, en la que él vea los frutos de su sacrificio y entrega.

La ignorancia de la ley y su consecuente inobservancia, provoca una serie de inestabilidades en el sistema social. Puede llegar a visualizarse una armonía social, en la que los órganos de gobierno atiendan los intereses genuinos de una sociedad, siempre y cuando ésta participe en la propia construcción de la norma. De lo contrario, tendremos a tres adversarios en un mismo país: el gobierno, los poderes de hecho y el pueblo. A eso le denominamos falta de funcionalidad social,

puesto que no se está cumpliendo, ni con los fines del estado, ni con los fines del derecho.

Y finalmente, en menor medida, también es una consecuencia de la falta de legitimación del derecho, el sistema de valores ajenos a los intereses sociales. Los sistemas de valores tienen como fundamento inmediato a la teoría moral, cuya argumentación más firme se encuentra en la ética. Incluso, una rama de la filosofía es la ética o la filosofía moral.

Las normas morales o éticas son producto de la reflexión racional de algunos pensadores. En lo que a la filosofía jurídica se refiere, dicho pensamiento se encuentra concentrado en la escuela del iusnaturalismo moderno. Esta corriente del pensamiento jurídico sostiene que las disposiciones jurídicas deben subsumirse a normas supraterrrenales preestablecidas, que encuentran su sustento en los principios morales de la ética. Según el derecho natural contemporáneo, las normas jurídicas, para que tengan plena legitimidad social, deben encontrarse en consonancia con la axiología moral. ¿Cuáles valores? ¿Cuál axiología? ¿Cuál moral o ética? Pues, la que al paso de los siglos han planteado los filósofos del derecho, los juristas o los pensadores contemporáneos. Para Habermas, serían los depositarios de las razones técnicas.

Sin embargo, dichos postulados o principios, no corresponden a la realidad social; su construcción no es producto de la participación social. La axiología jurídica sería una especie de superestructura del derecho, a la que deberíamos orientar las normas jurídicas, pero de la cual, socialmente no se tiene el control. Por ello, el constructivismo ético nos da la opción de que la sociedad a través de una deliberación de sus ideas, discuta y debata sus principios éticos con su propio “velo de la ignorancia” (John Rawls): logrando una moral por acuerdo; una moral social que sirva de base a los ordenamientos jurídicos y le brinde legitimación social.

CAPITULO 4

EL PARADIGMA DE LA DEMOCRACIA POLÍTICA EN LA PRODUCCIÓN NORMATIVA DEL DERECHO.

4.1 Legitimación democrática del estado y del derecho.

Es indudable que la ciencia jurídica, como ciencia social, tiene una mayor polemicidad en relación a la conceptualización de su objeto de estudio que es el derecho. Ha sido ampliamente discutido por siglos, por prominentes filósofos y juristas, los alcances y caracterización que como ciencia social tiene la ciencia jurídica, con claros distinguos metodológicos frente a las ciencias de otra naturaleza, como las formales y exactas. Y en razón de ello, por la amplia cultura jurídica de las diferentes corrientes del pensamiento filosófico – jurídicos, es que es tan amplio el espectro del conocimiento jurídico.

Se considera que uno de los mayores retos del conocimiento jurídico contemporáneo, es el abordaje claro del debate conceptual en torno a la legitimación y la validez del derecho, como parte de los componentes centrales de toda *filosofía jurídica*. No es desconocido que existen ya en la actualidad, una serie de posiciones relativamente opuestas en relación a la legitimidad del derecho, desprendidas principalmente de un crítica sistemática de la postura jusnaturalista hacia el iuspositivismo clásico, cuya tesis ha demostrado ante ello,

un claro desdén hacia el establecimiento claro de lo que se concibe como legitimación del derecho.

Para ello, primero se señala que existe una discusión profusa en la ciencia jurídica que ha producido tanta controversia, la de la relación entre derecho y estado. Ésta situación se ha planteado en forma general, abstracta y teórica. Se cuestiona si el estado es algo superior al derecho o si ambos constituyen dos aspectos distintos de la misma cosa “...*existen tres teorías principales acerca de la relación entre el derecho y el Estado: la primera teoría, el Estado se encuentra por encima del derecho y es superior a él; ésta teoría la desarrolló John Austin; otra teoría es la que trata de establecer y demostrar la superioridad del derecho sobre el poder del Estado, opinión de los iusnaturalistas y; finalmente una tercer teoría de que el Estado y el derecho son una misma cosa, la ha llevado a su forma más extrema Hans Kelsen...*”⁶⁸.

Es difícil determinar cuál crea a cuál, si el estado al derecho, o viceversa; sin embargo, algo sí es determinable: que ésta discusión no tiene sentido porque todo acto jurídico está regulado por las leyes del estado, y todo acto del estado, está regulado por el derecho. Al respecto existen dos ciencias, que cada una por su lado investiga y explica acerca de sus dos objetos de estudio, que son la política y el derecho, para lo cual existe la ciencia política y la ciencia jurídica o jurisprudencia, respectivamente. En relación a esto, es que se hace en este apartado, un análisis reflexivo respecto del binomio estado – derecho en relación a la legitimidad de ambos.

La legitimidad es un término que surgió para la ciencia política y de manera particular para la teoría del estado. Max Weber consideró que el poder político debería estar legitimado al inmortalizar al estado con su definición:

⁶⁸ BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del derecho*, 2da edición, D.F., E.U.M., ed. Fondo de cultura económica, 1994, pp. 72, 74 y 77.

“*monopolio de la fuerza física legítima*”⁶⁹. Dadas las deconstrucciones teóricas entre diversas disciplinas y la consideración de que el derecho guarda - hasta el momento - una relación indisoluble con el estado, el significado de la legitimación abarcó también para las justificaciones de los sistemas jurídicos.

Podemos hacer un análisis retrospectivo, de lo que ahora nos ocupa en este producto. En la *República* de Platón, Sócrates discute sobre la naturaleza de la justicia con un número considerable de personas. La conversación acerca de este tema general ocurre, por supuesto, en un medio particular: en un sitio particular, en un tiempo particular con hombres cada uno de los cuales tiene su edad, su carácter, sus capacidades, su posición en sociedad y su apariencia particulares.

La discusión central de ésta obra yace en la virtud capital que es la justicia. Aparecen comentarios dialogados de varios que intervienen sobre esto, pero lo que más interesa, es lo relacionado con la legitimación de la figura estatal - gubernamental, de lo que el propio Sócrates en su defensa sostenida con Trasímaco, le comenta: “*Examínalo pues, -ahora mismo respóndeme: ¿No dices que la justicia consiste en obedecer a aquellos que gobiernan- Sí. Pero los que gobiernan en los diversos Estados ¿Pueden equivocarse o no? – Pueden equivocarse, en efecto – así, cuando instituyan leyes, unas serán bien instituidas y otras mal. – Tal creo. – Es decir, que unas serán provechosas para ellos, y otras perjudiciales. – Desde luego. – Y, con todo, los súbditos habrán de observarlas, y en eso consiste la justicia...*”⁷⁰.

Si analizamos ésta postura y otras contenidas por *Platón* y *Sócrates*, veremos claramente una posición relativamente antidemocrática – que es entendible en el propio *Platón*, por la condena a la muerte de su maestro Sócrates por un régimen democrático -. Desde estas etapas históricas, como se puede

⁶⁹ DUSO, Giuseppe *et al.* *El Poder. Para una historia de la filosofía política moderna*, D.F., E.U.M., ed. Siglo XXI, 2005, p. 321.

⁷⁰ PLATÓN. *La República*, 2da. edición, D.F., E.U.M., ed. Editores Mexicanos Unidos, 2000, p. 54.

apreciar, prevalece la tesis de que mal o bien, los regímenes serán quienes determinen las decisiones públicas de un país, al margen de la opinión pública al respecto. La justicia reducida a la simple aplicación de la ley, como se puede apreciar en la anterior cita, es insostenible. Se puede visualizar en esta cita, el destino resignado de la sociedad a estar conformada con el sistema normativo que le *impongan*. De entrada, no está entre las opciones sociales la de asentir o disentir, respecto del marco jurídico que la regula (no confundir con asentimiento o disentimiento de sus gobernantes, que son figuras distintas). Es una de las razones, por las que resulta irreconciliable actualmente la posición democrática contemporánea frente a las posturas teóricas sostenidas por las posiciones un tanto hasta antidemocráticas de estos dos pensadores; y no con ello pretendo menoscabar lo reconocible de sus trabajos filosóficos. Son los pioneros de la filosofía griega, de trascendencia mundial, que también pueden ser objeto de algún análisis.

Por su parte el estagirita Aristóteles, reconoce al estado como lo superior en cuanto a su esencia, como algo mejor que el individuo y la familia, ya que es aquel, precisamente, el que constituye la sustancialidad de éstos y, así, claramente nos la indica en su obra *La Política*, cuando refiere que *“es indudable que el Estado es antes que la familia y que los individuos, porque el todo es antes que su parte. Así un hombre es un todo: si muere, no puede decirse que su pie o su mano exista aún. Podrá llamarse pie o mano a un miembro inanimado; pero por analogía, como se llama mano a la mano de una estatua. Todos los seres tienen sus funciones y propiedades bien determinadas... según estos principios el Estado es superior al individuo... si se hallase un hombre que no pudiese vivir en sociedad o que pretendiese no necesitar cuidado alguno no sería propiamente un hombre, sería una fiera salvaje o un Dios”*⁷¹.

Aristóteles nos precisa que la naturaleza humana nos arrastra a todos los hombres a la disposición política, en la que el derecho, como conjunto normativo,

⁷¹ ARISTÓTELES. *La Política*, D.F., E.U.M., ed. ALBA, 2000. p. 30.

significa las reglas necesarias para la vida política, puesto que lo justo es la fundamentación del derecho. También en la anterior cita nos demuestra el filósofo, la propia superioridad del estado sobre los demás miembros de la comunidad, situación que se enfrenta con la misión de un estado democrático de derecho; ésta posición Aristotélica es muy similar a la que sostenía el propio *Platón*: un estado integrado por una clase social selecta, y una *muchedumbre* prestada a obedecer sin miramiento sus mandatos administrativos y jurídicos.

En este mismo sentido, para fortalecer de alguna manera ésta visión estatal y jurídica, se considera importante traer al debate, las propias posiciones adoptadas durante la época colonial de lo que ahora son los Estados Unidos Mexicanos, como es el caso de Juan Ginés de Sepúlveda y su *Tratado de las justas causas de la guerra contra los indios*, que según él, los siguientes *justos títulos* legitimaban la dominación y conquista de los nuevos territorios descubiertos por Cristóbal Colón: *“Téngase pues, por cierto, e inconcuso, puesto que lo afirman sapientísimos autores, que es justo y natural que los hombres prudentes, probos y humanos dominen sobre los que no lo son... que con perfecto derecho los españoles imperan sobre estos bárbaros del Nuevo Mundo e islas adyacentes, los cuales en prudencia, ingenio, virtud y humanidad, son tan inferiores a los españoles como los niños a los adultos, y las mujeres a los varones, habiendo entre ellos tanta diferencia como las que va de fieras y crueles a gentes clementísimas, de las prodigiosamente intemperantes a los continentales y templados... La segunda causa que justifica la guerra contra los bárbaros es que sus pecados, impiedades y torpezas, son tan nefandos y tan aborrecidos por Dios... Así como estamos obligados a mostrar el camino a los hombres errantes, así la ley de la naturaleza y de la caridad humana nos obliga atraer a los paganos al conocimiento de la verdadera religión...”*⁷².

⁷² GINÉS De Sepúlveda, Juan. *Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios*, D.F., E.U.M., ed. Fondo de cultura económica, 1941, p. 32.

Consideramos que no existe mayor razonamiento, que el más elemental, para refutar estas débiles argumentaciones del conquistador, pues acudir a la idea aristotélica de que hay quienes nacieron para mandar y quienes para obedecer (dominante-dominado), es un pensamiento, hoy, rebasado. Sostener que, sólo por la pertenencia a una nación, te da la superioridad sobre otra organización societal, es algo, a todas luces, aberrante; violenta todos los principios más básicos de la convivencia humana. Amén de un régimen democrático que, de cara a sus electores, debe responder a sus necesidades y expectativas de vida. Esto es inconcebible con las ideas extremas de Juan Ginés de Sepúlveda.

Sin embargo, en ese episodio histórico, sí hubo quien se enfrentara y refutara tales incoherencias: Fray Bartolomé de las Casas, con sus 30 proposiciones de su epístola jurídica, que se refirió a la conquista española como *“ninguna otra pestilencia que pudo el Diablo inventar para destruir todo aquel orbe, consumir y matar a todas aquellas gentes de él y despoblar, como ha despoblado, tan grandes y tan poblados reinos; y ésta sola basta para despoblar el mundo como fue la invención del repartimiento y encomiendas de aquellas gentes que repartieron y las encomendaron a los españoles, como si las encomendaran a todos los diablos, o como atajos de ganados, entregados a hambrientos lobos...”*⁷³.

Deja en claro Fray Bartolomé de las Casas al Rey de España, su franca oposición a las ideas de Juan Ginés de Sepúlveda, quien incluso, no consideraba como hombres a los individuos nativos de dichas tierras, mucho menos que pudieran aspirar a conformar el gobierno del conquistador y todavía, prácticamente imposible, que pudieran intervenir en la producción de la norma jurídica. Para Fray Bartolomé, todos nacen libres y a su entera voluntad, deciden si se bautizan o adhieren a las creencias religiosas, *“pues Dios, Nuestro Señor,*

⁷³ DE LAS CASAS, Fray Bartolomé. *Doctrina*, Prólogo y selección Agustín Yáñez, 5ta. Edición, D.F., E.U.M., ed. UNAM, 1992, p. 43.

crió libres los dichos indios y no sujetos, su Majestad no podía mandarlos encomendar ni hacer repartimiento de ello a los cristianos...⁷⁴.

Si todos los miembros de una sociedad son libres, pueden construir sus modelos de vida a partir de sus propias concepciones jurídicas que sobre el mundo tengan y no de las impuestas por grupos políticos que con una tendencia ideológica disponen del futuro de una nación.

Otro pensador que llegó a dar forma a todo un modelo de teoría política, John Locke, en el siglo XVII, en su obra *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, también hace referencia a este estado natural del ser humano, al señalar que “*Siendo todos los hombres, cual se dijo, por naturaleza libres, iguales e independientes, nadie podrá ser sustraído a ese estado y sometido al poder político de otro sin su consentimiento, el cual se declara conviniendo con otros hombres juntarse y unirse en comunidad para vivir, resguardada y pacíficamente...en un acuerdo*”⁷⁵.

A partir de ésta etapa histórica se concibe al hombre no sólo como un objeto del propio hombre, sino como un sujeto actuante que tiene autonomía de determinación, que se apropia de sus propias formas de organización política y por lo tanto define sus formas de gobierno, y el régimen se instituye en su decidido beneficio. Se inicia la generación de un trato jurídico equivalente, que se traduce en una igualdad ante la ley, y que nadie, por más nobleza que lo cobijase, pueda gobernar, invocando supuestos privilegios hereditarios o de clase social.

Se inicia con una nueva forma de pensamiento que tenga como fundamento el conocimiento y no las creencias; creer y explotar nuestras propias facultades que como humanos todos tenemos, teniendo como base de argumentación la racionalidad y no la fe. Y en ese sentido configurar un enorme

⁷⁴ *idem*, p. 46.

⁷⁵ LOCKE, John. *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, D.F., E.U.M., ed. Editores Mexicanos Unidos, 2000, p. 29.

pacto de los conformantes de una nación, un acuerdo de voluntades, para reencauzar la vida pública, a través de poder político cristalizado en los órganos de gobierno, que gradualmente se limiten en su poder y se acaten las voluntades colectivas de carácter político.

Thomas Hobbes, contemporáneo de Locke, con una visión un tanto más estatista, también partía de la idea del estado natural del hombre, que por tener una perversidad intrínseca en su alma, justificaba la existencia y permanencia de un estado – gobierno. Cuyas características son un estado fuerte e inquebrantable que, rígido en sus decisiones, siempre debe permanecer en un estado total de guerra, para el control humano a través del poder político. En su capítulo VIII del libro primero del Leviatán, señala que *“la fuerza y el fraude son las virtudes cardinales...”*⁷⁶. Es decir, ante la guerra, hay una enorme necesidad de paz y para ello – señala *Hobbes* – hay que renunciar a ciertos derechos para entregarlos al estado, para conducir y propiciar la paz, habiendo reunido el poder de todos.

Según éste teórico político, el hombre encontrándose en un estado de naturaleza, se comporta dejándose llevar por los apetitos de sus instintos, egoísmos y ambiciones, sintiendo la voluntad de obrar todos contra todos. Para Hobbes existe un estado total de desconfianza entre la totalidad de los sujetos. Por esa razón, justifica la existencia de un estado fuerte. Pero la historia nos ha demostrado que ese no es el camino más recomendable, en virtud de que, aunque se cuente con un régimen republicano y democrata, finalmente terminan por ser acumular grandes parcelas de poder, de tal manera que en depósito de esa gran fuerza social, son capaces de excederse en sus atribuciones y menoscabar los derechos más elementales del ser humano.

La idea de que un gobierno fuerte es la mejor opción, está comprobado que lo único que provoca, son gobiernos antidemócratas, maquillados de republicanismo, que a través de su estancia en el poder público, concentran la

⁷⁶ HOBBS, Tomás. *El leviatán*, (documento web), 2018. <file:///C:/Users/Secretaria%20Academica/Downloads/leviat%C3%A1n.pdf>
07 de febrero de 2017.

fuerza pública en su beneficio autónomo, provocando finalmente plutocracias o partidocracias. Y ello en nada legitima sus acciones gubernativas, mucho menos, las leyes que producen, pues, al amparo de que son gobierno consideran que pueden producir la normatividad jurídica bajo una subjetividad institucional. Terminan corrompiendo las instituciones de tal manera que su discurso demagógico no guarda correlación con lo que socialmente se demanda.

Diametralmente diferente, un siglo después aproximadamente, a partir de ese mismo estado de naturaleza del hombre, surge una forma de pensamiento distinta que, amparada en la bondad y generosidad humana, viene a plantear un contractualismo social, que revolucionó la concepción que se tenía del hombre y el gobierno. Es Jean Jacques Rousseau y su obra del *Contrato social*: *“Ésta suma de fuerza sólo puede nacer del concurso de varios; encontrando una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común a la persona y bienes de cada asociado, y por la que cada cual, uniéndose a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y permanezca tan libre como anteriormente...”*⁷⁷

Aquí queda clara la postura de Rousseau, en relación al acuerdo de voluntades que deben sostener la sociedad o la comunidad de habitantes con sus gobernantes a fin de llevar a cabo los fines de ésta en todos los ámbitos de su sano y libre desarrollo. Será la voluntad colectiva – llamada así por Locke – o la voluntad general, las que determinen la forma de gobierno de un país y la elección de sus gobernantes.

Con esto surge la legitimación democrática del derecho, al rescatar al conjunto social del cual emana, en su diseño y configuración del mismo. Así *Rousseau*, le arrebató el depósito de la soberanía al estado para hacerlo residir en el pueblo, que hará uso de ella en su beneficio. La primera *“y más importante consecuencia de los principios formulados anteriormente es que sólo la voluntad*

⁷⁷ ROUSSEAU, *Op. cit.*, p. 33.

*general puede dirigir las fuerzas del estado con arreglo a la finalidad de su institución, que es el bien común... lo que hay de común entre esos diferentes intereses es lo que forma el vínculo social...*⁷⁸.

Es a través del contractualismo que, apoyado por la corriente del liberalismo social y político, se valida la constitución de la república y el nacimiento de los derechos humanos de primera generación, como son las garantías individuales. Surge pues el estado liberal del derecho. Un estado que hace de su gobierno, el surgido de la nación y de las leyes, una expresión de la voluntad popular. Sólo así se legitima el derecho, pues de lo contrario el derecho sólo sería un medio de control social. Cuya tesis ha sido sostenida por Carlos Marx, y el propio marxismo, que, creando una nueva escuela de la filosofía jurídica, la *teoría crítica del derecho*, han pugnado por la idea de que el derecho es un medio de manipulación y control de la *superestructura*, para beneficio sólo de la clase burgués estacionada en el poder político, “...*toda la historia ha sido una historia de lucha de clases, de lucha entre clases explotadoras y explotadas, en las diferentes fases del desarrollo social; y que ahora ésta lucha ha llegado a una fase en que la clase oprimida no puede ya emanciparse de la clase que la explota, sin emancipar al mismo tiempo, a la sociedad entera...*”⁷⁹.

Por ello Marx y Federico Engels, plantean prácticamente una sociedad sin clases, que en un futuro lejano, atenidos ambos en el humanismo, se llegaría al estado comunista donde no se requeriría la participación del estado ni del derecho. Esto, por lo menos en lo que respecta al derecho, está en la mera especulación, en un ideal metafísico, que no tiene ningún sustento real. Con esta tesis ideológica que propone al final de la historia política (*comunismo*), la desaparición del derecho, es lógico pensar que se sobrevendría una enorme incertidumbre en todos los actos humanos, que inexorablemente traería una serie

⁷⁸ *Ibidem*, p. 43.

⁷⁹ MARX, Carlos. *Manifiesto del Partido Comunista*, D.F., E.U.M., ed. Editores Mexicanos Unidos, 1981, p. 19.

de consecuencias catastróficas. Los individuos alegarían unos a otros derechos contruidos en lo individual y no de manera general y pública. Bajo esta tesitura, no existiría un órgano público administrador de justicia para quien no observe ciertas reglas sociales y lógicamente prevalecería la voluntad del más fuerte. Sería un enorme retroceso en nuestra historia humana.

Si en la actualidad no existe legitimación del derecho bajo la tesis de la representación política, en el comunismo, sin estado y derecho, simplemente no existirían siquiera las normas jurídicas, menos su legitimación. Coincido con el marxismo en la justificación que hace de su ideología, por considerar al derecho como una herramienta de la clase burgués – ahora llamada poder fáctico -. Pero no así, en su forma de darle solución, a través de una dictadura de una determinada clase social, y la posterior desaparición de los órganos de gobierno y el sistema jurídico, puesto que a todas luces sería una solución extincionista y escéptica.

Posteriormente surge el *positivismo*, como una escuela naciente del pensamiento humano del siglo XIX, que sin duda alguna vino a trastocar la tradición jurídica que hasta aquel entonces prevalecía. Surcó una nueva dimensión del conocimiento científico en muy diferentes rubros; y las ciencias sociales y humanísticas, de manera particular la *jurisprudencia*, no fueron la excepción, fueron en gran medida influenciadas por ésta escuela teórica.

En los países que se precian de tener establecido un estado democrático, el sistema normativo jurídico está cimentado en un modelo creacional que, de acuerdo a la visión positivista, se identifica piramidalmente en una jerarquía normativa, teniendo como cúspide de la misma, a la *norma fundamental del estado* y de ahí, descendiendo a los productos de sus relaciones internacionales y subsecuentes normas secundarias y subsistemas jurídicos de sus entidades; por lo menos en aquellos que tienen como forma de estado el federalismo. En esta

realidad jurídica se tiene un marco normativo público, originado, adicionado y reformado desde las estructuras del poder político.

Bajo esta argumentación teórica, la producción del sistema jurídico, es ideada y construida por los representantes populares que les corresponde ejercer el poder público, haciendo de la norma, un objeto elástico que lo mismo da proteger o respetar la voluntad social, que no. El derecho de un conjunto de seres humanos a darse las reglas que rijan y controlen sus conductas, queda al arbitrio y prudencia de un reducido grupo de habitantes que fueron elegidos para representar los intereses comunitarios de quienes integran un estado, prescindiendo de un vínculo normativo tal, que haga pensar que la sociedad está ratificando o consintiendo lo que sus representantes están legislando o derogando.

Afirmar que sólo por la endeble razón, de que se eligió a un representante para incorporarse a los poderes públicos, éste ya cuenta con la legitimación social para crear el derecho, es un error; ya que, lo que se ha cumplido medianamente hasta la actualidad, es la legitimación democrática del estado, no así, la legitimación democrática del derecho. El legislador estará legitimado para representarnos por la vía democrática por la que llegó, más, para gozar del derecho creacional del conjunto normativo, requerirá de otro tipo de respaldo social, que el estado por sí solo no le puede dar, sino los destinatarios de la misma norma.

En ese orden de ideas, se consideran como fenómenos de ilegitimidad del derecho los siguientes:

- Se considera como verdad jurídica a la que contienen las normas que produce el estado y no las que pueden ser un producto social.

- Iuspositivismo deslegitimado socialmente y con producción normativa centralizada; iusnaturalismo sin intervención social y exclusivo de los expertos; iusrealismo amoral y positivizado.
- Sistema económico y tendencias culturales como coautores del monopolio estatal de la producción jurídica.
- Modelos de democracia política insuficientes para legitimar socialmente al derecho.
- Inexistencia de un sistema creacional del derecho, basado en una democracia jurídica, que responda de manera efectiva a la soberanía popular, satisfaciendo la visión universal de la nación y el respeto de las comunidades culturalmente distintas.

La sociedad que se organizó desde hace siglos – en la ‘era’ de la modernidad - para constituir un país a través de un estado como ente moral, ha ejercido su derecho soberano para darse un régimen de gobierno, mismo que en su momento, erradicó formas absolutistas del poder político y que le trajo innumerables beneficios de desarrollo y progreso a las naciones. Sin embargo, el derecho de representación que como comunidad nacional se les otorga a los depositarios de ese poder político, es cuestionable en la actualidad, si se considera que abarca también la generación y reproducción de las normas jurídicas, que, inevitablemente, resultan en beneficio o en perjuicio de quienes los eligieron.

La sociedad se ve controlada externamente por el poder formal de un país, cuando no tiene los medios jurídicos para deliberar con éste las decisiones normativas más trascendentales de su vida nacional; verbigracia, creación, modificación, adecuación y derogación de los preceptos jurídicos. La relación cercana y sana entre gobernante y gobernados, se ha diluido, a partir de que solamente se le ha considerado al derecho, como un instrumento efectivo del poder.

4.2 Análisis de modelos democráticos frente a la creación de sistemas jurídicos.

La democracia se ha convertido en la actualidad, en un factor *sine qua non* para la convivencia social, basada en valores predeterminados que toman significado en cada una de las sociedades que conforman la orquesta internacional de países.

La democracia ateniense es quizá la máxima expresión política del liberalismo clásico; donde florecía la participación abierta y directa de los miembros de una comunidad para la toma de decisiones, consideradas de trascendental importancia en aquel pueblo griego. Sesionaban a través “*de la ‘asamblea-ekklesía’ ciudadana que se reunía con regularidad. La ‘isegoría’ era su regla: cada ciudadano que asistía podía expresarse libremente. En ella se legislaba para toda la ciudad (el Ática)*”⁸⁰.

De aquel tiempo a la fecha, han surgido diversas acepciones y significaciones de la Democracia. Cuyos significados van desde una tipología de gobierno, como un valor, como un derecho o prerrogativa, como un ideal y hasta como un método, forma o sistema de vida integral. Su evolución ha sido en tomar con mayor acento y amplitud su naturaleza política, pero más, su resonancia social.

En ese sentido, es que es válido preguntarse si esta figura política, que después se convirtió en un elemento o concepto social, puede llegar a convertirse en una figura que forme parte de la teoría jurídica contemporánea. Para ello, en subtemas siguientes se analizarán los diversos métodos o modelos democráticos que han tenido una mayor relevancia y se contrastarán con la actividad

⁸⁰ CHERESKY, Isidoro. *El nuevo rostro de la democracia*, Buenos Aires, Argentina, Fondo de cultura económica de Argentina, 2015, p. 181.

reproductiva de la norma jurídica, buscando en algunas de ellas, que le puedan dar mayor legitimidad a nuestro sistema jurídico vigente.

4.2.1 Democracia cuantitativa y cualitativa.

Hay tantas democracias, como formas de pensar en teoría política. Lo cierto es que a través de ésta, es que se pretende dar sentido y validez a cualquier régimen político.

Ésta primera clasificación – de democracia cuantitativa y cualitativa – en los nuevos paradigmas de la ciencia política, obedece a la crisis en que se vio la democracia cuantitativa y que al paso de los años, se opuso una democracia cualitativa.

La democracia cuantitativa es un modelo que contempla básicamente la toma de resoluciones, considerando como base legítima, la cantidad de individuos que aprueban o desaprueban tal o cual decisión. Como parte conformante de este modelo, encontramos a la democracia representativa y a la democracia electoral, en las que encontramos como fundamento, el principio de las mayorías imperantes frente a las minorías. Prácticamente, es un régimen o sistema basado en la designación de cargos de elección popular a través de la mitad más uno de la aprobación; o la toma de decisiones por órganos públicos, o incluso, por la propia sociedad a través de consultas populares, en las que por medio de plebiscitos o referéndums, ratifican o determinan las acciones públicas a seguir.

Aquí también podemos ubicar a las democracias directas o indirectas, ya que al final, es cuantitativamente como se externa la voluntad popular o las determinaciones internas de los poderes legislativos. Son finalmente los números los que brindan la certeza de sus actos. Son las mayorías ciudadanas las que respaldan las decisiones públicas. El consentimiento social se traduce en la

votación en un proceso electoral o en la votación en una consulta popular que, por mayor cantidad de votos, se procesa una determinación legislativa o ejecutivo – administrativa. En este terreno encontramos a la democracia participativa, cuyo argumento medular estriba en que la sociedad civil cuente con un mayor margen de decisión, no sólo para llevar al poder a los aspirantes o candidatos, sino que, una vez que estén en el ejercicio del poder público, se mantenga el poder soberano de la comunidad de seguir resolviendo determinaciones trascendentales para ésta.

La democracia cuantitativa, que podemos considerarle como un modelo tradicional en el que cómodamente han descansado la gran mayoría de países que se precian de contar con un estado democrático contemporáneo.

Como respuesta natural a éste modelo cuantitativo, encontramos a la democracia cualitativa, cuyo principal fundamento obedece a que las mayorías puedan convertirse en verdugos irracionales que sin mayor detenimiento reflexivo acuden a las urnas a plantear su parecer sin medir todas las consecuencias o al no considerar el potencial menoscabo de los derechos adquiridos de otros individuos.

Aunado a la defensa de las nacientes minorías, se propuso este nuevo planteamiento democrático, donde, más que números o votaciones, prevalece el discernimiento y la consciencia comunitaria para la toma de decisiones. Bajo esta visión teórica, no todo está sujeto a ganadores y perdedores en una pretensión jurídica o política.

La democracia cualitativa hace particular acento en la construcción teórica de postulados básicos de un régimen, cuya médula de organización intrínseca se cimienta en valores como en la equidad, la tolerancia, la inclusión, el género, la no discriminación, la libertad, la solidaridad, la paz, el entendimiento y la convivencia empática. Lamentablemente, el *stablishment* se resiste a comprender este alcance

amplio de la democracia. Sigue confiando en una democracia intermedia que simula y promueve una supuesta calidad democrática en beneficio de los actores sociales, y en esa tesitura *“la calidad democrática no tiene otro significado que buen funcionamiento del sistema capitalista en su conjunto o, dicho de otro modo, la mejor prueba de la calidad democrática sería la prosperidad de la clase dirigente... equivaldría a la estabilización del régimen de acumulación”*⁸¹.

4.2.2 Pluralismo democrático

En una democracia cualitativa, se encuentran presentes el pluralismo democrático y las democracias constructivistas. Se entiende, por un lado, que el tejido social está compuesto, más que por clases o estratos sociales, por una serie de conjuntos o estamentos que agrupados por su ideología e intereses en común, interactúan en el entramado comunitario. El ser humano en ésta generación tiende a agruparse o asociarse en identidades sociales que les da seguridad y comodidad frente al resto de los demás grupos sociales. Tal es el caso de los agricultores, los comerciantes, los obreros, los estudiantes, los empresarios, la clase política, los investigadores, los profesores, migrantes, universitarios, ganaderos, profesionistas, las organización de asistencia, las organizaciones no gubernamentales, los observatorios ciudadanos, los colegios de profesionistas, etcétera.

Y dada esa composición en conjuntos como partes de un sistema social, es que funciona el pluralismo democrático, como un mecanismo a través del cual se consulta con estas agrupaciones, que por lo regular están organizadas y a lo que se la ha dado por llamar “sociedad civil”. Desde esta perspectiva *“se permite o tal vez se requiere que el Estado subsidie la pluralidad de manifestaciones culturales nacionales. El estado apoya a todos los grupos nacionales por igual.*

⁸¹ DE CABO De la Vega, Antonio *et al. Crisis de la democracia y nuevas formas de participación*, D.F., E.U.M., ed. Tirant lo Blanch, 2013, p. 106.

*Considera las diversas culturas nacionales patrimonio de la comunidad política*⁸². Los líderes de estas agrupaciones se convierten en actores sociales que trascienden sus decisiones en la vida pública, al grado de convertirse en actores políticos a los que hay que consultar para determinaciones gubernamentales o políticas.

El pluralismo democrático parte de la idea de que existen categorías clasificantes de los individuos, a través de los cuales se identifican y se aglutinan, para posteriormente tomar fuerza con una identidad dada y así lograr ser objeto de consulta política. Asumen estos liderazgos, que pueden llegar a convertirse en poderes al margen del derecho, que actúan persuadiendo, influyendo o incluso, manipulando al conglomerado social. Algunos de ellos, convertidos ya en poderes fácticos se les facilita el cumplimiento de sus metas e intereses autónomos.

Sin embargo, para el caso del pluralismo democrático, deben tomarse en cuenta todo tipo de agrupaciones, tengan o no, capacidad de influencia o manipulación. Más aún en esta etapa de la revolución tecnológica donde encontramos segmentos sociedad organizados en las redes de la información virtual, cual arena pública, marcan la agenda diaria de diferentes órganos del régimen político.

En esta tesitura, la producción de las normas jurídicas bajo un pluralismo democrático, implicaría el cabildeo con todas las formas de organización social de un país, a fin de que se debata con las mismas, la creación, actualización o modificación del sistema jurídico material.

La generación de un nuevo marco jurídico tendría como principio legitimador, la validación por parte de estos grupos, que a través de sus líderes o

⁸² OQUENDO, Ángel R. *Democracia y pluralismo*, D.F., E.U.M., ed. Fontamara. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, no. 96, 2004, p. 165.

representaciones darían el consentimiento para que posteriormente se sometiese al procedimiento legislativo correspondiente.

4.2.3 Democracia representativa.

El antecedente mediato de la forma de gobierno republicana, encuentra sustento, doctrinariamente hablando, en la teoría clásica de la división de poderes de Montesquieu. Los subsecuentes autores, le han dado la configuración a la república, como un régimen en el que a través de tres poderes, se delega la soberanía nacional, se gobierna y se administra un estado.

De manera conjunta a este planteamiento de la teoría política, hay algunas corrientes del pensamiento jurídico que le reconocen validez y legitimidad a los ordenamientos jurídicos sólo porque existen y sean emanados de los poderes republicanos, con competencia para producir y reproducir el sistema constitucional.

La representación política es la base angular de estos modelos jurídicos. El nacimiento de la república como una tipología de las formas de gobierno, trajo consigo un esquema innovador de democracia en la época de la modernidad. Hasta antes de la materialización de la teoría clásica de la república, la representación política de quienes habitaban los reinos, recaía en los reyes, reinas, emperadores o emperatrices, según el tipo de monarquía que tuvieran.

La teorización sobre el traslado del depósito de la soberanía, del monarca al pueblo, trajo consigo una transformación en la conceptualización de la representación política, que hasta ese momento prevalecía. Ahora, ésta, estaría supeditada a la participación ciudadana de la nación, mediante la elección de dos, de los tres poderes que integrarían la república. Así, lisa y llanamente, nace la democracia representativa; un modelo donde la sociedad no depende de una

dinastía en el poder público, sino que goza de la oportunidad de elegir, de entre los gobernados, quiénes serán capaces de conducir sus destinos.

Para la consolidación de la democracia representativa moderna, se dio origen a sistemas electorales, y consecuentemente a sistemas de partidos. Cuyo propósito primordial, estribaría en poder desempolvar la soberanía de la nación cada determinada cantidad de años, para consultarle quiénes, de entre sus iguales, tendría la capacidad, inteligencia o estrategia adecuadas, para dirigir las funciones ejecutivas y legislativas de un estado. A este tipo de derecho natural del pueblo, se le conceptualizó como soberanía nacional.

Ese es el fundamento conceptual de la teoría del mando político o llamada teoría de representación política. Bajo esta idea, los gobernantes en turno son los depositarios (por encargo popular) de la soberanía nacional y sin sujeción a los habitantes que representan, ellos gobiernan y legislan por un periodo determinado.

La teoría de representación política en un marco de democracias contemporáneas, es altamente cuestionable, ya que la facultad de gobernar no debería darle la cobertura para legislar a libre albedrío las hipótesis legales que regulan el comportamiento social; sino que, se tienen que implementar mecanismos democráticos y jurídicos, mediante los cuales, no se pierda la conectividad con el grupo de gobernados que representan, y sean ellos efectivamente quienes legislen y establezcan su marco de preceptos.

Una soberanía recortada, que sólo serviría para la elección de los gobernantes, puesto que a partir de ahí, ésta –soberanía-, se delega y se pone en ejercicio a través de los poderes constituidos. El ejercicio de la soberanía nacional por medio de los poderes constituidos, es lo que podemos considerar como representación política. La nación se aventura por la elección de un candidato, que demostró durante en un periodo de promoción política, ser el más audaz, capaz,

honesto, honrado e inteligente para representar sus intereses en los dos poderes de los dos niveles de gobierno.

Este modelo político de representación, repercutió en la confección de un tipo de democracia, la representativa. O también conocida como democracia electoral. Su principal misión de este modelo, consiste en establecer una serie de principios orientados a cumplirse, para garantizar que se respete la voluntad electoral de la ciudadanía. Partidos políticos, aspiraciones políticas, candidaturas, institutos de organización electoral, órganos jurisdiccionales especializados y todo lo que se requiera para promover el voto ciudadano, organizar las jornadas electorales y calificar y validar a aquellos candidatos que hayan sido favorecidos, en un clima de transparencia, responsabilidad, honestidad e imparcialidad.

En una democracia representativa la sociedad tiene dos periodos intermitentes. Cuando se encuentra inmersa en procesos electorales, como una sociedad activa; y cuando viene periodo del ejercicio de cargo por elección popular, como una sociedad expectante. De entre las opciones dadas a la población durante la promoción electoral, éste elige una, misma que ejercerá sus atribuciones sin consultar o considerar las voces de sus habitantes, porque ya tiene su representación. Ya tiene el poder soberano (nacional) del pueblo para tomar las mejores – o peores – decisiones. Y la sociedad no tiene otra opción, que la de premiar o castigar al dirigente, al actor o partido políticos, hasta el próximo proceso electoral. Lo que resulta en una democracia contemporánea, algo totalmente insostenible. *”Desde la teoría de la representación, la toma de decisiones por parte de los representantes sin consultar a la ciudadanía parecería un ‘pleonasma político’. Se parte del supuesto de que los grupos de poder que acceden al mismo por la vía electoral, saben desentrañar la voluntad popular...”*⁸³.

⁸³ RASCADO Pérez, Javier *et al.* *Pensar el derecho*, Querétaro, E.U.M., ed.Fundap fronteras del derecho, 2007, p. 22.

En este tipo de democracia, como miembros de una sociedad, habría que esperar años para poner en ejercicio la soberanía. La sociedad le entrega la soberanía al régimen en comodato, cual monarca, durante un periodo predeterminado tiene la libertad casi plena de tomar decisiones de intereses públicos. En cuyo periodo, la sociedad se mantiene expectante, en el mejor de los escenarios calificando al gobernante, para luego, hacerlo perdurar o descalificarlo. Esta democracia inicia con las aspiraciones políticas a cargos de elección popular y concluye, cuando se inicia con el encargo público. Para la sociedad exigente y crítica como la de hoy, esto es insuficiente para la resolución de los problemas sociales; *“el sistema representativo... no implica más una delegación completa de soberanía. La representación es ineludible como componente para la organización de la vida en sociedad, pero sus instituciones, miembros y dirigentes permanecen en una tensión originaria con las expresiones de democracia espontánea...”*⁸⁴.

En ese sentido, la soberanía debe ser indelegable e intransferible a las instituciones públicas. Un pueblo es propietario de su patrimonio y además, de sus sistemas creados: económicos, culturales, políticos y jurídicos. Si éste pretende modificarlos, eliminarlos o actualizarlos, válidamente lo podría hacer en cualquier momento; no tendría que esperar al culmino de las monarquías encubiertas. Y la representación política no tendría que ser un mandato pleno en el que los titulares de los poderes públicos, puedan tomar cualquier nivel de decisiones, sin considerar las estimaciones y valoraciones de los ciudadanos. En la representación política de este modelo democrático, se vulnera el principio de igualdad: mientras hay proceso electoral todos son iguales y durante el ejercicio del poder, son desiguales, ya que unos prescriben y otros sólo obedecen.

La soberanía nacional se ejerce por su depositario sólo cinco minutos cada determinada cantidad de años, cuando se pone en acción el derecho político electoral de votar. Una función muy estrecha de este tipo de democracia. Se requiere de un sistema democrático que rescate la soberanía popular, en la que la

⁸⁴ CHERESKY, Isidoro. *Op. cit.*, p. 115.

sociedad se apropie, además del derecho de integrar a los cargos de elección, del derecho a decidir sobre sí mismos; construyendo sus modelos de estado, gobierno y de derecho, de manera permanente.

4.2.4 Democracia participativa.

La crisis de la representación política, identificada como el descrédito en que han caído quienes integran el sistema político, ha promovido una mayor exigencia a la sociedad para participar de una manera decidida en los temas de interés nacional. El control hegemónico y la vida pragmática de los partidos políticos (independientemente de la posición que ocupen dentro de la geometría política), el desprecio de los poderes públicos por la decadencia socioeconómica y la desconexión entre la teleología social y la institucional, han contribuido a que este patrón de representación se haya degenerado en una demagogia.

Es por ello que a lo largo de la última mitad del siglo pasado, se haya considerado la idea de que la sociedad debería participar de una manera más activa en la vida pública. Ante la traición y corrupción de los partidos y los regímenes políticos, la sociedad habría que politizarse e inmiscuirse en tareas que, antaño, no las desarrollaba. Para ello, los partidarios de la democracia representativa o electoral, coincidían en que era prácticamente imposible someter todas las decisiones públicas a consulta popular, que era materialmente inviable reunir a los ciudadanos en diferentes puntos para tomarles su parecer y que, algo no menos importante, que prevalece hasta nuestros días, que el común de la sociedad no contaba con la capacidad cognoscitiva e inteligencia para tener elementos con los que tomara decisiones de orden legislativo o ejecutivo – administrativo.

Los críticos a esta democracia representativa, conocían sobremano que existía el derecho soberano a mandar fuera del espacio los procesos electorales, pero carecían de un instrumento democrático para emprenderlo. La democracia

directa, en sociedades expandidas demográficamente, era evidentemente inoperante e inaplicable. Habría que buscar un punto intermedio y flexible para mantener la representación gubernamental con el acompañamiento de la sociedad en el ejercicio de sus funciones.

Así, surgen términos como la “participación social”, la “participación ciudadana”, la “sociedad civil”; posteriormente, las “revocaciones de mandato”, el “referéndum”, los “plebiscitos” y las “iniciativas populares”. Las nuevas exigencias sociales, desarrollaron un nuevo lenguaje que reparó en la construcción teórica de una democracia participativa. Una democracia política que diera cobertura instrumental o procedimental a la parte de la soberanía popular que se encontraba descubierta: la del periodo del ejercicio público. Donde terminaría la democracia electoral – representativa -, iniciaría la democracia participativa. Y así, el derecho innato de una sociedad a autodeterminarse de manera permanente, estaría completado.

Algunos estados han transitado a la democracia participativa. Lo han hecho de manera gradual. Algunos han perfeccionado su operación, otros aparentan tenerla, y unos más, se resisten a su incorporación.

En los países donde se aparenta contar con una democracia participativa se organizan foros públicos para la consulta de opiniones en materia de suscripción a acuerdos internacionales, incorporación o permanencia en bloques económicos internacionales, modificación o creación de disposiciones de sus leyes fundamentales o secundarias; consultas de revocaciones de mandato esporádicas y organizadas por sus propias administraciones públicas para la permanencia en los cargos de elección popular y para la toma de decisiones administrativas de importancia de acuerdo al nivel de gobierno; presentación de iniciativas populares legislativas de reforma o creación de disposiciones legales o constitucionales sin respaldo del régimen; establecimiento de consejos ciudadanos sin atribuciones resolutorias de carácter vinculante.

En donde se ha perfeccionado, la democracia participativa plena exige que los temas de trascendental importancia nacional deban ser consultados a la nación o ratificados por esta: consulta popular obligatoria para la suscripción a acuerdos internacionales, incorporación o permanencia en bloques económicos internacionales, modificación o creación de disposiciones de sus leyes fundamentales o secundarias; consultas obligatorias para la permanencia en los cargos de elección popular y para la toma de decisiones administrativas de importancia de acuerdo al nivel de gobierno; presentación de iniciativas populares legislativas de reforma o creación de disposiciones legales o constitucionales sin respaldo del régimen; establecimiento de consejos ciudadanos con atribuciones resolutorias de carácter vinculante; entre otros.

Sin embargo, aun en aquellos países donde se ha implementado de manera total o parcial este tipo de modelo democrático, existe la percepción social de que finalmente es el régimen el que nos da las opciones a elegir. La democracia participativa es una democracia cuantitativa, en la que las mayorías se imponen, por medio de consultas emergentes en las que no se tiene la oportunidad de escuchar los diversos posicionamientos ideológicos que hay al respecto, ni las opiniones que se viertan. No existe un ejercicio constructivo en el que los sujetos sociales se reconozcan entre sí como autores racionales de un discurso normativo. La participación social bajo este modelo democrático, de acuerdo a la teoría de la elección racional, hace permanecer a los individuos en una elección paramétrica, *“en la cual el actor considera que su conducta es la única variable en un ambiente fijo”*⁸⁵.

No existe un debate social en el que los miembros de las comunidades construyan su propia versión legal, constitucional o administrativa. Las opciones por las que hay que elegir en las consultas populares, son preestablecidas por las

⁸⁵ GAUTHIER, David. *La moral por acuerdo*, Barcelona, España, ed. Gedisa, 2000, p.41.

propias expresiones políticas, que tanto se critican. La sociedad sí participa respecto de lo que le preguntan, no de lo que cree ella que sería correcto resolver. Producto del debate político, existen dos preguntas en la consulta popular, del que ellos esperan uno de los dos tipos de respuestas; más, no existe la posibilidad material de plantear una tercera respuesta social, que sea producto del raciocinio ciudadano. En el fondo, se sigue excluyendo y subestimando a la sociedad como depositaria de la soberanía popular. El régimen sigue dándonos las respuestas y las salidas a los problemas que nos aquejan, pero el tejido social sigue sin gobernar.

Además, de que las consultas de la democracia participativa, representan un modelo que no garantiza los derechos de las minorías, dado que todo se ajusta a consultas cuantitativas donde las mayorías deciden. Al pueblo se le pregunta, pero no debate.

Con ello, no todo es derrotable en la democracia participativa. Al margen del sistema de consultas que propone, hay elementos rescatables como las revocaciones de mandato, los consejos ciudadanos y las iniciativas populares que han contribuido a fomentar un sistema de contrapesos (no entre los poderes de la unión) entre la sociedad y su régimen de gobierno.

4.2.5 Democracia deliberativa.

De manera simultánea a la construcción teórica de la democracia participativa se estuvo confeccionando una nueva teoría democrática basada en la deliberación. Si bien es cierto que con la democracia electoral podemos lograr el arribo de gobernados a cargos públicos con imparcialidad y transparencia, también lo es que no podemos garantizar que las acciones legislativas y administrativas emprendidas por éste, estén acordes a lo aspiraciones de la nación.

Así también, si bien es cierto que con la democracia participativa, se pueda provocar una serie de reacciones sociales para inmiscuir a la sociedad a la toma de decisiones públicas, también lo es, que las opciones para decidir por parte de la población, las redactan los depositarios de los poderes públicos constituidos. Algunos elementos o componentes de las democracias anteriores son útiles; sin embargo, sí se requiere de una teoría de un sistema democrático que ponga el acento en la participación directa y vinculante de la sociedad, bajo un sistema creacional del derecho, decida directamente la construcción del sistema jurídico para su país.

La comunicación social debe ser el eje rector para cualquier tipo de comunidad. Los actos del habla representan un elemento consustancial de la convivencia humana. La interacción a través del lenguaje provoca en gran medida la trascendencia o retroceso de las sociedades. La interacción de estos actos del habla en combinación con las escalas de valores de la sociedad, pueden marcar la pauta para que en ejercicio de un derecho intersubjetivo se pueda construir un sistema normativo público como ente regulador de las actividades humanas.

El intercambio de posiciones e impresiones entre los miembros de una comunidad, deberá ser la base sobre la que se construya todo ordenamiento. El debate de ideas jurídicas por los integrantes de una sociedad, bajo un esquema organizado y sujeto a procedimientos previamente establecidos, resarce de una manera significativa la gran ausencia de legitimación democrática del derecho. La soberanía popular de una nación no se garantiza con la elección de sus gobernantes, ni con la predilección de una propuesta de ley o acto administrativo. La sociedad debe generar las proposiciones jurídicas que después se conviertan en pretensiones de derecho.

Por ello, la deliberación sobre diversos tópicos de interés nacional por parte de los miembros de la nación, llevará, no sólo a la construcción discursiva del derecho, sino también a una verdad dialógica de éste y a una construcción

ética. En ese sentido, se apoya lo anterior con la Teoría de la acción comunicativa de Jürgen Habermas, mediante la cual se reconstruye un espacio de entendimiento y consenso social, mediante la expresión de los individuos, en lenguaje y la comunicación. La acción comunicativa consiste en *“el lenguaje como un medio de entendimiento sin más abreviaturas, en que hablantes y oyentes se refieren, desde el horizonte preinterpretado que su mundo de la vida representa, simultáneamente a algo en el mundo objetivo, en el mundo social y en el mundo subjetivo, para negociar definiciones de la situación que puedan ser compartidas por todos”*⁸⁶. Que, finalmente le aportarían elementos a una teoría democrática jurídica.

Se requiere de un sistema en el que puedan interactuar los ciudadanos en las condiciones complejas actuales. Se requiere que el régimen deje de subestimar a la población, cual monarca lo hacía con las muchedumbres medievales, y voltee hacia esta para la solución de graves problemas sociales que parecieran imposibles de resolver, *“hoy en día, el significado de la tradición liberal, radica a mientender, en la crítica a las lógicas autoreferenciales del sistema político estatal. Esta implica sobre todo, una crítica al persistente clientelismo del estado, al paternalismo tecnocrático y al ritualismo burocrático que desconocen y destruyen la creatividad social”*⁸⁷.

4.2.6 Democracia como sistema de vida.

Tradicionalmente la democracia se ha analizado y estudiado desde una perspectiva de la teoría política; en la presente tesis se le ha insertado en la filosofía jurídica, pero también se puede estudiar y proponer su metodología, en el ámbito de la teoría social. A la democracia regularmente se le ubica como un sistema o modelo político. Se le utiliza para proponerla como una teoría o como un

⁸⁶ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa. Racionalidad de la acción y racionalidad social, Volumen I*, Madrid, España, ed. Taurus, 1998, pp. 137,138.

⁸⁷ LECHNER, Norbert. *Democracia y utopía: la tensión permanente. D.F., E.U.M., ed. Fondo de cultura económica y FLACSO México, 2014, p. 317.*

instrumento a través del cual la sociedad participa de manera directa, semidirecta o indirectamente en las decisiones del poder público. Sin embargo, valdría la pena preguntarnos si dicho instrumentos, con las muy variadas herramientas que cuenta, pueda ser aplicable a la vida cotidiana, al seno del núcleo enteramente social.

Los principios que enarbolan los diferentes tipos de democracia política, como la participación, elecciones, libertad, transparencia, rendición de cuentas, equidad, igualdad, paz, legalidad, inclusión, imparcialidad, respeto y minorías, es posible que podamos considerarlos aplicables a las formas de organización social, con el propósito de lograr también una convivencia armónica en el pueblo. Lo anterior, independientemente de la democracia política o jurídica que se pretenda emprender o implementar.

Sería posible una democracia social o comunitaria. Imaginémosnos todas las formas de organización social que se tienen y en las cuáles pueda implementarse algunos de los tipos de democracia política; la familia, las religiones, los clubes, las asociaciones, las corporaciones, las sociedades mercantiles, las comunidades indígenas, los ejidos, las universidades, las escuelas, los centros culturales, las organizaciones artísticas, los sindicatos, los partidos políticos, las agrupaciones no lucrativas, las parejas, los noviazgos, las amistades y algunos otros que se tendrían enormes dudas para democratizarlos, como la elección e integración de los trabajadores de los órganos de control constitucional o de actividad jurisdiccional, el ejército y los servicios de inteligencia.

Algunos de los anteriores, por la propia presión social o por recibir algún tipo de financiamiento público, ya tienen rasgos de algún tipo de democracia al interior. Sin embargo, se adolece en gran medida de la presencia de estos valores democráticos en el desarrollo de sus actividades diarias. Y no con ello se está afirmando que deba presentarse o aplicarse la democracia entera y sus principios a estos campos de la actividad humana. Se está dejando en el campo de la

reflexión, la posibilidad de hacerlo y la conveniencia de realizarlo. Porque sin duda alguna, que las rudimentarias democracias que se viven, obedecen inexorablemente a la falta de una práctica democrática en la vida cotidiana o común.

¿Cómo ser demócratas en las decisiones políticas o en la construcción del derecho, si procedemos de familias donde reina la imposición, la violencia, el fanatismo, el machismo y la represión? ¿Cómo es posible contar con representantes políticos atentos a la participación ciudadana, si se desarrollaron en ambientes religiosos donde predominantemente el género masculino dirige, coordina, administra, decide y gobierna las instituciones eclesiales? ¿Es posible un régimen democrático en una organización gremial con trabajadores que en sus familias representan el autoritarismo, el sexismo y el uso sistemático de la violencia verbal?

La democracia, más que un régimen impuesto de manera vertical, se debe edificar de manera horizontal. Se debe fomentar en el preconsciente de los menores de edad, la práctica democrática desde niveles elementales, como la libre elección del sabor de un helado (aunque parezca superfluo o frívolo). Es el ensayo diario, el que promoverá en un futuro, una sociedad consciente de su condición social y de su clase.

CAPITULO 5

APROXIMACIONES PARA UN SISTEMA INTEGRADOR DE DEMOCRACIA JURÍDICA

5.1 Contrastación con las teorías de la filosofía jurídica

En lo relativo a la línea de investigación de la presente tesis doctoral, que refiere a la legitimación del derecho al momento de su creación, del iuspositivismo se puede considerar como rescatable el *positivismo conceptual* y el *imperativismo*, dado que, una vez que los preceptos jurídicos hayan sido aprobados socialmente, éstos deben gozar del imperio de la ley, mismos que pueden ser sujetos de considerarse posteriormente como justos o injustos.

No así, el *positivismo ideológico*, el *formalismo* y el *positivismo lógico*, ya que en el caso que nos ocupa, no siempre el derecho será fuente del derecho. La autopoiesis jurídica no será elemento infalible del derecho; no siempre la norma jurídica se autoproducirá. Se admitirá que el derecho pueda llegar a tener lagunas y que estas sean resarcibles con principios racionales aprobados socialmente. De igual manera, que el estudio del fenómeno jurídico no siempre será normativo; pueden existir otros modelos de ciencia jurídica que sean más amplios y no se circunscriban a tener como objetos de estudio exclusivamente al lenguaje

normativo. Aunque esto último más bien da para otras líneas de investigación en posteriores trabajos.

Respecto del *iusnaturalismo*, impensable considerar como parte de un nuevo sistema o teoría, al iusnaturalismo cristiano como fuente directa de la producción de las normas jurídicas. Quizá indirectamente, la nación concibe decenas de principios o reglas de convivencia que tengan como referencia la orientación cristiana; sin embargo, como cánones religiosos, que sirvan de interpretación o utilización automática para la creación jurídica, sería cuestionable. Lo que se está buscando es el imperio de la sociedad, no el imperio de los representantes de Dios.

En relación al iusnaturalismo racional, no se puede subestimar a los catálogos de valoraciones morales que sirven como referente previo para la creación de la norma. Sin embargo, no se debe atener el contenido total de las disposiciones jurídicas, a lo discutan y aprueben un colegio de pensadores notables. Sería riesgoso que, tanto la producción, reproducción, procuración y aplicación de los órdenes jurídicos, estén a cargo de la reflexión y validación de un reducido grupo de investigadores o miembros de la comunidad científica, que resuelvan cuál debería ser el sentido del derecho de una comunidad.

Estos iusnaturalistas estarían en su condición de iguales frente a los demás miembros de la comunidad, siguiendo con el desarrollo de sus trabajos de investigación para la consulta de los ciudadanos. Y sólo habría un rubro en el que iusnaturalismo estaría vivo normativamente hablando, sin sujeción a deliberaciones o discusiones: el principio de la libertad en todos sus tipos y modalidades.

Ya del iusnaturalismo en la actividad jurisdiccional, quedaría claro que, si bien es cierto que el sistema jurídico es imperfecto y admite lagunas, también lo es que éstas se resuelvan por el sistema de valoraciones morales que haya aprobado

la sociedad con base a la teoría del *constructivismo ético* y no por las apreciaciones subjetivas de los miembros de un órgano de control constitucional que pueda pretender rebasar los límites del sistema constitucional que haya debatido y aprobado la nación.

En lo que corresponde al *iusmarxismo*, aporta elementos muy valiosos a este sistema integrador. La crítica que realiza a los poderes dominantes de una sociedad por medio de la corriente teórica del materialismo histórico, resultan de vital importancia para cuestionar al propio sistema jurídico cuando ha sido creado y actualizado para los intereses de un reducido grupo de individuos.

Considerar al derecho como una técnica social de dominio, que lejos de servir como una conquista social para la liberación, paradójicamente, se emplee como un conjunto de reglas para la opresión y la injusticia. Crítica ilustrada, que sirve sobremanera para comprender las razones que se tuvieron en el marxismo para considerar al sistema jurídico como parte de la superestructura social, de manera conjunta con los medios de producción y el poder político; todos, objetivos derivables de las revoluciones emprendidas por el proletariado. El derecho visto como un instrumento del poder económico de la burguesía y del régimen político, aval de los dueños de los medios de producción. Todo este abordaje teórico justifica de alguna forma, la pretendida descomposición del sistema productor del derecho vigente.

Sólo habría que hacer un deslinde, respecto del destino que le deparaba al derecho y al Estado en los pronósticos marxistas después de la etapa socialista: su desaparición. Se es de la idea de que el derecho es un sistema rescatable, con el que se pueda garantizar la vida armónica, libertaria y justa que se pretende. La condición perversa del ser humano para atentar contra la libertad, dignidad y patrimonio de los demás individuos, es lo que conmueve a seguir defendiendo la existencia misma de las normas jurídicas como único sistema regulador del comportamiento.

En lo concerniente al *iusrealismo*, correría la misma suerte que el *iuspositivismo*, ya que en lo relativo a la creación o producción normativa adopta los conceptos y posiciones teóricas del positivismo jurídico; hace una separación independiente de la normativa jurídica respecto de la moral o cualquier tipo de valoraciones universales. Además de que el *iusrealismo*, centra la mayoría de sus investigaciones en tópicos temáticos de la observancia, la eficacia y el cumplimiento de la ley, en su ejecución, procuración y función jurisdiccional y estos campos del conocimiento jurídico no son en esta tesis, objeto directo de estudio.

Del *neocontractualismo*, esperamos el respaldo teórico en mayor medida para esta tesis, en lo referente a la discusión de las ideas para que por medio de los consensos de las clases sociales, se logre una plataforma intersubjetiva que nos lleve a una acción comunicativa y así poderle dar orientación y sentido a las normas jurídicas. La teleología jurídica de los ordenamientos jurídicos no estaría formulada desde las fuentes políticas, sino que tendría un auténtico origen social.

En lo planteado en la teoría de la justicia, de John Rawls, se privilegia esa deliberación social, exclusivamente en los campos del conocimiento jurídico regulatorios a la distribución de los bienes, al bienestar económico al intervencionismo estatal, en fin, a la igualdad de oportunidades por medios de la garantización de servicios públicos que redundarían en un desarrollo integral de la sociedad; sin embargo, hay otros rubros o partes del sistema constitucional o legal que pudieran también ser objeto de este ejercicio y que no obedecen a la justicia social.

Referencia aparte requiere el ingenio para dotar al *neocontractualismo* de un sistema discursivo de la norma, en el que se valore la posibilidad fáctica de estados o naciones que tienen composiciones multiculturales y que requieren de especial atención al momento cúlpe de la producción normativa. El poder

creacional de la norma jurídica de una nación, debe contener alguna categoría jurídica que admita la construcción de verdades dialógicas emanadas de las comunidades étnicas, donde se establezcan reglas o principios grupales o comunitarios, no universales. Se debe privilegiar la inclusión social, de los diferentes grupos que tienen razones históricas para tener cosmovisiones divergentes del mundo y de la vida social.

5.2 Contrastación con las teorías de la filosofía democrática

En virtud de que el objeto de estudio de esta investigación doctoral, cruza transversalmente a dos ámbitos del conocimiento científico de las ciencias sociales, es que se para el sistema integrador que se delinea, se analizan tanto teorías de la filosofía jurídica que aborden el tema de la creación del derecho y, corrientes del pensamiento de la teoría democrática, que, desde la filosofía política, abordan la composición del Estado y su rol tradicional y parental de formular el sistema jurídico. Por ello, a continuación el proceso de análisis de la escuelas del pensamiento político con repercusiones jurídicas.

La república como forma de gobierno, en cualquiera de sus tipologías presidencialistas o parlamentaristas, sigue siendo la mejor tesis para un régimen de gobierno, con los complementos de un estado democrático, pero al fin y al cabo, la mejor metodología para dirigir y administrar un Estado – nación. Y en ese sentido, deberá permanecer en nuestros sistemas políticos y constitucionales, con los ajustes propios del avance social.

El nacimiento de las normas jurídicas no es un netamente un objeto de estudio de la teoría política, es un tema multifactorial que requiere de la observación y estudio desde diversas ópticas, incluidas, la filosofía jurídica y la teoría social.

Afirmado lo anterior, en lo relativo a la producción normativa del derecho, es que sí serían objeto de análisis algunas teorías democráticas que tienen un irrenunciable vínculo con la ciencia y la filosofía jurídica.

En la democracia representativa, como ya lo habíamos analizado en capítulos anteriores, se manifiesta a través de la instauración de procedimientos e instituciones que salvaguarden el derecho soberano de una nación a elegir a otros para que los representen en dos de los tres poderes que integran el régimen republicano. También se le conoce como democracia electoral. En lo referente al sistema que regula y estudia la designación ciudadana para que otros ocupen cargos públicos, no existe objeción alguna, ya que es esta parte la que le da la legitimación democrática al Estado, como régimen.

Esta validación social por medio de las jornadas electorales ofrece a los poderes públicos el respaldo y asentimiento social, para un ambiente propicio de gobernabilidad. Más, la parte de la democracia representativa, que trata de justificar la atribución exclusiva de los poderes públicos de producir la normativa jurídica, es inadmisibles. La gobernabilidad y la gobernanza, se consideran como parte de esta democracia electoral, que seguiría manteniéndose firme, pero la facultad productiva del derecho dejaría de estar en su ámbito de competencia, para convertirse en un derecho de orden social. Ser votado por la ciudadanía implicaría dirigir y administrar el país (legitimación política), pero no le alcanzaría para dar origen al derecho (legitimación jurídica).

El pluralismo democrático como un ejercicio a través del cual consideramos que la sociedad está compuesta por una serie de conjuntos - más que clases sociales -, sería de mucha utilidad para que en legislación de algunos tipos de normas o componentes de los sistemas jurídicos, puedan consensarse con estos grupos. Más, no sería este mismo método para todas las normas del sistema constitucional o legal, ya que la sociedad sería presa de grupos corporativizados que sustituirían sus decisiones.

La democracia participativa tiene un espectro muy amplio de instrumentos innovadores que le han dado relevancia a los sistemas democráticos de varios Estados en el último tercio del siglo pasado y en las casi dos décadas de lo que va de este. No todos los instrumentos de este modelo, referidos en capítulos anteriores, tienen relación con el objeto de esta investigación jurídica. De los que sí, como las consultas populares por medio del referéndum, el plebiscito y la iniciativa popular, se considera que deben dejar de tener una visión cuantitativa, para transitar a una valoración o actividad cualitativa.

Lejos de que la sociedad vote a favor o en contra de determinada modificación constitucional, es esta la que debe discutir, debatir, comunicarse y llegar a un consenso para, primero, determinar si se requiere la modificación jurídica y, segundo, de requerirse, cuál sería el alcance y condiciones de la misma.

Respecto de la democracia deliberativa y la democracia como sistema de vida, guardan una relación muy estrecha. Para que la sociedad practique la deliberación, necesariamente tendrá que gozar de una tolerancia y respeto de manera intrínseca, ya que aparecerá la discusión, el disenso, la diferencia de ideas, el contraste de impresiones personales y la confrontación de posiciones.

El velo de la ignorancia deberá ser una constante para evitar la destrucción y promover el constructivismo jurídico. Deberá ser la democracia como sistema de vida, la que aparezca como un medio cotidiano y ordinario de vida. Se estima que por voluntad propia, el ser humano no adoptará este modelo de democracia social, por lo que debe ser regulada jurídicamente a fin de que se generen escenarios propicios para la actividad discursiva. En la medida en que los menores se desarrollen en ambientes incluyentes, respetuosos, tolerantes y amables, es en esa línea que se podrá practicar con mayores frutos la acción comunicativa.

5.3 Hacia un sistema integrador de Democracia Jurídica.

Dadas la problemática planteada y los marcos teóricos enunciados con antelación, se contrasta lo anterior para obtener una serie de resultados.

Como se había mencionado anteriormente, el derecho es lenguaje. Las normas jurídicas son expresables siempre en algún tipo de lenguaje. Las normas jurídicas que fueron creadas para guiar el comportamiento tienen “*una función directiva... son enunciados que tratan de influir en el comportamiento de aquellos a quienes van dirigidos*”⁸⁸. No cualquier tipo de lenguaje; es aquel externado por quien tiene la autoridad o competencia para decirlo. Y al momento de externarlo, hay quienes tendrán la obligación de obedecerlo. Si el régimen históricamente le ha fallado a la sociedad, entonces requerimos que el principio de “autoridad”, para crear o decir las palabras que se conviertan en derecho, ya no sea exclusivo de los poderes públicos, sino que sea una prerrogativa concurrente con la sociedad, y en ocasiones, sólo un derecho de ésta.

En ese sentido, se debe considerar que debemos encontrar una fórmula integral en la que se respete la soberanía popular de una nación, sin prescindir del poder formal. No se pretende arribar a la teoría de una sociedad, basada en ideologías comunistas o anarquistas, en donde desaparezca la figura del régimen. El Gobierno es necesario como ejecutor del sistema constitucional y legal, más no lo debe ser para la creación o actualización de ese sistema. Ahí es donde debe estar presente la sociedad como un factor fundante permanente del sistema jurídico.

Resulta altamente indispensable rescatar la figura política de la democracia, pero desde una perspectiva jurídica, enlazándola con las valiosas aportaciones de las escuelas del pensamiento jurídico, donde “*puede haber*

⁸⁸ ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*, Op. cit., p. 63.

*democracia si los ciudadanos, más allá de sus ideas y sus intereses particulares, puedan entenderse sobre proposiciones aceptadas por todos*⁸⁹. Se tiene que dar origen a un modelo integrador de democracia del derecho, que descarte algunos componentes teóricos cuestionados de diversas teorías de la filosofía democrática, como de la filosofía jurídica. Y tendría que ser una aproximación a una teoría integradora, en virtud de que las teorías unitarias, tanto jurídicas como políticas, contienen elementos y conceptos que pueden resultar insuficientes, pero otros que resultan ser muy útiles para la conformación de un nuevo sistema.

Esta pretensión, tendría como propósito la formulación de un esbozo para una teoría integradora de una democracia jurídica. Una teoría integradora, porque en las teorías unitarias que analizamos en anteriores capítulos, no encontramos la suficiencia para poder dotar al pueblo de auténticas herramientas para apropiarse de su propio acontecer. Se requiere que a partir de los componentes útiles de las teorías, se pueda rearmar una nueva, que cubra las expectativas de la población.

Éste modelo de legitimación democrática del derecho, está sustentado principalmente, en el plano político – jurídico por el *contractualismo* y el *neocontractualismo*, pues a partir de la concepción de Rousseau de la soberanía popular, es el pueblo quien con su parte proporcional de prerrogativas para autogobernarse, construye y ratifica las determinaciones legislativas de los poderes públicos establecidos. Así, las normas jurídicas, no son solo producidas por los cuerpos legislativos públicos; cuyos congresistas se convierten en –sólo– representantes populares y no en meta-gobernantes que sólo privilegian sus intereses autónomos.

Bajo esta lógica constructivista, se lograría la despolitización del derecho y se practicaría la autofundación de la comunidad; quien irá configurando su propia verdad comunitaria según apunta en su libro *Verdad y Argumentación*

⁸⁹ TOURAINE, Alain. *Crítica de la modernidad*, Op. cit., p. 330.

Jurídica el Dr. Gerardo Ribeiro Toral, quien sostiene que la verdad no es propiamente las percepciones de la realidad que se tengan unos y otros en una generación, sino que las comunidades deberán construir su propia verdad jurídica, “*construir dialógicamente una verdad comunitaria*”⁹⁰. Bajo este argumento, ni los iuspositivistas, ni los iusnaturalistas, ni los iusracionalistas, son depositarios de la verdad en la producción jurídica, sino que el pueblo que es la comunidad de comunidades, es quien deberá de construir sus propias verdades para una determinada etapa generacional; y vendrán otras generaciones humanas que cambiarán esas verdades que en esencia son relativas, no hegemónicas.

El conjunto social es quien traza la verdad jurídica (verdad dialógica) y no grupos políticos o corrientes de pensamiento jurídico. Las comunidades sociales intervienen en la creación de la norma y no son simples espectadores del proceso creacional.

Solo bajo ésta perspectiva se legitimaría el derecho, pues a decir del Dr. Gregorio Peces Barba en su obra *Ética, Poder y derecho*, señala que ni el derecho está por encima de la política, ni la política está por encima del derecho, cuando trata de determinar que hay una especie de correlación entre ambos, que los hace dependientes uno del otro, “*se considera al derecho y al poder como dos caras de una misma realidad*”⁹¹. Y apunta dicho autor que el elemento indispensable para lograr el equilibrio entre una ciencia y otra, es precisamente la ética pública, que no es otra cosa que la conjunción de las éticas privadas de los miembros de un conglomerado human.

Las éticas privadas son los proyectos particulares de vida que tienen cada uno de los habitantes, y que una vez reunidos todas estas aspiraciones de vida de cada uno de los gobernados, se construye la ética pública.

⁹⁰ RIBEIRO Toral, Gerardo. *Op. cit.*, p. 28.

⁹¹ PECES Barba, Gregorio. *Ética, Poder y derecho*. D.F., E.U.M., ed. Fontamara. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, no. 83, 2000, p. 54.

En ese sentido, el reto es recomponer el sistema constitucional de un estado desde una visión de la ética pública. Lo único que está impreso en los cuerpos normativos son las perspectivas morales de los proyectos de vida de los gobernantes, y no así de los gobernados. La Ética pública no se encuentra insertada en nuestro marco jurídico y la manera de hacerlo es haciendo participe al pueblo de las deliberaciones públicas para la creación y reforma de nuestras disposiciones generales.

Por otro lado, Jürgen Habermas en su *Teoría de facticidad y validez* y su *Teoría de acción comunicativa*, concibe de una manera muy clara la capacidad de imponer o lo que él considera la circulación del poder regulada en marcos del estado de derecho. Habla de la necesidad de legitimar los actos gubernamentales a través de la integridad social, convirtiendo al estado gobierno en un modelo receptivo de decisiones sociales, y no solo en un emisor como lo hemos visto hasta ahora. Las comunidades sociales se deben convertir en comunidades jurídicas y sean éstas las que funden las constituciones en cada generación.

Así, la teoría de democracia procedimental y neocontractualista de Jürgen Habermas, contribuye en gran medida a lo que se sostiene en esta investigación, con sus aportaciones de orden jurídico – sociológico a la construcción del derecho.

Para ello, en primer término debemos considerar que la democracia no sólo es un mecanismo de integración política de los diferentes regímenes, sino que es un modelo también, de participación, de deliberación, de discusión y de diálogo, mediante el cual se puede producir derecho.

El derecho debe ser creado, discutido o aprobado por los destinatarios del mismo, y no el derecho debe significar una imposición de los miembros de los poderes públicos o de los depositarios del poder económico, de las organizaciones ilícitas, de las religiones, de los medios de comunicación, de la

iniciativa privada, de las corporaciones o consorcios mercantiles o de los organismos internacionales. En ese sentido habríamos de trasladar la teoría de la Democracia Participativa y la Teoría de la integración social, a la ciencia Jurídica a fin de darle legitimación al derecho y conformar una teoría o sistema integrador. Al respecto, Habermas señala que *“La pretensión de legitimidad de un orden jurídico construido de derechos subjetivos sólo puede desempeñarse o resolverse mediante la capacidad de integración social ajena (ínsita) a la voluntad concordante y unida de todos los ciudadanos libres e iguales...”*⁹²

Así, la positividad del derecho está íntimamente entrelazada con el procedimiento democrático de su producción, en tanto éste procura la fundamentación racional de las normas que forman parte de ese derecho. El derecho pues, debe estar construido no sólo por los valores morales y políticos que conforman la racionalidad estatal, sino la ciudadanía, se debe entender como autora racional del sistema normativo. De otra manera no se ven posibilidades de que el liberalismo económico por medio del capitalismo rapaz, libere a los pueblos que mantiene en la opresión, a través de regímenes políticos y sistemas jurídicos afines a sus pretensiones. Y sólo mediante este mecanismo, de una composición integral secular, se pueda dar legitimidad social al derecho.

La teoría *neocomunitarista* de construcción de la verdad jurídica mediante la acción dialógica de todas las comunidades que integren una nación, soporta algunos de los elementos que se sostienen a lo largo de la investigación. La autodeterminación de los pueblos como una conquista de la racionalidad jurídica, en la Declaración universal de los derechos humanos, no puede quedar en letra muerta. Las democracias cualitativas, dan cuenta de la incorporación de todas las comunidades a la participación social y al reconocimiento de sus cosmovisiones, en naciones pluriculturales.

⁹² HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*, Op. cit. p. 94.

Es decir, como concluye el Dr. SANTIAGO CARASSALE en su obra *Política y derecho*, en el derecho se inscribe el lenguaje del entendimiento intersubjetivo, lo que le permite actuar como tamiz de cualquier proceso de desintegración social, “*en el medio que representa la intersubjetividad es donde surgirá la conexión entre la autonomía privada y la ciudadana*”⁹³.

5.4 Directrices primarias para un sistema integrador de la Democracia Jurídica.

Señala Juan Fernando Segovia que “*la democracia deliberativa, no es más que una teoría ideal, según lo quiere su propio autor (Habermas), está hecha de ideas razonamientos y juicios con los que se le presenta y justifica*”⁹⁴, y ello deja mucho que desear, puesto que se le sigue viendo a la *macroteoría* como un método imposible de alcanzar; como un sueño del que no se es capaz de adecuar filosóficamente o teóricamente lo que pretenden los neocontractualistas. Dudo mucho que Habermas o Rawls, sólo por ego intelectual, hayan desarrollado a tal magnitud su grado de teorización. Pretenden transformar la manera de razonar del ser humano para sus mejores propósitos: dejar de ser esclavos y distribuir justicia lo que se produzca.

No se pretende quedarse a momento académico o de investigación intermedio que señala Oscar Pérez de la Fuente, “*los defensores de la democracia deliberativa han expuesto sus visiones basados en valores y presupuestos, los cuales no son siempre bien discutidos*”⁹⁵. No se comparte en todo las escuelas que simpatizan con la *filosofía práctica*, pero se puede llegar a considerar que es posible acercar la abstracción con las acciones humanas. En la presente tesis de investigación jurídica se pretenden generar algunos elementos que de manera

⁹³ CARASSALE, Santiago. *Op. cit.*, p. 135.

⁹⁴ SEGOVIA, Juan Fernando. *Habermas y la democracia deliberativa, una utopía tardomoderna*, Madrid, España, ed. Marcial pons, 2008, p. 31.

⁹⁵ PÉREZ De la Fuente, Oscar. *Democracia, gobernanza y participación, el tiempo de los derechos* Valencia, España, ed. Huri-age y Tirant lo Blanch, 2014, p. 247.

conjunta con otros componentes, que en un futuro inmediato contribuyan a la conformación de un sistema de *democracia jurídica*, alcancen la autonomía científica, académica, curricular, institucional y legal.

Por el momento, en este trabajo de investigación, una vez hecha la contrastación y análisis de cada una de las corrientes de las filosofías políticas, sociológicas y jurídicas que tengan correlación con la producción normativa, y una vez hechos los enlaces y deslindes con cada una de estas, es que se está en condiciones de aportar algunas directrices conceptuales para el referido sistema.

El análisis y contrastación hechos en los tres campos del conocimiento científico (ciencias política y jurídica y la sociología) no son suficientes para perfeccionar una teoría, pero sí resultan de utilidad para cimentar las bases de una estructuración conceptual, inicial, de un sistema integrador de democracia jurídica. Los presupuestos teóricos de toda construcción del derecho desde la democracia jurídica, representarán los pilares fundantes a partir de los cuales se edifique el sistema. El objeto de la democracia jurídica, para determinar qué puede ser construido a partir del discurso deliberativo en el campo del derecho. Y finalmente, los sujetos de la democracia jurídica, para esclarecer quiénes se convertirían en elementos activos para la construcción discursiva del derecho.

a) Categorización del derecho material, objeto de la democracia jurídica.

Las fuentes formales del derecho material, nos dan cuenta de aquellos compuestos que le dan integración a un sistema jurídico en sus diferentes niveles. La ley fundamental de estado, las disposiciones secundarias y particulares, la reglamentación, los acuerdos internacionales, las interpretaciones, los principios, los subsistemas jurídicos y su correspondiente legislación, conforman el entramado jurídico que es objeto de producción normativa. De estos componentes, se tiene que determinar cuáles serían objeto de una construcción discursiva, cuáles de un ejercicio participativo y qué otras de una aprobación institucional o formal. En el sistema de democracia jurídica, a mayor trascendencia o importancia de un

disposición normativa, mayor el grado de racionalidad intersubjetiva para intervenirla normativamente.

El **sistema de valores** o de principios que tradicionalmente tiene un país, son el resultado de recopilaciones sobre valoraciones morales o éticas que han sido construidas por diversas voces intelectuales o científicas al respecto. La gran mayoría de ellas, producto del raciocinio iusnaturalista, que en cada generación humana *descubre* nuevos alcances de los derechos naturales y solicita su reconocimiento en los sistemas jurídicos, y su valoración en razonamientos lógico – jurídicos de las resoluciones jurisdiccionales. Valores como la igualdad, la equidad, la libertad, la inclusión, el respeto, la honestidad, la honradez, la probidad y la justicia, son los postulados más representativos de sus afirmaciones.

Si de acuerdo al iusnaturalismo, estos principios universales, deben ser aplicables a todo ordenamiento jurídico, valdría la pena preguntarnos, si como sociedad estamos obligados a ello. Si algo ha sido escrito y planteado por sólo algunos expertos de la sociedad, que son miembros de la comunidad científica de las disciplinas sociales, por ese sólo hecho ¿las comunidades destinatarias de la norma, están condicionadas a acatar los alcances de dichos contenidos? Si no se está de acuerdo en el imperio absoluto de la producción normativa a cargo del régimen político - que cuenta con representantes nacionales -, mucho menos se estaría de acuerdo con lo que dispongan algunos autores. Esto no implica, que no les asista la razón a los pensadores. Es posible que sí, sin embargo las razones las debe dar la sociedad por medio de la construcción de valores morales que queden establecidos de una manera genérica, en documentos fundantes, apoyándose en la escuela del constructivismo ético.

La deliberación social que se realice bajo una teoría discursiva de los miembros de una sociedad, debe ser aprovechada, no sólo para establecimiento de la normativa jurídica, sino que además, para la determinación de principios y valores que moralmente aceptemos como parte de nuestra racionalidad humana.

Se debe partir de los principios ya reconocidos por el catálogo de derechos humanos; y de modo progresivo, agregar complementaciones, adecuaciones o nuevos principios a partir de los ya existentes.

Y más que politizar la ética, lo que se pretendería sería la juridificación de la ética. Es decir, la regulación jurídica, por medio de un acuerdo de voluntades sociales que, mediante la acción comunicativa, edifique una ética objetiva. El acuerdo de voluntades con fines axiológicos, nos exige un compromiso intersubjetivo para erigir un discurso racional en el reconocimiento del otro como elemento del todo social, para arribar a un contrato ético, *“aún no hemos concebido el verdadero proyecto ético para la humanidad, que daría sentido a la aventura de los individuos y de las sociedades: éste sería el desafío de un contrato ético”*⁹⁶. Con esta proposición normativa, se busca vincular el discurso liberal del neocontractualismo neomodernista con el yo moral de las comunidades del multiculturalismo posmodernista (comunitarismo débil); *“el comunitarista débil sostiene, como vimos, una posición relativamente modesta. Él no defiende determinados valores, en contraposición con los valores liberales, sino que subraya solamente la vinculación necesaria entre los valores constitutivos del yo moral y los valores del entorno o marco al cual ese yo pertenece”*⁹⁷.

Una ética pública, por medio del establecimiento de valores superiores. En ese sentido, con base a la teoría de la elección racional, se deben atender los intereses sociales para que, mediante una elección estratégica, se transite a la construcción de la moral desde la contribución objetiva de los individuos, en *“la elección estratégica se incluye la interacción; en ella el actor considera que su conducta es sólo una variable entre muchas, de modo tal que su elección debe*

⁹⁶ BINDÉ, Jérôme. *¿Hacia dónde se dirigen los valores? Coloquios del siglo XXI*, D.F., E.U.M., ed. Fondo de cultura económica, 2006, p. 281.

⁹⁷ RIVERA López, Eduardo. *Ensayos sobre liberalismo y comunitarismo*, D.F., E.U.M., ed. Fontamara. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, no. 58, 1999, p. 147.

*responder a las expectativas que él tenga sobre las elecciones que hagan los demás que a su vez han de elegir respondiendo a sus propias expectativas*⁹⁸.

La **norma fundamental del estado**, como le denominaba el jurista Hans Kelsen a la Constitución de un país, indudablemente que sería objeto de discusión y disertaciones entre los diferentes grupos sociales. Los valores axiológicos y el sistema constitucional de un país, deben ser la mejor manifestación de la construcción de la realidad social de una nación. En las leyes fundamentales se consagran las partes constitutivas de la realidad política, económica, cultural y jurídica de un estado - nación. Con base al neoconstitucionalismo, la constitución que emane de las reflexiones sociales, deberá, no sólo considerar la estructuración orgánica del estado, sino la gama de derechos humanos que deben gozar los miembros de la sociedad.

Ontológicamente, la producción normativa jurídica, debe ser un producto social por excelencia. Ni la moral naturalista, ni los formalismos positivistas, ni los cánones religiosos, ni las ideologías políticas, deben influir de manera marcada o directa en la construcción de los ordenamientos jurídicos. El derecho debe ser un producto secular, resultado de las deliberaciones sociales, que reflejen la verdad dialógica de la sociedad. La legitimación democrática del derecho tendrá un origen en la sociedad civil y no será fuente de validación la intervención estatal. A partir de este sistema de democracia jurídica, lo público tendrá origen en lo privado. Los valores o preceptos jurídicos que se construyan desde la base social, tendrán todas las especificaciones que caracterizan a las normas jurídicas y que la seguirán distinguiendo de las normas convencionales, morales y religiosas, con base al positivismo material.

El poder constituyente como prerrogativa exclusiva de una nación para designar a quienes produzcan sus normas fundamentales, bajo esta tesitura, ahora recaen en la propia sociedad, que bajo un sistema, procedimientos y

⁹⁸ GAUTHIER, David. *Op. cit.*, p.41,42.

metodologías específicas, podrá constituir de manera permanente los valores y disposiciones que conformen sus sistema constitucional. La soberanía popular debe dejar de ser un principio utópico e inalcanzable. Debe generarse la democracia procedimental idónea que lo ponga al servicio de las relaciones sociales. Habermas apoya al respecto, *“la teoría del consenso se dirige a establecer un consenso racional basado en principios universales, así, a través de una deliberación racional se puede alcanzar una decisión unánime que refleje plenamente el interés de todos”*⁹⁹.

La teoría del poder constituyente tendría adecuaciones, al considerar en este sistema de democracia jurídica, que la sociedad prescindiría de intermediarios para producir una constitución nacional; sería directamente ésta, la que formule su carta fundamental. Las denominaciones de constituciones políticas, serían sustituidas por las de constituciones sociales. Y se debe atender a la tendencia fundacional en consonancia con el comunitarismo, con el multiculturalismo posmoderno.

La producción o extinción de los **cuerpos normativos derivados de la norma fundamental** del país, así como los actos jurídicos que creen, transmitan, mantengan, modifiquen o extingan los derechos y obligaciones de las relaciones internacionales de un Estado – nación, serían exceptuadas de la deliberación social, pero tendrían que ser sometidos al escrutinio público por medio de la democracia participativa. Lo anterior obedece a un par de razones:

Primero, que las disposiciones secundarias y las relaciones internacionales, serían consecuencia jurídica o aplicación de una norma previamente deliberada. Bajo el principio positivista kelseniano de la jerarquía normativa, la constitución nacional sería la cúspide piramidal del sistema jurídico, y tanto las leyes secundarias como los actos institucionales en materia internacional,

⁹⁹ SANÍN Restrepo, Ricardo. *Teoría crítica constitucional. La democracia a la enésima potencia*, Valencia, España, ed. Tirant lo Blanch, 2014, p. 36.

serían una derivación de esta. Y si la constitución citada ya fue ampliamente debatida y aprobada socialmente, sería desgastante inmiscuir a la sociedad a un ejercicio de algo que ya consensó en lo general. Y segundo, porque sería casi inconmensurable la actividad social para el debate permanente de nuestras disposiciones jurídicas. La sociedad lejos de sentirse atraída o interesada en construir su propia realidad jurídica, terminaría extasiada y resistente a este tipo de jornadas.

Participaría la sociedad en estos dos campos materiales del derecho, por medio de las consultas nacionales que se realicen de manera obligatoria y vinculante sin ningún tipo de decisión primaria o secundaria por parte de los poderes públicos. Los poderes públicos se encargarían de dirigir y organizar las jornadas de consulta, así como de formular las propuestas de los cuestionamientos que se realizarían, pero sin capacidad jurídica para determinar, de manera anticipada o posterior al fallo social. Esto promovería la discusión de ideas en los poderes públicos, entre las diferentes expresiones ideológicas o políticas, que sirvan de apoyo para las decisiones de la población. Más no, para que el aparato estatal vote a favor o en contra.

A efecto de mantener un equilibrio de pesos y contrapesos entre los poderes de una república, **la reglamentación** de las disposiciones secundarias debe ser una atribución exclusiva de poderes legislativos nacionales. Un reglamento guarda un estrecho vínculo e interés con los servicios públicos que utilizan a diario los individuos. Las reglamentaciones no pueden ser producto de un solo individuo que se dedique a la esfera administrativa del estado. Debe ser exclusivamente el poder legislativo quien cuente con esa esfera competencial para la reglamentación de sus cuerpos de leyes. En vista de la particularidad y tecnicidad de este tipo de actividad, deberá prescindirse de la deliberación social para la reglamentación administrativa.

La **interpretación** de la normatividad jurídica, deberá seguir siendo objeto del trabajo de los órganos jurisdiccionales y de los de control constitucional. La ciencia jurídica y la filosofía del derecho, en las manos de los administradores de justicia, representa el único reducto de la sabiduría para resolver aquellos casos en que la sociedad o las instituciones fueron omisas al momento de crear o modificar la norma o que el propio proceso social haya rebasado al sistema jurídico.

Finalmente, La sociedad debe ser consciente de que es dueña de su propio destino. De que le es propio el derecho de crear sus propias instituciones políticas y sus propias figuras jurídicas. Una vez alcanzado este nivel de madurez y consciencia, deberá practicar y ensayar los mejores métodos para la construcción de acuerdos, que sean producto de la riqueza intersubjetiva de cada uno de quienes integran las comunidades. Si un día la sociedad no tenía derecho a elegir sus gobernantes porque se argumentaba que carecía de la inteligencia para decidirlo, hoy en día es una práctica común en la que los sectores sociales han afinado y pulido de la mejor manera el ejercicio de este derecho político electoral. Y si hoy alguien refiere que la sociedad en su conjunto no cuenta con la inteligencia para discutir, deliberar y aprobar su propio conjunto normativo, el día de mañana será un ejercicio cotidiano que se desarrollará con sensatez y madurez. En ese sentido, los sistemas de normas que se produzcan por la sociedad, seguramente carecerán de algunos elementos, que puedan hacer de estas, normas inciertas y complejas. Pero que, al paso del tiempo se perfeccionarán con la mano inteligente del conjunto social.

b) Los sujetos reproductores del derecho con plena libertad.

El primer cuestionamiento que nos hacemos para el establecimiento de este sistema es, quiénes tiene el derecho asistido a participar del consenso democrático – jurídico para la producción normativa. En una primera instancia, se puede considerar que a todo aquel que le afecte la norma jurídica que vaya a ser

objeto de deliberación, tiene que participar en su construcción dialógica; “*nadie sobre el que puedan recaer los efectos de la decisión, puede ser excluido de participar en el proceso deliberativo*”¹⁰⁰.

Un primer acercamiento para determinar la participación de los sujetos deliberativos del derecho, consiste en precisar los alcances limitativos y materiales de la nación. No así del ‘pueblo’, puesto que este término se ha utilizado de una manera más recurrente para las determinaciones de las mayorías, y para el caso que nos ocupa, es otro el sentido de la población.

Para determinar los sujetos de la construcción normativa, será indispensable definir la constitución de la nación destinataria de las normas jurídicas. Hay naciones con culturas únicas (con sólo algunos rasgos distintivos), pero las hay multiculturales, donde incluso hay visiones muy versátiles sobre el sentido de la vida, la naturaleza y las instituciones. Pero en el fondo, al fin y al cabo son naciones, conglomerados humanos con algunos rasgos sustantivos que los ligan (la historia común, lenguas, el suelo, etc.). Todos serían sujetos de una democracia jurídica, aunque sí habría que admitir, que entre más iguales sean los participantes, resulta de mayor facilidad el desarrollo consensual. Entre más haya estrechamiento de los intereses, propósitos y anhelos de los agentes sociales, se reduce el conflicto y se favorece el consenso.

Por otro lado resulta inadmisibles planteamientos teóricos consensuales orientados a permitir la instauración de representantes con grados altos de dependencia del representado y que la práctica constructiva del discurso deliberativo se dé entre estos representantes, solamente. Debe plantearse una participación deliberativa directa de todos los sujetos destinatarios de la norma que les asista el derecho a debatir. Si se confía de nueva cuenta en figuras representacionales para debatir y aprobar el sistema ético y el constitucional de

¹⁰⁰ MARTÍ, J. Luis. *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid, España, ed. Marcial pons, 2006, p. 78.

una país, se estaría dirigiendo a un espiral de retroceso al modelo de representación política.

Al momento que la sociedad delibere la construcción de sí misma, desde sus proyectos económicos, políticos, culturales y hasta los derechos humanos, vendrá la disyuntiva de, si la misma sociedad pueda cuestionarlos, eliminándolos o modificándolos. Para garantizar el pleno desarrollo de los consensos sociales, imprescindible que el derecho humano de la libertad, en cualquiera de sus modalidades o tipos, debe ser inalterado; no debe ser sujeto a discusión la libertad humana, puesto que es la base de la democracia. Si no hay libertad o si se cuestiona esta, por ende no existirá la democracia jurídica.

En ese sentido, no debe prevalecer, como sí sucede en nuestros días, una represión discursiva hacia los sujetos participantes, mismos que se encuentran dispuestos a construir un nuevo modelo jurídico, pues también existe una voluntad del saber de parte de los individuos quienes *“tienen una impulsión característica de la cultura a hablar, a decirlo todo de nosotros mismos, a poner en discurso a nuestros arcanos, los deseos ocultos...justamente aquello que se considera como adensamiento de las prohibiciones discursivas”*¹⁰¹.

c) Elección de tópicos y agenda por los actores sociales.

Se disiente de los deliberalistas que sostienen que los consensos no deben ser graduales. En una sociedad de trabajadores de todas las índoles que requieren gran parte de su tiempo para invertirlo en el desarrollo de sus actividades laborales, otro en los deberes domésticos y de recreación, es muy reducido el espacio temporal para intersubjetivización racional con los demás sujetos de la democracia. Por este argumento es por lo que se pueda considerar

¹⁰¹ FOUCAULT, Michel. *Historia política de la verdad. Una genealogía de la moral*, Madrid, España, ed. Biblioteca Nueva, 2016, p. 25.

que la construcción deliberativa de un sistema constitucional y ético, se realice de manera gradual.

La transición de la crisis de la racionalidad al despertar racional de la conciencia ciudadana se debe dar en términos pausados. Es un reinicio de puesta en marcha de un nuevo paradigma, del que la sociedad de manera progresiva debe ir apropiándose. Un sistema constitucional de una nación sigue vigente, hasta en tanto, la sociedad por medio de sus actores solicitará a las instancias institucionalizadas por medio de una iniciativa popular, la apertura para discutir y consensar sobre un tópico de alguna disposición jurídica que considere debe ser actualizado.

Se comprende a la perfección que ante la desconfianza de los modelos institucionales, la sociedad se mantiene apática e indiferente, máxime si en sus naciones impera la corrupción y la autocracia sistematizadas. Se entiende, en este contexto, que la sociedad no desee invertir tiempo y esfuerzo para autorregularse, para discutir y consensar. Por ello, la democracia jurídica nos brindará la posibilidad de que ingresemos a un sistema continuo y gradual de conformación normativa. Paso a paso, se construirá el sistema ético, el constitucional y las actualizaciones a las demás fuentes formales del sistema jurídico.

CONCLUSIONES

La producción de las normas jurídicas se genera por órganos estatales reducidos a empleados gerenciales de redes de corporaciones, consorcios y organismos con poderes económicos, políticos y culturales *de facto*, que persuaden, influyen, orientan, controlan, dominan y manipulan el desarrollo y aplicación de los cuerpos jurídicos en los sistemas sociales. El derecho autopoiético y autorreferencial sólo gira en una producción normativa endogámica de empoderamiento plutocrático y exclusión social. Por lo tanto, existen sistemas jurídicos ilegítimos y los regímenes políticos deben dejar de ser los emisores exclusivos del derecho. La fuente de legitimación del derecho material debe ser por medio de la participación directa de la sociedad.

La verdad como una expresión nacional, producto del consenso de los agentes sociales, expresada a través del lenguaje normativo, de acuerdo a los procedimientos deliberativos, se convierte en *verdad jurídica*. Esta verdad jurídica dialógica es autorreferencial para todas las demás disposiciones que emanen del sistema ético público y constitucional, producto de un sistema discursivo de democracia jurídica. La verdad jurídica guarda un vínculo indisoluble con la democracia jurídica. No hay verdad jurídica de un sistema normativo dado, si no fue producido de acuerdo a sus presupuestos teóricos.

La verdad jurídica no se obtiene a partir de un procedimiento científico o de observación: no corresponde al alumbramiento o descubrimiento de algún objeto o elemento en el universo, es la manifestación de la voluntad social a través de la construcción deliberativa de un lenguaje normativo obligatorio que una sociedad en un tiempo y determinado lugar, decide sea público. La verdad jurídica del sistema creacional, epistemológicamente, corresponde a la esencia nacional de una sociedad, que se materializa por un constructo normativo elevado a categoría

de sistema jurídico en sus diferentes órdenes y que fue producido de acuerdo a los alcances de la democracia jurídica.

La verdad jurídica creacional no corresponde a la verdad – juicios de verdadero o falso – del producto del desarrollo de las investigaciones de la ciencia jurídica o de la filosofía del derecho; mucho menos a los tipos de verdades que imperan en el desahogo de la práctica judicial y aquellas que se tienen que demostrar o apreciar en la actividad jurisdiccional. Verdades estas, que son objeto de estudio de otras líneas de investigación jurídica.

El conocimiento jurídico goza de una riqueza histórica y cultural excepcional. Todas las escuelas del pensamiento jurídico han descrito, explicado y propuesto, lo que ellos consideran, son las mejores tesis para regular la conducta humana. Según el momento histórico en que aparecieron cada uno de los pensadores jurídicos o sociales, corresponde a sus posiciones ideológicas, religiosas, éticas y morales; la cultura que los rodeaba era el único contexto que tenían a su alcance para la apreciación y exposición de sus ideas. Es válido cuestionarlos, pero desde una predisposición constructiva e incluyente. No se pueden subestimar todos los componentes de una teoría. Por ello en un ejercicio no excluyente y comprensivo se concluye que en una democracia jurídica:

Del *iuspositivismo* se rechaza la postura legitimadora de la producción y reproducción de la norma fundamental del estado, pues el sistema jurídico creado por autopoiesis, carece de todo fundamento social. La ley debe ser una expresión social, no institucional. Si la producción normativa es producto de una democracia jurídica, se comparte la idea del formalismo y la autorreferencialidad del sistema jurídico ya creado; así como también, la expulsión en la función creacional (de la constitución y normas secundarias) y jurisdiccional del derecho – no en ciencia y filosofía jurídicas-, de toda visión metafísica o axiológica que no se encuentre previamente regulada. El *iusrealismo* tiene muy semejantes afirmaciones que el

iuspositivismo en lo que respecta a la producción del derecho, por lo que serían las mismas consideraciones reflexivas para éste.

Del *iusnaturalismo*, en una democracia jurídica, no se comparte la idea de que la norma jurídica actualmente se tenga que consentir a un régimen de expertos. La ley debe ser producto de la racionalidad colectiva, no un producto de la racionalidad subjetiva; sea para su creación o para su jurisdicción. Se simpatiza con la existencia de valores universales, principios generales, postulados básicos, que sirvan como insumo o referente para la producción normativa del sistema ético y constitucional, y resulta obvio, que también para la ciencia y la filosofía jurídicas.

Respecto del *iusmarxismo*, se debe reconocer que en buena medida la problematización y argumentación del presente producto de investigación, se desarrolló desde la teoría crítica del derecho. Sin embargo, es evidente que la corriente marxista del extincionismo del derecho y la cancelación de este como instrumento de transformación social, es inviable.

Del neocontractualismo, que resulta ser una escuela teórica político-jurídica, se concluye que ante la crisis de racionalidad, se debe reconstruir la modernidad, haciendo resurgir el propio liberalismo político para el rescate de los conceptos nacionales y la voluntad general, donde el conjunto social juegue un papel dirigente y creativo. Pero dicha reconstrucción nacional, de neomodernidad, adolece de un espacio para los diferentes, para las sociedades pluriculturales. El discurso creativo del derecho debe guardar dos planos, tanto en la ética como en el derecho. La regla general y la excepción a la regla. Debe existir un sistema constitucional discursivo que reconozca la desigualdad positiva, si es que acaso algo debía ser reconocible en la posmodernidad.

La democracia es un modelo de validación o legitimación de fenómenos o procesos sociales, sean políticos, jurídicos o societales. De manera analógica que

a las escuelas filosóficas del derecho, la filosofía democrática (política o jurídica) nos brinda la posibilidad para que los diversos modelos de democratización puedan convivir entre sí.

Dentro de una nación, cuyo sistema ético y jurídico sean creados a partir de una moral contractual y un derecho dialógico, la *democracia electoral*, con sus matices cuantitativos de mayorías y cualitativos de minorías, está plenamente legitimada para seguir ejecutándose para la elección de los cargos que lo ameriten, teniendo como campo de acción hasta el momento que el individuo elegido asuma el poder público; la *democracia participativa* sigue vigente desde su perspectiva cuantitativa, para que desde el ejercicio del poder, el individuo elegido, consulte popularmente a la nación las disposiciones secundarias y ejecutivo-administrativas que lo ameriten; el *pluralismo democrático* resulta útil exclusivamente para comprender que existen diferentes grupos sociales que desde el ejercicio del poder de las administraciones públicas, se atiendan la gobernabilidad y la gobernanza de una nación y; finalmente, de la *democracia deliberativa* se reconoce como viable la construcción discursiva del derecho para la génesis de una ética por acuerdo y un sistema jurídico social y legítimo, que recoja y construya a la vez, por un lado, los valores nacionales y disposiciones constitucionales generales, y por el otro, los valores comunitarios y preceptos constitucionales particulares de las comunidades étnicas, que requieren de un trato jurídico diferenciado: equidad. Deliberación discursiva tardomoderna y posmoderna a la vez.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALCHOURRÓN Carlos y Eugenio BULYGIN. *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Valencia, Venezuela, ed. Fontamara, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, no. 39, 1997.
2. ARISTÓTELES. *La Política*. D.F., E.U.M., ed. ALBA, 2000.
3. ATIENZA Manuel y Juan Ruiz Manero. *Marxismo y filosofía del Derecho*, D.F., E.U.M., ed. Fontamara. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, no. 23, 1995.
4. ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*, 4ta. Edición, Barcelona, España, ed. Ariel Derecho, 2009.
5. BERGER Peter y Thomas LUCKMANN. *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires, Argentina, ed. Amorrortu editores, 1968.
6. BINDÉ, Jérôme. *¿Hacia dónde se dirigen los valores? Coloquios del siglo XXI*, D.F., E.U.M., ed. Fondo de cultura económica, 2006.
7. BOBBIO, Norberto. *El futuro de la Democracia*, 3ra. edición, D.F., E.U.M., ed. Fondo de cultura económica, 2005.
8. _____. *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, Madrid, España, ed. Trotta, 2015.
9. _____. *Teoría General del derecho*, Colombia, ed. Temis, 1992, citado por Russo Eduardo, Ángel. *Teoría General del derecho en la modernidad y la posmodernidad*, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1995.
10. BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del derecho*, 2da edición, D.F., E.U.M., ed. Fondo de cultura económica, 1994.
11. CARASSALE, Santiago. *Derecho y política. Unger, Luhmann y Habermas*, D.F., E.U.M., Ed. Coyoacán y FLACSO, 2005.
12. CHERESKY, Isidoro. *El nuevo rostro de la democracia*, Buenos Aires, Argentina, Fondo de cultura económica de Argentina, 2015.

- 13.COMMANDUCCI, Paolo. *Razonamiento Jurídico. Elementos para un modelo*, D.F., E.U.M., ed. Fontamara, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, No. 68, 2004.
- 14.DACAL Alonso, José Antonio. *Filosofía del derecho*, Ciudad de México, E.U.M., ed. Porrúa, 2016.
- 15.DE CABO De la Vega, Antonio *et al. Crisis de la democracia y nuevas formas de participación*, D.F., E.U.M., ed. Tirant lo Blanch, 2013.
- 16.DE LAS CASAS, Fray Bartolomé. *Doctrina*, Prólogo y selección Agustín Yáñez, 5ta. Edición, D.F., E.U.M., ed. UNAM, 1992.
- 17.DORANTES Tamayo, Luis Alfonso. *Filosofía del derecho*, 2da. Edición, Ciudad de México, E.U.M., ed. Porrúa, 2016.
- 18.DUSO, Giuseppe *et al. El Poder. Para una historia de la filosofía política moderna*, D.F., E.U.M., ed. Siglo XXI, 2005, p. 321.
- 19.FABRA, Pere. *Habermas: Lenguaje, razón y verdad*, Madrid, España, ed. Marcial Pons, 2008.
- 20.FARREL, M., “¿Discusión entre el derecho natural y el positivismo jurídico?”, *DOXA*, Alicante, España, 1998, n. 21, vol. II.
- 21.FERRAJOLI, Luigi. *Epistemología Jurídica y Garantismo*, D.F., E.U.M., ed. Fontamara. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, no. 88, 2006.
- 22.FERRER ALOY, Gabriel. *Santo Tomás de Aquino, opúsculos u cuestiones selectas I, De la verdad*, Madrid, España, ed. Fareso, 2001.
- 23.FOUCAULT, Michel. *Historia política de la verdad. Una genealogía de la moral*, Madrid, España, ed. Biblioteca Nueva, 2016.
- 24._____. *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, España, ed. Gedisa, 2011.
- 25.GARCÍA Máñez, Eduardo. *Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo*, D.F., E.U.M., ed. Fontamara, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, no. 31, 1997.

26. GAUTHIER, David. *La moral por acuerdo*, Barcelona, España, ed. Gedisa, 2000.
27. GINÉS De Sepúlveda, Juan. *Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios*, D.F., E.U.M., ed. Fondo de cultura económica, 1941.
28. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, Madrid, España, ed. Trotta, 1998.
29. _____. *Problemas de Legitimación en el capitalismo tardío*, Madrid, España, ed. Cátedra Colección Teorema, 1973.
30. _____. *Teoría de la acción comunicativa. Racionalidad de la acción y racionalidad social, Volumen I*, Madrid, España, ed. Taurus, 1998.
31. HERNÁNDEZ Franco, Juan Abelardo. *Dialéctica y racionalidad jurídica, Principios teóricos prácticos para la conformación del razonamiento lógico jurídico*, D.F., E.U.M., ed. Porrúa, 2006.
32. Kelsen, Hans. *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, D.F., E.U.M., ed. Fontamara, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, no. 11, 1991.
33. LECHNER, Norbert. *Democracia y utopía: la tensión permanente*. D.F., E.U.M., ed. Fondo de cultura económica y FLACSO México, 2014.
34. LOCKE, John. *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, D.F., E.U.M., ed. Editores Mexicanos Unidos, 2000.
35. MADRID Espinoza, Alfonso. *Introducción a la Filosofía del derecho y de la Política*, D.F., E.U.M., ed. Fontamara, 2005.
36. MARX, Carlos. *Manifiesto del Partido Comunista*, D.F., E.U.M., ed. Editores Mexicanos Unidos, 1981.
37. MARTÍ, J. Luis. *La república deliberativa, Una teoría de la democracia*, Madrid, España, ed. Marcial pons, 2006.
38. NINO, Carlos Santiago. *Alguno modelos metodológicos de 'ciencia' jurídica*, D.F., E.U.M., ed. Fontamara, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, no. 25, 2007.

39. OQUENDO, Ángel R. *Democracia y pluralismo*, D.F., E.U.M., ed. Fontamara. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, no. 96, 2004.
40. PECES-BARBA, Gregorio. *Ética, Poder y derecho*, D.F., E.U.M., ed. Fontamara. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, no. 83, 2000.
41. PEÑA, Carlos. *El concepto de cohesión social*, D.F., E.U.M., ed. Coyoacán, 2010.
42. PÉREZ De la Fuente, Oscar. *Democracia, gobernanza y participación, el tiempo de los derechos* Valencia, España, ed. Huri-age y Tirant lo Blanch, 2014
43. PINTORE, Ana. *El derecho sin verdad*, Madrid, España, ed. Dykinson, 2005.
44. PLATÓN. *La República*, 2da. edición, D.F., E.U.M., ed. Editores Mexicanos Unidos, 2000.
45. RASCADO Pérez, Javier *et al. Pensar el derecho*, Querétaro, E.U.M., ed. Fundap fronteras del derecho, 2007.
46. RAWLS, John. *Teoría de la justicia*, 2da. edición, D.F., E.U.M., ed. Fondo de cultura económica, 1995.
47. RIBEIRO Toral, Gerardo. *Verdad y argumentación jurídica*, 2da. Edición, Guanajuato, E.U.M., ed. Porrúa y Tribunal de lo contencioso administrativo del estado de Guanajuato, 2007.
48. RIVERA López, Eduardo. *Ensayos sobre liberalismo y comunitarismo*, D.F., E.U.M., ed. Fontamara. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, no. 58, 1999.
49. ROSS, Alf. *El concepto de validez y otros ensayos*, D.F., E.U.M., ed. Fontamara, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, no. 7, 2006.
50. ROUSSEAU, Jean Jacques. *El contrato social*, Madrid, España, ed. ALBA, 2011.

51. RUSSO, Eduardo Ángel. *Teoría General del derecho. En la modernidad y la posmodernidad*, Buenos Aires, Argentina, ed. Abeledo Perrot, 1995.
52. SANÍN Restrepo, Ricardo. *Teoría crítica constitucional. La democracia a la enésima potencia*, Valencia, España, ed. Tirant lo Blanch, 2014.
53. SEARLE, John R. *La construcción de la realidad social*, Barcelona, España, ed. Paidós, 1997.
54. SEGOVIA, Juan Fernando. *Habermas y la democracia deliberativa, una utopía tardomoderna*, Madrid, España, ed. Marcial pons, 2008.
55. SUCAR, Germán y CERDIO Herrán, Jorge. *Derecho y verdad. Genealogía(s)*, Valencia, España, ed. Tirant lo Blanch, 2015.
56. TAMAYO y Salmorán, Rolando. *“Introducción analítica al estudio del derecho*, 2da. Edición, D.F., E.U.M., ed. Themis, 2006.
57. TOURAINE, Alain. *¿Podremos vivir juntos?*, D.F., E.U.M., ed. Fondo de cultura económica, 2006.
58. _____ . *Crítica de la modernidad*, 2da. Edición, D.F., E.U.M., ed. Fondo de cultura económica, 2000.
59. USCANGA Barradas, Abril. *Nuevas teorías en la filosofía política, republicanismo, liberalismo y comunitarismo*, Ciudad de México, E.U.M., ed. Tirant lo Blanch, 2016.
60. VAZQUEZ, Rodolfo. *Teoría del derecho*, D.F., E.U.M., ed. Oxford, 2007.
61. VIGO, Rodolfo L. *El iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis*, D.F., E.U.M., ed. Fontamara. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, no. 95, 2003.

SITIOS EN RED

HOBBS, Tomás. *El leviatán*, (documento web), 2018. <file:///C:/Users/Secretaria%20Academica/Downloads/leviat%C3%A1n.pdf>
07 de febrero de 2017.

VILAJOSANA, Josep M. *¿Cuándo cambian los ordenes jurídicos?*, (document web), 2017, <http://www.uv.es/CEFD/1/Vilajosana.html>
15 de noviembre de 2017.

informes.acropolis@gmail.com, "Nueva acrópolis", (documento web), 2014. http://www.acropolis.org.uy/Investiga_y Comparte/Biblioteca_Virtual/Platon/Platon%20%20Cratilo.Pdf
20 de junio de 2016

ZUBICOA Bayón, José Manuel. "Hispanidad". (Documento web) 2018. <http://www.hispanidad.info/verdad.htm>
05 de mayo de 2018

"Universidad de Santo Tomás. Primer Claustro Universitario de Colombia", (documento web), 2018, http://soda.ustadistancia.edu.co/enlinea/ETICA%20CONTEMPORANEA%20SEGUNDO%20MOMENTO/etica_civica_adela_cortina.html
05 de mayo de 2018