

POSITIVISMO, JUSNATURALISMO. HACIA UN NUEVO PARADIGMA

Lic. Héctor Lerma González

Secretario de Acuerdos de Sala Regional

Junio de 2009

ABSTRACT: Establecer las diferencias que existen entre el Juspositivismo y Jusnaturalismo con el objetivo de proponer un sistema ad hoc al Sistema Jurídico Mexicano dentro del ámbito del derecho Tributario, en el que se tomen en cuenta lo más relevante de cada corriente con el objetivo de otorgar una mejor justicia.

SUMARIO: TÓPICOS DE LA INVESTIGACIÓN ENFOCADOS AL JUSPOSITIVISMO. PRINCIPALES CONCEPCIONES DEL JUSNATURALISMO. HACIA UN NUEVO PARADIGMA. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

PLANTEAMIENTO

Iniciamos el trabajo que nos ocupa haciendo una breve conceptualización de lo que se pretende con la investigación a desarrollar, señalando para ello los puntos principales de la investigación.

Dentro de la investigación en curso tocamos en principio el tema del positivismo para luego adentrarnos a las principales concepciones del jusnaturalismo, analizando las controversias que existen entre ambas corrientes, sin olivar, claro, el realizar una propuesta que signifique una mejora para el ámbito jurídico mexicano, haciendo pequeños énfasis dentro del campo del derecho tributario.

1.- PRINCIPALES CONCEPCIONES POSITIVISTAS

El formalismo jurídico, según el cual, Norberto Bobbio sostiene que un acto justo es aquel que es conforme a la ley, e injusto aquel que está en desacuerdo con ella,¹ nos dirige indudablemente al campo del positivismo, ya que dicho autor forma parte de la corriente de que todos los aspectos de la convivencia de los hombres debe constar en textos legales a fin de que sean considerados justos.

En otro sentido, ello significa un ataque a la teoría filosófica del naturalismo, en razón de que actos que sean en apariencia injustos dejarían de serlo por el hecho de encontrarse positivados en textos legales.

De igual forma, Norberto Bobbio señala que la legalidad es un criterio para distinguir los actos jurídicos de los actos no jurídicos, sin que sirva para formular un juicio acerca de su justicia e injusticia.²

Cabe destacar que la posición que adopta Bobbio en torno al positivismo es más moderada que la de Hans Kelsen, sin embargo, es considerado uno de los máximos representantes del positivismo jurídico italiano.³

Aunado a ello, es importante citar que el autor referido en los puntos que anteceden, puede ser encuadrado dentro de la corriente normativista, en cuanto a que considera que el objeto de la jurisprudencia son las normas jurídicas, pero desde una perspectiva juspositivista metodológica inclusiva y moderada.⁴

Por otro lado, continuando con el formalismo jurídico, Oscar Correas sostiene que es una concepción de la ciencia del derecho que tiene en la lectura tradicional de Kelsen, su más pura expresión.⁵

¹ BOBBIO Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Traducción Ernesto Garzón Valdés. Fontamara. México. 1991. P. 16.

² Ob. cit. BOBBIO Norberto. P. 17.

³ AGUILERA Portales Rafael Enrique. *Teoría Política y Jurídica. Problemas Actuales*. Porrúa. México. 2008. P. 09

⁴ Ídem. P. 09

⁵ CORREAS Oscar. *Introducción a la crítica del derecho moderno*. Fontamara. México. 1997. P. 20

Dicho autor sostiene, que la ciencia jurídica agota su objeto en el problema de la validez de las normas, sin llegar nunca al estudio de lo que Kelsen llama “eficacia”, esto es, el problema “si los ciudadanos se conducen o no como lo establece la norma”.⁶

Señala que para los formalistas, el contenido de las normas, su “eficacia”, si es un tema legítimo, y no para la ciencia jurídica “pura”. Así también, sostiene que el formalismo jurídico es una concepción voluntarista del derecho, es decir, si las normas tienen tal o cual sentido, en último término se debe a que así lo quiso el legislador.⁷

Continuando con el estudio del positivismo jurídico, es necesaria la cita de Ulrich Klug, quien trata el tema de algunas tesis acerca de un relativismo crítico en la filosofía del derecho en lo que respecta al positivismo jurídico.

En dicho punto de la obra se hace referencia a Radbruch, cuando señala que el deber profesional del juez consiste en hacer valer la voluntad de vigencia de la ley, en sacrificar su propio sentimiento jurídico a la orden jurídica dotada de autoridad, consistente en tan sólo preguntar qué es lo jurídico y nunca si es también justo.⁸

Para Gustavo Zagrebelsky la concepción del derecho propia de un Estado parte del principio de legalidad y del concepto de ley, es decir, del positivismo jurídico, como ciencia de la legislación positiva.⁹

Por su parte, Eduardo García Máynez en su obra: *Positivismo jurídico, realismo sociológico y jusnaturalismo*, señala que una de las consecuencias del positivismo como ideología es el aserto de que las normas jurídicas deben ser obedecidas por sí mismas, en cuanto tales; en otras palabras, que su acatamiento es un deber moral, una obligación interna o de conciencia, es decir, que existe por respeto a la ley, en contraposición con la externa, que deriva del temor a las sanciones.¹⁰

⁶ Ob. cit. CORREAS Oscar. P. 21

⁷ *Ibíd.* P. 25.

⁸ KLUG Ulrich. *Problemas de la filosofía y de la gramática del derecho*. Traducción Jorge Seña. Fontamara. México. 1992. P. 52.

⁹ ZAGREBELSKY Gustavo. *El Derecho Dúctil*. 7ª Ed. Trota. Madrid. 2007. P. 33

¹⁰ GARCÍA Maynez Eduardo. *Positivismo jurídico, realismo sociológico y jusnaturalismo*. 4ª Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1989. P. 15.

De la referencia anterior y sin abandonar el tema que nos ocupa, sólo dirigirlo parcialmente al campo tributario mexicano, surge la necesidad de la autoridad administrativa de que los contribuyentes obedezcan las normas fiscales en forma espontánea, o bien por un deber moral; sin embargo, en la actualidad se observa que en la mayoría de las ocasiones los causantes acuden al cumplimiento de sus obligaciones por temor a las sanciones.

En efecto, una peculiaridad de la materia fiscal dentro del país es la deficiente o, en ocasiones, nula cultura del pago de los impuestos, ya que en muchos de los casos los contribuyentes cumplen sus obligaciones a requerimiento de la autoridad, o bien, por temor a las sanciones que cada ejercicio fiscal se vuelven más agresivas.

Ahora bien, hablando de la concepción formal de la justicia dentro del punto de la ciencia jurídica como disciplina formal, se concibe a la lógica jurídica como el estudio de la estructura de las normas de derecho y de los razonamientos jurídicos. Lo anterior, también encuentra sustento en que la positividad del derecho desemboca en su efectividad, lo que equivale a sostener que los procesos de posición son aquellos en virtud de los cuales las normas jurídicas devienen eficaces, tal y como lo afirma García Máynez en su obra.¹¹

En otro orden, Hans Kelsen sostiene que los sistemas sociales designados como “derecho” son órdenes coactivos de la conducta humana en el sentido de que las normas estatuyen actos de coacción atribuibles a la comunidad jurídica.

Toca el turno de hacer referencia a la obra: *Teoría Pura del Derecho*, de Hans Kelsen, el cual al igual que Kant es considerado uno de los máximos propulsores del Juspositivismo, y pregona como se dijo anteriormente, a la norma como esquema de explicación conceptual.

Hans Kelsen sostiene que lo que permite que un acontecimiento sea un acto conforme a Derecho o viceversa, no radica en su facticidad o en su ser natural, sino en el sentido objetivo ligado al mismo, es decir, la significación con que cuenta.¹²

¹¹ Ob. cit. GARCÍA Máynez Eduardo. P. 16

¹² KELSEN Hans. *Teoría pura del derecho*. 15ª Ed. Traduc. Roberto Vernengo. Porrúa. México. 2007. P. 17.

En ese sentido, señala que un acontecimiento de la naturaleza logra un sentido jurídico a través de una norma que se refiere a él con un contenido, el cual le otorga significación en Derecho, de tal modo que puede ser explicado según esa norma.¹³

Con lo expuesto, consideramos que es evidente la connotación juspositivista del autor, en razón de que pretende ligar, a efecto de considerarlo como un acontecimiento jurídico, a los hechos naturales con la norma, sin la cual no tendría una significación.

Refiere que la norma funciona como un esquema de explicación, ya que se trata del enunciado de un acto de la conducta humana situado en el tiempo y en el espacio explicado a través de una explicación normativa.¹⁴

Por su parte, Carlos S. Nino al referirse a Kelsen, señala que éste parte de la base de que una teoría general del derecho debe ocuparse del esquema conceptual de la ciencia jurídica, y no de otras actividades frente al derecho, para constituir una verdadera ciencia autónoma.¹⁵

Sostiene que para Kelsen, una norma tiene fuerza obligatoria, ya que debe hacerse lo que ella dispone, es decir, que tiene los efectos normativos que pretende.¹⁶

Por otro lado, considera que todo el ámbito jurídico tiene su esencia en las normas, ya que ellas mismas reciben su significación jurídica a través de otra norma, lo que posibilita que existan actos de Derecho y actos contrarios a Derecho.

Cabe mencionar, que el Doctor Rafael Enrique Aguilera Portales, señala que Hans Kelsen puede ser considerado como el pensador más representativo del positivismo jurídico.¹⁷

En ese sentido, como expusimos en párrafos anteriores, Hans Kelsen no muestra su clara preferencia por la escuela positivista, que ante todo desconocen la posibilidad de un Derecho natural.

¹³ Ídem. P. 19.

¹⁴ *Ibid.* P. 20.

¹⁵ NINO Carlos S. *Algunos Modelos Metodológicos de Ciencia Jurídica*. Fontamara. México. 1993. P. 20 y 21

¹⁶ *Ibid.* P. 22

¹⁷ Ob. cit. AGUILERA Portales Rafael Enrique. P. 09

Expone en su obra Hans Kelsen que el término validez sirve para designar la existencia específica de una norma, es decir, que cuando se describe el sentido de un acto que constituye una norma, se dice que cierto comportamiento humano es ordenado, mandado, prescripto, prohibido; o bien, admitido, permitido, autorizado.¹⁸

Por otro lado, señala que la norma puede valer aun cuando el acto de voluntad, cuyo sentido constituye, haya dejado de existir; ejemplificado lo anterior, en el sentido de que si un individuo que con un acto dirigido hacia el comportamiento de otro, ha producido una norma jurídica, no tiene que persistir dicho comportamiento para que valga la norma que constituye el sentido de su acto.¹⁹

De lo expuesto, se advierte que el autor pregona por una separación entre la norma y el acto de voluntad, y más aun, de una independencia entre dichas figuras, en el sentido de que la norma no pierde validez cuando desaparezca el acto de voluntad.

Atendiendo lo expuesto en el párrafo anterior, sostiene que si los hombres que integran un órgano legislativo deciden promulgar una ley que regule determinadas contingencias, dicha legislación vale aun y cuando éstos ya hayan muerto.²⁰

Señala que si atendemos a que la validez de una norma no es algo real, se debe distinguir su validez de su eficacia.

En ese sentido, que una norma valga no significa que ella es aplicada y obedecida en los hechos, por lo que una norma jurídica sólo es considerada como objetivamente válida cuando el comportamiento humano que regula se le adecúa a los hechos.²¹

Por el contrario, sostiene Hans Kelsen, que cuando una norma en ningún lugar es aplicada y obedecida, no es considerada como una norma jurídica válida.

Señala que los sistemas sociales son órdenes coactivos en el sentido de que reaccionan con un acto coactivo, como la privación de la vida, de la salud, de la

¹⁸ Ob. cit. KELSEN Hans. P. 23.

¹⁹ Ob. cit. KELSEN Hans. P. 25

²⁰ *Ibíd.* P. 27.

²¹ *Ídem.*

libertad, de bienes económicos y otros, ante ciertas circunstancias que son socialmente perjudiciales.²²

Consideramos que el orden coactivo que refiere el autor, encuentra cierta similitud en la actualidad, sobre todo en la rama tributaria, donde la autoridad administrativa cada ejercicio fiscal aumenta o hace más rígidos los actos coactivos a cargo de los contribuyentes a fin de asegurar el cumplimiento oportuno y espontáneo de las obligaciones fiscales.

Volviendo a la teoría que maneja el autor, señala que los sistemas sociales designados como “Derecho” son órdenes coactivos de la conducta humana, ya que se encargan de ordenarlos; y las sanciones son estatuidas como la forma de que dicho orden sea coactivo.²³

Un punto que consideramos de importancia dentro del tema del orden jurídico, lo constituye la seguridad colectiva, dado que cuando el orden jurídico determina las condiciones por las cuales la coacción debe ser ejercida, así como los individuos que deben hacerlo, protege a los individuos contra el uso de la fuerza por parte de otros, garantizando así un orden social.²⁴

Hans Kelsen señala que sin ser tan evidente, el objeto de estudio de la ciencia del derecho lo constituyen las normas jurídicas y también la conducta humana, pero sólo en la parte en que dichas normas son consideradas como condición o efecto.²⁵

Refiere que si la conducta humana es el contenido de las normas jurídicas, la relación humana sólo interesa desde la perspectiva de las relaciones jurídicas generadas, lo que constituye el objeto de un conocimiento jurídico.

Por tal motivo, puntualiza que para concebir algo como jurídico no puede ser otra cosa sino concebir algo como Derecho, y ello implica que sea una norma jurídica, o el contenido de una norma jurídica.²⁶

²² Ob. cit. KELSEN Hans. P. 86.

²³ Íbid. P. 28.

²⁴ Íbid.

²⁵ Ídem. P. 132.

²⁶ Ídem. P. 142.

En tanto, surge de las líneas anteriores la idea central de la escuela juspositivista, en el sentido de que hablar de Derecho es hablar de norma o el contenido de la misma.

Por otro lado, entrando al punto de la teoría estática del Derecho, tenemos que tiene por objeto el Derecho como un sistema de normas con validez, es decir, que el Derecho es su estado de equilibrio.²⁷

En cuanto a la teoría dinámica, sostiene que se genera cuando en el proceso jurídico el Derecho se produce y aplica en razón de su movimiento.²⁸

Hablar del ser y deber ser del Derecho es hacer referencia a Hans Kelsen y su Teoría Pura del Derecho, en donde señala que Derecho Positivo es mencionar a un orden normativo, en relación con la realidad del acontecer efectivo que, según la pretensión del Derecho Positivo, debe acordar con él.²⁹

Sostiene que se habla de un orden superior, el Derecho Positivo se presenta como un derecho real y existente, en tanto que el Derecho natural o la justicia como simples ideologías.

La base de la Teoría Pura del Derecho es conservar su tendencia anti-ideológica al tratar de aislar al derecho positivo de toda ideología jusnaturalista en torno a la justicia.

Hans Kelsen sitúa al Derecho Subjetivo dentro de un dualismo con el derecho Objetivo, señalando que el Derecho, en tanto objetivo, es norma; y que, en tanto subjetivo, es interés o voluntad.

En ese sentido, considera que el Derecho Subjetivo es el interés protegido por el objetivo, o la voluntad reconocida o garantizada por aquél.³⁰

Afirma Hans Kelsen que el Derecho Subjetivo es la función productor del Derecho (en el sentido de facultad) y tomándolo de esa forma, es que desaparece toda oposición con el Derecho Objetivo.

²⁷ *Ibíd.*

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ *Ídem.* P. 152.

³⁰ *Ob. cit.* KELSEN Hans. P. 160.

Concatenando lo dicho en párrafos que anteceden, resulta fundamental la aplicación que refiere Georg Henrik Von Wright, respecto a los principios de legislación racional. Rehusar a la obligación establecida por la autoridad como órgano rector, equivale a quedar a la disposición de ésta para ejecutar, si así lo estimara pertinente, actos en contra de la esfera jurídica del particular.³¹

A manera de crítica del positivismo rígido como el que comulgaba Kelsen, es importante hacer referencia a la obra *Pensamiento Político Contemporáneo*, en el cual Roberto Sánchez Benítez, al citar a Hannah Arendt, señaló que llegar a un totalitarismo podría desentrañar un problema moral, legal y político, como en nuestra época, en el sentido de que el individuo rechaza tener responsabilidad de intervención del exterior que altere sus acciones, y quienes declinan en pensar.³²

O peor aún, llegar a la transformación del hombre-masa, quienes tienen su origen en la revolución industrial, siendo el resultado de la automatización de la sociedad y del ocaso de los sistemas de partidos y de clases. Se trata de un individuo aislado, que vive del desarraigo social y cultural, que encuentra en el totalitarismo una coherencia. Tienen poca participación política, no tienen nada que perder y busca el anonimato de las mayorías, cuya finalidad es la destrucción y violencia. (Adolf Eichmann)³³

Por otro lado, no debemos pasar desapercibido que el positivismo como un paradigma dominante ha empezado a perder fuerza, ello a raíz de una fuerte reacción frente a la concepción positivista desde la perspectiva de la historia o la sociología de la ciencia.³⁴

II. Principales concepciones del Jusnaturalismo.

Toca el turno del estudio del jusnaturalismo, por lo que es necesario plasmar que debemos entender por éste. En ese sentido, resulta indispensable la cita de la obra *Teoría Política y Jurídica. Problemas Actuales*, en la cual el Doctor Rafael Enrique Aguilera Portales, sostiene lo siguiente:

³¹ WRIGHT Georg Henrik Von. *Normas, verdad y lógica*. Fontamara. México. 1997. P. 65.

³² AGUILERA Portales Rafael Enrique et al. *Pensamiento Político Contemporáneo. Una Panorámica*. Porrúa. 2008. P. 5

³³ *Ibid.* P. 6 y 7

³⁴ Ob. cit. AGUILERA Portales Rafael Enrique. *Teoría Política y Jurídica. Problemas Actuales*. P. 0

“Por [jusnaturalismo] podemos entender una multiplicidad de corrientes doctrinales muy diversas, pero todas con carácter universal, permanente e inviolable que contiene valores últimos de todo ordenamiento humano.”³⁵

Así también, al efecto de referirnos al Derecho Natural, es importante la cita del autor Hart H.L.A., quien sostiene que el contenido mínimo del Derecho Natural, en forma general, radica en que sin tal contenido, las normas jurídicas y la moral no podrían llevar a cabo el propósito mínimo de supervivencia que los hombres tienen al asociarse entre sí.³⁶

En ese sentido, atendiendo a la naturaleza de los hombres, no tendrían razón alguna para obedecer voluntariamente ninguna regla, lo que se vería traducido en que no habría forma de coaccionar a quienes no las acaten.

Compartimos la opinión del autor, ya que cuidando el cumplimiento de las normas jurídicas, es necesario un contenido mínimo del derecho natural, que encierre aspectos como la vulnerabilidad de la conducta humana.

Dentro de la obra: *Teoría Política y Jurídica. Problemas Actuales*, el Doctor Rafael Enrique Aguilera Portales, señala que Hart defiende una teoría jurídica con base en un contenido mínimo del derecho natural, ya que el derecho no puede explicarse exclusivamente en términos formalistas, sin hacer referencia a contenidos sociales.³⁷

Una vez trazados los puntos del positivismo, e iniciando con los propios del naturalismo, considero importante citar la obra de Norberto Bobbio, donde procede a redefinir las expresiones de jusnaturalismo y positivismo jurídico, señalando que el jusnaturalismo es aquella corriente que admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo, y sostiene la supremacía del primero sobre el segundo, y el positivismo jurídico, es la corriente que no admite dicha distinción, ya que afirma que no existe otro derecho que el positivo.³⁸

³⁵ Ídem. P. 10

³⁶ HART H. L. A. *El concepto del Derecho*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. s.a. P. 23

³⁷ Ob. cit. AGUILERA Portales Rafael Enrique. *Teoría Política y Jurídica. Problemas Actuales*. P. 10

³⁸ Ob. cit. BOBBIO Norberto. P. 17

Continuando con el jusnaturalismo, en referencia a Norberto Bobbio, surge la idea en la cual la teoría jusnaturalista clásica ha ido acompañada, generalmente, por la teoría de la obediencia, esto es, por la teoría según la cual la ley debe ser obedecida, aún cuando en muchos casos, fuera injusta. De igual forma, sostiene el autor, que la teoría de la obediencia corrige la teoría jusnaturalista pura hasta transformarla en la fórmula siguiente: “La ley es válida aun cuando sea injusta”.³⁹

En ese sentido, considera Bobbio que el derecho natural es el conjunto de primeros principios éticos, de los cuales el legislador humano debe tomar su inspiración para la formulación de la reglas de derecho positivo.⁴⁰

Por su parte, Ernesto Garzón Valdés reduce ambas corrientes atendiendo que el jusnaturalismo admite la teoría de la superioridad del derecho natural; y el positivismo la exclusividad del derecho positivo.⁴¹

Por otro lado, es importante distinguir las dos grandes tendencias o versiones del jusnaturalismo, situándolos en los puntos siguientes:

- Jusnaturalismo ontológico, dogmático o radical. En esta corriente se postula un orden de valores producto de un objetivismo metafísico, teniendo como exponentes a Luño Peña, Finnis o Basave.⁴²

- Jusnaturalismo deontológico, crítico o moderado. Aquí no se niega la juricidad del derecho positivo injusto, pero prevé los criterios para comprobar su disvalor. Aparecen autores como Stammler, Legaz Lacambra o Dworkin.⁴³

En otro orden de ideas, tratando a la Justicia como un elemento esencial, es imprescindible la referencia a John Rawls en la obra *Teoría de la Justicia*, quien señala que la estructura básica de una sociedad se encuentra precisamente en la justicia, misma que si se maneja como un principio de imparcialidad, constituye una teoría que lleva a un más alto nivel de abstracción la concepción tradicional del contrato social.⁴⁴

³⁹ Ídem. P. 18

⁴⁰ Ídem., P. 76

⁴¹ GARZÓN Valdés Ernesto. *Derecho y filosofía*. Traducción Santiago Carlos. 3ª Ed. Fontamara. México. 1999. P. 12

⁴² Ob. cit. AGUILERA Portales Rafael Enrique. *Teoría Política y Jurídica. Problemas Actuales*. P. 10

⁴³ Íbid. 11

⁴⁴ RAWLS John. *Teoría de la Justicia*. 2ª Ed. Traduc. María Dolores González. Fontamara. México. 1995. P. 17.

Expone que la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, dado que una teoría, por muy atractiva que parezca, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera; o por otro lado, no importa si las leyes sean eficientes, si son injustas, por lo que tendrían que ser abolidas.⁴⁵

Es decir, el autor refiere que la justicia debe ser el bastión principal en la estructura de una sociedad, y de igual forma, de pinceladas que lo ligan a la escuela naturalista, al señalar que el Estado debe atender sólo a las leyes que sean justas, con independencia de que éstas sean eficientes si es que tocan el rubro de la injusticia.

Por otro lado, se aprecia que la idea del autor en torno a la justicia tiene una connotación distintiva, la cual, estimamos que es contraria a la que pregona Thomas Hobbes, toda vez que este último, sostiene que el interés de la mayoría (sociedad) debe prevalecer sobre el de unos cuantos, ello en búsqueda del bienestar social.

Por su parte, John Rawls expone que cada persona posee una inviolabilidad basada en la justicia, que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede rebasar, es decir, que la justicia no debe permitir que los sacrificios impuestos a unos sean compensados por la mayor cantidad de ventajas disfrutadas por muchos.⁴⁶

Hablar de Rawls es hacer referencia al más influyente filósofo moral y político contemporáneo (1921-2002), quien con la obra, *La teoría de la justicia* (1971), significa la obra más importante en defensa del liberalismo, ya que ésta se situó en las críticas circunstancias políticas de la sociedad norteamericana de la época (guerra de Vietnam, luchas en contra de la discriminación racial, campañas de desobediencia civil).⁴⁷

Es destacable que la filosofía rawlsiana inspiró una nueva forma de hacer filosofía política, cuando aún persistía la pesada herencia del positivismo lógico. Es decir, la obra de Rawls suponía un cambio decisivo, en el cual el filósofo político debía comprometerse en un trabajo argumentativo de justificación y crítica de problemas sustantivos relevantes. La clave es el “equilibrio reflexivo”, y abandonar la idea de fundamentación última.⁴⁸

⁴⁵ Ob. cit. RAWLS John. P. 17

⁴⁶ Ídem.

⁴⁷ AGUILERA Portales Rafael Enrique et al. *Pensamiento Político Contemporáneo. Una Panorámica*. P. 91 y 92

⁴⁸ Ídem. P. 93

En ese orden, manifiesta el autor que en una sociedad justa, las libertades de igualdad de ciudadanía se generan en forma definitiva, y los derechos asegurados por la justicia no son sujetos de regateos políticos o intereses sociales.⁴⁹

Es criterio del autor, que para la existencia de una sociedad ordenada se requiere una concepción pública de la justicia, esto quiere decir que se trata de una sociedad en la que cada cual acepta y sabe que los demás aceptan los mismos principios de justicia; y por otro lado, las instituciones sociales básicas satisfacen generalmente estos principios y se conoce que lo hacen.⁵⁰

De lo anterior, advertimos que la naturaleza de la justicia debe, en todo momento, de estar impregnada de una igualdad entre los miembros de la sociedad, así como también, dicha igualdad debe ser respetada por las instituciones sociales y que todas sus actividades busquen salvaguardar dicha igualdad.

Sostiene John Rawls que son diversos los principios de justicia para las instituciones y los que se aplican a los individuos, por lo que no deben ser confundidos, ya que ambos tienen circunstancias particulares.⁵¹

Por su parte, Paulette Dieterlen señala que son tres los grandes méritos de la teoría de la justicia de Rawls, siendo éstos el rescatar para explicar la política en la idea del contrato social; conciliar el liberalismo y el socialismo, situación que parecía imposible; y reunir dos tradiciones que en el pensamiento liberal se veían como antagónicas, es decir, la llamada libertad de los modelos y la de los antiguos o la defensa de las libertades cívicas.⁵²

En lo que hace a las instituciones, tenemos que consisten en sistemas políticos de reglas que definen cargos y posiciones con sus derechos y deberes, poderes e inmunidades. Dichas reglas son las que definen las formas de acción como permisibles y otras como prohibidas, además de establecer sanciones y garantías para cuando ocurren violaciones a las reglas.⁵³

⁴⁹ Ídem.

⁵⁰ Ídem.

⁵¹ Ob. cit. RAWLS John. P. 62

⁵² DIETERLEN Paulette. *Ensayos Sobre Justicia Distributiva*. 2ª Ed. Fontamara. México. 2001. P. 41

⁵³ Ob. cit. RAWLS John. P. 62

En ese orden, consideramos que el autor define a las instituciones como entes abstractos, que con base a un sistema realizan acciones específicas sustentadas en reglas.

Por otro lado, manifiesta el autor que puede existir una estructura básica y que sus reglas avalen cierta concepción de justicia, pero podemos no aceptar sus principios o considerarlos injustos, sin embargo, se trata de principios de justicia que en dicha estructura adoptan el papel de justicia, proporcionando asignaciones de derechos y deberes.⁵⁴

Es decir, opinamos que no podemos sabotear o tratar de modificar la estructura de una sociedad que se encuentra basada, en nuestra opinión, en principios que consideramos injustos, sólo por dicha razón, ya que estamos frente a principios de justicia, que en la citada estructura, son los que se encargan de proveer los derechos y deberes.

Entrando al punto de la justicia formal, John Rawls señala que se trata de las reglas definidas por las instituciones, regularmente observadas e interpretadas por las autoridades, que procuran la administración imparcial y congruente de las leyes, cualesquiera que sean sus principios sustantivos.⁵⁵

Expone el autor que los principios de justicia son los siguientes:

“Primero: Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.

“Segundo: Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos”⁵⁶

Dichos principios, se aplican en primer lugar a la estructura básica de la sociedad, y rigen los derechos y deberes considerando la repartición de las ventajas económicas y sociales.⁵⁷

⁵⁴ Íbid. P. 65

⁵⁵ Íbid. P. 66

⁵⁶ Íbid. P. 67 y 68

⁵⁷ Ídem.

Los individuos miembros de una sociedad cuentan con libertades básicas, entre las cuales encontramos a la libertad política, libertad de expresión y de reunión, la libertad de conciencia y pensamiento, libertad frente a la opresión física, psicológica, el derecho a la propiedad, así como a la libertad frente al arresto.⁵⁸

Refiriéndonos al segundo principio, tenemos que consiste en la distribución del ingreso y de la riqueza, teniendo como referencia las desigualdades económicas y sociales, del modo que todos se beneficien.⁵⁹

En ese sentido, no hay que olvidar que parte de la teoría jusfilosófica de Rawls se centra en una visible desobediencia civil, en la cual debe prevalecer la justicia de la mayoría, respetando los criterios de universalidad e imparcialidad como lo sostiene de igual forma Habermas.⁶⁰

En otro orden de ideas, es el momento de enfocarnos en Ronald Dworkin, quien señala que dentro de las teorías semánticas, el Derecho sólo depende de hechos históricos evidentes, donde el único desacuerdo sensato es de carácter empírico sobre qué decidieron en el pasado las instituciones legales.⁶¹

Señala que algunos filósofos del Derecho ofrecen respuestas sorprendentes sobre el desacuerdo teórico de los fundamentos del Derecho, en el sentido de que deben ser una pretensión porque el significado mismo de la palabra Derecho hace que dependa de ciertos criterios específicos que cualquier abogado rechazará o desafiará, al grado de estar diciendo una contradicción sin sentido.⁶²

Sostiene que es normal que los abogados sigan reglas fijadas por el lenguaje común, sin que tengan la certeza o conciencia de lo que en realidad están expresando.

Complementando lo expuesto en el punto que antecede, Ronald Dworkin menciona en su obra un ejemplo, en el sentido de que los abogados comúnmente utilizan la

⁵⁸ Ídem.

⁵⁹ Ídem.

⁶⁰ Ob. cit. AGUILERA Portales Rafael Enrique. Teoría Política y Jurídica. Problemas Actuales. P. 80

⁶¹ DWORKIN Ronald. *El imperio de la justicia*. Traduc. Claudia Ferrari. Gedisa. España. 2005. P. 35.

⁶² Ob. cit. DWORKIN Ronald. P. 35.

palabra “causa”, sin embargo, la mayoría no tiene idea de los criterios que usamos al formular estos juicios, o incluso del sentido con que utilizamos los criterios.

Por otro lado, Gerardo Ribeiro Toral, al referirse a Dworkin, señala que éste parte de una premisa fundamental: la definición del concepto de derecho, sosteniendo que se trata de un concepto imperativo.⁶³ En ese sentido, refiere que las teorías generales del derecho no son más que interpretaciones generales de la práctica judicial y reivindica que el derecho debe ser entendido como una integridad al unir la jurisprudencia con la adjudicación.⁶⁴

El Doctor Rafael Enrique Aguilera Portales, señala que Ronald Dworkin defiende los derechos morales fuertes (strong rights), que nacen de la tutela de los principios básicos como la dignidad humana, lo que no puede ser coartado por los poderes públicos.⁶⁵

En lo que debemos coincidir, es que en el paso del último siglo el Juspositivismo va en decadencia, es decir, sus bastiones poco a poco han sido superados o más bien, impregnados de valores que buscan la protección y reconocimiento de los derechos fundamentales. Máxime si hablamos de un Juspositivismo puro como el de Hans Kelsen.

En otro orden de ideas, conviene referirnos a la concepción de patriotismo constitucional, según el cual, Habermas señala que el único patriotismo legítimo encuentra sus límites en los postulados de universalización de la democracia y derechos fundamentales.⁶⁶

Así también, es importante señalar dentro del jusnaturalismo, que Karl Olivecrona sostiene que los naturalistas o antimetafísicos suelen partir del concepto de *deber*, ya que lo definen en términos de hechos empíricos estrictos y hacen del derecho subjetivo un simple reflejo del deber.⁶⁷

⁶³ RIBEIRO Toral Gerardo. *Verdad y Argumentación Jurídica*. 2ª Ed. Porrúa. México. 2007. P. 158

⁶⁴ Ídem.

⁶⁵ Ob. cit. AGUILERA Portales Rafael Enrique. *Teoría Política y Jurídica. Problemas Actuales*. P. 13

⁶⁶ Ob. cit. AGUILERA Portales Rafael Enrique. *Teoría Política y Jurídica. Problemas Actuales*. P. 196

⁶⁷ OLIVECRONA Karl. *Lenguaje jurídico y realidad*. Fontamara. México. 1991. P. 13

III. Hacia un nuevo paradigma.

Continuando con la investigación, es relevante no limitar las expectativas de un Estado de Derecho, en rubros como los analizados en los puntos que anteceden, sino más bien, es el momento de que el Estado Mexicano aborde el compromiso de afrontar sus múltiples y cada vez mayores problemas, desde una perspectiva de un derecho maleable o dúctil, en el que los derechos fundamentales sean el bastón central de las instituciones de gobierno, sin olvidar patrones como la argumentación, interpretación y el lenguaje jurídico. Bajo estos parámetros resalto lo siguiente.

En ese sentido, Karl Olivecrona, trata el tema de la comprensión del lenguaje jurídico, señalando que el propósito de las disposiciones jurídicas, pronunciamientos judiciales, contratos y otros actos de naturaleza jurídica, es la de influir en la conducta de los hombres y dirigirla a ciertas maneras. De igual forma, señala que el lenguaje jurídico es el instrumento de control y comunicación social.⁶⁸

Es importante destacar, que al momento de que se estudia y analiza una función del Estado, se deben considerar las manifestaciones expuestas dentro de la obra de Metodología Jurídica, en la cual Friedrich Kart Von Savigny, señala que las funciones legislativas de un Estado, debe girar en torno a la preocupación de éste en establecer los derechos que se pretenden garantizar a los ciudadanos, así como a las disposiciones que se establecen para proteger las leyes.⁶⁹

Por otro lado, como lo sostiene Friedrich Kart Von Savigny, una interpretación debe cumplir principios fundamentales, entre los cuales encontramos el que debe ser individual, es decir, tratar de encontrar una frase especial, que no pretenda aclarar el texto en general, para de esa forma encontrar una interpretación rica en su contribución a la totalidad de la legislación.⁷⁰

Por su parte, Dworkin hace referencia a la libertad que tienen los jueces de decidir, al momento de una interpretación, si aplican cuestiones relativas a precedentes, o bien, formulan su propio criterio interpretativo.

⁶⁸ Ob. cit. OLIVECRONA Karl. P. 37.

⁶⁹ SAVIGNI Friedrich Karl Von. *Metodología jurídica*. Traducción Santa-Pinter. Depalma. Buenos Aires. 1994. P. 17

⁷⁰ Ídem.

Expone que el principio adjudicativo de integridad instruye a los jueces a que identifiquen los deberes y derechos legales, hasta donde sea posible, sobre la suposición de que todos fueron creados por un mismo autor, es decir, la comunidad personificada, que expresa una correcta concepción de justicia y equidad.⁷¹

En ese sentido, estimo que la interpretación en la práctica es objeto de un número amplio de problemas, derivados de los reclamos a los jueces en torno a la identificación de sus deberes y derechos.

Considera el autor que el Derecho como integridad es, por lo tanto, más inexorablemente interpretativo que el convencionalismo o el pragmatismo.⁷²

Por tanto, estimo que el pragmatismo sugiere que los jueces piensen en forma integral acerca de las mejores reglas para el futuro.

En ese orden de ideas, el Derecho como integridad es a la vez el producto y la inspiración para la interpretación comprensiva de la práctica legal.⁷³

Ahora bien, continuando con las necesidades que, considero son propias del Estado Mexicano, es importante citar a Rawls, quien expone que la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales (La teoría de la Justicia). Esta obra generaliza y lleva a su mayor grado de abstracción la teoría del contrato social que se encuentra en Locke, Rousseau y Kant.⁷⁴

La obra referida, parte de las ideas centrales: 1. Una sociedad como sistema de cooperación, basada en la ventaja mutua. 2. Una sociedad como sistema cooperativo, es decir, establecer los términos equitativos de la cooperación bajo reglas y procedimientos aceptados por los participantes. 3. Una sociedad bien ordenada, lo que significa que es una sociedad cuya estructura básica está efectivamente regulada por una concepción pública de la justicia.⁷⁵

⁷¹ Ob. cit. DWORKIN Ronald. P. 37

⁷² Ídem.

⁷³ 165

⁷⁴ AGUILERA Portales Rafael Enrique et al. Pensamiento Político Contemporáneo. Una Panorámica. P. 95

⁷⁵ Ídem.

Rawls responde a la institución básica de la tradición del contrato social, según la cual los términos equitativos de la cooperación social no pueden proceder de una autoridad religiosa ni de un supuesto orden axiológico, sino que han de ser establecidos en virtud de un acuerdo entre los propios participantes.⁷⁶

Los célebres dos principios de justicia de Rawls, son en realidad tres.

1. Principio de igual libertad.
2. La igualdad justa o equitativa de oportunidades.
3. Principio de la diferencia.⁷⁷

De acuerdo con ellos, una sociedad es justa si: 1) ante todo, garantiza a sus ciudadanos un conjunto de libertades y derechos fundamentales a todos por igual; y 2) las desigualdades socio-económicas engendradas por el funcionamiento de las instituciones deben satisfacer dos condiciones: 2.1) deben estar ligadas a posiciones y cargos accesibles a todos de forma justa, y 2.2) deben redundar en un mayor beneficio para los miembros más desfavorecidos de la sociedad.⁷⁸

El carácter liberal de la teoría viene fijado por el primer principio: en una sociedad justa las personas tienen una serie de derechos y libertades reconocidas constitucionalmente, entre los cuales se encuentra la libertad de conciencia y de pensamiento, de expresión, de reunión y de asociación, etc.⁷⁹

Señala que el adversario a vencer es el utilitarismo, por lo que las libertades y derechos de las personas no pueden ser sacrificados en nombre de la utilidad general. Sólo se puede recortar ciertas libertades en nombre de otras, y buscar un ajuste.⁸⁰

Al respecto, es importante hacer referencia a Agustín Basave, quien sostuvo que toda libertad supone un cauce, es decir, el querer ilimitarse en un mundo limitado.⁸¹

⁷⁶ Ídem.

⁷⁷ Ídem. P. 78

⁷⁸ Ídem.

⁷⁹ Ídem.

⁸⁰ Ídem.

⁸¹ BASAVE Fernández del Valle Agustín. Teoría del Estado. Fundamentación de Filosofía Política. 10ª Ed. Jus México. México. 1985. Pág 248

Ahora bien, si la propuesta central del apartado que nos ocupa estriba en la recomendación de un derecho maleable o dúctil, es imprescindible hacer referencia a Gustavo Zagrebelsky, quien señala que los problemas jurídicos nunca se encuentran en las constituciones, en los códigos, en las leyes, en las decisiones de los jueces o en otras manifestaciones relativas al Derecho positivo que son objeto de trabajo por parte de los juristas, aunado a que tampoco podrán encontrar ahí su solución.⁸²

Efectivamente, siguiendo los trazos del autor, sostenemos que su idea se dirige a que los mismos juristas saben que la parte toral de sus creencias, dudas y polémicas no forma parte del Derecho positivo, sino que tiene una raíz más profunda.

En ese mismo orden, expone el autor que la idea del Derecho es lo que realmente importa y no tanto la Constitución o los códigos, ya que estando viva y siendo aceptada puede llegar a prescindir de los textos citados como ocurre en Gran Bretaña.⁸³

Sentimos que lo plasmado en el párrafo anterior es interesante, en virtud de que el autor transmite una mayor importancia a la idea del Derecho, sobre los textos legales, lo cual, no es muy común en la actualidad.

Por otro lado, se aprecia que el objetivo de la obra es reunir una serie de elementos relativos a la Constitución y a sus transformaciones basadas en el Estado Constitucional, teniendo como origen al continente europeo.

Un punto que maneja el autor, es en el sentido de que es importante poner en tela de duda lo que hay detrás de los textos oficiales, es decir, las ideas generales, los métodos, las experiencias, el pensamiento y las cuestiones jurídicas del pasado, ya que puede darse el caso que ya no encuentren aplicación o justificación en la actualidad.⁸⁴

La soberanía, entendida como el proyecto de superación de la división de Europa en Estados independientes, indudablemente, es una cuestión que es fundamental en las tendencias generales del Derecho Constitucional.⁸⁵

⁸² ZAGREBELSKY Gustavo. *El Derecho Dúctil*. 7ª Ed. Trota. Madrid. 2007. P. 9

⁸³ Ob. cit. ZAGREBELSKY Gustavo. P. 9

⁸⁴ Ob. cit. ZAGREBELSKY Gustavo. P. 10

⁸⁵ Ídem.

Ahora bien, el derecho dúctil consiste en la aproximación a los valores sobre los ordenamientos legales, es decir, entramos a una dimensión del Derecho donde, al igual que el neoconstitucionalismo, se pretende salvaguardar los derechos fundamentales. Ref.

En efecto, si consideramos al Derecho como Dúctil, significa que dejamos atrás al positivismo rígido, para entrar a un Derecho flexible y maleable, donde la finalidad radica en proteger y garantizar los derechos fundamentales.

Una Constitución necesariamente debe perseguir sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo ser compatible con los valores y principios, dejando a un lado las posturas absolutas, es decir, que sea homogénea con aquellos otros con los que debe convivir.⁸⁶

De lo expuesto, consideramos que la idea del autor va dirigida en el sentido de que una Constitución debe, en todo momento, buscar que sean colmados los principios que protege, sin embargo, dicha finalidad no debe buscarse bajo estrategias rígidas, sino mas bien, debe atender a todas las instituciones y personas con las que debe interactuar.

Por otra parte, dentro de la obra que se estudia, se advierte que la coexistencia y el compromiso, son los términos que deben ser asociados a la ductilidad constitucional.⁸⁷

En ese orden, manifiesta el autor que en una sociedad justa las libertades de igualdad de ciudadanía se generan en forma definitiva, y los derechos asegurados por la justicia no son sujetos de regateos políticos o intereses sociales.⁸⁸

Es criterio del autor que para la existencia de una sociedad ordenada se requiere una concepción pública de la justicia, esto quiere decir que se trata de una sociedad en la que cada cual acepta y sabe que los demás aceptan los mismos principios de justicia; y por otro lado las instituciones sociales básicas satisfacen generalmente estos principios y se conoce que lo hacen.⁸⁹

⁸⁶ Ob. cit. ZAGREBELSKY Gustavo. P. 14

⁸⁷ Ídem.

⁸⁸ Ídem.

⁸⁹ Ídem.

De lo anterior advertimos que la naturaleza de la justicia debe en todo momento estar impregnada de una igualdad entre los miembros de la sociedad, así como también dicha igualdad debe ser respetada por las instituciones sociales y que todas sus actividades busquen salvaguardar dicha igualdad.

Sostiene John Rawls que son diversos los principios de justicia para las instituciones a los que se aplican a los individuos, por lo que no deben ser confundidos ya que ambos tienen circunstancias particulares.⁹⁰

Por su parte, Paulette Dieterlen señala que son tres los grandes méritos de la teoría de la justicia de Rawls, siendo éstos el rescatar para explicar la política en la idea del contrato social; conciliar el liberalismo y el socialismo, situación que parecía imposible; y reunir dos tradiciones que en el pensamiento liberal se veían como antagónicas, es decir, la llamada libertad de los modelos y la de los antiguos o la defensa de las libertades cívicas.⁹¹

En lo que hace a las instituciones, tenemos que consisten en sistemas políticos de reglas que definen cargos y posiciones con sus derechos y deberes, poderes e inmunidades. Dichas reglas son las que definen las formas de acción como permisibles y otras como prohibidas, además de establecer sanciones y garantías para cuando ocurren violaciones a las reglas.⁹²

En ese orden, consideramos que el autor define a las instituciones como entes abstractos, que con base a un sistema realizan acciones específicas sustentadas en reglas.

Por otro lado, manifiesta el autor que puede existir una estructura básica y que sus reglas avalen cierta concepción de justicia, pero podemos no aceptar sus principios o considerarlos injustos, sin embargo, se trata de principios de justicia que en dicha estructura adoptan el papel de justicia, proporcionando asignaciones de derechos y deberes.⁹³

⁹⁰ Ob. cit. RAWLS John. P. 62

⁹¹ DIETERLEN Paulette. *Ensayos Sobre Justicia Distributiva*. 2ª Ed. Fontamara. México. 2001. P. 41

⁹² Ob. cit. RAWLS John. P. 62

⁹³ *Ibid.* P. 65

Es decir, opinamos que no podemos sabotear o tratar de modificar la estructura de una sociedad que se encuentra basada en nuestra opinión, en principios que consideramos injustos, sólo por dicha razón, ya que estamos frente a principios de justicia que en la citada estructura, son los que se encargan de proveer los derechos y deberes.

Entrando al punto de la justicia formal, John Rawls señala que se trata de las reglas definidas por las instituciones, regularmente observadas e interpretadas por las autoridades que procuran la administración imparcial y congruente de las leyes, cualesquiera que sean sus principios sustantivos.⁹⁴

Expone el autor que los principios de justicia son los siguientes:

“Primero: Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.

“Segundo: Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos”⁹⁵

Dichos principios se aplican en primer lugar a la estructura básica de la sociedad y rigen los derechos y deberes considerando la repartición de las ventajas económicas y sociales.⁹⁶

Los individuos miembros de una sociedad cuentan con libertades básicas, entre las cuales encontramos a la libertad política, libertad de expresión y de reunión, la libertad de conciencia y pensamiento, libertad frente a la opresión física, psicológica, el derecho a la propiedad, así como a la libertad frente al arresto.⁹⁷

Refiriéndonos al segundo principio tenemos, que consiste en la distribución del ingreso y de la riqueza, teniendo como referencia las desigualdades económicas y sociales de modo que todos se beneficien.⁹⁸

⁹⁴ Íbid. P. 66

⁹⁵ Íbid. P. 67 y 68

⁹⁶ Ídem.

⁹⁷ Ídem.

⁹⁸ Ídem.

En ese sentido, no hay que olvidar que parte de la teoría jusfilosófica de Rawls se centra en una visible desobediencia civil en la cual debe prevalecer la justicia de la mayoría, respetando los criterios de universalidad e imparcialidad como lo sostiene de igual forma Habermas.⁹⁹

En otro orden de ideas, es momento de enfocarnos en Ronald Dworkin, quien señala que dentro de las teorías semánticas, el Derecho sólo depende de hechos históricos evidentes donde el único desacuerdo sensato es de carácter empírico sobre qué decidieron en el pasado las instituciones legales.¹⁰⁰

Señala que algunos filósofos del Derecho ofrecen respuestas sorprendentes sobre el desacuerdo teórico de los fundamentos del Derecho, en el sentido de que debe ser una pretensión, porque el significado mismo de la palabra Derecho hace que dependa de ciertos criterios específicos que cualquier abogado rechazará o desafiará, al grado de estar diciendo una contradicción sin sentido.¹⁰¹

Sostiene que es normal que los abogados sigan reglas fijadas por el lenguaje común sin que tengan la certeza o conciencia de lo que en realidad están expresando.

Complementando lo expuesto en el punto que antecede, Ronald Dworkin menciona en su obra un ejemplo, en el sentido de que los abogados comúnmente utilizan la palabra “causa”, sin embargo la mayoría no tiene idea de los criterios que usamos al formular estos juicios o incluso del sentido con que utilizamos los criterios.

Por otro lado, Gerardo Ribeiro Toral al referirse a Dworkin señala que éste parte de una premisa fundamental: la definición del concepto de derecho, sosteniendo que se trata de un concepto imperativo.¹⁰² En ese sentido refiere que las teorías generales del derecho no son más que interpretaciones generales de la práctica judicial y reivindica que el derecho debe ser entendido como una integridad al unir la jurisprudencia con la adjudicación.¹⁰³

⁹⁹ Ob. cit. AGUILERA Portales Rafael Enrique. Teoría Política y Jurídica. Problemas Actuales. P. 80

¹⁰⁰ DWORKIN Ronald. *El imperio de la justicia*. Traduc. Claudia Ferrari. Gedisa. España. 2005. P. 35.

¹⁰¹ Ob. cit. DWORKIN Ronald. P. 35.

¹⁰² RIBEIRO Toral Gerardo. *Verdad y Argumentación Jurídica*. 2ª Ed. Porrúa. México. 2007. P. 158

¹⁰³ Ídem.

El Doctor Rafael Enrique Aguilera Portales señala que Ronald Dworkin defiende los derechos morales fuertes (strong rights), que nacen de la tutela de los principios básicos como la dignidad humana, lo que no puede ser coartado por los poderes públicos.¹⁰⁴

En lo que debemos coincidir es que en el paso del último siglo el Juspositivismo va en decadencia, es decir, sus bastiones poco a poco han sido superados o más bien impregnados de valores que buscan la protección y reconocimiento de los derechos fundamentales. Máxime si hablamos de un Juspositivismo puro como el de Hans Kelsen.

En otro orden de ideas conviene referirnos a la concepción de patriotismo constitucional, según el cual, Habermas señala que el único patriotismo legítimo encuentra sus límites en los postulados de universalización de la democracia y derechos fundamentales.¹⁰⁵

Así también, es importante señalar dentro del jusnaturalismo, que Karl Olivecrona sostiene que los naturalistas o antimetafísicos suelen partir del concepto de *deber*, ya que lo definen en términos de hechos empíricos estrictos y hacen del derecho subjetivo un simple reflejo del deber.¹⁰⁶

III. Hacia un nuevo paradigma

Continuando con la investigación es relevante no limitar las expectativas de un Estado de Derecho en rubros como los analizados en los puntos que anteceden, sino más bien, es el momento de que el Estado Mexicano aborde el compromiso de afrontar sus múltiples y cada vez mayores problemas, desde una perspectiva de un derecho maleable o dúctil en el que los derechos fundamentales sean el bastón central de las instituciones de gobierno, sin olvidar patrones como la argumentación, interpretación y el lenguaje jurídico. Bajo estos parámetros resalto lo siguiente.

En ese sentido, Karl Olivecrona trata el tema de la comprensión del lenguaje jurídico, señalando que el propósito de las disposiciones jurídicas, pronunciamientos judiciales, contratos y otros actos de naturaleza jurídica, es la de influir en la conducta de

¹⁰⁴ Ob. cit. AGUILERA Portales Rafael Enrique. Teoría Política y Jurídica. Problemas Actuales. P. 13

¹⁰⁵ Ob. cit. AGUILERA Portales Rafael Enrique. Teoría Política y Jurídica. Problemas Actuales. P. 196

¹⁰⁶ OLIVECRONA Karl. *Lenguaje jurídico y realidad*. Fontamara. México. 1991. P. 13

los hombres y dirigirla a ciertas maneras. De igual forma señala que el lenguaje jurídico es el instrumento de control y comunicación social.¹⁰⁷

Es importante destacar que al momento de que se estudia y analiza una función del Estado, se deben considerar las manifestaciones expuestas dentro de la obra de Metodología Jurídica, en la cual Friedrich Kart Von Savigny señala que las funciones legislativas de un Estado deben girar en torno a la preocupación de éste en establecer los derechos que se pretenden garantizar a los ciudadanos, así como a las disposiciones que se establecen para proteger las leyes.¹⁰⁸

Por otro lado, como lo sostiene Friedrich Kart Von Savigny, una interpretación debe cumplir principios fundamentales, entre los cuales encontramos el que debe ser individual, es decir, tratar de encontrar una frase especial que no pretenda aclarar el texto en general, para de esa forma encontrar una interpretación rica en su contribución a la totalidad de la legislación.¹⁰⁹

Por su parte, Dworkin hace referencia a la libertad que tienen los jueces de decidir al momento de una interpretación, si aplican cuestiones relativas a precedentes, o bien, formulan su propio criterio interpretativo.

Expone que el principio adjudicativo de integridad instruye a los jueces a que identifiquen los deberes y derechos legales, hasta donde sea posible, sobre la suposición de que todos fueron creados por un mismo autor, es decir, la comunidad personificada que expresa una correcta concepción de justicia y equidad.¹¹⁰

En ese sentido, estimo que la interpretación en la práctica es objeto de un número amplio de problemas derivados de los reclamos a los jueces en torno a la identificación de sus deberes y derechos.

Considera el autor que el Derecho como integridad es por lo tanto, más inexorablemente interpretativo que el convencionalismo o el pragmatismo.¹¹¹

¹⁰⁷ Ob. cit. OLIVECRONA Karl. P. 37.

¹⁰⁸ SAVIGNI Friedrich Karl Von. *Metodología jurídica*. Traducción Santa-Pinter. Depalma. Buenos Aires. 1994. P. 17

¹⁰⁹ Ídem.

¹¹⁰ Ob. cit. DWORKIN Ronald. P. 37

¹¹¹ Ídem.

Por tanto, estimo que el pragmatismo sugiere que los jueces piensen en forma integral acerca de las mejores reglas para el futuro.

En ese orden de ideas, el Derecho como integridad es a la vez el producto y la inspiración para la interpretación comprensiva de la práctica legal.¹¹²

Ahora bien, continuando con las necesidades que considero son propias del Estado Mexicano, es importante citar a Rawls, quien expone que la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales (La teoría de la Justicia). Esta obra generaliza y lleva a su mayor grado de abstracción la teoría del contrato social que se encuentra en Locke, Rousseau y Kant.¹¹³

La obra referida, parte de las ideas centrales: 1. Una sociedad como sistema de cooperación, basada en la ventaja mutua. 2. Una sociedad como sistema cooperativo, es decir, establecer los términos equitativos de la cooperación bajo reglas y procedimientos aceptados por los participantes. 3. Una sociedad bien ordenada, lo que significa que es una sociedad cuya estructura básica está efectivamente regulada por una concepción pública de la justicia.¹¹⁴

Rawls responde a la institución básica de la tradición del contrato social según la cual los términos equitativos de la cooperación social no pueden proceder de una autoridad religiosa ni de un supuesto orden axiológico, sino que han de ser establecidos en virtud de un acuerdo entre los propios participantes.¹¹⁵

Los célebres dos principios de justicia de Rawls, son en realidad tres:

4. Principio de igual libertad.
5. La igualdad justa o equitativa de oportunidades.
6. Principio de la diferencia.¹¹⁶

¹¹² 165

¹¹³ AGUILERA Portales Rafael Enrique et al. Pensamiento Político Contemporáneo. Una Panorámica. P. 95

¹¹⁴ Ídem.

¹¹⁵ Ídem.

¹¹⁶ Ídem.

De acuerdo con ellos, una sociedad es justa si: 1) ante todo, garantiza a sus ciudadanos un conjunto de libertades y derechos fundamentales a todos por igual; y 2) las desigualdades socio-económicas engendradas por el funcionamiento de las instituciones que deben satisfacer dos condiciones: 2.1) estar ligadas a posiciones y cargos accesibles a todos de forma justa, y 2.2) deben redundar en un mayor beneficio para los miembros más desfavorecidos de la sociedad.¹¹⁷

El carácter liberal de la teoría viene fijado por el primer principio: en una sociedad justa las personas tienen una serie de derechos y libertades reconocidas constitucionalmente, entre los cuales se encuentra la libertad de conciencia y de pensamiento, de expresión, de reunión y de asociación, etc.¹¹⁸

Señala que el adversario a vencer es el utilitarismo, por lo que las libertades y derechos de las personas no pueden ser sacrificados en nombre de la utilidad general. Sólo se puede recortar ciertas libertades en nombre de otras y buscar un ajuste.¹¹⁹

Al respecto, es importante hacer referencia a Agustín Basave, quien sostuvo que toda libertad supone un cauce, es decir, el querer ilimitarse en un mundo limitado.¹²⁰

Ahora bien, si la propuesta central del apartado que nos ocupa estriba en la recomendación de un derecho maleable o dúctil, es imprescindible hacer referencia a Gustavo Zagrebelsky, quien señala que los problemas jurídicos nunca se encuentran en las constituciones, en los códigos, en las leyes, en las decisiones de los jueces o en otras manifestaciones relativas al Derecho positivo que son objeto de trabajo por parte de los juristas, aunado a que tampoco podrán encontrar ahí su solución.¹²¹

Efectivamente, siguiendo los trazos del autor, sostenemos que su idea se dirige a que los mismos juristas saben que la parte toral de sus creencias, dudas y polémicas no forma parte del Derecho positivo, sino que tiene una raíz más profunda.

¹¹⁷ Ídem. P. 78

¹¹⁸ Ídem.

¹¹⁹ Ídem.

¹²⁰ BASAVE Fernández del Valle Agustín. *Teoría del Estado. Fundamentación de Filosofía Política*. 10ª Ed. Jus México. México. 1985. Pág 248

¹²¹ ZAGREBELSKY Gustavo. *El Derecho Dúctil*. 7ª Ed. Trota. Madrid. 2007. P. 9

En ese mismo orden, expone el autor que la idea del Derecho es lo que realmente importa y no tanto la Constitución o los códigos, ya que estando viva y siendo aceptada puede llegar a prescindir de los textos citados como ocurre en Gran Bretaña.¹²²

Sentimos que lo plasmado en el párrafo anterior es interesante en virtud de que el autor transmite una mayor importancia a la idea del Derecho, sobre los textos legales, lo cual no es muy común en la actualidad.

Por otro lado, se aprecia que el objetivo de la obra es reunir una serie de elementos relativos a la Constitución y a sus transformaciones basadas en el Estado Constitucional, teniendo como origen al continente europeo.

Un punto que maneja el autor, es en el sentido de que es importante poner en tela de duda lo que hay detrás de los textos oficiales, es decir, las ideas generales, los métodos, las experiencias, el pensamiento y las cuestiones jurídicas del pasado, ya que puede darse el caso que no encuentren aplicación o justificación en la actualidad.¹²³

La soberanía, entendida como el proyecto de superación de la división de Europa en Estados independientes, indudablemente es una cuestión fundamental en las tendencias generales del Derecho Constitucional.¹²⁴

Ahora bien, el derecho dúctil consiste en la aproximación a los valores sobre los ordenamientos legales, es decir, entramos a una dimensión del Derecho donde al igual que el neoconstitucionalismo, se pretende salvaguardar los derechos fundamentales. Ref.

En efecto, si consideramos al Derecho como dúctil, significa que dejamos atrás al positivismo rígido, para entrar a un Derecho flexible y maleable donde la finalidad radica en proteger y garantizar los derechos fundamentales.

Una Constitución necesariamente debe perseguir sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo ser compatible con los valores y principios, dejando a un lado las posturas absolutas, es decir, que sea homogénea con aquellos otros con los que debe convivir.¹²⁵

¹²² Ob. cit. ZAGREBELSKY Gustavo. P. 9

¹²³ Ob. cit. ZAGREBELSKY Gustavo. P. 10

¹²⁴ Ídem.

¹²⁵ Ob. cit. ZAGREBELSKY Gustavo. P. 14

De lo expuesto, consideramos que la idea del autor va dirigida en el sentido de que una Constitución debe en todo momento buscar que sean colmados los principios que protege, sin embargo, dicha finalidad no debe buscarse bajo estrategias rígidas, sino mas bien, debe atender a todas las instituciones y personas con las que debe interactuar.

Por otra parte, dentro de la obra que se estudia, se advierte que la coexistencia y el compromiso, son los términos que deben ser asociados a la ductilidad constitucional.¹²⁶

En ese orden, señala el autor que la política tiene una visión que se caracteriza por no pretender una exclusión o imposición, sino que su perspectiva tiene por objeto una integración a través de valores y procedimientos comunicativos.¹²⁷

De lo narrado, apreciamos que la política tiene un significado importante para el autor, al definirla como la visionaria de integración y comunicación, sin olvidar, que en párrafos subsecuentes de la obra, la define como un ente con visión catastrófica.

Sostiene el autor, que la condición espiritual en los tiempos actuales tiende a describirse como la aspiración a muchos principios o valores que forman parte de la convivencia colectiva, mencionando entre ellos, a la libertad de la sociedad y a la libertad de las reformas sociales.¹²⁸

Estimamos que la idea del autor, al tocar el punto de los principios, se enfoca al estado que imperaba en esos tiempos, haciendo alusión a la difícil etapa moral que imperaba. Por otro lado, señala que la libertad de la sociedad y la de crear reformas es un indicio que alienta a perseguir la convivencia de principios.

En otro orden, Gustavo Zagrebelsky expone que la igualdad ante la ley es otro principio fundamental de la sociedad, así como la igualdad respecto a situaciones y reglas jurídicas.¹²⁹

¹²⁶ Ídem.

¹²⁷ Ob. cit. ZAGREBELSKY Gustavo. P. 15

¹²⁸ Ob. cit. ZAGREBELSKY Gustavo. P. 16

¹²⁹ *Ibíd.* P. 16

Por otro lado, refiere que los principios mencionados no deben entenderse como conceptos absolutos, ya que de ser así se impediría admitir otros, atentando en contra de la finalidad de la Constitución de salvaguardar varios.¹³⁰

Expone Gustavo Zagrebelsky que la primera de las grandes tareas de una Constitución contemporánea consiste en separar y distinguir claramente a la ley, como obra del legislador, y los derechos humanos, como pretensiones subjetivas absolutas, válidas por sí mismas con independencia de la ley.¹³¹

En lo que respecta a los derechos subjetivos, se tratan de teorías en las que el Estado de Derecho pretende limitar el ejercicio de la autoridad sobre el soberano.¹³²

Por otro lado, se considera que el Derecho subjetivo es el interés protegido por el objetivo, o la voluntad reconocida o garantizada por aquél, es decir, el Derecho subjetivo es la función productor del Derecho (en el sentido de facultad) y tomándolo de esa forma es que desaparece toda oposición con el Derecho objetivo.¹³³

Para Edgar Bodenheimer tratar a todos los hombres iguales, en circunstancias iguales, de modo igual, es el primero y más importante de los mandamientos de la justicia.¹³⁴

Por su parte, la ley es la voluntad del legislador plasmada en un texto legal y que para su creación fueron colmaron los requisitos o etapas previstas en la Constitución, por lo que se encuentra dotada de fuerza jurídica.

En otro orden, la palabra ley tiene en el lenguaje jurídico diversos significados, al grado de que se usa como equivalente a derecho o a norma jurídica en general.¹³⁵

¹³⁰ Ob. cit. ZAGREBELSKY Gustavo. P. 16

¹³¹ Ob. cit. ZAGREBELSKY Gustavo. P. 47

¹³² Ídem.

¹³³ Ob. cit. KELSEN Hans. p. 68.

¹³⁴ BODENHEIMER Edgar. *Teoría del derecho*. Traduc. Herrero Vicente. Fontamara. México. 1986. P. 54

¹³⁵ Ídem. P. 61.

CONCLUSIONES

A razón de conclusiones dentro del trabajo de investigación, se sostienen las siguientes:

1. En la actualidad el Derecho tiene la obligación de perseguir en forma incesante el salvaguardar los derechos fundamentales de las personas, dejando atrás un formalismo rígido y sustituyéndolo por un Derecho flexible que permite una primacía de los valores sobre los ordenamientos.

2. En estos casos, consideramos que el Derecho sirve para garantizar la moral, o mejor dicho, garantizar la guarda de los Derechos Fundamentales.

3. Dicha reforma, debe atender también a que las normas legales sean justas para los gobernados, cumpliendo así con las bases del jusnaturalismo clásico.

4. Por otro lado, la propuesta de referencia debe ser concebida por los órganos de la sociedad involucrados en la causación de contribuciones, buscando una mejora social en general, cumpliendo así con los supuestos del sociologismo.

5. En ese modo, como investigadores del derecho tenemos la obligación de que nuestros trabajos no se limiten a la crítica, sino que éstos deben enfocarse a proponer mejoras, razón por la cual, estimo que una adecuada propuesta tal y como se refirió en párrafos que anteceden, debe “extraer” lo relevante de cada una de las corrientes descritas para formar bases realmente aplicables en la actualidad.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA Portales Rafael Enrique. *Teoría Política y Jurídica. Problemas Actuales. Porrúa. México. 2008.*

AGUILERA Portales Rafael Enrique et al. *Pensamiento Político Contemporáneo. Una Panorámica. Porrúa. 2008.*

BASAVE Fernández del Valle Agustín. *Teoría del Estado. Fundamentación de Filosofía Política. 10ª Ed. Jus México. México. 1985.*

BOBBIO Norberto. *El problema del positivismo jurídico. Traducción Ernesto Garzón Valdés. Fontamara. México. 1991.*

BODENHEIMER Edgar. *Teoría del derecho. Traducción. Herrero Vicente. Fontamara. México. 1986.*

CORREAS Oscar. *Introducción a la crítica del derecho moderno. Fontamara. México. 1997.*

DIETERLEN Paulette. *Ensayos sobre Justicia Distributiva. 2ª Ed. Fontamara. México. 2001.*

DWORKIN Ronald. *El imperio de la justicia. Traducción. Claudia Ferrari. Gedisa. España. 2005.*

GARCÍA Máñez Eduardo. *Positivismo jurídico, realismo sociológico y jusnaturalismo. 4ª Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1989.*

GARZÓN Valdés Ernesto. *Derecho y filosofía. Traducción Santiago Carlos. 3ª Ed. Fontamara. México. 1999.*

HART H. L. A. *El concepto del Derecho. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. S.A.*

KELSEN Hans. *Teoría pura del derecho*. 15ª Ed. Traducción. Roberto Vernengo. Porrúa. México. 2007.

KLUG Ulrich. *Problemas de la filosofía y de la gramática del derecho*. Traducción Jorge Seña. Fontamara. México. 1992.

NINO Carlos S. *Algunos Modelos Metodológicos de Ciencia Jurídica*. Fontamara. México. 1993.

OLIVECRONA Karl. *Lenguaje jurídico y realidad*. Fontamara. México. 1991.

RAWLS John. *Teoría de la Justicia*. 2ª Ed. Traducción. María Dolores González. Fontamara. México.

RIBEIRO Toral Gerardo. *Verdad y Argumentación Jurídica*. 2ª Ed. Porrúa. México. 2007.

SAVIGNI Friedrich Karl Von. *Metodología jurídica*. Traducción Santa-Pinter. Depalma. Buenos Aires. 1994.

WRIGHT Georg Henrik Von. *Normas, verdad y lógica*. Fontamara. México. 1997.

ZAGREBELSKY Gustavo. *El Derecho Dúctil*. 7ª Ed. Trota. Madrid. 2007.