

ANTOLOGÍA
SOCIOLOGÍA JURÍDICA
UNIVERSIDAD VERACRUZANA

LICENCIATURA EN DERECHO
SISTEMA DE ENSEÑANZA ABIERTA

CATEDRÁTICA
LIC. GUADALUPE MADERO VALENCIA

ALUMNOS:

MARIA MAGDALENA GARCIA RAMIREZ

GLADYS HERNANDEZ HERNANDEZ

MARIA DEL SOCORRO REYES BARBOSA

NORA ALEJANDRA FAISAL SOLANO

RAMON VAZQUEZ RAMIREZ

INTRODUCCION

La sociología jurídica, estudia el fenómeno del derecho no bajo el punto de vista normativo propio de la ciencia jurídica, sino como fenómeno social, así pues, Derecho es igual a normal objeto de la ciencia jurídica – stricto sensu- pero lo que es evidente es que los juristas no pueden negar el carácter científico a otras disciplinas como la historia del derecho o la sociología jurídica, que también trabajan con el Derecho, estas dos son en efecto, auténticas ciencias, y los juristas, o sea la Dogmática jurídica no lo niegan, a lo que se oponen los juristas –y no les falta razón- es a introducir consideraciones sociológicas o, en otro aspecto, filosóficas en el terreno normativo de la Dogmática jurídica como teoría del Derecho positivo: es decir, se oponen a que la Sociología Jurídica entre dentro de ese concepto estricto de Ciencia del Derecho.

La Sociología Jurídica estudia la interconexión Derecho-Sociedad. Sus dos temas fundamentales expresan, respectivamente, esa relación que la Sociología Jurídica mantiene tanto con la ciencia como con la Filosofía del Derecho.

La sociología Jurídica mediante el estudio de esta interconexión entre los valores jurídicos y la sociedad. No trata de introducir elementos valorativos en la sociología del derecho: aquí los valores operan como hechos: no se valoran los hechos, se constatan Valores, se constata su presencia o ausencia y su acción en una sociedad: lo que se hace es analizar esta interconexión ...cosa que como ocurre con el binomio normatividad positiva y sociedad.

Son por tanto dos los temas fundamentales de la Sociología jurídica:

1.- Interconexión Derecho positivo-sociedad, que puede verse, bien desde la sociedad (substrato sociológico de la normatividad), bien desde el Derecho (condicionamiento o influencia del Derecho sobre una determinada sociedad).

2.- *Interconexión valores jurídico-Sociedad*, que puede verse, bien desde la sociedad (substrato sociológico de los valores jurídicos aceptados), bien desde los valores (condicionamiento e influencia de éstos sobre una determinada sociedad y su sistema normativo positivo).

El primer tema relaciona a la Sociología jurídica con la Ciencia del Derecho «stricto sensu» o Dogmática jurídica, en cuanto que son, respectivamente, un análisis sociológico y un análisis científico-normativo de un mismo objeto que es el Derecho positivo.

El segundo relaciona a la Sociología jurídica con la Filosofía del Derecho (en su aspecto de Axiología jurídica), en cuanto análisis sociológico (constatación fáctica) y filosófico (comprobación de validez objetiva), respectivamente de los valores jurídicos

En el presente trabajo trataremos de exponer la importancia que ocupa la sociología Jurídica en la ciencia jurídica y se entenderá el campo en el cual se desenvuelve .

La mediación hecho-norma supone reconocimiento de una interconexión entre ambas, de una mutua determinación_ el hecho social determina la norma, pero a su vez , la norma determina el el hecho: carecen entonces de sentido las autonomías fraccionadas de la realidad, tanto de la autonomía total del derecho, como la autonomía total de la sociedad . lo que hay es una mutua determinación, síntesis real, mediación entre ambas. La concepción normativa del derecho, como concepción filosófica, significa así, por un lado, afirmación de que el objeto propio de la ciencia jurídica son las normas (Dogmática Jurídica), por otro, necesidad de conexionar la norma con el hecho, el derecho con la sociedad (sociología Jurídica).

1.- SOCIOLOGÍA

La sociología es la ciencia que estudia, describe y analiza los procesos de la vida en sociedad. Su objeto de estudio son los seres humanos y sus relaciones sociales, las sociedades humanas. La sociología utiliza diferentes métodos de investigación empírica y análisis crítico para perfeccionar y desarrollar un conjunto de conocimientos acerca de la actividad social humana, a menudo con el propósito de aplicar dichos conocimientos a la consecución del bienestar social.

La sociología estudia todos los fenómenos sociales a nivel macro y micro, desde el espectro objetivo hasta el subjetivo. Para abordar este análisis se aplican métodos de investigación diversos tanto cuantitativos como cualitativos. El análisis estadístico multivariante, la observación participante o el análisis del discurso, son algunos ejemplos de las técnicas de investigación sociológica.

Todos los fenómenos sociales micro y macro pueden ser objetivos como subjetivos. Las diferentes perspectivas teóricas modernas se definen en función del nivel de análisis y de estudio. El moderno paradigma sociológico integrado estudia las grandes realidades materiales (la sociedad, burocracia o la tecnología) y no materiales (normas y valores), así como las pequeñas entidades objetivas (pautas de acción e interacción social) y las subjetivas (cómo los individuos construyen la realidad social). En las últimas décadas el surgimiento de una nueva red de análisis matemático y computacional ha proporcionado al análisis sociológico técnicas muy rigurosas y depuradas.

El Diccionario de la Real Academia. Así, el término sociología se describe en este diccionario del siguiente modo:

Sociología Ciencia que trata de las condiciones de existencia y desenvolvimiento de las sociedades humanas.

La sociología estudia los fenómenos socioculturales que surgen de la interacción entre los individuos y entre los individuos y el medio. Ciencia que estudia el desarrollo, la estructura y la función de la sociedad. Otras

disciplinas de las ciencias sociales (economía, ciencias políticas, antropología y psicología) también estudian temas que caen dentro del ámbito de la sociología. Los sociólogos estudian las formas en que las estructuras sociales, las instituciones (clase social, familia, comunidad y poder) y los problemas sociales (delito) influyen en la sociedad.

La sociología se basa en la idea de que los seres humanos no actúan en base a sus propias decisiones individuales, sino de acuerdo con influencias culturales e históricas y según los deseos y expectativas de la comunidad en la que se encuentran. Así, el concepto básico de sociología es la interacción social o la respuesta entre individuos, ya que esta interacción es el punto de partida para cualquier relación en una sociedad. Los sociólogos que estudian los detalles de las interacciones de la vida cotidiana reciben el nombre de microsociólogos y los que se ocupan de los patrones de relación entre sectores sociales más amplios (el Estado, la economía e incluso las relaciones internacionales) reciben el nombre de macrosociólogos.

Las distintas escuelas sociológicas insisten y ponen de relieve en grado diverso los factores relacionados, algunos subrayando las relaciones mismas, tales como la interacción, la asociación; otras destacan a los seres humanos en sus relaciones sociales, concentrando su atención sobre el "socius" en sus diversos papeles y funciones.

Se reconoce que los métodos de la sociología pueden ser estrictamente científicos y que las generalizaciones comprobadas que constituyen la característica inequívoca de la verdadera ciencia ha venido siendo cimentada en una extensa y concienzuda observación y análisis de las reiteradas uniformidades que se manifiestan en la conducta del grupo.

Giddings, en sus "Principles of Sociology", escribe: "La unidad de investigación en sociología es el "socius", es decir, el individuo que no es solamente un animal y un espíritu consciente, sino también un compañero, un aprendiz, un maestro, un colaborador. La sociología estudia la naturaleza del "socius", sus costumbres y sus actividades".

LA SOCIOLOGIA Y EL CAMBIO SOCIAL

La sociología estudia al hombre en su medio social, es decir, en el seno de una sociedad, cultura, país, ciudad, clase social, etcétera. Sin embargo, el ámbito de investigación de los sociólogos puede abarcar desde grandes y vastos conjuntos, hasta reducidas unidades de observación, aunque siempre exista entre ambas la complementariedad en el análisis. La sociología no estudia la sociedad como "suma de individuos", sino que estudia las múltiples interacciones de esos individuos que son las que le confieren vida y existencia a la sociedad en todas sus manifestaciones, aplicando métodos de investigación y evaluación sistemáticos que permiten su medición, cuantificación y verificación empírica.

La sociología nace como ciencia en un momento convulso, en una época de rápidos y bruscos cambios sociales, en la sociedad resultante de la Revolución Industrial a mediados del siglo XIX. Esta revolución, en opinión de muchos autores, representó el cambio social más importante desde el paso de una sociedad cazadora, recolectora, nómada a una sociedad agrícola, sedentaria. Esto ocurrió allá por el neolítico hace unos 10.000 años.

Estos grandes cambios sociales motivaron una mayor preocupación sobre las características de la sociedad, sobre la estructura social y sobre cómo se pasa de una estructura social a otra diferente por medio de los cambios sociales. A esta preocupación por la sociedad se le unió el hecho de la popularización, entre los pensadores, del método científico. De la fusión de ambos fenómenos surgió la sociología como ciencia independiente.

La sociología, por tanto, supuso un intento de aplicar los esquemas del análisis científico a la realidad social humana. Con una característica principal, lo que caracteriza a la sociología en el contexto de las ciencias sociales es su alto nivel de generalidad, es decir, se ocupa de la investigación de la estructura y de los procesos de la sociedad en general. De ahí que sea normal leer una definición de la sociología como la que sigue: *ciencia que se ocupa del estudio de las sociedades de modo completo*. Aunque esto no

resulte del todo cierto, la sociología también se ocupa de ámbitos más reducidos en una sociedad, si nos permite una definición general que se corresponde en alto grado con la realidad.

Para no dejar cabos sueltos y definir esa parte oscura que queda en la definición anterior vamos a observar a la sociología desde distintos ámbitos que he denominado ejes de definición.

El primer eje correspondería con las dos visiones principales de la sociedad: la visión estática y la dinámica.

EJE 1º ESTRUCTURA Y CAMBIO SOCIAL

La persona que inventó el término “sociología” –Augusto Comte– considerado el primer sociólogo, dividió ya su “Física Social” –término que consideraba más justo para su recién inventada ciencia– en “Estática” y “Dinámica Social”. La primera comprendía el estudio de lo que hoy se denomina estructura social, consiste en la observación e investigación de la sociedad en un momento concreto, es decir, los distintos grupos sociales, las relaciones entre ellos, las estrategias sociales, las funciones que cumplen cada uno de estos grupos. Se trata de hacer una foto fija de un momento social. La otra perspectiva, el cambio social, es el estudio de los fenómenos que en el tiempo hacen variar el cuerpo social, las variaciones en los grupos, los cambios en las relaciones entre ellos, lo que implica un cambio en las estrategias y en las funciones. Ambas perspectivas son complementarias y no se puede describir las sociedades sin un completo análisis de ambas.

Del mismo modo los sociólogos estudian las variables sociales, parámetros sociales sujetos a cambio, variables dependientes si atendemos a su formulación matemática. Estudian qué variables cambian y en función de qué variables independientes lo hacen. Por poner un ejemplo de sociología electoral, puedo estudiar el valor de la abstención en elecciones diferentes y

me da una perspectiva estática. Puedo del mismo modo analizar otros parámetros sociales, marcha de la economía, comportamiento de los partidos políticos, prestigio social de la política, nivel cultural, conflictividad social como variables independientes y estudiar el fenómeno de la abstención en el tiempo en función de éstos y otros parámetros.

EJE 2º. LA TEORÍA SOCIOLÓGICA

La sociología ha acumulado con los años un gran cuerpo teórico en el que los clásicos, los llamados padres de la sociología (Marx, Durkheim, Weber y otros) tienen todavía un gran peso y son de inevitable estudio por los sociólogos. Posteriormente han realizado aportaciones a la Teoría Sociológica numerosos autores durante todo el siglo XX. Pero si analizamos la historia de la Teoría Sociológica con ánimo sintetizador podemos establecer dos grandes escuelas: el funcionalismo y todos sus derivados y la sociología del conflicto y todas sus manifestaciones. Y no nos costaría mucho trabajo etiquetar a la mayoría de los autores en una u otra escuela.

Según el enfoque **funcionalista** una sociedad puede entenderse metafóricamente como un organismo vivo que se compone de distintos órganos o estructuras cada uno de ellos con una función o funciones necesarias para que el organismo social pueda vivir. La sociedad es un sistema complejo cuyas partes “encajan” entre sí produciendo un equilibrio o estabilidad social.

Para la corriente principal del funcionalismo nuestras vidas están orientadas según la dirección que marcan ciertas estructuras sociales, entendiéndose por éstas pautas relativamente estables de relaciones sociales, por ejemplo, las relaciones familiares, las conductas ritualizadas, y otras, que implican comportamientos relativamente estables y predecibles. Así para Talcott Parsons, el máximo representante de este paradigma, la sociedad tiende al equilibrio y a la estabilidad. Pero para que puedan permanecer en el tiempo,

las sociedades deben cumplir una serie de requisitos que denominó prerrequisitos funcionales como la adaptación al entorno, la satisfacción de los objetivos o la cohesión social entre otros.

Para los críticos del funcionalismo la idea de un orden natural en las sociedades no casa bien con las grandes variaciones que vemos entre distintas sociedades y, dentro de la misma sociedad, entre distintos momentos históricos. También se opina que se pone tanto énfasis en la estabilidad y el equilibrio social que se corre el peligro de olvidar la otra cara de la moneda: la desigualdad y el conflicto social.

Y es precisamente esta otra cara de la moneda, la que protagoniza el estudio de la otra gran corriente de la sociología, la **sociología del conflicto**. En este paradigma se agrupan las teorías sociológicas que analizan a la sociedad desde el punto de vista de la desigualdad, el conflicto y el cambio social. Se resaltan las relaciones de dominación que enfrentan a las diferentes categorías de personas y, en el ámbito internacional, a los conflictos entre distintas sociedades que compiten entre sí. Se analizan también las estrategias que emplean los dominadores para mantener su posición y de los dominados para intentar mejorar su situación.

Al hablar de sociología del conflicto es inevitable citar a Carlos Marx, cuyas ideas han ejercido una notable influencia en los autores de esta corriente hasta nuestros días. Se trata del Marx filósofo y sociólogo y no del revolucionario que tanta polémica levanta, hasta el punto de que muchos sociólogos norteamericanos reconocen que no han podido estudiar a Marx de una manera independiente; muchos de ellos se consideran “marxianos”, para evitar usar el término “marxista”, equivalente a “comunista” o “revolucionario”. Pero aparte de Marx hay muchos sociólogos importantes en esta corriente como Althusser, Dahrendorf y los miembros de la Escuela de Francfort.

Los críticos de esta corriente opinan que, al destacar tanto la desigualdad y el conflicto, dejan de lado aquellos mecanismos – como los valores compartidos

y la interdependencia – que favorecen la paz y la cohesión social. Por otra parte, al poner en entredicho una sociología libre de valores y proponer objetivos políticos, se les reprocha que no se puede entonces decir que realizan una observación científica.

Si me preguntan a mi dónde me encuadraría, yo diría que en ninguna de las dos corrientes. Para mí son las dos útiles, si se trata de estudiar la estructura social en un momento histórico concreto yo creo que sería más bien funcionalista, pero si se trata de estudiar el cambio social, aplicaría los conceptos críticos de la sociología del conflicto.

EJE 3º VISIÓN MACRO-MICRO

Aunque en el apartado anterior hemos descrito las dos principales corrientes de la Teoría Sociológica no hemos acabado del todo. Ambas corrientes de pensamiento entienden la sociedad desde una visión macroscópica, en términos de agregados, de generalizaciones abstractas. ¿En que lugar queda el individuo?

De esta manera, desde los años '50 del pasado siglo, se ha venido desarrollando un nuevo paradigma, el de la acción, esto es, el nivel de análisis ya no se centra en las grandes estructuras sociales sino en las interacciones cotidianas de las personas que van dotando de significado al mundo social que les rodea.

Dentro de esta visión microscópica de la sociedad destaca un enfoque denominado el **Interaccionismo Simbólico**, cuyo máximo exponente es el filósofo norteamericano George Herbert Mead. Las reflexiones de Mead se centraron en explicar cómo las personas van construyendo su propia identidad y definiéndose a si mismas a través de sus experiencias sociales. Para este enfoque la sociedad es el resultado de las interacciones cotidianas de las personas, que van dotando de significado al mundo social que les

rodea. Por supuesto no hay garantías de que este proceso de interacción continua haga que las personas terminen imputando los mismos significados al entorno en el que viven y, así, aún reaccionado de la misma manera, un policía puede hacer sentirse seguro a un individuo y nervioso a otro. De modo que la sociedad sería un mosaico de definiciones subjetivas y reacciones variadas.

Otro enfoque importante que centra su atención en el individuo y que ha causado un gran impacto en la sociología de las últimas dos décadas son las **teorías de la Elección Racional**. Es un grupo teorías que se han tomado prestadas de la ciencia económica, que las usa para estudiar fenómenos como la acción colectiva o la conducta estratégica en instituciones y organizaciones.

Se parte de la proposición consistente en que la unidad de análisis sobre la que debe descansar la explicación sociológica es el individuo o más concretamente los cursos de acción que emprenden los individuos en función de sus intereses y prioridades. Con ello se sustituye la imagen sobreesocializada del ser humano, según la cual, éste actúa en conformidad con los valores y normas sociales de los que resultan el consenso y el orden social, idea ésta muy querida por los funcionalistas. En términos estrictos la acción racional de los individuos es el resultado de una evaluación de los costes y beneficios que entraña, de manera que, son capaces de priorizar las alternativas de que disponen. Decisión en la que cuentan con la información necesaria para ello.

Pero esto en la vida real no es cierto, existe siempre un grado mayor o menor de información disponible y también es variable el número de alternativas posibles. De esta forma surgió la escuela de la **Racionalidad Limitada**, según la cual, los individuos disponen de una visión limitada del mundo en la que solo cabe un número reducido de alternativas de acción, eligiendo entre ellas las que le parecen más satisfactorias.

Todas estas teorías que ponen el objeto de estudio en el individuo son un buen contrapeso a las sociologías de visión macro Sin negar las estructuras sociales, las sociedades están constituidas por individuos, de esta forma proponen soluciones a ciertos problemas de análisis que desde una visión completa de la sociedad no se pueden alcanzar. Pero cuando la investigación social se centra en el individuo es fácil perder de vista la influencia de las variables sociales o estructurales en los fenómenos sociales.

2.- CONCEPTO DE SOCIOLOGIA JURIDICA

Según Jean Carbonnier

A veces se le da al concepto de "sociología jurídica" una significación más amplia que al de "sociología del derecho". Según ésta idea, la sociología del derecho se limita a analizar lo que constituye el derecho mismo, o sea la regla y las instituciones, mientras que la sociología jurídica, se ocuparía de todos los fenómenos de los cuales el derecho puede ser causa, efecto u ocasión. Científicamente es mas útil trabajar con un campo de estudio que sea lo más amplio posible. Por ello a ese campo le aplicaremos indistintamente una u otra denominación.

- La sociología del derecho puede definirse como una rama de la sociología general, que tiene por objeto, una variedad de fenómenos sociales. Los fenómenos jurídicos o fenómenos de derecho.

Cabe aclarar que el derecho solo existe en virtud de la sociedad, por ello, todos los fenómenos sociales son fenómenos jurídicos, y además existe lo social "no jurídico" formado por la costumbre o usos sociales.

La Sociología del Derecho, es aquella disciplina que estudia los problemas, las implicaciones, y todo aquello concerniente a las relaciones entre el Derecho y la sociedad. A diferencia de la Teoría del Derecho y de la Filosofía política, el principal problema u objeto de estudio de la sociología jurídica es el de la eficacia del derecho.

La sociología jurídica es para algunos, una rama de la sociología general. Para otros, es una subdisciplina del derecho (En Europa se institucionalizo como disciplina). A nivel general, es una aproximación sociológica al derecho.

SOCIOLOGOS RECONOCIDOS

Los orígenes de la sociología jurídica pueden rastrearse hasta las obras de los clásicos, a saber, Max Weber, Émile Durkheim y Karl Marx. Algunos precursores modernos son Rudolph Von Ihering, Francois Géný, Eugene Ehrlich, Jean Carbonnier, Georges Gurvitch, Roscoe Pound, Axel Hägerström y Renato Treves. Un desarrollo inigualable le han dado a la sociología jurídica Max Weber y Niklas Luhmann, especialmente este último con sus obras *Gesellschaft der Gesellschaft* y *Gesellschaft und Recht*, obras que salvo en México son aún prácticamente desconocidas en el ámbito hispanohablante.

A nivel mundial, Roger Cotterrell , David Nelken, Alan Hunt, Vincenzo Ferrari, Volkmar Gessner, H. Rottleuthner, Gunther Teubner, Mathieu Deflem, Max Travers, Reza Banakar, Boaventura de Sousa Santos, Marc Galanter, Yves Dezalay, David Trubek, Bryant Garth, Brian Tamanaha, Sally Engle Merry, Ronen Shamir, Michael McCann, Heinz Klug y Jacques Comaille son algunos sociólogos del derecho contemporáneos reconocidos.

Esta disciplina ha venido expandiéndose y tomando fuerza en los últimos años en América Latina. Algunos sociólogos del derecho latinoamericanos de gran renombre son Roberto Gargarella, Eliane Junqueira, Wanda de Lemos Capeller, Carlos María Cárcova, Oscar Correas, Manuel Jacques, Mauricio García Villegas, Rodrigo Uprimny, Arthur Max y César Rodríguez Garavito, Camilo Borrero García entre otros.

DEFINICION DE SOCIOLOGIA JURIDICA

A menudo se le otorga al concepto de Sociología Jurídica una trascendencia más dilatada que al de Sociología del Derecho. Según esta idea, la Sociología del Derecho se circunscribe en analizar lo que constituye el Derecho mismo, es decir, las reglas y las instituciones, mientras que la Sociología Jurídica engloba todos los fenómenos de los cuales el Derecho puede ser causa, efecto u ocasión, incluidos los fenómenos de violación, de ineffectividad o de desviación. Sin embargo, nos parece científicamente útil tener un campo de estudio que sea lo más amplio posible, pues no hay

reflejos del Derecho, aunque sean lejanos o deformantes, que no puedan contribuir a su conocimiento. A este campo de estudio le aplicaremos, en virtud de una convención que queda establecida desde ahora de una vez por todas, indistintamente una u otra de las dos denominaciones: Sociología del Derecho o Sociología Jurídica.

DIFERENTES CONCEPCIONES DE LA SOCIOLOGIA JURIDICA

Concepción estricta y amplia de la Sociología Jurídica

Dentro de los fenómenos sociales, existen algunos cuyo carácter jurídico es evidente, por ejemplo la ley, el juicio, o la decisión administrativa; esos son fenómenos jurídicos primarios. Son jurídicos porque crean derecho y porque se identifican con el derecho. Según una concepción estricta, la sociología debería limitarse a ese terreno. Aunque esta concepción ha dejado de tener influencia en la orientación que se les ha dado a las investigaciones.

De manera inversa, existe una concepción amplia de la sociología jurídica que la extiende a todos los fenómenos sociales en los cuales se comprenda algún elemento del derecho, aunque ese elemento aparezca mezclado con otros, y no en estado puro, Así concebida, la sociología jurídica, sus investigaciones pueden caer tanto sobre fenómenos primarios, como sobre fenómenos secundarios o derivados tales como la familia, la propiedad, el contrato, etc.

RELACIONES DE LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA CON LA SOCIOLOGÍA GENERAL

Aunque parezcan disciplinas diferentes, existen entre ambas, relaciones de intercambio. La sociología jurídica ha recibido mucho de la sociología general, (de la cual es hija) y sus métodos son una adaptación de los métodos usados en otros campos sociológicos (el método histórico-

comparativo, la estadística, el sondeo, etc.) Muchos de los conceptos que usa la sociología jurídica (coacción social y control social, conciencia colectiva, rol, aculturación, etc.) no son otra cosa que conceptos de la sociología general, sobre los cuales se ha puesto simplemente un acento de derecho.

A la inversa, la sociología general no reconoce fácilmente lo que le viene o puede venirle de la sociología jurídica. A decir verdad lo que discute la sociología del derecho, es la aportación del derecho mismo. Tal vez sea a través de la "Teoría de la prueba" como el derecho podría presentarle a la sociología sus sugerencias más útiles.

Diferencia entre la Sociología Jurídica y el Derecho Dogmatico

El derecho que aquí consideramos es el derecho como ciencia, tal como se enseña en la facultad, y como se practica en los tribunales, es decir derecho escrito, el que se estudia mediante la ley, al que denominamos dogmático. Piénsese en las diferencias de objeto: el derecho dogmático estudia las reglas de derecho en sí mismas, mientras que la sociología del derecho se esfuerza por descubrir las causas sociales que lo han producido y los efectos sociales que ellas producen.

La sociología jurídica puede estudiar las reglas de derecho (eliminando enteramente su carácter obligatorio⁹ que tienen respecto de sus destinatarios. Lo cual no es admisible porque la autoridad es un elemento imborrable del fenómeno jurídico.

Entre el derecho dogmático y la sociología jurídica la diferencia no se refiere al objeto. Es una diferencia de punto de vista o de ángulo de visión. El mismo objeto que el derecho dogmático analiza desde dentro, la sociología del derecho lo observa desde afuera. Y precisamente porque lo observa

desde afuera, lo ve como fenómeno, como exterioridad, como apariencia, sin preguntarse sobre lo que puede ser en si mismo.

El jurista dogmático está observando en el interior de un sistema jurídico, que es su sistema nacional. Aunque sea solo un teórico puede pretender actuar legítimamente sobre él. Por el contrario el sociólogo observa desde afuera del sistema, aunque este sistema sea el suyo. La observación que hace él no influye para nada en su funcionamiento.

LA SOCIOLOGIA DEL DERECHO: INVESTIGA LAS RELACIONES ENTRE DERECHO Y LA SOCIEDAD

En la actualidad existe un mayor espectro de temas que interesan a la Sociología Jurídica. Ante todo las relaciones sociales, entendidas como las conductas que tienen en cuenta la actitud y la conducta de otros, en ciertos aspectos se encuentran alcanzadas por la regulación jurídica.

Otro aspecto que constituye una categoría sociológica ineludible, es el de la Estratificación Social, es decir el conjunto de grupos jerárquicos que conforman la sociedad por clases sociales o grupos de status, a menudo tienen regulación normativa.

La estratificación social como estructura, proceso o problema tiene una vinculación inseparable con normas del ordenamiento jurídico, y es por consiguiente uno de los grandes temas de la Sociología del Derecho.

En este punto conviene recordar una clara distinción que realiza Carbonnier, “lo que diferencia a la sociología jurídica de la ciencia del derecho ó del derecho dogmático, es que el derecho dogmático estudia reglas de derecho en si mismas, mientras que la sociología del derecho se esfuerza por descubrir las causas que las han producido y los efectos sociales que ellas producen”. En consecuencia, entre el derecho dogmático y la sociología del derecho la diferencia no se refiere al objeto. Es una diferencia de puntos de vista o de ángulo de visión. El mismo objeto que el derecho dogmático

analiza desde dentro, la sociología del derecho lo observa desde afuera, y precisamente por que lo observa desde afuera lo ve como fenómeno, como exterioridad, como apariencia.

CAMPOS Y TEMAS DE LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO

Las investigaciones de Sociología Jurídica han tenido un gran desarrollo en América y Europa principalmente, ocupándose de diversos temas y variedad de problemas sociológico-jurídicos que si bien por un lado enriquecen su conocimiento, de otro lado, le dan un carácter provisional a cualquier intento de explicar sus contenidos.

Admitiendo las limitaciones advertidas para dar cuenta de las principales investigaciones, consideramos que los campos de aplicación de la Sociología Jurídica son los siguientes:.

Según Renato Treves, entre las investigaciones sociológico-jurídicas que se desarrollan en parte coincidente con la Ciencia Política y con la más reciente Sociología Política se encuentran:

- 1) Las que versan sobre la producción de las normas y sobre el proceso legislativo.
- 2) Las investigaciones de Sociología Electoral, consideradas generalmente como pertenecientes a la Sociología Política pero también pertenecen a la Sociología Jurídica, especialmente en cuanto se ocupan de comportamientos regulados por normas de las leyes electorales.
- 3) Las investigaciones sobre grupos de presión, que son investigaciones típicas de Sociología Política que también pueden ser consideradas como pertenecientes a la Sociología Jurídica en cuanto se ocupan de la influencia que tales grupos ejercen o pueden ejercer sobre los órganos legislativos y sobre los órganos jurisdiccionales.
- 4) Por último, diversas investigaciones sobre los partidos, sobre la clase política, sobre la participación política, etc.

3.- DERECHO Y SOCIOLOGIA

Del Derecho se ha dicho que es un conjunto de normas jurídicas que forman un sistema cerrado, al punto que las soluciones hay que buscarlas en las propias normas, criterio válido durante mucho tiempo y que, por lo demás, hay cierta cuota de certeza que ofrece seguridad jurídica a las relaciones sociales que se desarrollan en ese lugar y tiempo.

- En principio, digamos que es un conjunto de normas de carácter general, que se dictan para regir sobre toda la sociedad o sectores preestablecidos por las necesidades de la regulación social, que se imponen de forma obligatoria a los destinatarios, y cuyo incumplimiento debe acarrear una sanción o la respuesta del Estado a tales acciones. Estas normas no son resultado solamente de elementos racionales, sino que en la formación de las mismas inciden otros elementos, tales como intereses políticos y socioeconómicos, de valores y exigencias sociales predominantes, en tanto condicionan una determinada voluntad política y jurídica, que en tanto se haga dominante se hace valer a través de las normas de Derecho. A su vez esas normas expresan esos valores, conceptos y exigencias, y contendrán los mecanismos para propiciar la realización de los mismos a través de las conductas permitidas, prohibidas o exigidas en las diferentes esferas de la vida social.

El Derecho es el orden normativo e institucional de la conducta humana en sociedad inspirado en postulados de justicia, cuya base son las relaciones sociales existentes que determinan su contenido y carácter. En otras palabras, es el conjunto de normas que regulan la convivencia social y permiten resolver los conflictos interpersonales.

La sociología es una ciencia social que estudia, describe y analiza los procesos de la vida en la sociedad; busca comprender las relaciones de los hechos sociales por medio de la historia; mediante el empleo de métodos de investigación, quiere saber donde están los problemas en la sociedad y sus

relaciones con los individuos. Compara a la sociedad con la cultura y la política. Es una ciencia nueva que se hizo a la mitad del siglo XIX.

El terreno de investigación de la sociología es bastante amplio. Puede investigar desde los motivos por los cuales las personas seleccionan sus parejas hasta las razones de la desigualdad

4.- LA SOCIOLOGIA DEL DERECHO

La Sociología del Derecho o Sociología Jurídica puede precisarse como una rama de la Sociología en General o, diremos, en relación de la nueva convención, de la Sociología General. Es una rama de la Sociología General, con el mismo título que lo es, por ejemplo, la Sociología Religiosa, la Sociología Económica, la Sociología del Conocimiento o la Sociología de la Educación. Es aquella especialidad de la Sociología General que tiene por objeto una variedad de fenómenos sociales: los fenómenos jurídicos o fenómenos de Derecho. La palabra fenómeno es capital, ya que marca de golpe la intención de mantenernos dentro de las apariencias y de renunciar a alcanzar sus atributos. Es decir los de fenómenos jurídicos. Como el Derecho sólo existe en virtud de la sociedad, se puede permitir que todos los fenómenos jurídicos sean, de alguna manera o al menos, fenómenos sociales. La premisa reversa, empero, no es cierta. No todos los fenómenos sociales son fenómenos jurídicos. Existe lo social no jurídico, formado por lo que se denomina los fenómenos de costumbres o usos sociales. La persona que, en un comedor, comienza por la sopa y termina con el postre y que luego de su consumo pide la cuenta, brinda repetidamente el espectáculo de un fenómeno de costumbres (primero al ingerir lo salado antes que lo dulce ha observado una regla no escrita de las sociedades occidentales) y después un fenómeno de Derecho (se ha sentido obligada en virtud de un contrato a pagar lo consumido). En efecto, la distinción entre las dos Sociologías no siempre es tan diáfana.

5.- UTILIDAD DE LA SOCIOLOGIA DEL DERECHO

El conocimiento científico tiene un valor importante en cuanto nos acerca a una percepción más confiable y a una mejor comprensión de la realidad, así como en materia jurídica es de gran utilidad porque el derecho es una disciplina práctica ya que está dirigido a regular las relaciones sociales. Además de proporcionar un conocimiento pleno del orden jurídico, la sociología del derecho permite conocer a fondo las materias que rigen las normas.

EL HOMBRE COMO SER SOCIAL

El hombre es un ser social por naturaleza. Es una realidad que unos necesitamos de otros, no podríamos vivir solos.

El hombre es un ser social y biológicamente es imposible un ser humano fuera de la sociedad. Aprendizaje, costumbres, comportamientos o relaciones llevan al hombre a la vida que entendemos como humana, importancia que contrasta con la poca atención que se ha prestado a la realidad de este análisis. En principio se produce cuando sociedad civil y Estado son contemplados de diferente manera, aunque durante algo más del siglo su existencia todavía no se ha clarificado suficientemente lo social con variadas explicaciones sobre sus cambios.

El hombre en sociedad aprende, va incorporando conocimientos y experiencias que adquiere de otras sociedades y a su vez las transforma de acuerdo a sus necesidades para posteriormente transmitir las a las siguientes generaciones.

Aristóteles ya definió al hombre como ZOON POLITIKON; animal político por naturaleza. El se refería a la polis como paradigma de sociedad, un sistema de vida, no un agregado de individuos, por tanto esta definición contiene un matiz importante; "su dimensión cultural".

El desarrollo de la teoría de Darwin propuso dos ideas fundamentales:

- 1) Idea equilibrio ser vivo-naturaleza.
- 2) Proceso evolutivo por adaptaciones y desadaptaciones.

Las mutaciones encajan al hombre en un territorio determinado donde lo decisivo es la adaptación al medio y el hombre es un resultado de innovaciones y autorregulaciones adaptativas por la condición social del hombre, así este es el proceso de una evolución biológica y social (co-evolución).

El hombre como especie es débil en sí mismo y ha sobrevivido en virtud de su carácter social desarrollando y transmitiendo una cultura que fue progresando. Así la cultura es el ambiente artificial creado por el hombre. Esta hominización lleva al hombre como tal.

6.- EL HOMBRE Y LA SOCIEDAD

La persona humana es mucho más que un ser lleno de necesidades, el ser humano es esencialmente comunicativo por lo que está llamado a compartirse y dejarse compartir por los demás. Todo ser personal tiende esencialmente a la entrega y a la participación, de forma que el ser personal está ordenado por esencia al tú y a la sociedad. La meta es el recíproco: dar y participar en los valores personales y por eso en las diversas estructuras sociales se determina su propia esencia, según la especie de los valores personales que en ellas intervienen; por ejemplo: el matrimonio, la amistad, etc.

Todas las personas tenemos la tarea de crear conciencia de integración en la estructura social en la que vivimos, profundizando en los principios sociales universales para orientar y motivar la participación.

Sociedad:

La Sociedad humana es el conjunto de individuos que viven agrupados en diversos tipos de asociaciones, colectividades e instituciones. La Sociedad y sus fenómenos son estudiados por la Sociología, entre otras Ciencias Sociales, como la Economía.

Grupo social:

LA SOCIEDAD Y SU DINAMICA

Los grupos primarios constituyen la red fundamental del entramado social y lo social constituye la verdadera sustancia medular de nuestra ciencia, así los problemas de la sociología se refieren a la naturaleza del vínculo social. El misterio que afrontan los sociólogos es la naturaleza de lo social. Las diferentes maneras de abordar esta solución en con el desarrollo de dos grandes campos:

- 1) Estática social.
- 2) Dinámica social.

Y se puede profundizar en el vínculo de lo social a través de los vínculos que lo componen.

Es la agrupación de un cierto número de individuos que están unidos por relaciones sociales, lo que genera la integración mutua (qué tan integrado está el grupo) y que mantiene unas expectativas más o menos duraderas. Lo que distingue a un grupo social es el hecho de que los que forman parte de éste, tienen conciencia de ello. Además, es necesaria cierta identidad o semejanza de intereses entre los individuos y es lo que hace que sean diferentes a los que no pertenecen al grupo.

El número de componentes de un grupo social puede variar extraordinariamente, desde un grupo primario (la familia), hasta un grupo extenso (los militantes de un partido político o los miembros de una secta religiosa). Entre ambos ejemplos extremos hay una multitud de grupos intermedios: los socios de un club recreativo o deportivo, una asociación de ex alumnos, los miembros de una determinada profesión agrupados en torno a su colegio profesional, un club de negocios e incluso un grupo de amigos muy unidos.

A lo largo de su vida, cualquier persona, especialmente en las sociedades urbanas, ha pertenecido a numerosos grupos sociales. De hecho, fuera del grupo no existe vida social. El hombre desarrolla su actividad a través de los grupos sociales.

Dinámica Social:

La dinámica social abarca diferentes áreas en las que se desenvuelve la sociedad. Algunas de ellas son:

- Lenguaje:

El lenguaje es un fenómeno que se acostumbra presentar exteriormente como un simple instrumento de comunicación entre las personas y que surge en cualquier lugar en el que esas personas viven en sociedad. Pero esa comunicación es muy compleja en sí misma y externamente puede hacerse de formas muy variadas. El lenguaje es el medio por el cual el hombre transmite sus pensamientos y así establece organizaciones. La Lingüística es la Ciencia del Lenguaje y busca estudiar todas las lenguas posibles, investigar las fuerzas que intervienen de manera universal en todas las lenguas.

- Código:

Son una serie de sonidos con un significado ligado a cada sonido. Muchas veces limitamos el término a la comunicación simbólica y excluimos el intercambio de significados mediante gritos y sonidos instintivos como un lenguaje no verdadero. Con la comunicación simbólica, las personas pueden dar instrucciones detalladas compartir conocimientos, organizar actividades.

- Religión:

En cuanto a la religión la sociología tiene por objeto el estudio de las leyes de la evolución del pensamiento religioso y las causas determinantes de esa evolución.

· Arte:

Como una de las instituciones primarias que trata de responder simbólicamente al enigma de la vida, del mismo modo que lo hace la religión en lo espiritual. La importancia sociológica del arte reside en que son manifestaciones de una psique colectiva, que mediante la obra de arte, une al artista creador con su público.

· Trabajo:

Energía humana gastada en la consecución de algún fin conscientemente reconocido. De manera específica, uno de los factores básicos de la unidad o empresa que produce riqueza. Elemento de la población que contribuye al propio mantenimiento de la sociedad administrando una combinación de energía física e inteligencia humana al proceso de la producción.

7.- LA ORGANIZACIÓN SOCIAL

Rol social se refiere al conjunto de funciones, normas comportamientos y derechos definidos social y culturalmente que se esperan que una persona (actor social) cumpla o ejerza de acuerdo a su estatus social adquirido o atribuido. En todo grupo hay miembros de diverso *status*, unos de rango superior y otros de rango inferior y a cada *status* corresponde un rol, es decir, un determinado comportamiento en presencia de otros. Así pues, el rol es la forma en que un *status* concreto tiene que ser aceptado y desempeñado por el titular. Algunos *status* conceden al titular ciertas inmunidades al desempeñar el rol, como por ejemplo, al enajenado mental se le permiten comportamientos que no se les permiten a otras personas. Si el individuo no

desempeña su rol de la forma esperada, puede tener riesgo de exponerse a sanciones. Puede decirse en castellano papel social, aunque es menos frecuente en la literatura especializada.

Juego o set de roles (del inglés *role set*) se refiere al repertorio de relaciones funcionales que una persona establece y representa con otros actores sociales en situaciones determinadas. Una persona puede ser un empleado de una tienda, capitán del equipo de fútbol del barrio, compañero de trabajo y padre y todo eso serían funciones sociales.

Los seres humanos en sus relaciones sociales, ya sea en el seno de los grupos o en el de las instituciones, desempeñan diversos papeles y ocupan posiciones sociales distintas. La sociología ha elaborado dos conceptos de gran importancia: el rol y el status.

El rol es el conjunto de actividades realizadas por un individuo en el desarrollo de su vida social, y van dirigidas a una específica función social de acuerdo con normas de conducta establecidas.

A lo largo de su vida el ser humano desempeña una cantidad innumerable de roles, muchos de los cuales se realizan en un mismo período o momento de su existencia. Por ejemplo, la mujer puede desempeñar los siguientes roles simultáneamente: madre, esposa, ama de casa, empleada de oficina, miembro activo de un club de cultura y militante de un sindicato.

Cabe destacar que el desempeño de estos roles varía con diferentes factores, por ejemplo, la cultura.

El status es también consecuencia de la cultura y de factores sociales y económicos. Además, el status de una persona vendrá siempre definido en relación con otras personas creando una identificación social en donde se involucran el prestigio, la dignidad, la categoría y el reconocimiento.

El status define la posición social que un individuo ocupa en la sociedad.

Los roles que se desempeñan y el status que se ocupa, van relacionados con una forma de vida que involucra los niveles de riqueza, de autoridad y de poder. Pero también hay quienes desempeñan roles y ocupan status que no representan ninguna de estas tres características. Esto hace que surja lo que se conoce como “diferenciación social” y está presente entre los individuos que forman parte de una misma sociedad.

8.-EL METODO SOCIOLOGICO

Los hechos sociales deben ser tratados como objetos, dejando de lado las ideas previas, preconceptos, y prejuicios que podamos llegar a tener con ese fenómeno que estudiamos. Por lo tanto pasa a ser una realidad que puede y debe verse afuera y cuya naturaleza requiere de una investigación. Supone *Superar las ideas falsas que vienen del significado* reconocer un fenómeno social en el hecho de que se impone al individuo.

Los hechos sociales deben ser analizados comparativamente. Para esto:

- Va de lo simple a lo complejo
 - Clasifica en géneros y especies
 - Busca relaciones causales
1. Un hecho social debe ser estudiado por otro hecho social
 2. Los resultados de dicha investigación deben ser expresados en estadísticas.

En consecuencia, la sociología del derecho, como las demás ciencias sociales, tiene que buscar el campo de observación más amplio que le sea accesible para apoyar suficientemente esas comparaciones, considerando sociedades de muy diferentes épocas y lugares, para localizar las regularidades que aparecen en ellas, tanto en su estructura como en su funcionamiento, y así poder determinar qué relaciones hay entre una sociedad y su correspondiente sistema jurídico son constantes en todas ellas.

Métodos que utiliza la sociología jurídica

La Sociología Jurídica utiliza similares métodos al la Sociología General estos son:

1. La Observación. Método utilizado para obtener información escrita, como: Textos de leyes, Archivos notariales. Tablas estadísticas etc.,
2. La Interpretación. Significa extraer de un texto toda la información que sea posible, sin cambiar el sentido de las palabras ni del texto.
3. Comparación. Lograr a través del método de comparación de las diferentes instituciones jurídicas, una tipología de los sistemas jurídicos
4. El método Histórico- Comparativo. Utilizado largamente para estudiar la Historia. Logrando a través de este método, obtener un conocimiento racional de los fenómenos Jurídicos.

Métodos de análisis.

Método de análisis de contenido. Este método se ajusta a los hábitos mentales de los juristas y al derecho mismo, representado en forma de textos.

El análisis de contenido se descompone en: análisis cualitativo y análisis cuantitativo.

Análisis de documentos jurídicos. Estudia documentos relacionados con el derecho, Ej. Un acto de la práctica judicial, un acta notarial, o un documento de carácter privado.

Máximas a tener en cuenta cuando se estudia un documento jurídico:

- a. El documento jurídico debe ser leído con ojos de sociólogo del derecho y no como jurista dogmático, buscando en él la manifestación de un fenómeno jurídico.
- b. Debe ser considerado como un documento, o sea, como un conjunto de signos, y en modo alguno como equivalente objetivo de la realidad que trata de expresar

Análisis sociológico de la jurisprudencia. Es el análisis de contenido, efectuado sobre un documento jurídico de naturaleza peculiar, como serían los repertorios de jurisprudencia.

Técnicas cuantitativas.- Estas son: La Estadística, que busca cubrir la totalidad de los fenómenos observados y El Sondeo, que toma muestras deliberadamente de una facción de los fenómenos observados.

9.- EL METODO EN LA SOCIOLOGIA DEL DERECHO

Aplica tanto el método de las ciencias sociales como el de la Ciencia del Derecho.

Es indispensable aplicar la metodología propia de la dogmática jurídica para comprender la naturaleza del derecho y la valoración que las normas otorgan a los hechos. En términos más concretos, la sociología del derecho no juzga sobre los valores que la norma jurídica encierra, pero debe tenerlos en cuenta para observar los efectos sociales que ellos producen y, más ampliamente, todas las relaciones que se dan entre esta valoración normativa y la sociedad.

El objeto de la Sociología Jurídica es el de descubrir las leyes o las causas que explican el nacimiento o génesis, el desarrollo y los diferentes sistemas e instituciones del derecho, también es lo social, esto es la relación entre los individuos y grupos en una sociedad determinada, frente a la sociedad misma, el medio ambiente y la cultura; la sociología jurídica tiene por objeto el estudio de las relaciones entre el derecho y la sociedad.

10.- NORMA Y LIBERTAD

Las pautas que los animales siguen, obedecen a leyes naturales y se transmiten a través de la herencia.

El desarrollo intelectual del hombre le ha permitido controlar sus actos (voluntad). Pero si tenemos el control de nuestros actos quiere decir que estamos en posibilidad de realizarlos o no o de elegir entre varias posibilidades (tenemos libertad).

Las leyes naturales se cumplen fatalmente, las pautas que el hombre crea, tienen la posibilidad de cambiarse o de no acatarse.

El ser humano posee dos cualidades que hacen necesaria la creación de las normas:

- La razón que le permite conocerlas.
- La libre voluntad que le da la posibilidad de acatarlas o no.

Las doctrinas conductistas señalaban que la conducta está determinada. (estimulo-respuesta).

Toda acción consciente está determinada por algún motivo ya que el hombre por su razón puede prever las consecuencias de sus actos y tiene la libertad para actuar o abstenerse.

La fuerza de la voluntad hay infinidad de ejemplos de que la convicción, el patriotismo, la fe religiosa han mantenido al hombre con una inquebrantable fuerza de voluntad.

El problema de la libertad ha sido largamente estudiado en Psicología y en Filosofía pero para la Sociología se aborda al hombre en su fuero externo y solo se percibe que el individuo actúa libremente.

Como veremos, el ser humano posee dos cualidades que les permite conocerlas y la voluntad libre que le da la facultad de acatarlas, pero también de desobedecerlas. Si su conducta estuviera determinada fatalmente, las normas serian innecesarias.

11.- LIBERTAD Y COERCIBILIDAD

La fuerza imperativa de la norma constituye un motivo para obedecerla, pero si acarrea una sanción la motivación es mayor.

La función preventiva de la norma es más importante que la punitiva. Puede disuadir. La impunidad alienta las transgresiones de la norma.

La libertad constituye la razón de ser de las normas ya que ofrece la posibilidad de apartarse de la pauta, de desobedecer y por ello es necesario algún medio de presión creando un motivo adicional para obligar al hombre a obedecerla: la sanción.

Si para evitar el delito no es suficiente el respeto a la ley, puede serlo el temor al castigo.

12.- DISTINTAS CLASES DE NORMAS

Toda sociedad humana requiere de un sistema normativo que haga posible su funcionamiento. Pero, aunque coadyuvan todas aquellas a lograr ese objetivo, existen normas de distinta naturaleza según los distintos fines específicos que persigue y según la fuente de donde surjan (quien las creó) y las consecuencias que acarrearán.

13.- NORMAS MORALES

Los principios o valores morales son aquellos criterios que nos permiten calificar un acto como bueno o malo.

Las morales imponen conductas, pero no son externas al sujeto, sino autónomas, dadas por la propia conciencia de cada uno.

Las normas morales coinciden con las normas jurídicas, o debieran coincidir. Pero como las normas morales no tienen sanción efectiva, sino el remordimiento, y previendo que existen personas cuya conciencia no es recta, o a sabiendas de lo que su conciencia les indica actúan mal, se han sancionado las normas jurídicas que castigan a quien delinque con multa, prisión, reclusión o accesoria de inhabilitación. Si todos tuvieran una conciencia moral bien conformada y se adecuaban a ella, las normas jurídicas no tendrían razón de existir.

En cuestiones esenciales como el homicidio, el robo, el hurto o las lesiones, hay unanimidad sobre lo que es bueno o es malo. Sin embargo existen dilemas o conflictos éticos que hacen que el límite entre el bien y el mal resulte difuso. En estos casos es necesaria la norma jurídica que dirima la cuestión, por ejemplo, si debe ser o no punible el aborto, o la tenencia de drogas para consumo personal, o la imposición de la pena de muerte para delitos graves. El debate será ético, pero la solución debe ser jurídica, ya que no a todos los jueces, seguramente la conciencia les brindará las mismas soluciones, lo que atentaría contra la seguridad social.

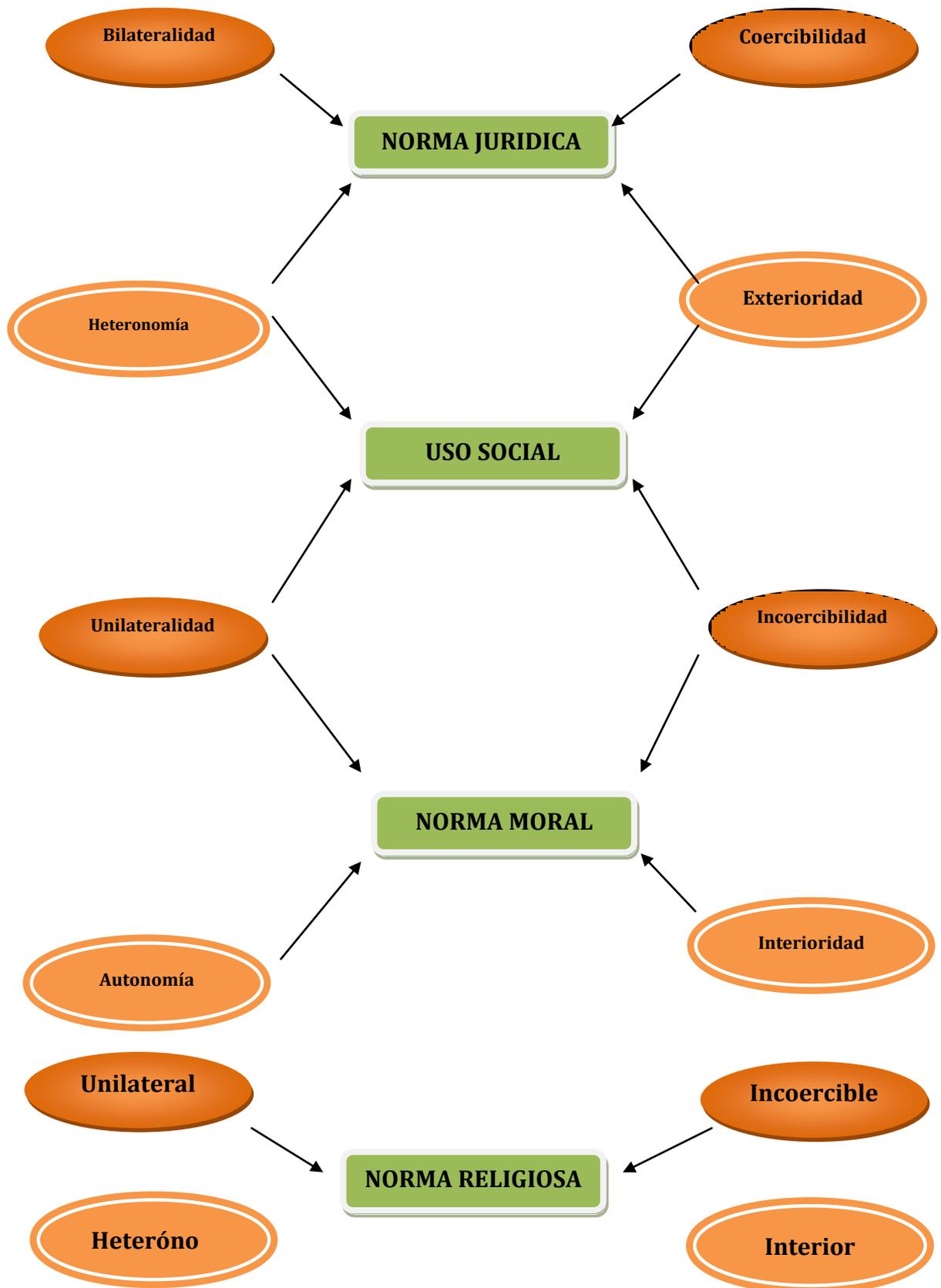
14.- USOS COLECTIVOS (NORMAS CONVENCIONALES)

Son aquellas las cuales por convencionalismo social se aplican por razones de uso y costumbres y cuyas características son:

- Exterioridad
- Unilateralidad
- Incoercible
- Heteronomía

Es decir que Las normas convencionales es lo contrario de las normas jurídicas. Tienen por objeto hacer más llevadera la convivencia en sociedad, es la práctica repetida de hábitos o conductas adoptadas de manera general por la colectividad o un sector determinado de la misma. También se conocen como usos convencionales sociales (caballerosidad, finura, decencia, gentileza, etiqueta, etc.).

ESQUEMA NORMATIVO



15.-NORMAS JURÍDICAS

Para la conservación y el buen funcionamiento de la sociedad hay determinadas normas que son imprescindibles.

Las normas jurídicas tienden a lograr un orden social justo, por lo cual en general no se oponen a las demás normas, sino que las complementan acompañándolas de una sanción efectiva ante su incumplimiento.

Generalmente, impone deberes y confiere derechos regla o precepto de carácter obligatorio, emanado de una autoridad normativa.

Las normas jurídicas se aplican a la sociedad en general.

Estas normas son diferentes a las normas sociales por que tienen diferentes características:

1.- **HETERONOMIA:** significa estar sometido a la autoridad o mandato de otro, es impuesta en contra de su voluntad.

2.- **BILATERALIDAD:** Sus normas tienen dos lados:, dos aspectos, se encuentra el derecho pero también la obligación.

3.- **COERCIBILIDAD:** Esta característica consiste en que el estado tiene la posibilidad de aplicar por medio de la fuerza física una sanción si la persona se niega a acatarla .

4.-**EXTERIORIDAD** Le interesan primordialmente las manifestaciones externas de la conducta humana, el aspecto objetivo del comportamiento y en 2do lugar los móviles, propósitos, intenciones, etc.

EJEMPLO:

Respetar la tranquilidad pública, no matar, no agredir al prójimo etc.

De acuerdo a lo antes expuesto el derecho puede definirse : **El conjunto de normas que regulan obligatoria y coactivamente el mínimo comportamiento indispensable para la vida social**

16.-LA SANCIÓN

La sanción sólo adquiere realidad cuando la norma se viola, pero también debemos recordar que la sanción se aplica en forma preventiva.

La sanción busca tener un efecto compulsivo.

No debe considerarse únicamente como castigo físico.

La verdadera finalidad es la de satisfacer las exigencias de justicia de los agraviados y de la sociedad en general.

Algunos criminalistas han llegado a sostener que la sanción es poco eficaz para prevenir los delitos sobre todo los más graves, como el homicidio.

17.-OTRAS CLASES DE NORMAS

Las normas religiosas y las normas morales carecen de una diferencia específica que justifique su clasificación.

Normas Religiosas.-son preceptos dictados por dios a los hombres, su violación **está sancionada** con el premio o castigo en la vida eterna.

Su principal diferencia con la **norma jurídica** es la sanción que siempre se aplicará hasta después de la muerte.

Normas Morales.- conjunto de principios rectores internos de la conducta humana que indican cuales son las sanciones buenas o malas para hacerlas o evitarlas. La moral solo regula los actos internos, la causa psicológica que produce la conducta humana, **su sanción** se da con "el cargo de conciencia".

Norma jurídica.- Regla de conducta sancionada por el Estado, que establece derechos y obligaciones recíprocos.

18.-LOS CONFLICTOS ENTRE NORMAS.

Los conflictos que pueden presentarse en La sociedad entre las diversas clases de normas, son porque tienen distinta naturaleza y apelan a diferentes recursos para lograr su acatamiento por ejemplo:

- Las normas religiosas las promulgó Dios.
- Las sociales se dan por las costumbres y modas de la sociedad.
- Las morales las promulga la misma persona
- Las jurídicas el cuerpo Legislativo.
- Y de esa manera son sus sanciones :
- Las normas religiosas son castigadas por la conciencia del pecado,
- Las normas sociales se sancionan por la vergüenza , la marginación.
- Las normas morales tienen su sanción por el remordimiento de conciencia
- Y las Normas jurídicas su sanción la determina la Ley.

Más específico sería en el caso de las minorías religiosas ya que algunos de sus preceptos entran en contradicción con las normas jurídicas como ocurre con algunas denominaciones protestantes que prohíben rendir honores a los símbolos nacionales o que prohíben el servicio militar.

Sin embargo el derecho siempre cuenta a su favor para prevalecer socialmente sobre cualquier tipo de normas, con la fuerza coercitiva.

Hay ocasiones en que la norma jurídica le dá fuerza legal a los preceptos de orden moral , como cuando ordena el respeto a la “moral Pública” o a la observancia de las “buenas costumbre”.

Sin embargo todas las normas llevan a un mismo fin los valores.

Del mismo modo puede concurrir en una persona las distintas formas de sanción, reproches de su conciencia, censura de la sociedad y la pena legal.

19.-EL CONTENIDO DE LAS NORMAS JURÍDICAS.

Toda sociedad requiere de un sistema normativo para poder convivir de la mejor manera posible.

Es importante para poder sobrevivir y reproducirse se necesita realizar determinadas funciones , debe de poseer cierta estructura, organismos o instituciones como es el caso de la familia.

Es muy variable cómo se organiza cada sociedad tanto económicamente como políticamente.

No se puede establecer un sistema normativo a priori y con validez general

Ya que este va cambiando en el tiempo y en el espacio.

El derecho es un fin para alcanzar otros medios por ello integra su contenido con elementos extrajurídicos como son la justicia, los valores morales y culturales.

Cuando el derecho se desvía de este fin, no cumple con la función que es su razón de ser.

Por ello el derecho injusto no es verdadero derecho, aunque revista su forma.

20.-ORIGENES DEL DERECHO.

Según el jurista francés León Duguit hace mención que “**no hay derecho sin sociedad , ni sociedad sin derecho**” y esto es porque es esencial para la convivencia la existencia de las normas jurídicas.

A diferencia de otras especies, combina la socialización con cambios deliberados en el comportamiento y organización sociales a través del tiempo.

En consecuencia las pautas de sociedad humana difieren de un lugar a otro, de una era a otra y de una cultura a otra, haciendo del mundo social un medio muy complejo y dinámico.

Por ello las normas jurídicas son consideradas como obligatorias y se establece alguna forma de sanción para quien no se sujeta a ellas.

21.-EL DESARROLLO DEL DERECHO.

Como especie, el género humano es gregario, pasa la vida en compañía de otros seres de su misma especie. Se organiza en varias clases de agrupamientos sociales, como hordas nómadas, pueblos, ciudades y naciones dentro de los cuales trabaja, comercia, juega, se reproduce e interactúa de diferentes formas.

El sistema normativo es esencial en la cultura creada por cada pueblo y se trasmite a lo largo de las generaciones como parte de su herencia social.

Las normas jurídicas por su fuerza coactiva (tiene fuerza para obligar) es lo que proporciona consistencia y permanencia a una civilización.

En conclusión en toda sociedad el derecho prevalece sobre cualquier otro orden normativo.

22.-LA COSTUMBRE JURIDICA

La sociedad entendida como un sistema de relaciones entre los hombres es el lugar donde se produce la cultura: el lenguaje, el arte, la ciencia, la moral, la religión y el derecho.

En todas las sociedades humanas se han presentado diversos tipos de deseos como el de seguridad. En primer lugar el hombre necesita saber cual es el dominio de lo suyo y el de los demás. Es por esto que la sociedad misma es modelada señalándose los causes que debe recorrer, cuando se señalan estos causes y los aceptan se convierten en costumbres, mismas que son fuente de derecho, a defecto de ley, dimanado de la repetición incontestada de los mismos actos que si estos se salieran de cause causarían algún trastorno. Por esta razón las sociedades crean normas que son reglas que se tiene que seguir, a las cuales conocemos como “costumbre jurídica”.

Como fuentes de derecho la costumbre prescribe reglas de conducta jurídicamente relevantes. Crea cierta controversia al hablar de costumbres como obligación moral u obligación jurídica ya que plantea el problema de identificar con claridad cuando se está y cuando no se está ante una norma jurídica consuetudinaria (de costumbre).

Repetición uniforme y generalizada es un elemento imprescindible para hablar de costumbre pero no es suficiente para definirla para ello tiene que darse además la aceptación de la costumbre como algo obligatorio, no debe ser automático si no se debe producir como consecuencia de una cierta conciencia o consideración de su obligatoriedad.

Tras los procesos modernos que condujeron a la estatalización del derecho y la superlegitimización de la ley, la costumbre pierde su valor jurídico inmediato, por ello muchos autores no pueden hablar con propiedad de derecho hasta la aparición del estado y el desarrollo del sistema jurídico como un sistema complejo, por ello el valor normativo de la costumbre jurídica descansaría en su reconocimiento o apoyo en preceptos legales o decisiones de los tribunales.

Las costumbres jurídicas son normas que tienen su origen en la práctica social. Representan una conducta reiterada, generalizada y uniforme dentro de un grupo social o ámbito territorial determinado que es aceptada como una obligación jurídica por los miembros de la comunidad.

Estas normas jurídicas de costumbre no deben confundirse ni con los usos sociales, ni con normas de costumbre de otros posibles sistemas jurídicos alternativos basados en supuestos de pluralismo político.

23.- ANTECEDENTES DEL DERECHO CONSUECUDINARIO EN MEXICO

Dentro del estudio del derecho mexicano la cultura indígena en el advenimiento de una nueva reglamentación de orden político legal, ve en esta la oportunidad de liberarse del régimen supresor que existía en sus tribus y adopta un nuevo sistema jurídico destruyendo el que se tenía en ese entonces. Los indígenas tratando de cambiar su propio sistema político legal ven en este una opción de quedarse fuera del que prevalecía en su cultura sin adoptar de manera completa el que los españoles trajeron para suplir las leyes indígenas, por su parte los españoles al asombrarse de esta sumisión incondicional también modificaron en parte su propio derecho tradicional.

Estos antecedentes son encontrados en una compilación de la legislación promulgada por los monarcas españoles firmada en Madrid, el 18 de mayo de 1680 llamada recopilación de leyes de los reinos de las indias .

24.- DERECHO CONSUETUDINARIO VIGENTE

El término derecho consuetudinario no es aceptado universalmente, hay quienes hablan de costumbre jurídica o legal o de sistema jurídico alternativo.

Se refiere a un conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distinto del derecho positivo vigente en el país. Esta definición puede implicar que el derecho consuetudinario es anterior en términos históricos al derecho codificado. Así, el derecho positivo incluye elementos del derecho consuetudinario anterior, por ejemplo, el de la época feudal. El derecho consuetudinario se transforma en, o es absorbido por, el derecho positivo de origen estatal, el cual representaría una etapa superior en la evolución del derecho.

Pero también implica que el derecho consuetudinario puede coexistir con el derecho positivo, cuando menos durante algún tiempo. Esta coexistencia puede significar una adaptación mutua o bien puede representar un conflicto entre sistemas legales o jurídicos.

No fue hasta en los 80`s que los grupos indígenas decidieron hacer valer sus derechos ante las autoridades y exigieron que se les tomara en cuenta en la constitución política. El 7 de abril de 1989 inicio el proceso de formalización, de esta forma la iniciativa presidencial para reformar el artículo 4 constitucional fue enviada a la cámara de diputados el 7 de diciembre de 1990; fue aprobada por esta el 3 de julio de 1991, fue aprobada por la cámara de senadores el 20 de diciembre de 1991 por unanimidad; fue aprobada por la legislatura de los 31 estados; y el 28 de enero de 1992 fue publicada en el diario oficial el decreto presidencial que le da vigencia; a partir del 29 de enero de 1992 el primer párrafo del artículo 4 constitucional textualmente decía:

“La nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La ley protegerá, y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo

acceso a la jurisdicción del estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean parte, se tomaran en cuenta sus practicas y costumbres jurídicas en los términos en que establezca la ley.”

Mismo artículo que años más tarde fue reformado y modificado derogando su primer párrafo, pero la constitución acepta el sistema consuetudinario.

Es por esto que en México es respetado este derecho debido a la gran variedad de grupos étnicos que existen en nuestro país lo cual sus fundamentos están plasmados en nuestra carta magna en el artículo 2 donde se establece que la nación tiene una composición pluricultural sustentada en sus pueblos indígenas la cual reconoce y garantiza el derecho de estos pueblos a la libre determinación y en consecuencia a la autonomía para ejercer sus derechos en diferentes aspectos

25.- EL DERECHO CONSUECUDINARIO Y EL DERECHO ESCRITO

Desde la aparición del ser humano en la tierra ha sido de vital importancia el convivir para sobrevivir, en un principio para proteger la vida humana, pero ante todo respetar a un grupo, clan o tribu, aun que en ese momento solamente se fijaron reglas de manera oral que por lógica cada jefe usaba o modificaba a su conveniencia.

Antes de la invención de la escritura, las normas jurídicas dictadas por las autoridades se transmitían en forma oral, pero esto no quiere decir que se le quitaba la condición de ser derecho gubernamental, tal parece que, si no hay un orden jurídico con bases científicas y con experiencia no hay justificación aparente. El derecho oral evidencia su ineficacia en la organización social.

Es importante que exista un derecho estatal que sea formulado por un órgano gubernamental bien definido, ya que la justicia más que una disciplina especulativa es el conocimiento y la práctica de normas que faciliten el más deseable comportamiento del individuo en el seno de los grupos para garantizar el desenvolvimiento armónico de la personalidad de cada hombre.

26.-VENTAJAS E INCONVENIENTES DE AMBOS SISTEMAS

El derecho es una técnica de motivación de comportamientos y la existencia de este depende de hechos sociales. Como se ha mencionado el sistema consuetudinario es parte del derecho y se formó mediante hechos sociales los cuales a través del tiempo van siendo desplazados poco a poco por el derecho escrito ya que una de las ventajas de este es que está expresado en una ley (derecho legislado), emitida por un legislador, promulgada y publicada para su cumplimiento, muy diferente a lo que llamamos derecho consuetudinario ya que este solo se basa en normas de conductas nacidas en la práctica social lo cual no tiene validez legal por no tener fundamentos en la ley.

Con relación al derecho escrito o también llamado derecho positivo este se contrapone al derecho consuetudinario en el cual como ya sabemos la costumbre es su fuente y no se requiere que una conducta o actuación esté contemplada en la ley.

Señalando los inconvenientes del sistema consuetudinario podríamos mencionar uno muy importante, teniendo claro que no es derecho escrito y por lo tanto no se pueden comprobar ni aclarar dudas debido a su imprecisión, o bien para saber cuando una costumbre es considerada como obligatoria y cuando no en estos casos es necesario recurrir a los tribunales para aclarar y decidir este tipo de cuestiones.

Cabe mencionar que los inconvenientes del derecho consuetudinario son de carácter técnico porque desde su punto de vista normativo responde mejor que el derecho escrito a las mismas necesidades sociales por esta razón no ha podido ser desplazado en su totalidad.

27.- LA ACEPTACION DEL DERECHO

El conocimiento del hombre y la necesidad de seguir perteneciendo a una sociedad son uno de los aspectos más importantes para describir su aceptación por el derecho.

Los sujetos reconocen, aprueban y consideran que en determinados ámbitos, deben girar su conducta por medio de normas jurídicas y es en donde reconocen la necesidad y aprueban tal regulación en la sociedad misma, es ahí donde empieza a haber una aceptación a los preceptos legales, esta aceptación se da de manera voluntaria e involuntaria debido a que talvez el sujeto no conozca las normas concretas que rigen su conducta, y sin embargo por sus costumbres se adecuan a esta.

La aceptación del derecho no es otra cosa más que la facilidad con que las normas jurídicas son acatadas por la población.

La aceptación de la norma implica la aceptación de su contenido, en virtud de quien esta dispuesto a obedecer una norma esta dispuesto a ejecutar el contenido prescripto por ella. Sin embargo, es preciso advertir que el hombre puede tener una opinión negativa respecto del contenido de la norma y, pese a ello, sentirse inclinado a realizar la acción en razón de su disposición a seguir la norma. Por tanto, aunque la relación entre obedecer una norma y acepta el contenido normativo es de índole diferente. Una actitud positiva hacia la existencia de una norma implica una disposición a la acción, pero una disposición a la acción no implica una actitud positiva hacia la misma.

28.- LA EFICACIA DE LA LEY

La sociología ha contribuido al avance científico con la aportación de métodos de conocimientos claros y precisos, así como con la formulación de principios (leyes sociológicas) y de conceptos. Para lograr conocer la importancia del contexto social y su función, debemos, en primer término. Localizar las ideas o elementos que nos permitan identificarlo, señalando los esenciales; y así poder elaborar un concepto del por qué la sociología es importante para el entendimiento de la eficacia de la ley.

Debemos distinguir entre el orden social y el orden jurídico, con objeto de poder encontrar la relación que haya entre ambos conceptos. Leandro Azuara ha dicho. Respecto a lo que pueda entenderse por orden social que la sociedad "es un sistema de relaciones recíprocas entre los hombres" Mariano Azuela, por su parte sostiene "...que la sociedad es la comunidad organizada..." de ambas posturas sostiene que para que pueda haber orden, necesariamente deberá haber: relaciones entre seres humanos que implican una organización.

Rafael Preciado Hernández, indica que "...el obrar humano constituye el objeto propio regido por las normas, las que representan reglas imperativas que expresan un deber..." con ello, el orden social está sustentado por el tipo de relaciones que se den entre los integrantes del mismo y la manera en que se regulan, lo cual indica, de alguna manera, su aceptación.

También dentro del orden jurídico que exista en el grupo social, deberá analizarse, socio-jurídicamente, la unidad del mismo y su eficacia. Para lograr esa unidad pensamos, que las normas jurídicas deben, para lograrlo, regular de manera primordial, cada uno de los aspectos que corresponden a la estructura del grupo.

Se comenta de acuerdo a Norberto Bobbio una visión del Ordenamiento que no lo contempla como un conjunto de normas lógicamente perfecto, o, al menos, autosuficiente, y objetivamente determinado, sino que reconoce el espacio decisional que en su desarrollo y mantenimiento corresponde a los intérpretes y, en primer lugar, a los jueces.

La importancia en cuanto a la eficacia de la ley es analizar también los “Mecanismos para la observancia de la ley”. Al respecto, se deben plantear varias preguntas entre ellas las siguientes: ¿en la ley sobre cultura habrá que incluir directamente en su articulado los mecanismos para su observancia? O bien ¿es suficiente señalar con claridad las funciones de los órganos e instituciones oficiales que en alguna forma tienen que ver con el objeto a legislar que es la cultura y, desde luego tomar en cuenta también la realidad que se presenta con varias caras, para que se pueda cumplir una vez que se elabore?

Cualquiera que sea la respuesta a las preguntas anteriores, podemos considerar dos mecanismos para hacer efectiva la ley. Uno de ellos –según nuestro parecer–, debe partir de la propia ley y, el otro, aunque externo a la ley porque corresponde a la sociedad o ciudadanos, como destinatarios, son estos, finalmente, los que la reconocerán como propia y al encontrarla acorde a sus intereses, facilitarán su cumplimiento.

Aun cuando el derecho es norma y no un hecho, no obstante existe una relación esencial entre norma y hecho. En primer lugar, la norma es el significado de un hecho, del hecho por medio del cual la norma se crea. El hecho por el que se establece una norma o, como decimos metafóricamente, por el que se crea una norma es el acto de un individuo o una serie de actos intencionalmente dirigidos a la conducta de otro. Si es una costumbre o un acto legislativo, el resultado es una norma general. Si es un acto judicial o administrativo el resultado es una norma individual. Es cierto que la norma jurídica también se refiere al procedimiento por el cual se crean las normas jurídicas, pero solo en cuanto este procedimiento está señalado o autorizado por normas jurídicas. Sólo estas normas son el objeto

de la ciencia jurídica. La ciencia jurídica tiene que ver con el procedimiento legislativo solo en tanto que este proceso se encuentre determinado o establecido en la constitución y con el proceso judicial o administrativo solo en razón de que este proceso se halle establecido en leyes o reglas del derecho consuetudinario.

La eficacia de la ley No constituye la única relación entre la norma y el hecho el que una norma jurídica a fin de que exista, es decir, para que sea válida, deba ser creada por un acto que es un hecho existente en el tiempo y en el espacio. Una norma puede o no ser obedecida y aplicada por una determinada conducta humana que efectivamente tiene lugar en el tiempo y en el espacio.

Un orden jurídico como un todo, y las normas jurídicas particulares que constituyen este orden jurídico, se consideran válidas si son, en todos los ámbitos, obedecidas y aplicadas, o sea, si tienen eficacia. Pero su validez no debe confundirse con su eficacia. La validez quiere decir que la ley es, en verdad, obedecida y aplicada. La eficacia es solamente una condición de la validez, no es igual a ella.

Una norma jurídica puede ser válida antes de que se convierta efectiva, Si un tribunal aplica una ley, por la primera vez, inmediatamente después de que ha sido adoptada por el órgano legislativo, consecuentemente antes que pudiera convertirse en efectiva, el tribunal aplica una ley válida.

El tribunal solo puede aplicar una ley si es válida, y es válida por que ha sido creada de conformidad con la constitución. Pero la ley pierde su validez, si no ha cobrado efectividad o ha dejado de ser efectiva. Al hecho de que una norma jurídica advenga efectiva, debe añadirse el hecho de que es creada por un acto, a fin de que la norma jurídica se mantenga válida. Pero así como el acto, por el que se crea la norma, no es idéntico o igual a la norma—que es el significado o resultado de este acto- la eficacia de una norma jurídica no es idéntica a su validez

29.- LA LEGALIDAD Y LA LEGITIMIDAD

En los estudios normativos, formales, jurídicos puros, no hay lugar para el planteo que insinúa el título: formalmente la legitimidad no existe como algo separado; está íntegramente contenida en la legalidad.

En los estudios empíricos de Ciencia Política como ciencia de realidades, en cambio, es muy nítida la diferencia entre ambos conceptos; y también muy frecuente la constatación de casos en que hay tensión y hasta oposición entre legalidad y legitimidad; contradicciones y conflictos entre el sereno mundo de las instituciones jurídico-políticas y el dinámico mundo de las creencias, las actitudes y los hechos políticos.

Estas líneas intentan ser una descripción de ese convulsionado territorio, donde legalidad y legitimidad se encuentran y se separan, chocan y compatibilizan; descripción hecha a la luz de la lección de los clásicos y de las teorías actuales.

La legalidad es un atributo y un requisito del poder. Un poder legal es un poder que nace y se ejerce de acuerdo con las leyes. Lo contrario del poder legal es el poder arbitrario, ejercido al arbitrio del gobernante, basado en su voluntad y juicio personal sobre las situaciones.

El principio jurídico de legalidad, fundamento moderno del "estado de derecho", se remonta al ideal griego de la isonomía, o igualdad ante la ley. Para los romanos la función del magistrado es gobernar "...acorde con las leyes". La doctrina medieval del estado refirma esa primacía de la ley ("la ley hace al rey, y no el rey a la ley").

El principio jurídico de legalidad presupone que los órganos que ejercen un poder público actúan dentro del ámbito de las leyes. Este principio tolera el ejercicio discrecional del poder pero excluye el ejercicio arbitrario.

Esto quiere decir que las leyes, como normas genéricas, abstractas, impersonales, siempre dejan espacio, en su aplicación a los casos concretos, para la prudente discrecionalidad del gobernante, pero no para su proceder arbitrario, que forzaría a la ley en su letra y su espíritu.

Un tema permanente del pensamiento político normativo es la oposición "gobierno de los hombres-gobierno de las leyes", donde por lo general el primer término señala lo perjudicial para los hombres y el segundo, la orientación del buen gobierno y el reino de la justicia.

La alternativa "gobierno de las leyes o gobierno de los hombres" no se refiere a la forma de gobierno sino al modo de gobernar .

La tradición del pensamiento político sistemático presenta defensas de ambas posturas, como puede verse en los diálogos de Platón: la imagen de los "servidores de las leyes" (Leyes- 715d) y la imagen "del timonel" (El Político- 296e), por ejemplo. En general se inclina a favor del gobierno de la ley, que protege al ciudadano de la arbitrariedad gubernamental, si bien Platón advierte que "...la ley jamás podrá prescribir con precisión lo que es mejor y más justo para todos.." y que "..del mismo modo que el timonel.." un gobernante apto producirá "..una forma correcta de gobierno, gracias a la fuerza del arte que es superior a la fuerza de las leyes..".

De todos modos, el mismo Platón concluye que "..donde la ley está sometida a los gobernantes y privada de autoridad, veo cercana la ruina de la ciudad; donde, por el contrario, la ley es señora de los gobernantes, y los gobernantes sus esclavos, veo la salvación de la ciudad y la acumulación en ella de todos los bienes que los dioses acostumbran dar a las ciudades".

Vieja disputa, antigua polémica, magistralmente reflejada en la sutil dialéctica del filósofo griego, y aun no totalmente resuelta, porque la ley nos protege de

los caprichos del poder porque es impersonal, pero por eso mismo distante del calor de la vida; y el poder del gobernante conserva siempre una dimensión personal, que es peligrosa pero también cercana a nuestras necesidades y carencias.

En un lenguaje más moderno, el gobierno de las leyes es el "estado de derecho". Su principio es la subordinación del poder político al derecho. Podemos encontrarlo expresado en:

- la tesis weberiana del estado moderno racional y legal, cuya legitimidad formal se funda en el ejercicio del poder conforme a las leyes.
- la teoría kelseniana del ordenamiento jurídico como cadena de normas que crean poderes y de poderes que crean normas, a partir de una "norma de las normas" ("grundnorm") de la que depende la validez de todas las otras normas y poderes.

En el estado de derecho, cabe diferenciar el gobierno "per leges" del gobierno "sub leges". El primero es el ejercicio del poder por medio de normas generales y abstractas, como es el caso típico del legislador constituyente, que sólo opera "sub leges" respecto de esa "grundnorm" de la que habla Kelsen. El segundo es el ejercicio del poder mediante órdenes individuales y concretas pero ajustadas a la ley preexistente, como es el caso típico del juez, que sentencia sobre casos particulares según la normativa vigente.

Esta distinción es importante. La virtud del gobierno "sub leges" consiste en que impide, o al menos dificulta, el abuso del poder. La virtud del gobierno "per leges", en cambio, emana de las características propias de la ley, entendida como norma general, impersonal y abstracta, que por eso mismo no consiente el privilegio ni la discriminación, por lo que es garantía de valores tales como igualdad, seguridad y libertad.

Las interferencias a estos valores (nunca plenamente logrados ni vencidos) no vienen de la ley en sí (salvo fallas técnicas) sino de la manipulación que

puede hacerse desde la "dimensión personal" del poder, a su vez jaqueada por la presencia misma de la ley.

Como ya se menciona, el gobierno de los hombres es, en general, menos estimado por el pensamiento normativo que el gobierno de las leyes, pero no por eso es menos interesante su análisis fenomenológico. Su expresión más elemental es la del soberano-padre o soberano-patrón, que toma a la familia patriarcal como modelo de la sociedad política. En ella el poder es ejercido, no según principios generales explícitos, sino según la sabiduría del padre, en disposiciones tomadas caso por caso, según carencias y necesidades de las que sólo él es intérprete autorizado.

En estos casos, los vínculos políticos no son jurídicos. En el mejor de los casos, son éticos, y en el peor, están basados sólo en la fuerza.

Una crítica definitiva a la concepción paternalista del poder nos viene de I. Kant : "Un gobierno fundado en el principio de la benevolencia para con el pueblo, como el gobierno de un padre con sus hijos; o sea un gobierno paternalista...es el peor despotismo que se pueda imaginar".

Ante un poder legal, el ciudadano no obedece a una persona sino "...al ordenamiento impersonal estatuido legalmente y a los individuos puestos al frente del mismo en virtud de la legalidad formal de las prescripciones y en el ámbito de las mismas" .

La legalidad tiene por lo menos tres contenidos o significados diferentes, según los distintos niveles de relación entre la ley y el poder:

- relación entre la ley y el gobernante: el gobernante no está nunca exento del dominio de la ley, sobre todo de las leyes constitucionales del país, emergentes de la tradición o del pacto constitutivo del estado.

- relación entre el gobernante y los gobernados: los gobernantes deben ejercer el poder mediante leyes, o sea, normas válidas para todos; y sólo excepcionalmente mediante decretos o resoluciones particulares.

- aplicación de la ley a casos particulares: los jueces deben sentenciar, no según su criterio personal sino de acuerdo a las prescripciones legales y conforme al principio: "no hay crimen ni pena sin ley anterior al hecho".

Estos contenidos de la legalidad expresan la idea de producir el derecho mediante leyes, y de aplicarlo de acuerdo a las leyes; y en la vida política práctica intentan asegurar la vigencia de dos valores jurídicos fundamentales: la certeza y la igualdad: poder prever las consecuencias de las propias acciones, y ser tratados sin preferencias ni exclusiones odiosas.

Pasemos ahora al otro término del título: la legitimidad. Nos alejamos así de la relativa seguridad intelectual de un tema signado por la lógica formal para internarnos en otro más complejo y sutil, caracterizado por una insoslayable dimensión valorativa y subjetiva. Aun así, creemos que el análisis sistemático del mismo puede aportar claridad a su comprensión.

En un sentido muy amplio y genérico, legitimidad evoca la idea de algo auténtico, justo, equitativo, razonable.

En su significado politológico específico, denota la existencia, al menos en una porción principal de la población, de un consenso que asegure una adecuada disciplina social sin necesidad de recurrir a la coersión, salvo en casos marginales.

En ese sentido, la legitimidad es un elemento integrador de las relaciones políticas de mando y obediencia.

El consenso es un acuerdo o afinidad entre los miembros de una sociedad, referido, en principio, a valores culturales y normas; y en niveles más profundos y detallados, a la desiderabilidad de los objetivos y de los medios aptos para lograrlos.

Pueden distinguirse, al menos, dos niveles de consenso:

- consenso sobre las reglas del juego político, que es el más importante.
- consenso sobre fines o medios instrumentales específicos.

La falta de consenso sobre fines o medios produce conflictos políticos. La falta de consenso sobre las reglas del juego produce crisis del régimen político: de allí deriva su mayor importancia y la mayor gravedad de su carencia.

Conviene notar que el consenso es socialmente menos notorio, menos visible, que el disenso. El consenso se exterioriza menos; se expresa en una conducta que parece simplemente "normal", mientras el disenso es ruidoso, ostensible; rompe la rutina de la obediencia y la disciplina social. El consenso "no es noticia"; el disenso (real o presunto) colma los canales de los medios de comunicación social.

Hay factores político-sociales que influyen en la obtención de un mayor o menor grado de consenso:- la homogeneidad socio-cultural de la sociedad permite esperar un nivel elevado de consenso. La existencia de "islas socio-culturales" (minorías no integradas, nacionalidades irredentas, comunidades marginales) lo dificulta.

- la sucesión de gobiernos hecha en forma regular y normal, bajo el mismo régimen político, aumenta el consenso; la alternancia de regímenes lo debilita, como ha ocurrido, por ejemplo, en la alternancia entre autoritarismo y democracia en América Latina.

-la existencia de buenos mecanismos de socialización política, que faciliten la asimilación de las pautas constituyentes de la propia cultura política por las nuevas generaciones, favorece el logro de un alto consenso. El descuido de este aspecto de la educación, lo perjudica y hace surgir "bolsones" sociales contestatarios, de tipo generacional.

- un estilo de convivencia política flexible y pragmático, dentro del pluralismo ideológico, facilita la emergencia de un alto consenso sobre las "reglas del juego" del sistema. La existencia de ideologías rígidamente contrapuestas y de visiones excluyentes del mundo lo impiden y provocan reiteradas crisis de régimen, como ocurrió en Argentina en la época de la antinomia peronismo-antiperonismo.

Sobre el significado del consenso, cabe decir:- desde el punto de vista social, es un importante factor de cooperación, solidaridad y vinculación social; es un componente básico del "sentimiento de nosotros".

- desde un punto de vista político, reduce el recurso a la violencia para resolver conflictos y crear condiciones de orden.

- desde un punto de vista sistémico general, aumenta la eficiencia del sistema, al no desviar hacia luchas internas energías que pueden aplicarse a los fines propios del sistema. También actúa en el mismo sentido la liberación de la creatividad, iniciativa y compromiso de los miembros del sistema; y la elevación de su nivel ético interno y externo.

En una perspectiva sociológica, el proceso de legitimación, vale decir, la secuencia de hechos que instauran la legitimidad, se produce teniendo como referencia no al estado en su conjunto sino a algunos elementos componentes: la comunidad política, el régimen político y el gobierno. Veámoslos más en detalle:- Comunidad política: la legitimidad aparece por la difusión en el pueblo de sentimientos de identificación o pertenencia a la comunidad política. Aparece como "sentimiento de nosotros", con connotaciones de fidelidad y lealtad nacional.

- Régimen político: es el conjunto de instituciones que regulan la lucha por el poder y su ejercicio. La legitimidad se expresa en este nivel como adhesión al régimen, como respeto a las reglas básicas del juego político, aunque se disienta con el gobierno ocasionalmente surgido de ese régimen en un momento dado; al cual se le reconoce legitimidad justamente por eso.

- Gobierno: es el conjunto de funciones que concretan el ejercicio del poder político. Teóricamente bastaría la legalidad de origen y ejercicio, pero esto sería desconocer, en una actitud de extremo positivismo jurídico, los aspectos personales y circunstanciales de la política, especialmente en los frecuentes momentos de conflictos y crisis institucionales y fácticas. En los procesos políticos reales, el ascendente y prestigio de los hombres (o su falta) pueden sostener la situación (o precipitar su caída). Siempre existe una

proporción de personalización del poder. Es la gravitación de las cualidades personales del jefe, que emergen desde abajo de su función jurídica, y que contribuyen a legitimarlo. También es esta dimensión la más "trabajada" por la manipulación propagandística destinada a hacer creer que el jefe es, lo que en realidad no es.

Desde un punto de vista psicológico político, la legitimación consiste en percibir la concordancia entre la comunidad política, el regimen o el gobierno y las propias representaciones y creencias políticas, y actuar en consecuencia. Como ya vimos, puede haber legitimación del regimen y oposición al gobierno.

La oposición al gobierno es semejante a la política reformista, que propicia cambios dentro del sistema; la impugnación de la legitimidad del regimen es semejante a la política revolucionaria, que va dirigida al cambio del orden establecido, o sea del sistema político mismo.

El consenso hacia el estado (fuente de su legitimidad como comunidad, regimen y gobierno) es una necesidad social y, sobre todo, es una necesidad del estado mismo y en particular del gobierno. Ya hemos visto, en ese sentido, el significado e importancia del consenso para la sociedad, la política y la eficiencia global del sistema.

La legitimidad es, pues, un elemento de gran valor. Su expresión ideal puede ser la siguiente: Un estado será legítimo en la medida en que realice el valor de un consenso manifestado libremente por una comunidad de hombres autónomos y conscientes.

En qué medida los estados reales se aproximan a ese ideal? En general, con sus más y sus menos, permanecen bastante alejados de él. El consenso social no ha sido nunca plenamente libre sino, al menos en parte, forzado y manipulado.

No nos debe extrañar que un valor en el que convergen la "necesidad de creer" de la sociedad y la "necesidad de hacer creer" del gobierno, sea objeto de presiones.

Los principales factores de tergiversación del consenso, y por ende de la legitimidad, son:

- las interferencias del poder: manipulaciones de la información, actos secretos, doble discurso, ejercicio del poder invisible.
- las mistificaciones ideológicas: cada ideología es una visión parcial y sectaria de la realidad social y sus objetivos; y entraña un modo de legitimar el poder, también parcial pero presentado como absoluto.

Las tendencias actuales de muchos sectores de la opinión pública (pragmatismo, evaluación por resultados, etc.) neutralizan muchas manipulaciones, pero simultáneamente éstas se han hecho más poderosas e insidiosas, sobre todo por el manejo de los medios de comunicación social para la "fabricación" de imágenes públicas de los gobernantes.

Max Weber, en su célebre análisis de la tensión entre legalidad y legitimidad, señala la existencia de tres tipos diferentes de legitimidad:- la legitimidad carismática, cuando el acatamiento y consenso que avalan al jefe se originan en su "carisma", en ese ascendiente personal cuasi-religioso y cuasi-mágico que algunos hombres tienen, quizás relacionado con su condición prototípica de una raza, cultura o generación.

- la legitimidad tradicional, que es aquella adhesión y respaldo que emerge del tiempo, de la consagración histórica, de la tradición popular.

- la legitimidad racional, que es aquel consenso emergente de una normativa jurídica con vigencia sociológica, que repalda el acceso al poder y su ejercicio. Cuando los gobernados han participado en la elaboración de tales normas, se produce una legitimidad democrática. Esta legitimidad no se subsume en la legalidad; la sobrepasa. La legalidad es un concepto

puramente jurídico. La legitimidad es un concepto político, más sutil y ponderable.

La clave del asunto, en nuestra opinión, está en la vigencia sociológica de la norma jurídica. Un ejemplo aclarará la cuestión: En la República Mexicana hoy rige, según nuestra constitución, la elección indirecta del presidente. Teóricamente sería posible que una alianza de minorías en el colegio electoral impusiera como presidente a una persona que no fuera el candidato más votado, y tal elección sería indudablemente legal, pero políticamente no sería legítima.

La razón es ésta: la elección indirecta es una supervivencia legal de la época de "democracia de notables" en que se redactó la constitución. La actual conciencia cívica no la acepta; en otras palabras, no tiene vigencia sociológica. Pero ocurre que aun no se ha concretado la reforma que ella reclama: como una transacción, se la acepta como mecanismo formal, siempre que se respete el derecho del candidato "legítimo", o sea el más votado. Un candidato ungido presidente por acuerdo de minorías sería ilegítimo y encontraría muy serias dificultades políticas para gobernar, aunque sería indiscutiblemente legal.

Otro ejemplo interesante es el de las comunidades políticas dependientes de otras (colonias, protectorados, etc.) situación que se hace extensiva a los países ostensiblemente dependientes de otros, aunque formalmente tengan independencia. Ellos carecen o tienen muy débil legitimidad propia: les cuesta despertar la lealtad de sus ciudadanos porque no son productores de decisiones políticas autónomas aunque sean productores de derecho.

30.- LA SEGURIDAD JURIDICA

La seguridad jurídica es uno de los bienes más preciados que el Estado garantiza. En alguna medida, una de las principales justificaciones de la existencia del Estado ha sido precisamente que, mediante el monopolio de la violencia, asegura la existencia de la sociedad y la paz interior. No sólo esto, sino que la observancia general de las normas jurídicas y mandatos de autoridad permite que los individuos se muevan dentro de un marco legal con igual libertad y autonomía y que realicen sus planes de vida. De ahí la pretensión de obligatoriedad inexorable que caracteriza a un ordenamiento jurídico.

Desde aproximadamente el siglo IV a. n. e. los filósofos comienzan a percibir la necesidad de brindar seguridad a los ciudadanos en la realización de sus actividades, aunque esta seguridad es abordada por cada uno atendiendo a la tendencia filosófica que desarrolla y según el condicionamiento social que impone la época.

Evolución de la conceptualización filosófica de la *Seguridad Jurídica*.

Cuando Hipódromo, sin ser político, un tanto irresponsablemente, se puso a escribir sobre el régimen mejor, todavía las ciudades griegas descansaban sobre una sólida base de creencias. Es cierto que ya empezaban a cuartearse algunas; desde mediados del siglo V, la vida de las ciudades griegas había iniciado una peligrosa transformación. La filosofía naturalista de los jonios y la sofística fueron causa, ciertamente, de ella; pero hay que subrayar que en su origen fueron más bien efectos de esa nueva situación. En Atenas, como es sabido, las nuevas ideas, en especial la filosofía, aparecen tardíamente. El primer filósofo que reside en Atenas era jonio – Anaxágoras-; hasta Sócrates no hay ningún filósofo que sea ateniense. Las *Nubes* de Aristófanes, que son del año 423, presentan la reacción hostil y ya alarmada frente a la irrupción de una nueva forma de vida; pero esa hostilidad va acompañada de ignorancia, y por eso se confunden, más o menos voluntariamente en Aristófanes, de seguro sin ninguna voluntad en su público, las dos corrientes intelectuales distintas: la <fisiología> jónica y la

sofística. Aristófanes, al satirizar a Sócrates y sus discípulos, no sabe siquiera cómo llamarlos, ni a ellos ni a su escuela; el hecho mismo de que tal <escuela> no existiera subraya su falta de familiaridad con el grupo y, por tanto, de precisión y claridad. Pero el que en las Nubes se enfrenten el <discurso justo y el injusto> y se contrapongan la educación antigua y la corrupción moderna, es suficientemente significativo e inequívoco.

Cuando Aristóteles escribe su Política han pasado casi cien años. El proceso que se iniciaba en tiempos de Hipódamo, Sócrates en su defensa la legalidad contra la violencia y Aristófanes está consumado. Aristóteles, que propiamente, como observa Jaeger, era un hombre sin Estado, ha asistido a la liquidación de una época histórica, y además su información le ofrece un repertorio de vicisitudes políticas casi inagotable. En su mente se decanta una convicción fundamental: la vida de las ciudades es esencialmente insegura; las constituciones todas están afectadas por una radical inestabilidad; disensiones y revoluciones las amenazan, se pasa de unas a otras; ninguna de las formas políticas perdura fácilmente. Y esto es lo más grave: la constitutiva inseguridad de los regímenes, y por tanto de las ciudades; la situación precaria de la convivencia, y con ello de la vida individual.

El problema fundamental de la política no es por consiguiente, qué régimen es el mejor, sino cómo pueden existir –persistir- los regímenes, sean los que sean. El tema de la ciencia política no es el ideal de *politeia*, la constitución perfecta, sino algo mucho más modesto, pero más apremiante: la *seguridad*.

Por esta razón, la fidelidad a un tipo de régimen no consiste en su pureza, sino más bien al contrario: en su prolongación y conservación. No es democrático lo que extrema la democracia, o tiránico lo que lleva al límite la tiranía, sino lo que hace que siga habiendo democracia o tiranía, aunque sea a costa de que lo sean con menos rigor y plenitud.

Aristóteles se plantea en toda su generalidad el problema de la seguridad o *aspháleia*. Unas constituciones son mejores que otras, sin duda; pero, en primer lugar, no todas son adecuadas a todas las ciudades ni a todas las circunstancias. Un grave error político, que ha minado profundamente la

estabilidad de la vida griega, ha sido que las potencias hegemónicas –Atenas y Esparta- han tratado de extender sus propios regímenes sin más discriminación. Los que tuvieron la hegemonía en la Hélade, mirando sólo a su propio régimen, establecieron en las ciudades unas democracias y otras oligarquías, sin tener en cuenta la convivencia de las ciudades, sino la suya propia. Aristóteles agrega: <Forzosamente será mejor el que más se aproxima a éste, y peor el que diste más del régimen intermedio, a no ser que se juzgue en vista de ciertas circunstancias; digo en vista de ciertas circunstancias, porque con frecuencia, aun siendo preferible un régimen, nada impide que a algunos les convenga más otro régimen>.

La consecuencia de esto es clara. En principio, el tema de la política es la realidad de cada régimen, por tanto los requisitos de su perduración. Hay que ver qué es la monarquía, la oligarquía, la democracia, la tiranía, etc., en qué consisten, qué las constituye y qué tienen que hacer para conservarse y perdurar.

Todo esto lleva a Aristóteles al estudio preferente de un extraño régimen, que no sólo es distinto de todas las formas puras, sino que consiste en la máxima impureza: en la combinación o mezcla de varios regímenes, y mejor aún de todos. Es el famoso <régimen mixto>, la constitución que Aristóteles, a falta de nombre peculiar, designa con el nombre genérico de todas ellas: *politeia*, <república>.

El régimen mixto, que ya interesó vivamente a Platón y había de tener tan larga historia como idea política, si no como realidad efectiva en los Estados, resulta de combinar diestramente todas las constituciones conocidas, para extraer de cada una de ellas sus ventajas y evitar los inconvenientes, los fallos que han hecho que ninguna sea estable. Ortega ha observado que es una solución desesperada, consecuencia de la absoluta desconfianza frente a todos los regímenes, después de haberlos ensayado y visto fracasar; es – ha dicho- la <triarca máxima> de los antiguos boticarios, la mezcla de todos los medicamentos cuando ninguno de los remedios aislados ha resultado eficaz. El régimen mixto es la expresión política positiva del fracaso de todas

las formas de gobierno.

El régimen mixto es el más seguro y estable: está es su excelencia y justificación. Debe aprovechar el equilibrio de las distintas fuerzas políticas, y con ellas constituir la suya propia y asegurarse así la permanencia.

Aristóteles se recoge sobre sí mismo y, renunciando a lo que era más caro para un griego –lo irreal- se inclina sobre la realidad histórica, sobre el incesante movimiento político del último siglo, sobre las constituciones pacientemente coleccionadas, e intenta extraer de ese material la fórmula que haga posible una nueva concordia, una mínima seguridad, para que los hombres puedan seguir tendiendo los arcos de sus vidas con alguna esperanza de que la felicidad sea su blanco.

Como casi todos los términos culturales, la *seguridad jurídica* es un concepto histórico que encontramos en el mundo moderno. La seguridad, en un sentido más general, vinculada a otros factores distintos del Derecho, existe en la Edad Media, aunque su raíz sea más bien social y religiosa. La ausencia de temor y de duda del hombre medieval es consecuencia de su inserción por un lado en una comunidad, un gremio, una relación de vasallaje, una corporación, donde desde su nacimiento es formado, orientado y protegido hasta su muerte. Por otro lado la unidad, en la interpretación del mundo y de la vida, que produce, el monopolio de la Iglesia Católica en el ámbito de la fe y de las creencias y el imperialismo de la Teología en relación con todas las demás formas de conocimiento humano permite que todos sepan a que atenerse sobre su destino último, sobre el camino para llegar a él, y difumina las incertidumbres, los temores y las dudas.

En cambio, visto desde un punto de vista moderno, el Derecho de aquel tiempo no genera seguridad. El pluralismo de fuentes, el entrecruzamiento de competencias, una creatividad judicial sin norma previa, buscando el *id quod iustum est*, en el caso concreto y sobre todo la falta de un Poder capaz de imponer sus normas jurídicas, no permite hablar de certeza, ni de ausencia de temor. Los juristas nostálgicos con una vuelta a la Edad Media, no sacan, a mi parecer, todas las consecuencias de esta realidad.

Lo cierto es que la seguridad se genera por un monismo ideológico, y por una rigidez social y comunitaria que disminuyen la importancia del pluralismo jurídico medieval.

Cuando a partir del tránsito a la modernidad se rompa ese monismo ideológico y ese control desde la teología católica con el pluralismo religioso originado por el fenómeno protestante y la proliferación de Iglesias y sectas, y cuando al individualismo de la burguesía naciente resquebraje el comunitarismo gremialista, la seguridad cambiará de signo y empezará a ser *seguridad jurídica*, con la aparición del Derecho Moderno. Ciertamente hay precedentes de la idea en algunos privilegios estamentales, especialmente garantías procesales de los vasallos, como las de Alfonso IX a las Cortes de León en 1188 o en la Carta Magna. Pero vemos pese al esfuerzo de Carlyle estos precedentes son escasos y tienen diferente significado.

En “El Príncipe”, Maquiavelo aborda el tema de la seguridad desde el punto de vista de un medio utilizable para garantizar la seguridad del rey y su reino, es un código de la tiranía, fundado en la torpe máxima de que el fin justifica los medios y de que el éxito ensalza la obra, el plantea que la inseguridad solo puede evitarse mediante el Estado, solo el orden estatal garantiza una organización de la convivencia humana.

Se opone al poder feudal en su afán de asegurar el poder del príncipe, la seguridad del Estado y la unidad italiana, justifica las dobleces y las falsas promesas a la vez que realiza una apología de la represión. El pragmatismo de su concepción marca un hito en el estudio teórico de la política al liberarla de la moral.

El monopolio en el uso de la fuerza legítima que supone el Estado como forma política propia del mundo moderno en el decir de Weber, y la reserva al Soberano estatal de la producción jurídica, en la formulación de Bodino que refleja fielmente la realidad de su tiempo y la evolución posterior, trasladarán el centro de gravedad de la seguridad. El monismo jurídico moderno empezará a coexistir con el pluralismo ideológico y con el individualismo creciente, y se podrá hablar propiamente, a partir de entonces, de *seguridad jurídica*, sin perjuicio de los precedentes antiguos que encontramos en el

Derecho Romano. Así la recepción en el tránsito a la modernidad del Derecho Romano como *ratio scripta*, para superar el pluralismo jurídico medieval y para favorecer la unificación de los reinos explica también la identificación de la seguridad con el Derecho. La dialéctica monismo ideológico-religioso-pluralismo jurídico primero, y pluralismo ideológico-religioso-monismo jurídico después, estarán en la raíz del cambio de sentido de la seguridad.

El humanismo jurídico, el ius naturalismo racionalista, el positivismo normativista y su superación desde perspectivas plurales en la actualidad, manteniendo el carácter central del Derecho como ordenamiento jurídico, desde el punto de vista interno, y por otro lado las aportaciones del pensamiento político renacentista, ilustrado, liberal, democrático y socialista desde el punto de vista externo, marcarán hasta hoy la evolución de la idea de *seguridad jurídica*.

Junto al cambio que se ha señalado de una seguridad apoyada en el monismo ideológico y en la rigidez social, a la protegida por el monismo del Derecho Estatal en el mundo moderno otro fenómeno cultural tendrá relevancia significativa en la evolución de la idea de *seguridad jurídica*. Me refiero a la crisis del iusnaturalismo, y de su idea de una justicia material, que se producirá a finales del siglo XVIII a partir del triunfo de las revoluciones liberales en Francia y en las colonias inglesas de Norteamérica, aunque el iusnaturalismo moderno, racionalista y fundamentalmente protestante, ya encerraba serias contradicciones que prepararon su propia destrucción. En efecto, la idea del contrato social como origen del poder legítimo del Derecho como primera función del poder soberano surgido del contrato, y el paso de la libertad natural a la civil para la eficacia social de los derechos, que son ideas-fuerza de esa concepción anuncian el positivismo. Quizás en este sentido el más coherente de los autores de esa época, sea Hobbes para quien la única función del Derecho Natural es legitimar la obediencia al Derecho positivo.

Por otro lado Hobbes considera la seguridad como paz derivada del contrato social que saca al hombre del Estado de Naturaleza y le convierte en

ciudadano que entrega al Poder, al Leviatán, su seguridad, en detrimento de su libertad natural que le llevaba a la guerra de todos contra todos.

Rousseau caracteriza la seguridad como protección que produce orden y certeza, si la vemos desde el punto de vista objetivo y como ausencia de temor y ausencia de duda, si lo hacemos desde el punto de vista subjetivo. En Tocqueville se describe la seguridad, pero también se valora, con preocupación, la posibilidad de que adormezca la iniciativa y la creatividad, fomentando la servidumbre voluntaria de la que habló, ya en el siglo XVI, Etienne de la Boétie.

La repercusión de este proceso en la idea de *seguridad jurídica* será convertir a esta, de una característica no buscada, derivada de la misma existencia del Derecho, al fin principal del mismo, puesto que parece imposible un objetivo de justicia material, razón de ser del Derecho Natural. Si no existen verdades objetivas que constituyan el contenido del Derecho justo, busquemos mecanismos y técnicas formales que aseguren la posibilidad de una autonomía libre para la actividad del individuo. Pascal en su *Pensées*, lo formulará, probablemente sin intención, pero con una feliz expresión: “Si la justicia no es fuerte hagamos que la fuerza sea justa”.

Se iniciara así la idea positivista de la *seguridad jurídica*, vinculada a la concepción política liberal democrática que propugna y defiende procedimientos y técnicas que aseguren y den certeza al individuo, ciudadano y hombre privado. La justicia material es sustituida por la *seguridad jurídica* como justicia formal o procedimental.

Hasta el siglo XVIII el Derecho era fundamentalmente Derecho Privado con una función garantizadora de esa autonomía y libertad para obligarse y contratar, y Derecho Penal con una función represora de las violaciones de los ámbitos garantizados por el Derecho Privado, y por consiguiente la *seguridad jurídica* se formará inicialmente en ese sector. Las instituciones del Derecho Privado vinculadas a la *seguridad jurídica* arrancarán de aquel tiempo. El Derecho Público, como expresión de la voluntad del poder, tenía menor estabilidad y representaba menos la realidad natural. Por eso muchas veces se identificaban, como en Kant, Derecho Privado y Derecho Natural, y

el público se descartaba como obra propia de la razón y se situaba en el ámbito más arbitrario y contingente de la voluntad soberana. La filosofía de los límites del poder que, a través del iusnaturalismo conduce al Constitucionalismo, será el cauce para la incorporación de la *seguridad jurídica* al Derecho Público. Cuando la escuela del Derecho Público alemán, Jellinek, Gerber, Laband, etc., construyan la Teoría del Estado como Teoría de la Constitución, las instituciones de la *seguridad jurídica* estarán ya sólidamente instaladas en ese ámbito.

Dentro de los límites y de los puntos de vista del positivismo legalista y estatalista del siglo XIX este esfuerzo que caracterizaremos más adelante, pero que podemos identificar con el Estado de Derecho, se puede valorar positivamente, frente al exceso de lo que llama Bobbio la Teoría formalista de la justicia, propia del positivismo ideológico, en virtud de la cual el Derecho es justo por ser Derecho. Es el reduccionismo de la justicia a la validez, tan rechazable como su contrario, el de la validez a la justicia propio del iusnaturalismo extremo.

Jeremías Bentham, como vocero inconsciente de la burguesía liberal europea, y especialmente la inglesa del siglo XIX, desarrolla un concepto abstracto de utilidad, el cual expresa o sintetiza la tendencia e inclinación de una cosa a preservarse del dolor o procurar el placer. El mal, para el jusfilósofo inglés, es pena, dolor o causa de dolor; el bien, es placer o causa del placer. Ciertamente es que ese utilitarismo de Bentham no está exento de algunos puntos positivos. En este sentido es importante la connotación que brindó a la *seguridad jurídica*, como noción sobre la cual –según él– se integra el edificio del orden jurídico, e incluso del orden estatal. Por supuesto, esa llamada *seguridad jurídica* está siempre en función de los intereses utilitarios del egoísmo burgués. Hay también un atisbo interesante en Bentham cuando apunta que el derecho no se propone ni puede proponerse establecer la igualdad, sino únicamente la misma cantidad de posibilidades en todos los miembros del conglomerado social. No hay que disponer de mucha perspicacia para advertir aquí también un criterio burgués que se ha reiterado con verdadero afán recurrente: la sociedad no iguala, sino que brinda iguales probabilidades. Por supuesto, si algunos se enriquecen y otros

perecen víctimas de la maquinaria capitalista, se encoje de hombros el filósofo y asegura que algunos supieron hacer uso de las oportunidades de que dispusieron en tanto otros las desperdiciaron.

En una carta inédita de Tocqueville a Charles Stoffels de 21 de abril de 1830, escribe que "...el cuerpo social lo ha previsto todo; el individuo sólo se toma la pena de nacer, en cuanto a lo demás, la sociedad lo coge en sus brazos de nodriza, vigila su educación, abre ante él los caminos de la fortuna le sostiene en su marcha, aparta de su cabeza los peligros...", y añade inmediatamente: "...El, avanza en paz bajo la mirada de esa segunda providencia; el poder tutelar que le ha protegido durante toda su vida, vigila también el reposo de sus cenizas: he ahí la mente del hombre civilizado...".

Estamos ante un concepto complejo que evoca tranquilidad, ausencia de miedo y de violencia pero que entronca también con servidumbre, como conformismo, como ausencia de iniciativa y como ausencia de libertad. La primera servidumbre lo es en el campo de la cultura como esa pretensión del espíritu humano de obtener una tranquilidad imposible en el ámbito de la inteligencia, que puede fomentar o favorecer la segunda, la servidumbre política, a través de un proceso psicológico que Frömm estudió sobre todo en *El miedo a la libertad*.

Esta idea general de seguridad, concretada en su dimensión jurídica adquiere a su vez diversos matices que no son, como veremos, ajenos a la evolución del poder político y de su Derecho, con lo que probablemente, la función principal de la filosofía jurídica sea intentar acotar los sentidos del término seguridad, distinguiendo sus denominaciones léxicas de las estipuladas y preparando una clarificación útil para el científico del Derecho y en general para todos los operadores jurídicos.

Frente a las desviaciones patológicas de la seguridad que conducen a las servidumbres que se acaban de evocar, se perfiló en el mundo moderno un concepto progresivamente vinculado a las concepciones democráticas, que superó planteamientos antitéticos con la idea de justicia para acabar integrándose en esta noción clave para la comprensión integral del Derecho. La evolución histórica que prepara este proceso y los rasgos centrales que lo

identifican será el desarrollo principal de estas reflexiones, desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho.

La idea positivista liberal de *seguridad jurídica* encontró la resistencia de las posiciones que defienden la posibilidad de un Derecho justo de carácter material, y estos se formularon como antagonismo de justicia y *seguridad jurídica* que aparecieron como contradictorias. Muchas de las ponencias al Tercer Congreso del Instituto Internacional de Filosofía del Derecho y de Sociología Jurídica de 1938 en Roma, se situarán en esta perspectiva.

Se podría decir que la *seguridad jurídica* como justicia formal o procedimental, se encuentra centrada entre dos posiciones extremas, en la cultura jurídica moderna: la que cree que el Derecho al existir no sólo crea seguridad sino también justicia y la que contrapone la seguridad a una justicia material identificable por la autoridad de su autor, Dios, o por la racionalidad de sus contenidos –Derecho Natural-.

Hoy esta situación está superada y vivimos, en la cultura jurídica, un intento de evitar la dialéctica iusnaturalismo versus positivismo.

La teoría jurídica Kelseniana, probablemente por sus planteamientos la más genuina representante de esa ideología liberal, positivista, formalista, de la *seguridad jurídica*, se completó y se corrigió haciéndola compatible con contenidos materiales de justicia, procedentes de la moralidad democrática, producto de la dialéctica razón e historia, en el mundo moderno. En los principios, los valores y los derechos fundamentales se integrarán esas dos perspectivas que superan la dialéctica antagónica iusnaturalismo-positivismo.

Hart o Bobbio, en la doctrina, son expresivos de esas nuevas tendencias.

Carlos Cossío desarrolla su teoría egológica o egología que no es más que una indagación de la conducta, del comportamiento de los hombres, en contraposición al positivismo Kelseniano.

Para Cossío al ser la norma un juicio de conocimiento, no sólo puede ser válida o inválida, justa o injusta, sino que también puede ser verdadera o falsa. Entonces es más fácil entender la construcción axiológica de Cossío: para él, en el plano existencial de la simple coexistencia como mundo, en los

valores de autonomía, el más importante para los hombres es la seguridad, y la inseguridad, su desvalor correspondiente. Quisiera aclarar que para Cossío los desvalores no son simplemente la ausencia de valor, sino que tales desvalores tienen, a su juicio, un significado sustantivo. Es él mismo quien dice con su gracia acostumbrada: <La mujer fea no vive una ausencia de belleza sino que vive su fealdad, que es cosa tan concreta y consistente como su propia vida. Así, en nuestro caso, la inseguridad, aparece con todo su concreto contenido>.

Uno de los grandes de la fenomenología es, sin duda Gustav Radbruch, que trabajó en específico la teoría de los valores. Radbruch, como señala Menéndez: <estima que el derecho es el conjunto de las ordenaciones generales para la vida humana en común y que el fin último del derecho es la justicia, pero partiendo de que todo el ordenamiento jurídico está siempre vinculado a una necesidad concurrente el fin de la justicia que anima al derecho es la *seguridad juridical*.

Como se ve, en Gustav Radbruch hay una fuerte impronta del contenido axiológico del derecho, y repito que pese a su punto de partido apriorístico, fenomenológico, anticipa ideas singulares sobre la base o el propósito más trascendente de la justicia: la concibe vinculada a convicciones sociales o políticas, y sugiere que está animada por un propósito cardinal, que él quiere encontrar en la que llaman *seguridad jurídica*.

En este tiempo culmina un proceso de progresiva integración de las ideas de seguridad y de justicia, que todavía discutía en 1938, en su trabajo “El problema de los fines del Derecho: su lugar en la Filosofía del Derecho”, el Padre Delos. También Radbruch establecía una vinculación entre iusnaturalismo e idea de justicia contraponiéndola al positivismo, vinculando a la seguridad, en su trabajo “El fin del Derecho”.

Creo que en este planteamiento de Radbruch está, entendido a sensu contrario, la razón de este acercamiento entre seguridad y justicia, puesto que la dialéctica iusnaturalismo *versus* positivismo está separada. La seguridad es hoy justicia formal y la justicia material es libertad más igualdad o libertad igualitaria.

Como vemos, muchas instituciones, valores, principios o derechos no se pueden atribuir o a la idea de seguridad o a la de justicia, pues contribuyen de manera ambivalente ambas.

El núcleo central de la idea de *seguridad jurídica*, es creación del pensamiento jurídico liberal, del Estado parlamentario representativo, pero arranca ya en el origen del Estado como Estado Absoluto y se prolonga en el Estado Social.

La aparición del Estado como forma política del mundo moderno, al reclamar como hemos dicho, el monopolio de la fuerza y al suprimir o, al menos iniciar la supresión del pluralismo de fuentes del Derecho, convirtiendo progresivamente al Derecho en estatal, permitió la consideración del mismo como sistema, primera condición indispensable para que podamos hablar de *seguridad jurídica*.

Las concepciones típicas del Derecho, el Derecho como problema, frente al Derecho como sistema son incompatibles con la idea de *seguridad jurídica*. Sistema y *seguridad jurídica* son inseparables.

No hay sistema que no produzca, por su sola existencia, una cierta *seguridad jurídica*, ni *seguridad jurídica* que se pueda concebir al margen del sistema.

En ese sentido se sitúan las críticas de Bentham al *Common Law*, en su defensa de la Legislación, puesto que éste no puede generar seguridad al actuar jurídicamente *ex post facto*, aunque no creemos que sea razonable ese planteamiento, puesto que el *Common Law* es también un sistema con sus reglas del precedente y del *Stare decisis*.

Otra gran aportación a la organización de la *seguridad jurídica* será la progresiva supresión de los privilegios y de las normas especiales, y la aparición de un destinatario genérico de las normas jurídicas, el *homo juridicus*, el futuro ciudadano como destinatario del Derecho en el Estado Liberal. Es lo que llamaríamos la igualdad como generalización, una condición *sine qua non* del sistema que afecta al sujeto pasivo y al objeto y contenido de las normas. Junto con la unificación en el soberano, sujeto activo de la producción de normas, en ese primer modelo de Estado moderno

se crean condiciones, de un Derecho estatal, sistemático en cuyo seno existieron las bases de la *seguridad jurídica* que el Estado liberal completó y profundizó. La mera existencia del Derecho en este momento crea seguridad, puesto que supera la autotutela del llamado Estado de Naturaleza y la situación real de anarquía y la guerra de todos contra todos de finales de la Edad Media.

Hobbes será probablemente el mejor intérprete de esa *seguridad jurídica* preliberal, y no se puede negar que en su pensamiento están ya las grandes bases de la cultura jurídica moderna.

El Estado liberal será la expresión más pura de la *seguridad jurídica*, no ya como hecho sino como ideología. La influencia del iusnaturalismo racionalista, con su rígido sistematismo de raíz matemática, será decisivo para impulsar un modelo que se trasladó al Derecho positivo. La Declaración de 1789, con su recepción de la *seguridad jurídica* como derecho natural del hombre culmina la evolución, ya existente también en el modelo americano, de una idea que añade una dimensión subjetiva a una realidad hasta entonces principalmente objetiva. Por cierto, que hablar de un derecho natural a la *seguridad jurídica* es un contrasentido genérico que supone hablar de derechos naturales o derechos morales.

En ningún caso se puede entender como previo al Estado, porque los propios contractualistas iusnaturalistas reconocen que éste surge para, entre otras cosas, hacer posible la *seguridad jurídica*, que es así sólo consecuencia de la existencia del Estado y su Derecho.

Asimismo la vinculación que la Declaración francesa hace en su artículo sexto de la libertad con la Ley, será el origen del Estado de Derecho y de la legalidad como garantía de seguridad, o dicho de otra forma, de la seguridad por la Ley, el paso del gobierno de los hombres al gobierno de las Leyes.

La relación de la idea de sistema con la seguridad supuso propugnar su traslado desde el pensamiento jurídico al Derecho Positivo, en el ámbito del Derecho Público con el Constitucionalismo y en el Privado con la Codificación, y fue en el sistema del Constitucionalismo y en el de la

Codificación donde creció la *seguridad jurídica* liberal, preparada con esfuerzos anteriores como el de Domat con sus obras *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, y *Les loix politiques, suite des loix civiles dans leur ordre naturel*.

Así, tanto en el ámbito del Derecho Público, como seguridad ante el poder y ante su Derecho, de los ciudadanos, y del Derecho Privado, en las relaciones entre particulares en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, se va generando la *seguridad jurídica*, más que como un derecho fundamental como un principio o un valor que inspira a todo el Ordenamiento jurídico y del que se desprende esa certeza, esa ausencia de temor, esa tranquilidad como reflejo en el individuo de esa situación objetiva, aunque en algunos aspectos aparecerá como derecho humano.

En la actualidad, la seguridad, como efecto del constitucionalismo del Estado Social, por influencia del pensamiento democrático y socialista, ampliará su campo. Además de seguridad del ciudadano frente al poder y del individuo en sus relaciones privadas, la seguridad se buscará en el seno de la sociedad, como expresión de la relación del hombre con las necesidades sociales y su satisfacción, y se podrá hablar de seguridad social, en sentido amplio, con la función promocional que realiza el nuevo Derecho social, además de las funciones de garantía –Derecho Privado- y de represión –Derecho Penal- del viejo Derecho Liberal. La seguridad social será *seguridad jurídica*, puesto que se establece por medio de la Ley, en la nueva relación libertad-ley del Estado social, pero mezclada con dimensiones de justicia material, de libertad y de igualdad material, y contribuirá a crear condiciones sociales de superación de necesidades o de certeza ante la vejez, la enfermedad o la muerte. Probablemente los iusprivatistas que siguen considerando al Derecho como Derecho Privado se resisten a admitir esta extensión.

La expresión *seguridad jurídica* se ha perfilado con criterios diversos. En un sentido, la *seguridad jurídica* se refiere al ordenamiento jurídico en su conjunto. En otro sentido, a ramas determinadas del mismo. Se sostiene – por una parte- que esta seguridad se refiere a las relaciones del individuo con el Estado; y desde otro punto de vista, a las relaciones entre individuos; es

decir, emanadas del sistema de garantías organizado por el ordenamiento estatal o emanadas de los negocios jurídicos celebrados por los particulares.

El conocimiento cierto de la norma y la certeza de una aplicación razonable implican –en cierto modo- una garantía a la efectividad del Derecho subjetivo que esa norma reconoce. Pero no es a este tipo de garantía al que se hace referencia al hablar de *seguridad jurídica* de los derechos, sino que con esta expresión se alude al mantenimiento de los derechos adquiridos. No hay dudas sobre la existencia y alcance del Derecho, lo que puede generar duda o inseguridad es la conservación del Derecho durante el tiempo en que se ostenta su titularidad. A despejar esa duda posible es que acuden los mecanismos de *seguridad jurídica* de los derechos.

La realidad sin embargo nos ha demostrado hasta que punto paulatinamente la *seguridad jurídica* ha ido perdiendo batallas hasta convertirse en una preocupación generalizada en la sociedad. Los problemas de la seguridad ciudadana son botones de muestra de cómo la *seguridad jurídica* es una cuestión de la más valiosa actualidad.

Análisis Constitucional de las Disposiciones que Regulan las Garantías de Seguridad Jurídica.

Los preceptos constitucionales que consagran las garantías de seguridad jurídica principalmente son los artículos 8, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23 constitucionales, y cada uno contiene y establece:

Artículo 8o: • Derecho de Petición.

Artículo 14: • Garantía de irretroactividad. • Garantía de audiencia. •

Garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal. • Garantía de legalidad en materia civil.

Artículo 16: • Garantía de autoridad competente. • Garantía de mandamiento escrito, donde se funde y motive la causa legal para cometer un acto de molestia en contra de un particular.

Artículo 17: • Nadie puede hacerse justicia por propia mano. • La administración de justicia debe ser expedita y eficaz. • No procede la prisión por deudas de carácter puramente civil.

Artículo 18: • La prisión preventiva sólo es válida contra delitos que

merezcan pena corporal.

Artículo 19: • Garantías del auto de formal prisión.

Artículo 20: • Garantías de los inculpados, las víctimas y los ofendidos por un delito.

Artículo 21: • La imposición de penas es propia de la autoridad judicial. •

Sólo al Ministerio Público le corresponde la investigación y persecución de los

delitos. Artículo 22:

• Queda prohibida la aplicación de penas inusitadas y trascendentales.

Artículo 23: • Ningún juicio penal podrá tener más de tres instancias. •

Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito. • Se prohíbe la práctica de absolver de la instancia.

31.- EL DERECHO NATURAL

Varias son las orientaciones que ha tenido, a través de la historia, la doctrina del derecho natural.

1) la expresión es originaria de Roma. Bajo la influencia de la filosofía griega, los juristas romanos afirmaron la existencia de un derecho superior al positivo, común a todos los pueblos y épocas. Pero se advierte cierta vacilación en la terminología.

Algunos llamaban derecho natural lo que la naturaleza enseñó a todos los animales, incluso el hombre y lo contraponían al derecho de gentes (*jus gentium*), usado por todos los pueblos.

Otros daban a éste último el nombre de *jus naturae*, sin precisar mayormente acerca de su contenido.

En el último estado del derecho romano, cuando ya se nota la influencia del cristianismo, aparece en las institutas de Justiniano una nueva definición de ese orden jurídico:

sed naturalia quidem quae Apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque unmutabilia permanente. (Pero los derechos naturales, que existen en todos los pueblos, constituidos por la providencia divina, permanecen siempre firmes e inmutables).

el cristianismo perfeccionó este concepto, que coincidía con sus orientaciones filosóficas y políticas. La necesidad de libertar a la persona humana de la tutela absorbente del estado debía conducir, lógicamente, a buscar un sistema jurídico que no fuera sólo la expresión de la voluntad de los gobernantes. En el siglo VII, San Isidoro de Sevilla recogió de la tradición romana la idea de un derecho *commune omnium nationum...* *Numquam injustum, sed naturales, aequumque* (común a todas las naciones..., Que nunca es tenido por injusto, sino por natural y equitativo).

Fue santo tomas de Aquino (1225-1274) quien dió a esta doctrina su más perfecto desarrollo. Hay tres clases de leyes o de sistemas jurídicos que derivan jerárquicamente el uno del otro: la ley eterna es la razón divina que gobierna al mundo físico y moral, y no puede Ser conocida sino a través de sus manifestaciones;

la ley natural es "la participación de la ley eterna en la criatura racional", y podemos conocerla con "la luz de la razón natural, por la que discernimos lo que es bueno y lo que es malo"; y la ley humana deriva racionalmente de la anterior para "disponer mas particularmente algunas cosas".

Esta ley natural-que ahora nos interesa- es universal e inmutable, y superior a las leyes humanas. Sus preceptos son muy generales, y podrían reducirse a uno solo: hacer el bien y evitar el mal. Pero santo tomas da algunos ejemplos: pertenecen a la ley natural aquellas reglas por las cuales se conserva la vida del hombre y se impide lo contrario; las que permiten hacer lo que la naturaleza enseñó a todos los animales, como la Unión de los sexos, la educación de los hijos y otras semejantes; y las que coinciden con la inclinación del hombre a conocer la verdad sobre Dios y a vivir en sociedad. De esta última deriva la obligación de no dañar a otros.

Esta teoría fue desarrollada durante el siglo XVII por los teólogos españoles, especialmente domingo Soto (de justitia et iure, 1556) y Francisco Suárez (tractatus de legibus ac deo legislatore, 1612). Convertida en la doctrina oficial de la Iglesia catolica, ha encontrado en este siglo nuevos y brillantes expositores, que forman el movimiento que se ha llamado el renacimiento del derecho natural.

la escuela del derecho natural y de gentes debe su origen a Hugo grocio, que publicó en 1625 su libro de iure Belli AC pacis. Grocio reconoce la existencia de un derecho natural, pero se aparta de la escolástica al considerarlo como "una regla dictada por la recta razón", la cual nos indica que una acción es torpe o moral según su conformidad o disconformidad con la naturaleza racional.

Y esta regla existiría-agrega- aunque no hubiera Dios o no se ocupara de los asuntos humanos.

Grocio separó así netamente el derecho de su fundamento religioso y moral. El derecho natural ya no es una aspiración instintiva hacia la justicia, ni un reflejo de la sabiduría divina, sino un producto totalmente intelectual y humano. Más aun: el derecho natural no comprende solamente los preceptos fundamentales de la convivencia social, sino que puede llegar, por el esfuerzo racional de los hombres, a elaborar sistemas jurídicos completos. Y

la diversidad que se advierte entre las legislaciones positivas solo revela que los pueblos no siempre han tenido una conciencia clara de lo que debe ser el derecho.

A pesar de su enorme predominio durante los siglos XVII y XVIII, la escuela del derecho natural y de gentes se encuentra hoy abandonada.

Además, el derecho, establecido para regular la actividad humana en sociedad, no puede olvidar que las personas tienen fines particulares y supremos que cumplir, y debe por lo tanto asegurarlos. Para ello es preciso que reconozca las libertades esenciales:

de conciencia, de culto, de acción en sus múltiples formas, de asociación y de intervención en el gobierno de la comunidad, sujetas todas ellas a las restricciones que derivan de los derechos de las demás personas y de los intereses colectivos. Estas restricciones, y los demás sacrificios que puede exigir el estado, deben naturalmente fundarse en la igualdad de tratamiento que merece todo ser humano, sin que puedan establecerse distinciones arbitrarias o injustas entre los grupos e las clases, sobre estos dos principios fundamentales, la libertad y la igualdad, reposan racionalmente las relaciones entre el estado y sus miembros.

Como las cosas y los bienes han sido creados para que el hombre pueda utilizarlos-y este uso constituye también una tendencia natural perceptible en todos los pueblos es lógico que exista el derecho de propiedad. El respeto por la vida y por los bienes ajenos justifica el axioma moral que exige no hacer daño a otro. Y reparar el que haya sido ocasionado por culpa o negligencia.

En las relaciones humanas cada uno debe recibir lo que le corresponde, de donde deriva, entre otras cosas, la regla que exige el cumplimiento de las obligaciones.

Tales son los principios fundamentales del derecho natural. Derivan de modos de ser y normas de existencia inmutables y necesarias del género humano, se imponen a la reflexión, y pueden ser demostrados lógicamente, la razón no los crea, pero los reconoce y puede desarrollarlos y extraer de ellos nuevas conclusiones, antes ignoradas, la ciencia del derecho se

encuentra obligada a admitir su existencia si efectivamente aspira a ser una ciencia normativa, es decir, a señalar las normas que deben racionalmente dirigir la conducta humana en sociedad. Pues si se limitara a la contemplación exclusiva del orden jurídico vigente en la realidad, olvidaría los principios y las bases en que este se apoya.

Estos principios fueron ya sintetizados por los romanos, al decir:

iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non Laedere, suum quique tribuere. (Los preceptos del derecho son estos: vivir honestamente, no dañar a otros, dar a cada uno lo suyo). Vivir honestamente significa, en el caso, actuar de acuerdo con las normas morales que se incorporan al orden jurídico; no dañar a otros constituye una de las bases fundamentales de los derechos civil y penal; y dar a cada uno lo suyo es lo que exige la justicia como finalidad suprema del derecho.

Derecho natural Y derecho positivo

Conjunto de normas ideales, justas y eternas, reguladoras de la conducta humana.

1 si por derecho se entiende el ordenamiento social justo, el derecho natural constituye el meollo o núcleo de ese ordenamiento que, conforme a la naturaleza humana, tiende a la instauración de la justicia en la Sociedad; y el derecho positivo es la concreción del derecho natural, es decir, la traducción del derecho natural y su adaptación a las circunstancias sociales concretas de un momento histórico determinado, *hic et nunc*. El derecho positivo es aquel que regula en forma efectiva la vida de un pueblo en un determinado momento histórico.

2 en tanto que el derecho positivo es el orden que procura una aproximación creciente a la justicia, el orden que tiende a su perfección sin alcanzarla por completo, el derecho natural es la orientación de esa transformación, de ese dinamismo; es el atractivo de la justicia. Por esta relación entre ambos órdenes, es dable comprender el derecho positivo-según el pensamiento de Renard-como la interpretación del derecho natural influida por: 1) las condiciones del medio social; 2) las posibilidades de la coacción, y 3) la preocupación de consolidar el orden establecido.

3 el derecho natural ejerce sobre el derecho positivo una doble acción.

Una acción negativa que tiene el sentido de una barrera: significa la paralización del derecho positivo en la medida que este contradice sustancialmente al derecho natural, por resultar entonces un derecho injusto, es decir, un no-derecho. Y una acción positiva en cuanto el derecho natural es un manantial de orientación del derecho positivo, del que no organiza soluciones pero al que imparte directivas.

Desde este punto de vista el derecho positivo agrega al derecho natural una doble armadura de fórmulas y sanciones.

Por esa influencia del derecho natural sobre el derecho positivo, la historia jurídica muestra un continuo deslizamiento de las nociones generales de justicia y moral social hacia el derecho positivo. Recuérdense los ejemplos que suministra el derecho romano con la *actio doli* y el derecho contemporáneo con el reconocimiento de la propiedad intelectual: es que el progreso del derecho positivo se realiza mediante una invasión progresiva de la moral social.

4 las teorías del derecho natural se denominan jusnaturalistas y se dividen en dos grupos principales: a) unos lo consideran emanado de la voluntad divina (escuela escolástica) y b) otros lo aceptan como surgido de la naturaleza de las cosas.

K. Dentro de la segunda posición, la escuela del derecho de la naturaleza sostiene el derecho del hombre en estado de naturaleza (estado de aislamiento, por oposición al estado de sociedad); derecho inmutable (como la naturaleza del hombre), escrito en el corazón del hombre y que, por la reflexión e introspección, puede ser precisado hasta en sus detalles de aplicación.

6 para los enciclopedistas y durante el siglo XIX, se desarrolla el concepto precedente y se acentúa la noción de libertad individual llegando al principio de la autonomía de la voluntad: todo derecho proviene de un contrato, inclusive el derecho público (contrato social).

7 con posterioridad, reaccionando sobre la negación de la escuela histórica (positivista), solidarista y sociológica, se llega al derecho natural de contenido variado: el derecho se halla dominado por el sentimiento de justicia, natural

en el hombre; pero ese sentimiento y el derecho que de él deriva, son esencialmente variables, según las épocas y los países.

8 finalmente se llega al derecho natural irreductible o de contenido progresivo, donde la idea de justicia es el fundamento del derecho y su finalidad, el bien común, variable según las épocas y los países, es descubierto por la razón humana al trabajar sobre los datos sociales (economía política, costumbre, tradiciones nacionales).

El derecho positivo (escrito) proclama el cumplimiento de las normas jurídicas, sin tener en cuenta su contenido, para lograr, sobre todo, la seguridad colectiva. Si pudiera cuestionarse la validez de las leyes, opinan, alegando normas éticas, que pueden diferir de un grupo de personas a otro, aún dentro de la misma comunidad, la finalidad misma del ordenamiento jurídico, de lograr la paz social, podría desvirtuarse. Los que sostienen esta posición, llamados positivistas, consideran que las leyes no son en sí mismas, buenas o malas, justas o injustas, sino válidas o inválidas, según sean dictadas por autoridad competente, de acuerdo a los procedimientos legalmente establecidos, o no, respectivamente.

Los positivistas no niegan la existencia de los derechos humanos, pero como creaciones del legislador, y no como reconocimiento de facultades naturales, que posee el individuo desde su nacimiento. Niegan sí, por lo tanto, el derecho natural.

El filósofo griego Trasímaco, afirmaba, hablando del concepto de justicia, que justo es lo que impone el más fuerte. O sea, que es la autoridad la que determina, lo que a cada uno le corresponde. Vemos que aludía al fin superior de la justicia, pero ésta no procedía de una escala de valores universales, sino de la propia conciencia de la autoridad.

Hans Kelsen (1881-1973), es uno de los representantes más importantes de este pensamiento, expuesto en su Teoría Pura del Derecho. Toda norma para este autor emana de otra norma que la fundamenta, siendo la primera un presupuesto, la norma hipotética fundamental, que luego ubicó en el derecho Internacional.

Por el contrario, los defensores del derecho natural, no niegan el derecho positivo, en sí mismo evidente. El derecho escrito es palpable (está escrito), pero afirman que por sobre éste está el Derecho Natural, que los romanos definieron como aquel que pertenece tanto a los hombres como a los animales. Es el Derecho que existe antes que el legislador y el jurista, el que ellos tienen que descubrir, al redactar, o aplicar la norma. Si la norma elaborada es contraria a la verdad y a la justicia, debe resistirse a la aplicación de la ley, de lo contrario, estaríamos a merced de la arbitrariedad de los legisladores. Los partidarios del derecho natural, pueden ser religiosos, sosteniendo que estas normas provienen de Dios, o laicos, que las hacen proceder de la propia naturaleza humana.

Cuando en la antigüedad se aceptaba la esclavitud, los romanos reconocieron que era contraria al derecho natural, concepto que aprendieron de los griegos, pero la reconocieron por el derecho de gentes, que es el común a los distintos pueblos. Observamos, por lo tanto, que, como siempre, la supremacía de las normas está dada por la conveniencia. La institución de la esclavitud era muy provechosa a los intereses de sus amos, pues proporcionaba mano de obra barata, y entonces, el derecho de gentes, primaba sobre el derecho natural. El Digesto de Justiniano nos da la siguiente definición de derecho natural, que corresponde al jurista Ulpiano: “es el que la naturaleza enseñó a todos los animales”. Otro concepto incluido en la misma obra, pertenece al jurista Paulo, que dice que es el “que siempre es bueno y equitativo”.

Sin embargo, este concepto desarrollado por Cicerón, que decía que el derecho natural debe ajustarse a la recta razón, pareciera en ciertos casos, relacionarse más que a lo justo a lo instintivo. Así pone como ejemplos, que si bien el derecho civil condena a un hombre que engaña a otro vendiéndole una baratija, haciéndola pasar por una joya, para el derecho natural sería algo justo que el astuto se aprovechara del crédulo.

Como vemos, aún entre los defensores del derecho natural, no había demasiado acuerdo, ya que la solución de Cicerón no parecería concordar con la definición de Paulo.

No podemos dejar de reconocer que si bien en algunos casos las normas del derecho natural son fáciles de descubrir, como cuando están en juego valores fundamentales, como el de la vida, la libertad, o la seguridad de las personas, en otros, pueden existir choques de valores, incluso entre los antes mencionados.

Piénsese por ejemplo, en el caso del aborto. Una ley que prohíba el aborto, penalizando a la mujer que se lo practica, puede ser considerada contraria al derecho natural, si se piensa que penalizar el aborto, sería impedir que la mujer concorra a centros asistenciales adecuados, y ponga en riesgo su propia vida. Otros podrán decir, que impedir el aborto, y obligar a la madre a criar un niño que no desea, podrá exponer a éste a riesgos tan grandes, carencias y padecimientos, que será como matarlo de a poco. Una ley que liberalice el aborto también podrá ser cuestionada como contraria al derecho natural, pues no tendría en cuenta el derecho a la vida de un ser indefenso: la persona por nacer.

Creemos en definitiva que si el fin perseguido por el Derecho es la búsqueda de un orden social justo, no podemos desconocer que debe ceñirse al derecho natural: El problema es ponernos de acuerdo sobre el contenido de este derecho, escrito sobre el alma humana, que en muchas de éstas está muy borroneado.

Los revolucionarios franceses de 1789, cuyos pensadores ilustrados e iluministas reflataron la teoría del derecho natural, para justificar el derecho de los pueblos a ejercer el poder, declararon como derechos naturales, sagrados e irrenunciables, el derecho a la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. No se tuvieron en cuenta a las mujeres, ni tampoco los derechos de los trabajadores asalariados oprimidos.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, y conocidas las aberraciones cometidas por el régimen nazi, se dictó la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) para que ningún gobierno pueda arrogarse la posibilidad de desconocer los más sagrados derechos de la humanidad.

Las sentencias dictadas en los juicios de Nuremberg, se basaron el derecho

natural, que permitió aplicar las leyes penales en forma retroactiva (o sea, en el pasado). Quienes cometieron los aberrantes crímenes de la Segunda Guerra Mundial, lo hicieron de acuerdo al derecho positivo, cumpliendo órdenes superiores, pero que según el derecho natural, debían ser evaluadas por quien debía cumplirlas.

Las dictaduras militares que enlutaron a América Latina en la década de 1970, impusieron un estricto positivismo, mostrándonos el peligro de un sistema que deja en manos de quien ejerce el poder, la decisión sobre el respeto de los derechos del hombre. Se dejó de lado, en estos casos, para condenar posteriormente a los dictadores, el principio de la prescripción, que impide la condena de un delito luego de cierto lapso de tiempo, pues se consideró a los derechos naturales como imprescriptibles.

La diferencia fundamental entre estas dos concepciones podría resumirse así: Para los positivistas el legislador crea los derechos, para los iusnaturalistas, simplemente los reconoce. Por lo tanto si los omite, está obligado a incorporarlos.

32.- LOS DERECHOS DEL HOMBRE

Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre, son las principales causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer en una declaración solemne los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, para que esta declaración, constantemente presente a todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; para que los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo puedan en cada instante ser comparados con el objeto de toda institución política y sean más respetados; para que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas desde ahora sobre principios simples e incontestables, tiendan siempre al mantenimiento de la Constitución y a la felicidad de todos. En consecuencia, la Asamblea Nacional reconoce y declara, en presencia y bajo los auspicios del Ser Supremo, los siguientes derechos del hombre y del ciudadano.

ARTÍCULO 1. Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales no pueden fundarse más que sobre la utilidad común.

ARTICULO 2. El objeto de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

ARTÍCULO 3. El principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación. Ningún cuerpo ni individuo puede ejercer autoridad que no emane expresamente de ella.

ARTÍCULO 4. La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no dañe a otro; por lo tanto, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguren a los demás miembros de la sociedad el disfrute de estos mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados más que por la ley.

ARTICULO 5. La ley no tiene el derecho de prohibir más que las acciones nocivas a la sociedad.

Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena.

ARTICULO 6. La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir personalmente, o por medio de sus representantes, a su formación. La ley debe ser idéntica para todos, tanto para proteger como para castigar. Siendo todos los ciudadanos iguales ante sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad, y sin otra distinción que la de sus virtudes talentos.

ARTÍCULO 7. Ningún hombre puede ser acusado, arrestado ni detenido más que en los casos determinados por la ley y según las formas por ella prescritas. Los que soliciten, expidan, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias, deben ser castigados, pero todo ciudadano llamado o designado en virtud de la ley, debe obedecer en el acto: su resistencia le hace culpable.

ARTÍCULO 8. La ley no debe establecer más que las penas estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado más que en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y legalmente aplicada.

ARTICULO 9. Todo hombre ha de ser tenido por inocente hasta que haya sido declarado culpable, y si se juzga indispensable detenerle, todo rigor que no fuere necesario para asegurarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley.

ARTÍCULO 10. Nadie debe ser molestado por SUS opiniones, incluso religiosas, con tal de que su manifestación no altere el orden público establecido por la ley.

ARTICULO 11. La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones

es uno de los más preciosos derechos del hombre. Todo ciudadano puede, pues, hablar, escribir, imprimir libremente, salvo la obligación de responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley.

ARTÍCULO 12. La garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita de una fuerza pública; esta fuerza queda instituida para el bien común y no para la utilidad particular de aquellos a quienes está confiada.

ARTÍCULO 13. Para el mantenimiento de la fuerza pública y para los gastos de administración es indispensable una contribución común. Esta contribución debe ser repartida por igual entre todos los ciudadanos, en razón de sus facultades.

ARTÍCULO 14. Todos los ciudadanos tienen el derecho de comprobar, por sí mismos o por sus representantes, la necesidad de la contribución pública, de consentirla libremente, de vigilar su empleo y de determinar su cuantía, su asiento, cobro y duración.

ARTÍCULO 15. La sociedad tiene el derecho de pedir cuentas a todo agente público de su administración.

ARTÍCULO 16. Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de los poderes determinada, no tiene Constitución.

ARTÍCULO 17. Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, si no es en los casos en que la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija evidentemente, y bajo la condición de una indemnización justa y previa.

(Decreto por la Asamblea Nacional Francesa en agosto de 1789).

Los Derechos Humanos son el conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente

organizada. Estos derechos, establecidos en la Constitución y en las leyes, deben ser reconocidos y garantizados por el Estado.

La defensa o la protección de los Derechos Humanos tiene la función de:

- 1.- Contribuir al desarrollo integral de la persona.
- 2.- Delimitar, para todas las personas, una esfera de autonomía dentro de la cual puedan actuar libremente, protegidas contra los abusos de autoridades, servidores públicos y de particulares.
- 3.- Establecer límites a las actuaciones de todos los servidores públicos, sin importar su nivel jerárquico o institución gubernamental, sea Federal, Estatal o Municipal, siempre con el fin de prevenir los abusos de poder, negligencia o simple desconocimiento de la función.
- 4.- Crear canales y mecanismos de participación que faciliten a todas las personas tomar parte activa en el manejo de los asuntos públicos y en la adopción de las decisiones comunitarias.

Los Derechos Humanos han sido clasificados de diversas maneras, de acuerdo con su naturaleza, origen, contenido y por la materia que refiere. La denominada Tres Generaciones es de carácter histórico y considera cronológicamente su aparición o reconocimiento por parte del orden jurídico normativo de cada país.

Primera Generación: Se refiere a los derechos civiles y políticos, también denominados "libertades clásicas":

- 1.- Toda persona tiene derechos y libertades fundamentales sin distinción de raza, color, idioma, posición social o económica.
- 2.- Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad jurídica.
- 3.- Los hombres y las mujeres poseen iguales derechos.
- 4.- Nadie estará sometido a esclavitud o servidumbre.
- 5.- Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, ni se le podrá ocasionar daño físico, psíquico o moral.
- 6.- Nadie puede ser molestado arbitrariamente en su vida privada, familiar, domicilio o correspondencia, ni sufrir ataques a su honra o reputación.

- 7.- Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia.
- 8.- Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
- 9.- En caso de persecución política, toda persona tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él, en cualquier país.
- 10.- Los hombres y las mujeres tienen derecho a casarse y a decidir el número de hijos que desean.
- 11.- Todo individuo tiene derecho a la libertad de pensamiento y de religión.
- 12.- Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión de ideas.
- 13.- Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacífica.

Segunda Generación: La constituyen los derechos económicos, sociales y culturales, y son:

- 1.- Toda persona tiene derecho a la seguridad social y a obtener la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales.
- 2.- Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias.
- 3.- Toda persona tiene derecho a formar sindicatos para la defensa de sus intereses.
- 4.- Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure a ella y a su familia la salud, alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica y los servicios sociales necesarios.
- 5.- Toda persona tiene derecho a la salud física y mental.
- 6.- Durante la maternidad y la infancia toda persona tiene derecho a cuidados y asistencia especiales.
- 7.- Toda persona tiene derecho a la educación en sus diversas modalidades.
- 8.- La educación primaria y secundaria es obligatoria y gratuita.

Tercera Generación: Este grupo fue promovido a partir de la década de los setenta para incentivar el progreso social y elevar el nivel de vida de todos los pueblos. Destacan los relacionados con:

- 1.- La autodeterminación.

- 2.- La independencia económica y política.
- 3.- La identidad nacional y cultural.
- 4.- La paz.
- 5.- La coexistencia pacífica.
- 6.- El entendimiento y confianza.
- 7.- La cooperación internacional y regional.
- 8.- La justicia internacional.
- 9.- El uso de los avances de las ciencias y la tecnología.
- 10.- La solución de los problemas alimenticios, demográficos, educativos y ecológicos.
- 11.- El medio ambiente.
- 12.- El patrimonio común de la humanidad.
- 13.- El desarrollo que permita una vida digna.

Los Derechos Humanos:

A) son universales porque pertenecen a todas las personas, sin importar su sexo, edad, posición social, partido político, creencia religiosa, origen familiar o condición económica.

B) son incondicionales porque únicamente están supeditados a los lineamientos y procedimientos que determinan los límites de los propios derechos, es decir, hasta donde comienzan los derechos de los demás o los justos intereses de la comunidad.

C) son inalienables porque no pueden perderse ni transferirse por propia voluntad; son inherentes a la idea de dignidad del hombre.

33.-LA IGUALDAD ANTE LA LEY

Tendremos que preguntarnos ¿qué significa ser iguales en derecho?, ¿a qué se tiene derecho cuando se dice que somos iguales?

México, como en tantas ocasiones a partir de la segunda mitad del siglo XX, se quedó rezagado en garantizar el principio de igualdad material, aunque afortunadamente, en los últimos años, comenzó a actualizarse con reformas constitucionales, legales y con jurisprudencia renovada.

La evolución de los derechos fundamentales que se han cristalizado en diversos instrumentos universales a partir de la segunda mitad del siglo XX se debe, en gran medida, a la nueva forma de entender el principio de igualdad entre hombres y mujeres.

La perspectiva de género es una corriente que ha reformulado el concepto tradicional de la igualdad en el Estado moderno. En efecto, la redefinición del principio de igualdad en el estado constitucional de derecho ha permitido romper el paradigma de la tradición clásica (la tesis de la igualdad/fáctica/cognoscitiva). Esta postura tradicional consiste en sostener la defensa de la “igualdad en términos fácticos de orden cognitivo”: somos iguales porque todos morimos, porque todos tenemos las mismas facultades e inclinaciones.

Este pensamiento clásico del principio de igualdad está diseñado bajo un modelo de “indeferencia jurídica de las diferencias”. En donde las diferencias entre hombres y mujeres no se tutelan ni se reprimen, no se protegen ni se violan. Simplemente, se les ignora. En este modelo —dice Luigi Ferrajoli— la diferencia de sexo se resuelve “en la sujeción de hecho de la mujer al poder masculino y en su relegación al papel doméstico «natural» de mujer y de madre”.

En otras palabras, el principio de igualdad que sustenta el modelo tradicional se basa en la premisa de que el hombre (con exclusión de la mujer) se concibe como el paradigma del ser, el saber, el hacer y el merecer.

Esta idea que va desde Aristóteles a Hobbes, de Locke a Rousseau y buena parte de los ilustrados, fue el gran error en que se edificó el Estado moderno, pues lo que sucede en la realidad no es la igualdad: la naturaleza nos ha hecho diferentes, a hombres y a mujeres, en condiciones físicas, sociales,

culturales, etc.

Luego entonces, de una diferencia (fáctica) de orden ontológico parte la idea de construir un nuevo concepto del principio de igualdad. La igualdad parte de la diversidad, es decir, de una situación de hecho en la que hay en parte igualdad y en parte diferencias. La diversidad —la diferencia de género— se contrapone a la homogeneidad, a la identidad, pero no a la igualdad. Igualdad significa que los diferentes deben ser tratados en forma diferente, diferenciada —no desigual— para garantizar su igualdad frente a los otros. 4 En tal sentido, la “igualdad ante la ley” que establece el artículo 4° constitucional no tiene como objetivo acabar con la diversidad, con la diferencia, sino hacerla realmente posible para que no signifique ya discriminación injustificada, desigualdad inadmisibles. Es decir, lo que prohíbe la norma constitucional es la discriminación negativa, la que atenta o menoscaba la dignidad humana; pero no se prohíbe la discriminación (positiva) a la inversa, que tiene por objeto eliminar la discriminación negativa para colocar al grupo (discriminado) en una situación de igualdad frente al grupo favorecido.

Bajo este principio filosófico se edifica el principio de igualdad contenido en los artículos 1° y 4° de nuestra ley fundamental. En efecto, la Constitución al regular el principio de igualdad quiere decir, en primer lugar, que “todos los individuos gozan de las garantías fundamentales” (garantía de universalidad), por tanto, queda “prohibida toda discriminación que anule o menoscabe los derechos o libertades fundamentales de las personas” (garantía de no-discriminación); pero la igualdad ante la ley “no excluye que la ley reconozca la diversidad para garantizar la igualdad de los derechos fundamentales” (garantía de la diversidad o diferencia).

Para autores —como Luigi Ferrajoli— este modelo constitucional implica un paradigma de configuración jurídica de la igualdad y de las diferencias, que radica en la igual valoración jurídica de las diferencias, basado en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales y las garantías que aseguran su efectividad.

En otras palabras expresado, el paradigma de la igualdad y de la diferencia parte de tres principios fundamentales: 1) La igualdad de todos ante la ley

bajo un principio de universalidad (artículo 1° y 4° constitucional); 2) La no-discriminación (artículo 1°); y 3) La erradicación de la discriminación de los grupos vulnerables, minoritarios o discriminados en sus derechos, a partir de acciones positivas para diluir su diferencia injustificada (artículo 1° y tratados internacionales sobre derechos de la mujer).

Por ello la garantía de la diversidad no parte de la proclamación de la abstracta igualdad entre los géneros (que no existe en la realidad), sino del hecho de que en las relaciones sociales pesan factores de desigualdad en violación de la norma sobre la igualdad y que, por tanto, el Estado debe establecer garantías de efectividad para anular la desigualdad (acciones afirmativas).

Por lo tanto —como lo justifica toda la doctrina filosófica moderna— las acciones afirmativas (sistema de cuotas) son perfectamente compatibles con el principio de igualdad, porque en lugar de desconocerlo, permiten que en la realidad se avance en la igualdad de oportunidades y derechos, de las personas que han sufrido —por razones de discriminación— una situación de desventaja en el ejercicio de sus derechos.

Luego entonces, el hecho de que exista la valoración afirmativa de reconocer las diferencias entre los géneros, y a partir de esa realidad generar un modelo de cuotas para obtener una mayor equidad, de ninguna manera puede concebirse esta situación en una violación al principio de igualdad; al contrario, fortalece el principio al permitir tratar en forma diferenciada a los diferentes, bajo un principio de universalidad, de equidad y de trato de no-discriminación.

34.-EL DERECHO SUBJETIVO

DERECHO OBJETIVO Y SUBJETIVO

Se llaman derechos subjetivos, a las facultades que el ordenamiento jurídico (Derecho Objetivo) le reconoce a un individuo o a las personas, para que exijan de sus congéneres un comportamiento determinado, o una abstención, que se constituye para estos en un deber jurídico u obligación.

O sea, que el Derecho Objetivo, es la norma, la ley, de donde emana la pretensión de quien exige el Derecho Subjetivo. Por ejemplo, una persona reclama que se le pague una deuda (Derecho Subjetivo) en virtud de un contrato firmado con su deudor (“el contrato es ley entre las partes”).

No hay oposición entre Derecho Objetivo y Subjetivo, sino correspondencia. El Derecho Subjetivo existe pues encuentra su reconocimiento en el Derecho Objetivo, y este a su vez, cobra sentido cuando otorga a quienes está dirigido, derechos subjetivos.

Existen deberes jurídicos que se corresponden con la misma persona que ejerce el Derecho Subjetivo, y en este caso se llaman derechos-deberes, como por ejemplo, la patria potestad, que comprende un derecho subjetivo sobre la persona de sus hijos, como el derecho de educarlos, pero también poseen el deber jurídico de hacerlo.

Según su contenido patrimonial o económico, los derechos subjetivos, pueden ser patrimoniales (si tienen un objeto económico, como los derechos, reales, personales e intelectuales) o extrapatrimoniales, si no lo poseen (derechos de la personalidad y derechos de familia).

Sobre la razón de la existencia de los derechos subjetivos, algunos autores (como Savigny) sostuvieron que era un poder atribuido a la voluntad, aunque la crítica le objetó que la voluntad no puede ejercer esos derechos sin límites, y que a veces no intervenía la voluntad en el goce de los derechos, como cuando le son otorgados a una persona por nacer. Para Von Ihering, la finalidad de la concesión de derechos subjetivos es otorgarle a las personas una defensa para sus intereses, materiales o inmateriales.

Sin embargo, podemos concluir que ambas posturas no son incompatibles, los intereses personales requieren de una voluntad, y ésta, de aquel interés.

Llevada esta concepción al extremo, valorar exageradamente los derechos subjetivos y los propios intereses, desatiende su función social, por lo que surgió en oposición, una teoría que niega la existencia de los derechos subjetivos, que apuntan a una sociedad liberal e individualista, y considera esos derechos en función del conjunto social. El hombre cumple una función en el conjunto, sin tener el derecho de ser libre, sino que posee el deber de cumplir su rol para el bien social. Esta concepción negatoria de los derechos subjetivos, puede conducir al totalitarismo.

CLASIFICACIÓN DE DERECHOS SUBJETIVOS

1.- EL DERECHO COMO FACULTAD O DERECHO DE CRÉDITO.- Lo cual es llamada por KELSEN permiso en sentido negativo pues la acción no esta prohibida por la ley, una acción es facultativa por que está permitida o sea por que no esta prohibida como ejemplo aplicable se encuentra (la acción de contratar) por que dicha acción es facultativa , pues está permitida su acción u omisión.

2.- DERECHO REFLEJO.- Que a manera de ejemplo es el caso de la compraventa en que el vendedor tiene derecho al pago del precio y que encuentra relación que es el deudor quien debe efectuar el pago. Entre el derecho y el deber se establece una correlación, y para el caso de no pagar la norma establece una sanción.

3.- PODER JURÍDICO.- Que se da por medio del ejercicio de la acción judicial en la que el sujeto de un derecho puede entablar una demanda ante los tribunales a efectos de obtener una sanción para quien haya incumplido con su obligación. Si el acreedor no inicia tal acción el sujeto de la obligación no cumplida no recibirá la sanción. (Excepción derecho penal delitos de oficio)

4.- COMO PODER POLÍTICO.- Implica la facultad de participar en la creación de la ley, o sea elegir y ser electo. (Diputados senadores cargos de elección popular)

5.- COMO GARANTÍAS CONSTITUCIONALES O DERECHOS PROTECTORES DE LA PERSONA.- El poder legislativo puede dictar leyes que infrinjan abiertamente las determinaciones materiales dispuestas en la Constitución, frente a esta posibilidad y a efectos de resguardar el cumplimiento de tales contenidos, los sistemas jurídicos han creado procedimientos por los cuales se puede lograr la anulación de la norma general contradictoria de la norma constitucional, que en el caso de nuestro sistema jurídico no se anula judicialmente una norma semejante sino que se declara la inaplicabilidad de la ley considerada inconstitucional.

6) COMO AUTORIZACIÓN O PERMISO POSITIVO.- que se presenta cuando una conducta que se encuentra prohibida en general recibe una excepción a favor de determinadas personas (trafico de drogas, uso farmacéutico), mediante la cual bajo ciertas condiciones se autoriza o se permite la realización de la actividad, y que en derecho penal se conocen como causas de justificación que eliminan la antijuricidad de la conducta típica (legítima defensa)

BIBLIOGRAFIA

- 1.-Azua Pérez, Leandro. "Sociología. Edit. Porrúa, S.A. 6ª. Edic.Méx. 1982 pag. 285
- 2.-Azuela Guitrón, Mariano."Derecho, Sociedad y estado". UJA, 1ª. Edic.Méx.1991.pag. 298
- 3.-Preciado Hernández, Rafael."Lecciones de Filosofía del Derecho". UNAM, Méx, 1986 pag 173
- 4.-Norberto Bobbio "IL FUTURO DELLA DEMOCRAZIA. UNA DIFESA DELLE REGOLE DEL GIOCO", Einaudi Ed., Torino, 1984.
- 5.-Max Weber "ECONOMIA Y SOCIEDAD", FCE, México, 1944.
- 6.-Helio Jaguaribe "DESARROLLO POLITICO. SENTIDO Y CONDICIONES", Paidós, Bs.As., 1972.
- 7.-Alfredo Mooney y Eduardo Arnoletto "CUESTIONES FUNDAMENTALES DE CIENCIA POLITICA", Alveroni ed., Córdoba, 1993.
- 8.- Aristóteles: *Política*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1951.
- 9.- Maier, Heinrich: *Sokrates, Sein Werk und seine geschichtliche Stellung*, 1913, p.157-163.
- 10.-Aristóteles: *Política*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1951.
- 11.-Aristóteles: *Política*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1951.
- 12.-En su curso sobre <Una nueva interpretación de la Historia universal>, en el Instituto de Humanidades, 1948-1949.
- 13.-Maquiavelo, Nicolás: *El Príncipe*, Ed. Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1971.
- 14.-Bentham, Jeremías: *Tratado de legislación civil y penal*, trad. y comentarios Ramón Salas, Madrid, 1821.
- 15.-Del Corral, Díez: *El pensamiento político de Tocqueville*, Ed. Alianza Universal, Madrid, 1989.

- 16.- *Los valores superiores*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984.
- 17.-Cossío, Carlos: *La justicia en la Ley*, tomo 126, citado por Daniel Herrendorf, 1967.
- 18.-Reinach, Adolf: *Los fundamentos apriorísticos del derecho civil*, trad, y notas de José Luis Alvarez, citado por Emilio Menéndez, Madrid, 1934.
- 19.-Radbruch, Gustav: *Filosofía del Derecho*, trad. José Medina Echeverría, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944.
- 20.-Luigui, “Derecho y garantías. La ley del más débil”, Editorial Trotta, 1999, p.p. 73 y ss.
- 21.-Ferrajoli, “El principio de igualdad en la doctrina del tribunal constitucional” EDERSA, Madrid, 1983
- 22.- De Otto, I, “El principio general de igualdad en la Constitución española” en *Igualdad, desigualdad y equidad en España y México*, Colegio de México; 1985
- 23.- Ferrajoli, Luigui, “Derecho y garantías. La ley del más débil”, Editorial Trotta, 1999
- 24.-García Amado, J. A., Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad”, Anuario de Filosofía del Derecho IV, 1987
- 25.- Ruiz Miguel, A. “Discriminación inversa e igualdad” en A. Valcárcel (ed.), El concepto de igualdad, Pablo Iglesias, Madrid, 1994
- 26.- De Lucas, Javier, “La igualdad ante la ley” en *Derecho y la Justicia*, Editorial Trotta, Madrid, 2000.
- 27.-Alvarez Gardiol, A. **“Manual de Filosofía del Derecho”**. Ed. Juris. Rosario 1998.
- 28.-Carbonier, Jean“*Sociología Jurídica*” , . Ed. Tecnos 1977.
- 29.-Castiglione, J.C.“*Estratificación Social y Derecho*”, en revista Nueva Propuesta. UCSE. Nros 1-2. 1987.
- 30.-Cuviller, Armand. “*Manual de Sociología*”, Cuviller, Armand. Edit. Ateneo. 1968.
- 31.-. Castiglione, J.C.“*Sociología*”. Ed. El Graduado. Tomo II. 1996.
- 32.-Fucito, Felipe. “*Sociología del Derecho*” , Ed. Universidad. Bs. As. 1993.

- 33.-Frondizi, Risieri. “*Qué son los valores?*”. Fondo de Cultura Económica. México 1994.
- .
- 34.-Hardt, L. “*El Concepto de Derecho*”. Ed. Abeledo Perrot. Bs. As. 1996.
- 35.-Irurzun, Víctor J. “*Sociedad y Derecho*”, Ed. Troquel. 1977.
- 36.-Nino, C.S. “*Introducción a la filosofía de la acción humana*”. Ed. Eudeba 1987.
- 37.-Weber, M “*Sociología del derecho*”, Weber, M. Ed. F.C.E. 1961.

Medios Electronicos

<http://www.monografias.com/trabajos15/sociologia-juridica/sociologia-juridica.shtml>

<http://www.google.com.mx/search?hl=es&source=hp&q=el+metodo+en+la+sociologia+del+derecho>

<http://www.monografias.com/trabajos13/temader/temader.shtml>

<http://derecho.laguia2000.com/parte-general/normas-morales>

<http://www.cndh.org.mx/losdh/losdh.htm>

INDICE

INTRODUCCION	2
1.- SOCIOLOGIA	4
2.- CONCEPTO DE SOCIOLOGIA JURIDICA	12
3.- DERECHO Y SOCIOLOGIA	18
4.- LA SOCIOLOGIA DEL DERECHO.	19
5.- UTILIDAD DE LASOCIOLOGIA DEL DERECHO	20
6.- EL HOMBRE Y LA SOCIEDAD	21
7.- LA ORGANIZACIÓN SOCIAL	23
8.- EL METODO SOCIOLOGICO	25
9.- EL METODO EN LA SOCIOLOGIA DEL DERECHO	27
10.-NORMA Y LIBERTAD	28
11.- LIBERTAD Y COERCIBILIDAD	29
12.- DISTINTAS CLASES DE NORMAS	29
13.- NORMAS MORALES	30
14.- USOS COLECTIVOS (NORMAS CONVENCIONALES)	31
15.-NORMAS JURÍDICAS	33
16.-LA SANCIÓN	34
17.-OTRAS CLASES DE NORMAS	34
18.-LOS CONFLICTOS ENTRE NORMAS.	35
19.-EL CONTENIDO DE LAS NORMAS JURÍDICAS.	37
20.-ORIGENES DEL DERECHO.	38
21.-EL DESARROLLO DEL DERECHO.	38
22.-LA COSTUMBRE JURIDICA	39
23.-ANTECEDENTES DEL DERECHO CONSUECUDINARIO EN MEXICO	40
24.- DERECHO CONSUECUDINARIO VIGENTE	41
25.- EL DERECHO CONSUECUDINARIO Y EL DERECHO ESCRITO	42
26.-VENTAJAS E INCONVENIENTES DE AMBOS SISTEMAS	43

27.- LA ACEPTACION DEL DERECHO	44
28.- LA EFICACIA DE LA LEY	45
29.- LA LEGALIDAD Y LA LEGITIMIDAD	48
30.- LA SEGURIDAD JURIDICA	58
31.- EL DERECHO NATURAL	74
32.- LOS DERECHOS DEL HOMBRE	83
33.-LA IGUALDAD ANTE LA LEY	89
34.-EL DERECHO SUBJETIVO	92
BIBLIOGRAFIA	95