

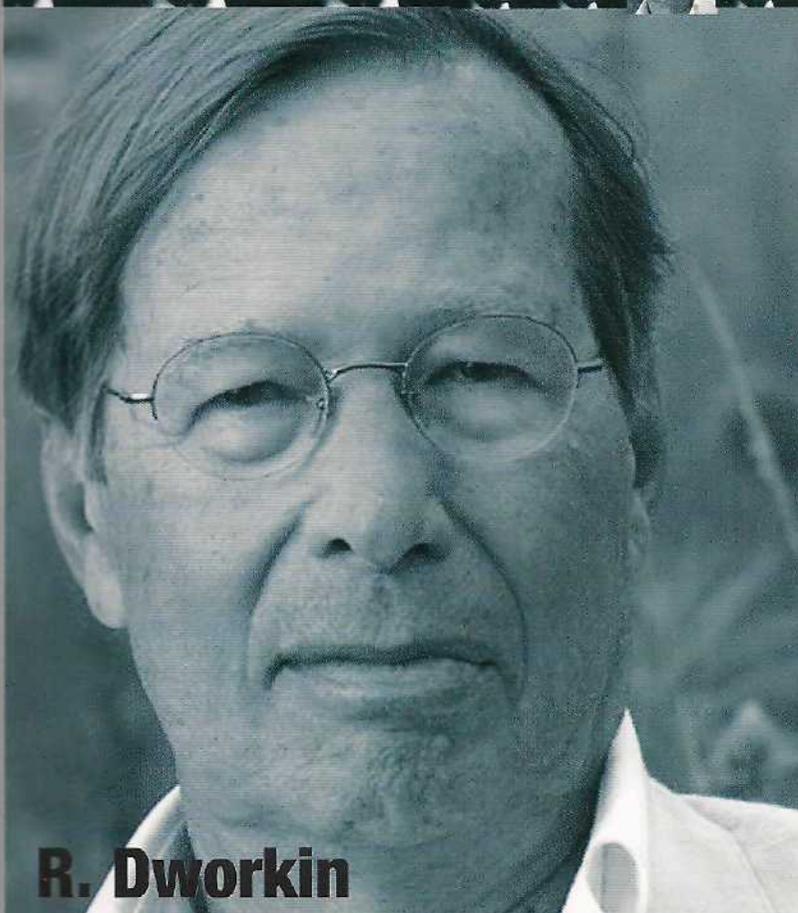
AÑO II

NÚM. 4

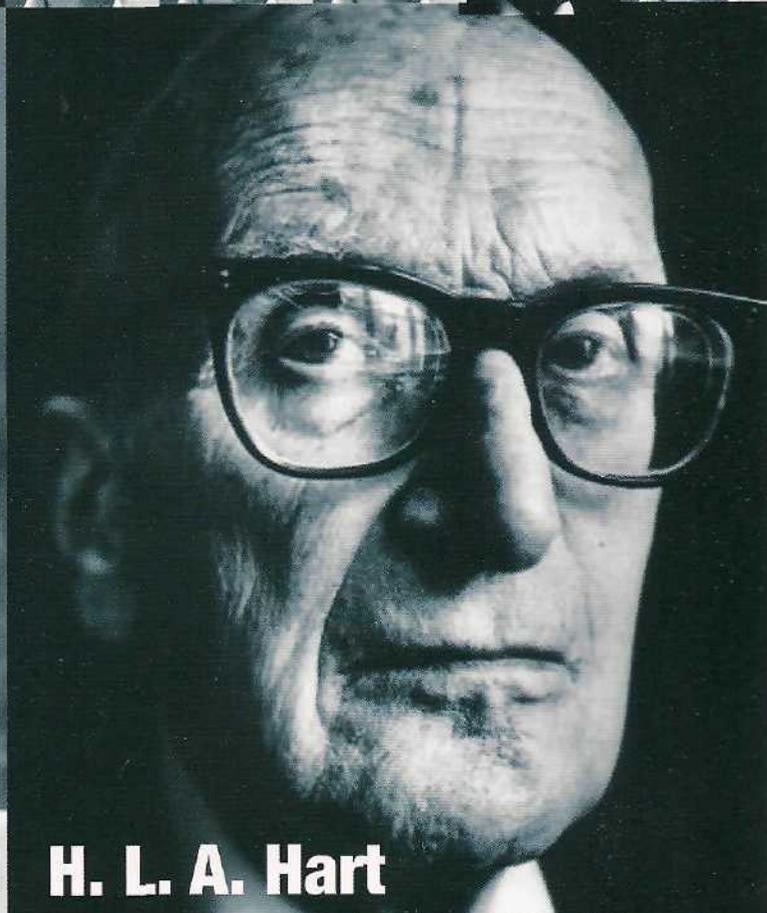
ENERO-JUNIO DE 2012

HEURÍSTICA

ISSN: 2007-3712 JURÍDICA



R. Dworkin



H. L. A. Hart

ÓRGANO DE DIFUSIÓN Y ANÁLISIS JURÍDICO,
FILOSÓFICO Y SOCIAL DEL DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS



UACJ

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CIUDAD JUÁREZ
Instituto de Ciencias Sociales y Administración
Departamento de Ciencias Jurídicas



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CIUDAD JUÁREZ

Ricardo Duarte Jáquez
RECTOR

David Ramírez Perea
SECRETARIO GENERAL

Manuel Loera de la Rosa
SECRETARIO ACADÉMICO

Juan Ignacio Camargo Nassar
**DIRECTOR DEL INSTITUTO DE CIENCIAS
SOCIALES Y ADMINISTRACIÓN**

Ramón Chavira Chavira
**DIRECTOR GENERAL DE DIFUSIÓN CULTURAL
Y DIVULGACIÓN CIENTÍFICA**





SEMINARIO PERMANENTE
DE LEGISLACIÓN, TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

HEURÍSTICA JURÍDICA

ÓRGANO DE DIFUSIÓN Y ANÁLISIS JURÍDICO, FILOSÓFICO Y SOCIAL
DEL DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS

DIRECTOR GENERAL

Óscar Dena Romero

DIRECTOR OPERATIVO

Rodolfo Gutiérrez Sánchez

CONSEJO EDITORIAL

Óscar Dena Romero

Rodolfo Gutiérrez Sánchez

Jorge Alberto Silva Silva

Luis Ernesto Orozco Torres

Jesús Antonio Camarillo Hinojosa

Carlos Gutiérrez Casas

Roberto Vargas Luna

STAFF

María Elena Vázquez Robles

Brenda Alcántar Gabaldón

Cristina Álvarez Briones

CORRECCIÓN:

Jorge Hernández Martínez

DISEÑO:

Marco Antonio López Hernández

HEURÍSTICA JURÍDICA

Año 2, núm. 4, semestre enero-julio 2012. Es una publicación semestral y es un órgano de difusión y análisis jurídico, filosófico y social de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, a través del Departamento de Ciencias Jurídicas del Instituto de Ciencias Sociales y Administración (ICSA), que se publica con apoyo de recursos PIFL. Domicilio: Av. Universidad y H. Colegio Militar (zona Chamizal) s/n, C.P. 32300, Ciudad Juárez, Chihuahua, México. Tels. (656) 688 3800, 688 3813, 688 3830 y 688 3856, correo electrónico: heuristicajuridica@hotmail.com

Editor responsable: Óscar Dena Romero. Reserva de derechos al uso exclusivo núm. 04-2010-110512181300-102, ISSN: 2007-3712

Impresa en la Imprenta Universitaria de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, Av. Hermanos Escobar y Av. Plutarco Elías Calles, C.P. 32310, Ciudad Juárez, Chih. Distribuidor: Jefatura de Promoción y Logística Editorial. Este número se terminó de imprimir en abril de 2013, con un tiraje de 600 ejemplares.

Los artículos presentados son resultado del trabajo realizado por los integrantes del Seminario permanente de legislación, teoría general del derecho y filosofía del derecho; también son responsabilidad exclusiva de los autores. Se autoriza la reproducción total o parcial bajo condición de citar la fuente.

CONTENIDO

EDITORIAL.....	5
<i>El Critical Thinking</i> y el pensamiento jurídico ÓSCAR ALTAMIRANO PIÑA	7
El actual sistema tributario cubano JORGE ANTONIO ÁLVAREZ COMPEÁN.....	19
Argumentación y publicidad en la legitimación de la jurisdicción constitucional JESÚS ANTONIO CAMARILLO.....	33
La enseñanza del derecho LORENZO RAFAEL CERVANTES GARCÍA.....	45
Reseña de la obra <i>Estudios sobre la interpretación</i> jurídica, escrita por el jurista italiano, <i>Riccardo Guastini</i> CARLOS GUTIÉRREZ CASAS.....	53
Cuestiones de interpretación y argumentación jurídica RODOLFO GUTIÉRREZ SÁNCHEZ.....	61
Del reformismo pedagógico a la crisis de la educación en la sociedad actual ÓSCAR DENA ROMERO.....	71

Los debates del Constituyente 1916-1917 desde la perspectiva de la Historia y el Derecho: ¿un diálogo posible? JOSÉ LUIS LÓPEZ ULLOA.....	83
Tres teorías en una GUSTAVO MARTÍNEZ MONTOYA.....	97
Mecanismos alternativos de resolución de controversias en línea: hacia un sistema mundial WENDOLYNE NAVA GONZÁLEZ.....	105
Análisis de proporcionalidad del impuesto cedular en el estado de Chihuahua LUIS CÓRDOVA ESPARZA.....	121
Juicios en línea ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa ADRIÁN IGNACIO RODRÍGUEZ ALMEIDA.....	131
Algunos elementos a tomar en cuenta para reformular un orden jurídico JORGE ALBERTO SILVA SILVA.....	139
En memoria de Ronald Dworkin RODOLFO GUTIÉRREZ SÁNCHEZ.....	155

EDITORIAL

Ahí está el jurista, en espera de mejores momentos, para demostrar que las teorías acerca del derecho son la esencia en la formación del profesionista; sin embargo, las universidades que ofertan la carrera de derecho, lo único que hacen es alargar la espera del filósofo. En ellas, sólo se prometen programas estériles, sin contenido científico, únicamente se enseñan los códigos, las leyes, sin llegar si quiera al dogmatismo jurídico.

Paralelamente, una sociedad sin rumbo, sin entender las reformas realizadas en los últimos 30 años por políticos que van y vienen, sin interesarse por los problemas sociales, las necesidades, el derramamiento de sangre, el hambre imperante en incontables hogares de México y que cada año, cada trienio, cada sexenio aumentan los problemas y los individuos involucrados en ellos.

Sin embargo, la respuesta está ahí: en la educación y en el avance de las ciencias. De muchos es conocido que las sociedades se desarrollan, en todos sus ámbitos, cuando sus gobiernos y el capital humano involucrado en la educación, ciencia y tecnología invierten recursos económicos y todo su capital humano en estos rubros.

Concretamente, en el terreno de lo jurídico es indispensable que las autoridades de las universidades se concentren más en la formación de sus estudiantes y en dirigir recursos en la ciencia del derecho, con el propósito de tener mejores legisladores, jueces, abogados, asesores. Asimismo, la ciencia forma juristas críticos y no profesionistas complacientes de las reformas a las leyes laborales, los juicios orales de carácter penal, civil, mercantil.

El verdadero jurista no debe ser indiferente ante una reforma laboral, aprobada de manera reciente por el legislador mexicano, que

viene a limitar, aún más, las condiciones de vida de la clase trabajadora y de sus familias, el detrimento de la seguridad social, los precarios servicios de salud y la vivienda deplorable en donde pernoctan en promedio por lo menos seis individuos en una construcción de 40 metros.

Igualmente, el jurista tiene conocimiento del objetivo de las reformas a la jurisdicción penal, mercantil y civil, que no tiene más propósito que el de defender la propiedad y los privilegios que gozan algunas personas en nuestro país, incluyendo instituciones de crédito y empresas transnacionales.

Es así que, con este cuarto número de la revista *Heurística Jurídica*, queremos recordar y puntualizar el propósito de contribuir a solucionar los problemas de la sociedad a través de la filosofía del derecho y la dogmática constitucional.

El *Critical Thinking* y el pensamiento jurídico

Óscar Altamirano Piña*

INTRODUCCIÓN

Como una reacción al pensamiento jurídico excesivamente formalista de la modernidad, surgió una línea de reflexión que se caracteriza por una crítica directa al pensamiento tradicionalmente deductivo. En ésta se encuentran, entre otras, las teorías de la argumentación y de la retórica desarrolladas por Stephen Toulmin con su obra *The uses of argument*, y por Lucie Olbrechts-Tyteka y Chaim Perelman con su obra *The new rhetoric*, publicada originalmente en francés. Entre algunos de sus logros se pueden contar la recuperación de la retórica clásica de Aristóteles, Cicerón y Quintiliano y los usos de la lógica inductiva en el pensamiento cotidiano.

Junto a esta manera de reaccionar al formalismo deductivista apareció el Pensamiento Crítico, que rápidamente mostró sus similitudes con las teorías argumentativas de Perelman o Toulmin, así como sus diferencias, construyendo una separación radical de la lógica deductivista y enfocándose exclusivamente en el ámbito de razonamiento ordinario. En el texto que sigue se busca mostrar algunas características del *Critical Thinking* y su posible integración con el pensamiento jurídico argumentativo contemporáneo.

* Licenciado en Derecho por la Universidad Abierta de San Luis Potosí, Maestro en Derechos Humanos por la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez. Catedrático de Argumentación Jurídica en la UACJ.

Quizá por esta razón es PENSAMIENTO CRÍTICO Y RAZONAMIENTO JURÍDICO

por la que el estudio de la lógica general es un prerrequisito (lógico) para el estudio de la lógica jurídica.

El problema de la autonomía del razonamiento jurídico con respecto al razonamiento práctico general, ha tomado relevancia en los últimos tiempos. Autores como Neil McCormick¹ sostienen que el primero no tiene tal independencia, sino que pertenece, como un área de especialidad, al razonamiento práctico general. Si se concluyera en sentido diferente, se estaría obligado a afirmar que existe un razonamiento autónomo para cada disciplina del pensar humano. Sin embargo, esto último no parece ser lo más convincente, teniendo en cuenta que, al menos en lo que respecta a los elementos de la lógica general, como los principios lógicos fundamentales, están presentes en todos los razonamientos, sin considerar la naturaleza de su especialidad. No parece que McCormick esté alejado de un consenso generalizado en el que se admite, no sin discusión, que el razonamiento jurídico forma parte de uno de mayor universalidad, conocido como razonamiento práctico general.

Si esta afirmación es correcta, el estudio del razonamiento jurídico requiere de un estudio previo de aquellos elementos que conforman el factor común a todos los razonamientos.

Quizá por esta razón es por la que el estudio de la lógica general es un prerrequisito (lógico) para el estudio de la lógica jurídica. Esto es claramente perceptible en los estudios realizados por García Máynez,² para quien no es posible la comprensión de los principios lógicos en el ámbito jurídico, si antes no se han comprendido los elementos de la lógica general. Es necesaria una mínima comprensión general de la idea, del juicio o del raciocinio y de los principios lógicos fundamentales, como requisito para su estudio especializado en el contexto jurídico.

Este particular punto de vista también parece estar de acuerdo con los principales postulados del Pensamiento Crítico o *Critical Thinking*.

En efecto, el Pensamiento Crítico es definido como aquel modo de pensar —sobre cualquier tema, contenido o problema— en el cual el pensante mejora la calidad de su pensamiento al apoderarse de las estructuras inherentes del acto de pensar y someterlas a estándares intelectuales.³

No obstante, es necesario plantear un matiz propio de esta corriente de pensamiento antes de aceptar el postulado de su definición; lo que resulta necesario porque, en estas primeras líneas, hemos aludido a la lógica formal como aquella disciplina que estudia la idea, el juicio y el

1 Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Universidad Autónoma de México, México, 2005.

2 García Máynez, Eduardo, *Introducción a la lógica jurídica*, Fondo de Cultura Económica, México, 1951.

3 Paul, Richard y Elder, Linda, *Una mini-guía para el pensamiento crítico. Conceptos y herramientas*, Fundación para el Pensamiento Crítico, EUA, 2003, versión electrónica en www.criticalthinking.org, revisada el 20 de enero de 2012.

Para este académico no existe un solo modo de oposición al deductivismo del razonamiento tradicional, sino que la inconformidad se escindió en dos modalidades: uno es el pensamiento crítico y el segundo es el pensamiento informal.

En los años setenta del siglo XX, según Harada, sobre todo en los Estados Unidos de Norteamérica, Canadá y Gran Bretaña, surgieron los movimientos de Pensamiento Crítico (*Critical Thinking*) y Lógica Informal (*Informal Logic*). El primer movimiento nació de la preocupación por el hecho de que los estudiantes ingresaban a las universidades sin poseer aquellas competencias académicas consideradas elementales (leer, escribir y realizar operaciones aritméticas), además de que no contaban con la capacidad para el pensamiento abstracto ni para el desarrollo de habilidades básicas del pensamiento (inclusive, las de razonamiento y las del pensamiento crítico).

El segundo movimiento apareció, más específicamente, a causa de la insatisfacción de algunos profesores con los resultados que se obtenían con el uso de libros y la impartición de cursos sobre lógica formal moderna, también llamada simbólica o matemática: falta de interés de los alumnos debido a que ese tipo de lógica no les era útil para tratar de resolver problemas o tomar decisiones sobre asuntos prácticos y cotidianos.⁹

EL PENSAMIENTO CRÍTICO (CRITICAL THINKING)

De estas modalidades del pensamiento informal, es el conocido como "*Critical Thinking*" (Pensamiento Crítico), sobre el que ahora se hacen algunas anotaciones, sin pretensión de exhaustividad, sino de introducción a su comprensión.

En el ejercicio de revisión de la diversa bibliografía disponible para el tema es posible distinguir variaciones en la concepción del Pensamiento Crítico. Así, por ejemplo, en la obra de Tracy Bowel y Gary Kemp,¹⁰ su estudio se enfoca en la diferenciación de la validez deductiva e inductiva de la lógica, el estudio de las falacias, así como la práctica y construcción de argumentos.

En cambio, Matthew Alien, en su obra *Smart thinking*,¹¹ realiza un estudio de la estructura analítica de los argumentos, partiendo de la concepción del razonamiento como un proceso de comprensión y exploración de los diferentes objetos, eventos e ideas que se encuentran en nuestro mundo, sobre la base de la imposibilidad de comprender un objeto, idea o evento de manera aislada, si no es en su relación con

9 Kahane, H., *Logic and contemporary rhetoric. The use of reason in everyday life*, 1ª edición, Wadsworth Publishing Company, EUA, 1971. Citado por Harada.

10 J. Bowel, Tracy, Kemp, Gary, *Critical thinking. A concise guide*, Routledge, Tylor and Francis Group, London and New York, 2005, p. 285.

11 Alien, Matthew, *Smart thinking. Skill for critical understanding and writing*, segunda edición, Editorial Oxford, New York, 2004, p. 5.

el resto de objetos, ideas o eventos. Así, el Pensamiento Crítico es el estudio de la estructura analítica de los razonamientos, para lograr una mayor eficacia en la comprensión y manejo de la información, así como en la comunicación de ideas convincentes.

Por su parte Stella Cotrell, en *Critical thinking skill*,¹² enfoca su obra en la comprensión de los elementos del razonamiento de las demás personas y considera que el pensamiento crítico es una actividad asociada con el pensar analítico y crítico, que evalúa formas y usos de procesos mentales como atención, categorización, selección y juicio; además, tiene que ver con las razones afectivas que aparecen como barreras en los procesos de pensamiento, apoyando el desarrollo de habilidades para descubrir los argumentos y conclusiones de otras personas, la evaluación de la evidencia y de los puntos de vista alternativos, el reconocimiento de falacias y la presentación de buenas evidencias basadas en buenas razones que convencen a otros.

Finalmente, Richard Paul y Linda Eider, en las diferentes obras publicadas en internet (<http://www.criticalthinking.org/resources/PDF/SP-ConceptsandTools.pdf>), enfatizan el desarrollo de una metodología de pensamiento crítico con base en los elementos esenciales a todo pensar, a partir de lo cual definen el pensamiento crítico como un modo de pensar sobre cualquier tema, contenido o problema; en el cual el pensante mejora la calidad de su pensamiento al apoderarse de las estructuras inherentes del acto de pensar y al someterlas a estándares intelectuales de evaluación.

De acuerdo a Robert Ennis, uno de los pensadores de mayor influencia en el desarrollo del *Critical Thinking*, al Pensamiento Crítico se le adjudica como característica principal su reflexividad y razonabilidad, las cuales hacen posible que las personas puedan definir y decidir lo que desean creer o hacer.

Según Ennis, la primera característica consiste en la habilidad de analizar resultados y situaciones acerca del pensamiento propio y de otros, en tanto que la razonabilidad permite el arribo a conclusiones con base en criterios y evidencias sostenibles, lo que al final es evaluable; no obstante, decidir qué creer o hacer implica un juicio de valor acerca de las acciones y situaciones en las que se da el proceso de pensamiento, sin perder de vista que estas características del Pensamiento Crítico se actualizan en un entorno problemático que reclaman una toma de posición y exigen una acción específica.

El Pensamiento Crítico tiene como objetivo, de acuerdo a los autores antes señalados, el desarrollo de habilidades intelectuales que permitan la práctica y construcción de buenos argumentos, basados en evidencias, que puedan ser evaluados bajo estándares preestablecidos, en razón de la problemática a la que se aplica el proceso de pensamiento.

¹² Cotrell, Stella, *Critical thinking skill. Developing effective analysis and argument*, Palgrave Macmillan, New York, 2005, p. 1.

Una persona que desarrolla las habilidades del pensamiento crítico se comunica efectivamente con sus semejantes, pues es capaz de formular problemas y preguntas vitales con claridad y precisión.

En lo anterior coincide Lipman, al considerar que “el pensamiento crítico es un pensamiento capaz y responsable que se apoya en criterios, es autocorrector y sensible al contexto”.¹³

Es el mismo sentido que sigue Mertes al definirlo como el “proceso consciente y deliberado que se utiliza para interpretar o evaluar información y experiencias con un conjunto de actitudes y habilidades que guíen las creencias fundamentales y las acciones”.¹⁴

EL PENSAMIENTO CRÍTICO DE RICHARD PAUL Y LINDA ELDER

Una persona que desarrolla las habilidades del pensamiento crítico se comunica efectivamente con sus semejantes, pues es capaz de formular problemas y preguntas vitales con claridad y precisión; puede acumular y evaluar información relevante y usar ideas abstractas para interpretar esa información efectivamente; puede igualmente llegar a conclusiones y soluciones diversas, probándolas con criterios y estándares relevantes, puede pensar con una mente abierta dentro de los sistemas alternos de pensamiento además de reconocer y evaluar, según sea necesario, los supuestos, implicaciones y consecuencias prácticas y al idear soluciones a problemas complejos.

LOS ELEMENTOS DE TODO RAZONAMIENTO

Para lograr las habilidades antes señaladas, el pensador debe ejercitarse de forma sistemática, autodirigiéndose, autorregulándose y autocorrigiéndose, si se toma en cuenta que todo razonamiento tiene un propósito y siempre busca solucionar un problema, resolver una pregunta o explicar algo; debe observar que todo razonamiento se basa en supuestos que se formulan desde una perspectiva y se fundamentan en datos, información y evidencia que son expresados mediante ideas que simultáneamente le dan forma; no debe olvidar, además, que todo razonamiento contiene inferencias o interpretaciones, por las cuales se llega a conclusiones que dan significado a los datos y que, por lo tanto, apuntan a un fin o tienen implicaciones y consecuencias.

LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DEL PENSAMIENTO CRÍTICO

Todo lo anterior puede estar influenciado por el pensamiento egocéntrico, el cual surge del hecho de no considerar los derechos y necesi-

13 Lipman, M., *Philosophy goes to school*, Temple University Press, Philadelphia, 1988.

14 Mertes, L., *Thinking and writing. Middle school journal*, 1991, pp. 22, 24-25.

dades de los demás y de no apreciar el punto de vista de otros, o las limitaciones del propio punto de vista, lo cual puede llevar al uso egocentrista de la información, lo que implica desvalorar otros puntos de vista y rechazar otras mejores opciones de razonamiento.

Según Paul y Elder, el pensador crítico es consciente del riesgo antes señalado y debe superarlo al someter su propio pensamiento a los estándares internacionales de calidad del razonamiento.

Algunos de los estándares considerados son: la claridad, por la que un individuo puede explicar un asunto de diferentes formas, con ejemplos, evitando la confusión; la exactitud, por la que una información es verificable, aun cuando sea exacta; la precisión, que obliga a otorgar detalles del asunto y abundar sobre su especificidad; la relevancia, a partir de la cual se puede definir la relación entre la información disponible y el asunto en cuestión; la profundidad, según la cual una respuesta puede dar cuenta de una pregunta atendiendo a toda la complejidad del asunto, y a los aspectos más importantes y significativos; la amplitud, que obliga a considerar otras perspectivas, a fin de lograr una mayor comprensión del problema y de la solución; la lógica, que ayuda a considerar las ideas, juicios y razonamientos en sus relaciones de contradicción, identidad o exclusión.

LOS VALORES INTERNACIONALES DEL PENSAMIENTO CRÍTICO

Ahora bien, el desarrollo de las habilidades del Pensamiento Crítico no puede alcanzar su máximo nivel de calidad si el pensador no desarrolla humildad intelectual, en oposición a la arrogancia, por la que podrá estar consciente de los límites de su conocimiento, tener sensibilidad hacia el prejuicio, las tendencias y limitaciones de su punto de vista, alcanzando a reconocer que no se debe pretender saber más de lo que realmente se sabe; deberá, asimismo, desarrollar la entereza intelectual como combate a la cobardía intelectual, para estar consciente de la necesidad de enfrentar y atender, con justicia, ideas, creencias o visiones hacia las que no se siente atraído y a las que no ha prestado atención; así podrá aceptar ideas justificadas racionalmente, a pesar de ser consideradas absurdas o peligrosas, y el hecho de que hay conclusiones y creencias inculcadas que pueden ser falsas o equivocadas. Por otra parte, es necesaria la empatía intelectual que permita ponerse en el lugar del otro para comprender su punto de vista y razonar a partir de puntos de vista ajenos. La autonomía intelectual deberá ser también adquirida por el pensador crítico, lo que le permitirá oponerse a la conformidad intelectual y podrá pensar por sí mismo, además de analizar y evaluar las creencias, tomando como punto de partida la razón y la evidencia; la integridad intelectual es un valor que se opone a la hipocresía, permite reconocer la

*...es necesaria la
empatía intelectual,
que permita ponerse en
el lugar del otro para
comprender su punto de
vista y razonar a partir
de puntos de vista
ajenos.*

necesidad de ser honesto y consistente en los estándares intelectuales que aplica, y obliga a someterse al mismo rigor de evidencia y prueba que se exige de los demás; asimismo, la perseverancia intelectual permitirá luchar contra la pereza, es decir, bajo el desarrollo de este valor, el pensador crítico podrá decidir continuar su búsqueda a pesar de las dificultades, obstáculos y frustraciones, y a mantenerse en sus posturas racionales a pesar de la oposición irracional de otros; también conseguirá enfrentarse por más tiempo con la confusión y con los asuntos irresolutos para lograr un entendimiento o una comprensión más profunda.

El pensador crítico también deberá apegarse a la confianza en la razón, por lo que asumirá que las personas pueden aprender a pensar por sí mismas, a construir visiones racionales, a llegar a conclusiones razonables, a pensar de forma coherente y lógica, a persuadirse por medio de argumentos lógicos y a ser seres razonables; finalmente, el pensador crítico desarrollará una mayor calidad de su razonamiento si actúa con imparcialidad, asumiendo que es necesario tratar todos los puntos de vista de la misma forma, a pesar de los sentimientos o intereses personales que uno, sus amigos, su comunidad o su nación tengan.

Si el pensador crítico desarrolla sus pensamientos bajo los estándares internacionales y bajo el esquema de valores señalado, crecerá la calidad de los mismos y alcanzará una mayor eficacia en los procesos de solución de problemas de interrelación social, es decir, alcanzará mayores índices de eficacia en los procesos de comunicación.

PENSAMIENTO CRÍTICO Y RAZONAMIENTO JURÍDICO

Desde la tradición aristotélica, se considera que una argumentación es un encadenamiento de proposiciones, construido de tal manera que a partir de unas premisas se llegue necesariamente a otra, identificada como conclusión. A este modo de razonamiento se le ha nominado razonamiento teórico, y se caracteriza porque da lugar a una inferencia deductivamente válida: en razón de la verdad de sus premisas se deriva la verdad necesaria de la conclusión, de donde podemos inferir que el pensamiento deductivo está caracterizado porque las premisas fundamentan, de manera necesaria, la conclusión.

Sin embargo, las decisiones que se adoptan en el ámbito del derecho, como en el de la moral, no pueden ser caracterizadas como teóricas en el sentido aludido, aun cuando se pueda hablar de premisas y conclusiones en la estructura de su razonamiento. Si bien existen premisas, una de ellas tiene naturaleza normativa y su conclusión es considerada también una norma con mayor grado de especificación; es decir, una norma general, abstracta, es aplicada al caso particular y concreto.

De esta forma podemos afirmar, en seguimiento a la tradición aristotélica, que el razonamiento puede diferenciarse en teórico y práctico, y es el segundo el que requiere de una metodología específica, diferenciada de aquella orientada a la demostración lógica, que busque el consenso, la adhesión o el convencimiento por la fuerza de su argumentación, antes que la aceptación obligada por su contenido veritativo necesario, es decir, deductivo.

El razonamiento práctico, entonces, se encuentra en la misma categoría que el teórico, por cuanto ambos son procesos del pensamiento que buscan un determinado conocimiento. Ambos son procesos racionales, pero en el caso del razonamiento práctico, su diferencia estriba en que no requiere necesariamente de la demostración, sino de una metodología que, sin excluir a su par, pueda obtener asentimientos a favor de sus postulados.

En atención a esta premisa, Habermas considera que *El terminas ad quem* del correspondiente discurso moral-práctico es llegar a un entendimiento mutuo sobre la solución correcta de un conflicto en el campo del actuar regulado por normas. El uso pragmático, ético y moral de la razón práctica apunta por tanto a obtener, respectivamente, indicaciones técnicas y estrategias para la acción, consejos clínicos y juicios morales. Denominamos razón práctica a la facultad de fundamentar los correspondientes imperativos y, según sea en cada caso, la referencia a la acción y el tipo de decisiones que haya que tomar se modifican, no solo el sentido elocutivo del *tener que* o del *deber*, sino también el concepto de voluntad, que en cada caso se debe dejar determinar por imperativos fundamentados racionalmente (...) "Así, la razón práctica, según se utilice atendiendo a lo adecuado para obtener un fin, a lo bueno o a lo justo, se rige por el arbitrio de quien actúa conforme a una racionalidad teleológica, por la resolución del sujeto que se realiza a sí mismo con autenticidad o por la voluntad libre del sujeto capaz de juzgar moralmente."¹⁵

DIFERENTES, PERO NO INSEPARABLES

Como se advierte, es necesario afirmar una diferenciación entre ambos tipos de razonamiento, sin embargo, tales diferencias no resultan tan radicales que necesariamente autoricen una separación absoluta. Por necesidad lógica se puede afirmar que en razón de los elementos por los que resultan similares está impedida la incompatibilidad absoluta. Quizá por estas razones es que Vigo advierte la insuficiencia de las justificaciones meramente formales y de las insuficiencias meramente autoritativas en las decisiones jurisdiccionales.¹⁶

¹⁵ Habermas, Jürgen, *Aclaraciones a la ética del discurso*, Editorial Trota, Madrid, 2000, pp. 117-118.

¹⁶ Vigo, Rodolfo Luis, *Razonamiento justificatorio judicial*, Revista DOXA,

El Critical Thinking es una disciplina que se propone examinar la estructura de los razonamientos sobre cuestiones de la vida diaria e intenta superar el aspecto mecánico del estudio de la lógica, así como entender y evaluar los argumentos en sus ambientes naturales.

Al respecto, McCormick considera que si el sentido de las decisiones judiciales es considerado lógico por estar carente de contradicciones con los principios lógicos, también pueden ser consideradas lógicas cuando dichas decisiones están en consonancia o en contradicción, en su caso, con directrices generales o con principios de derecho. Es decir, para McCormick, las decisiones judiciales están marcadas tanto por el razonamiento teórico como por el razonamiento práctico, aun cuando en cada caso es necesario atender a sus condicionantes y limitaciones.¹⁷

Bajo esta óptica de integración, antes que de división, las habilidades de pensamiento, desarrollados por el *Critical Thinking*, resultan tan necesarias para las actividades de razonamiento ordinario, como en las que son específicamente jurídicas.

En consecuencia, el desarrollo de las habilidades de razonamiento judicial podría ser reforzado con las habilidades propias del pensamiento crítico, en apoyo a una integración del pensamiento teórico y del pensamiento práctico, lo que requiere una mayor profundización en las características del *Critical Thinking*, a fin de encontrar los mejores modos de integración.

CONCLUSIONES

En los últimos tiempos ha tomado relevancia la autonomía del razonamiento jurídico con respecto al razonamiento práctico general.

Algunos sostienen que el razonamiento jurídico pertenece como un área de especialidad al razonamiento práctico general.

Si esto es correcto, el análisis del razonamiento jurídico requiere de un estudio previo de aquellos elementos que conforman los factores comunes a todos los razonamientos.

Este particular punto de vista también parece estar de acuerdo con los principales postulados del Pensamiento Crítico, pese a que no creció al amparo de la lógica de corte deductivista, sino, precisamente, como una reacción a una supuesta ineficacia para los fines de los razonamientos cotidianos.

.....
Cuaderno 21, volumen II, p., 496, visible en: http://213.0.4.19/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volII/DOXA21Vo.II_33.pdf.

Revisado el 3 de marzo de 2012.

¹⁷ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. op. cit*, pp. 112 y 113.

El *Critical Thinking* es una disciplina que se propone examinar la estructura de los razonamientos sobre cuestiones de la vida diaria e intenta superar el aspecto mecánico del estudio de la lógica, así como entender y evaluar los argumentos en sus ambientes naturales.

El Pensamiento Crítico tiene como objetivo el desarrollo de habilidades intelectuales que permitan la práctica y construcción de buenos argumentos, basados en evidencias, que puedan ser evaluados bajo estándares preestablecidos, en razón de la problemática a la que se aplica el proceso de pensamiento.

Para Richard Paul y Linda Eider, una persona que desarrolla las habilidades del pensamiento crítico se comunica efectivamente con sus semejantes, pues es capaz de formular problemas y preguntas vitales con claridad y precisión; puede acumular y evaluar información relevante y usar ideas abstractas para interpretar esa información efectivamente; puede igualmente llegar a conclusiones y soluciones diversas, probándolas con criterios y estándares relevantes, puede pensar con una mente abierta dentro de los sistemas alternos de pensamiento además de reconocer y evaluar, según sea necesario, los supuestos, implicaciones y consecuencias prácticas y al idear soluciones a problemas complejos.

Podemos afirmar que el razonamiento puede diferenciarse en teórico y práctico, y que el segundo requiere de una metodología específica, diferenciada de aquella orientada a la demostración lógica, que busque el consenso, la adhesión o el convencimiento por la fuerza de su argumentación. Sin embargo, los elementos en los que resultan similares impiden la incompatibilidad absoluta.

Finalmente, bajo una óptica de integración, antes que de división, las habilidades de pensamiento desarrollados por el *Critical Thinking*, resultan tan útiles y necesarias para las actividades de razonamiento ordinario como para aquellas en las que el razonamiento es específicamente jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

- Alien, Matthew, *Smart thinking. Skill for critical understanding and writing*, segunda edición, Editorial Oxford, New York, 2004.
- Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Universidad Autónoma de México, México, 2005.
- Beardsley, Monroe C, *Practical logic*, Prentice-Hall, Inc., Englewood Cliffs, NJ, 1950.
- Cotrell, Stella, *Critical thinking skill. Developing effective analysis and Argument*, Palgrave Macmillan, New York, 2005.

- Harada O., Eduardo, *Antología: lógica informal y pensamiento crítico*, Universidad Autónoma de México, Escuela Nacional Preparatoria, México, 2008.
- García Máynez, Eduardo, *Introducción a la Lógica Jurídica*, Fondo de Cultura Económica, México, 1951.
- Gutiérrez Sáenz, Raúl, *Introducción a la lógica*, Editorial Esfinge, México, 1975.
- Kahane, H., *Logic and contemporary rhetoric. The use of reason in everyday life*, primera edición, Wadsworth Publishing Company, EUA, 1971.
- Habermas, Jürgen, *Aclaraciones a la ética del discurso*, Editorial Trotá, Madrid, 2000.
- Herrera, Alejandro, “¿Qué es el pensamiento crítico?”, en *Boletín de la Academia Mexicana de Lógica: Modus Ponens*, núm. 2. Versión electrónica: <http://www.filosoficas.unam.mx/~Modus/MP2/mp2alex.htm>, revisada el 02 de febrero de 2012.
- Stebbing, L. Susan, *Introducción moderna a la lógica* (traducción de Robert S. Hartman y José Luis González), Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, México 1965 (en línea): <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/455/1.pdf>, revisado el 03 de febrero de 2012.
- Lipman, Mathew, *Philosophy goes to school*, Temple University Press, Philadelphia, 1988.
- _____, *Pensamiento complejo y educación*, Ediciones de la Torre, Madrid, 1988.
- Mertes, L., *Thinking and writing. Middle school journal*, 22, 24-25, 1991.
- Paul, Richard y Elder, Linda, *Una mini-guía para el pensamiento crítico. Conceptos y herramientas*, Fundación para el Pensamiento Crítico, EUA, 2003. En línea: www.criticalthinking.org, revisada el 20 de enero de 2012.
- Vigo, Rodolfo Luis, *Razonamiento justificatorio judicial*, Revista DOXA, Cuaderno 21, volumen II,
- Bowell, T. y Kemp, G., *Critical thinking. A concise guide*, Routledge, Taylor & Francis Group, London and New York, 2002.
-



El actual sistema tributario cubano

Jorge Antonio Álvarez Compeán*

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente La Habana pareciera desafiar las versiones escuchadas de quienes en otros tiempos la visitaron y que la describirían como una ciudad donde destacaba la pobreza y el desaliento de su población, que en lo interno soporta un socialismo que, en aras de perseguir la igualdad, ha caído en un letargo, y que en lo externo es asfixiada por el bloqueo norteamericano y de sus aliados, por la pérdida de inversión extranjera y de amigos, entre ellos México, lo que indicaba que estaba destinada irremediabilmente al fracaso.

Hoy, bajo un *nuevo socialismo cubano*, impulsado por Raúl Castro —su nuevo presidente del Consejo de Estado—, se han venido realizado extraordinarios esfuerzos para actualizar su modelo económico, adaptándose a la globalización y respondiendo a las imperiosas necesidades de su pueblo. Actualmente, la extraordinaria capital colonial de la República de Cuba se muestra llena de vida, ya que millones de turistas internacionales se recrean de su nuevo despertar económico, apoyado desde el exterior con capital extranjero, que gracias a nuevas reglas de su economía mixta, le permite incentivar la apertura de lujosos hoteles, restaurantes de cuatro tenedores y tiendas de marca; que a

* Abogado por la UASLP, Maestro en Derecho Fiscal por la UACJ, Doctor en Materia Fiscal por la UD, Profesor del Programa de Licenciatura en Derecho de la UACJ, Notario Público del Distrito Bravos.

"El Estado, fundado en la propiedad privada de los medios de producción, está obligado a sostener principalmente mediante impuestos las cargas financieras exigidas para el cumplimiento de sus funciones".

su vez impulsa la remodelación de plazas, iglesias y las vetustas mansiones, particularmente las del viejo Malecón, creando una infraestructura turística impresionante apoyada, además, por los cuentapropistas locales —su nueva clase empresarial—, un pujante sector económico que con gran creatividad está generando riqueza.

Desde su inicio, este país socialista se dio a la tarea de reestructurar su sistema tributario derogando cientos de impuestos de corte capitalista para establecer con simplicidad unos cuantos tributos,¹ particularmente para gravar las ventas de mercancías, la producción agrícola, forestal, ganadera, minera y comercial, establecer aranceles para la importación y exportación de productos, y crear los órganos de cobranza y fiscalización como elementos indispensables de todo Estado. Este sistema fiscal lentamente fue evolucionando, hasta adquirir en la actualidad singular importancia y fortaleza, porque como lo ha expresado el presidente Raúl Castro Ruz:² "La batalla económica constituye hoy, más que nunca, la tarea principal y el centro del trabajo ideológico de los cuadros, porque de ella depende la sostenibilidad y preservación de nuestro sistema social".

Según Klaus Tipke, "El Estado, fundado en la propiedad privada de los medios de producción, está obligado a sostener principalmente mediante impuestos las cargas financieras exigidas para el cumplimiento de sus funciones".³ En el antiguo socialismo cubano sólo destacaban los ingresos de unos cuantos impuestos y cargas arancelarias,⁴ porque eran fieles al rechazo, como Estado, de constituirse como un instrumento de explotación de la clase oprimida, tal como lo señalara V. I. Lenin, quien sostenía que "Para mantener un poder público especial, son necesarios los impuestos y la deuda pública (pero) '...Dueños de la fuerza pública y del derecho a recaudar los impuestos —dice Engels—, los funcionarios, como órganos de la sociedad, aparecen ahora situados por

1 Entre otros, la Orden Militar N° 39 del 14 de julio de 1958, dictada por Raúl Castro Ruz, Jefe del II Frente Oriental, para financiar el ejército rebelde, y la Ley Núm. 447 sobre Reforma Tributaria del 14 de julio de 1959, y la Ley Núm 448 de 1959.

2 Discurso del 4 de abril del 2010, pronunciado en la clausura del IX Congreso de la Unión de Jóvenes Comunistas.

3 Tipke, Klaus, *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, 2002, p. 27.

4 Entre otros, los impuestos sobre ingresos brutos, sobre transmisión de bienes inmuebles, sobre utilidad de las sociedades de capital y de circulación.

encima de ésta, el respeto que se tributaba libre y voluntariamente a los órganos de la constitución gentilicia (de clan) ya no les basta, incluso si pudieran ganarlo”.⁵

Si bien, en los primeros años del socialismo cubano, el control absoluto sobre los factores de producción lo ejercía el Estado, lo que hacía innecesario un destacado sistema tributario, teniendo entonces una riqueza fiscal raquítica, con el paso del tiempo, al darse la liberalización de sus políticas económicas y consolidar un sistema de economía mixta en el que participa la inversión extranjera,⁶ y al darse la permisibilidad para que sus naturales pudieran ejercer actividades empresariales privadas, su legislación debió sufrir una convulsión interna para transformar su marco jurídico y adecuarse debidamente para soportar estos cambios, que indiscutiblemente buscan explotar su gran potencial económico, **principalmente** en el campo turístico,⁷ creando no sólo nuevos tributos, sino fortaleciendo su estructura administrativa para fiscalizar, recaudar y aplicar la riqueza tributaria.

El Partido Comunista Cubano⁸ —fuerza dirigente superior de la sociedad y del Estado—, recientemente ha reconocido la importancia de su sistema tributario, y admite que la política fiscal deberá contribuir al incremento sostenido de la eficiencia de la economía y de los ingresos del Estado, para respaldar el gasto público en los niveles planificados, y mantener un adecuado equilibrio financiero de acuerdo a su modelo económico; considera que su sistema tributario deberá estar basado en los principios de la generalidad y la equidad de la carga tributaria, tomando en cuenta la capacidad económica de los obligados y las características de los territorios, debiéndose establecer mayores gravámenes para los ingresos más altos, para atenuar las desigualdades entre los ciudadanos, aplicando un régimen especial tributario diferenciado y flexible para estimular las producciones agropecuarias. Que los estímulos fiscales deben promover el desarrollo ordenado de las formas de gestión no estatal, y que el sistema tributario debe avanzar para elevar su eficacia como elemento redistribuidor del ingreso, a la vez que contribuya a la aplicación de políticas encaminadas al perfeccionamiento del modelo de gestión económica. Que es importante mantener la aplicación de estímulos fiscales que promuevan producciones nacionales en sectores claves de la economía, y que se debe actualizar el papel del sistema arancelario priorizando los regímenes arancelarios

5 Lenin V. I., *Obras Escogidas*, tomo 2, Editorial Progreso, Moscú, 1970, p. 302.

6 A partir del Decreto Ley Núm. 50 de 1982, se reguló el régimen fiscal de las Empresas Mixtas y Asociaciones Económicas, con el fin de incentivar las inversiones de capital extranjero.

7 El ingreso anual en divisas es de 2218.4 millones de pesos convertibles cubanos CUC, según datos de la Oficina Nacional de Estadísticas (ONE) publicados en: el *Anuario Estadístico de Cuba 2010*, edición 2011, Capítulo 15.11 - Ingresos en divisas asociados al turismo.

8 Lineamientos de la Política Económica y Social, un documento aprobado el 18 abril de 2011 por el Partido Comunista Cubano en su 6º congreso.

preferenciales y las bonificaciones que se consideren convenientes. Que se debe fomentar la cultura tributaria y la responsabilidad social de la población y entidades del país en el cumplimiento cabal de las obligaciones tributarias, para desarrollar el valor cívico de contribución al sostenimiento de los gastos sociales y altos niveles de disciplina fiscal. Que los gastos presupuestarios se enmarcarán en las posibilidades reales de recursos financieros que se generen por la economía del país, y su utilización será de forma racional, a fin de garantizar los niveles de actividad planificados sin afectar la calidad, y que se deben fortalecer los mecanismos de control fiscal, que aseguren el cumplimiento de las obligaciones tributarias, así como la preservación y uso racional de los bienes y recursos del Estado.

II. LA CONSTITUCIÓN CUBANA

La Constitución de la República de Cuba⁹ expresa que "sólo en el socialismo y el comunismo, cuando el hombre ha sido liberado de todas las formas de explotación: de la esclavitud, de la servidumbre y del capitalismo, se alcanza la entera dignidad del ser humano; y de que nuestra Revolución elevó la dignidad de la patria y del cubano a superior altura", para lo cual en todas las materias, inclusive en el aspecto fiscal y financiero, otorga facultades a su Asamblea Nacional del Poder Popular, para aprobar, modificar o derogar las leyes; a su Consejo de Estado para discutir y aprobar los planes nacionales de desarrollo económico y social; aprobar los principios del sistema de planificación y de dirección de la economía nacional; dictar decretos-leyes y dar a las leyes vigentes, en caso necesario, una interpretación general y obligatoria. Otorga facultades, también, al Consejo de Ministros para dictar los reglamentos correspondientes, decretos y disposiciones sobre la base y en cumplimiento de las leyes vigentes y controlar su ejecución; y a los Consejos Populares para aprobar y controlar, conforme a la política acordada por los organismos nacionales competentes, la ejecución del plan y del presupuesto ordinario de ingresos y gastos de la provincia.

Esta carta suprema establece que el Estado organiza, dirige y controla la actividad económica nacional conforme a un plan que garantice el desarrollo programado del país, a fin de fortalecer el sistema socialista; satisfacer cada vez mejor las necesidades materiales y culturales de la sociedad y los ciudadanos; promover el desenvolvimiento de la persona humana y de su dignidad, el avance y la seguridad del país; que en la elaboración y ejecución de los programas de producción y desarrollo,

⁹ Publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición extraordinaria núm. 3 de 31 de enero de 2003, para lo cual, el 10 de junio del 2002, el pueblo de Cuba, en un proceso plebiscitario popular en el que participaron más de nueve millones de personas, y con la firma pública de ocho millones ciento noventa y ocho mil doscientos treinta y siete electores, ratificaron el contenido socialista de esa Constitución.

participen activa y conscientemente los trabajadores de todas las ramas de la economía y de las demás esferas de la vida social; que los extranjeros residentes en el territorio de esta República se equiparen a los cubanos en la obligación de contribuir a los gastos públicos en la forma y la cuantía que la ley establece.

Esta Constitución socialista, también dispone que el Estado trabaja para lograr que no haya familia que no tenga una vivienda confortable, y para ello garantiza la propiedad personal,¹⁰ para lo cual su Ley General de la Vivienda¹¹ permite que los naturales y los extranjeros puedan adquirir el dominio de una sola vivienda, pero que además pueda ser legítimo tener, de ocupación permanente, la propiedad de otra vivienda ubicada en zona destinada al descanso o veraneo, así como lo pueden los agricultores pequeños y cooperativistas y los casos de las viviendas vinculadas. Establece que la propiedad personal de la vivienda, debe entenderse en el verdadero sentido de esa forma de propiedad, en las condiciones concretas de construcción del socialismo en su país, es decir, esencialmente como el derecho de disfrutar de una vivienda por el propietario y su familia, sin pago alguno, después de abonar su precio, pero que en ningún caso puede, el derecho de propiedad personal de la vivienda, convertirse en un mecanismo de enriquecimiento ni de explotación.

Estas disposiciones sobre vivienda han generado también un despertar en el comercio y financiación de bienes raíces, en la función notarial y en la recaudación de impuestos, ya que hoy da fruto el impulso que desde años se había venido haciendo para la regularización de la propiedad de los usufructuarios onerosos y ocupantes legítimos de sus viviendas, y la transferencia de la vivienda mediante enajenación ante Notario Público, con justo título, de forma contractual —gratuita u onerosa—, o por herencia, y de los demás bienes vinculados a la producción que integran la propiedad de los agricultores pequeños, heredables a quienes trabajan esa tierra.

III. LEY DEL SISTEMA TRIBUTARIO¹²

La Ley Número 73 regula el sistema tributario cubano, y ésta es un instrumento jurídico moderno que tiene por objeto establecer cargas

...esencialmente como el derecho de disfrutar de una vivienda por el propietario y su familia, sin pago alguno, después de abonar su precio, pero que en ningún caso puede, el derecho de propiedad personal de la vivienda, convertirse en un mecanismo de enriquecimiento ni de explotación.

10 Artículos 9 y 21. Este último dispone que: "Se garantiza la propiedad personal sobre los ingresos y ahorros procedentes del trabajo propio, sobre la vivienda que se posea con justo título de dominio y los demás bienes y objetos que sirven para la satisfacción de las necesidades materiales y culturales de la persona. Asimismo se garantiza la propiedad sobre los medios e instrumentos de trabajo personal o familiar, los que no pueden ser utilizados para la obtención de ingresos provenientes de la explotación del trabajo ajeno. La ley establece la cuantía en que son embargables los bienes de propiedad personal".

11 Ley Núm. 65 de 23 de diciembre de 1988.

12 Ley del Sistema Tributario, artículos 1º, 2º, 3º, 6º, 17º, 27º, 46º, 53º, 57º, 60º y 64º.

En este país se ha establecido un impuesto al consumo sobre las ventas, para gravar por una sola vez los bienes destinados al uso y consumo que sean objeto de compraventa, importados o producidos, total o parcialmente, en esta nación.

y principios generales, sobre los cuales debe sustentarse la obligación impositiva, que establece tributos como medios para recaudar ingresos fiscales, quienes se reconocen como instrumentos de la política económica general para responder a las exigencias del desarrollo económico-social de ese país.

Este ordenamiento secundario define al tributo como la prestación pecuniaria que el Estado exige, por imperio de la ley, con el objetivo de obtener recursos para el cumplimiento de sus fines, y que éstos pueden consistir en impuestos, tasas y contribuciones: el impuesto, como el tributo exigido al obligado a su pago sin contraprestación específica, con el fin de satisfacer necesidades sociales; la tasa, como el tributo por el cual el obligado a su pago recibe una contraprestación de servicio o actividad por parte del Estado; y la contribución, como aquel tributo para un destino específico, determinado, que beneficia directa o indirectamente al obligado a su pago.

En la República de Cuba, son sujetos pasivos y están obligados a tributar las personas naturales y jurídicas de nacionalidad cubana bajo un concepto impositivo universal, y las personas naturales o jurídicas extranjeras por razón de la fuente de riqueza cubana, cualquiera que sea su forma de organización o régimen de propiedad, asumiendo una responsabilidad ya como contribuyentes, retentores o responsables.

Dentro de la gama de impuestos personales cubanos vigentes, destaca el impuesto sobre utilidades, que grava la renta o ganancia por el ejercicio de actividades comerciales, industriales, constructivas, financieras, agropecuarias, pesqueras, de servicios, mineras o extractivas en general, y cualesquier otra de carácter lucrativo —se toma, para ello, la utilidad neta imponible—; y el impuesto sobre los ingresos personales,¹³ de las personas naturales cubanas o de las extranjeras, que bajo el concepto de residencia permanezcan por más de ciento ochenta días en su territorio nacional, dentro de un mismo año fiscal, y obtengan en ella cualquier tipo de ingresos.

En este país se ha establecido un impuesto al consumo sobre las ventas, para gravar por una sola vez los bienes destinados al uso y consumo que sean objeto de compraventa, importados o producidos, total o parcialmente, en esta nación. El impuesto sobre los servicios

13 Grava a quienes obtengan ingresos sobre rendimientos de actividades mercantiles, por trabajo personal y el de su familia, o personal asalariado en algunos casos, por actividades del trabajo por cuenta propia y del desarrollo de actividades intelectuales, artísticas y manuales o físicas en general; de creación, reproducción, interpretación, aplicación de conocimientos y habilidades; por sus rendimientos del capital, por aquellos ingresos obtenidos por dividendos y participaciones de utilidades de empresas; así como por arrendamiento de bienes muebles e inmuebles de su propiedad o posesión; por aquellos ingresos en moneda libremente convertible, incluyendo los provenientes de salarios y jubilaciones; y por cualesquiera otras fuentes que generen ingresos, en efectivo o en especie.

públicos telefónicos, cablegráficos y radiotelegráficos, de electricidad, agua, transporte, gastronómicos; de alojamiento y recreación, así como de otros servicios que se presten en el territorio nacional.

El impuesto a la riqueza sobre la propiedad o posesión de determinados bienes ociosos, que injustificadamente no se exploten; el impuesto sobre el transporte terrestre, que grava la propiedad o posesión de vehículos de motor y de tracción animal destinados al transporte terrestre; el impuesto sobre transmisión de bienes y herencias, que grava las transmisiones de bienes inmuebles y bienes muebles sujetos a Registro Público o escritura notarial, derechos, adjudicaciones, donaciones y herencias.

El impuesto sobre documentos, que grava diversos actos jurídicos y que se cubre mediante la fijación de sellos del timbre; el impuesto por la utilización de la fuerza de trabajo lo pagarán todas las personas teniendo como base imponible la totalidad de los salarios, sueldos, gratificaciones y demás remuneraciones que los sujetos del impuesto paguen a sus trabajadores; y el impuesto sobre la utilización o explotación de los recursos naturales y para la protección del medio ambiente, a cargo de quien utilice o se relacione de cualquier manera con el uso y explotación de un recurso natural en el territorio nacional

Esta ley fiscal establece una contribución a la **seguridad social**, a la cual estarán obligadas todas las entidades que empleen a los beneficiarios del régimen de la seguridad social, y cuyo importe se calculará sobre la base de los salarios, sueldos, jornales o cualquier otra forma de retribución al trabajo devengada por los trabajadores de las entidades que empleen o utilicen personal asalariado.

Bajo el concepto de tasas, destacan las de peaje, a cuyo pago, en moneda nacional o en divisas, están obligados todos aquellos conductores, cubanos o extranjeros, de vehículos de motor de transporte terrestre que circulen por los tramos de carretera gravados por este tributo; la tasa por servicios de aeropuertos, que grava a pasajeros por la utilización de los servicios e instalaciones de los aeropuertos nacionales cubanos, habilitados para el transporte aéreo internacional de pasajeros; y la tasa por la radicación de anuncios y propaganda comercial, por la utilización de bienes patrimonio del municipio y demás bienes situados dentro de la demarcación municipal, para anuncios o propaganda comercial, en los espacios públicos o privados con proyección pública, pagadero, según sea el caso, en moneda nacional o en divisas.

IV. LA OFICINA NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA

La Oficina Nacional de Administración Tributaria (ONAT),¹⁴ es la entidad encargada de velar por la aplicación de la legislación relativa a

14 Creada como Unidad Presupuestada mediante la Resolución Número 135, de fecha 20 de septiembre de 1995, por el Ministro de Finanzas y Precios.

impuestos y otros ingresos no tributarios; desarrollar la organización para su recaudación en todo el país; organizar y dirigir la auditoría fiscal adoptando las medidas requeridas para contrarrestar la evasión fiscal, así como de las otras funciones o tareas derivadas de la Ley del Sistema Tributario. Es quien asume la responsabilidad de garantizar y supervisar el estricto cumplimiento de las disposiciones legales, tributarias y arancelarias, bajo una estructura vertical con una oficina central y oficinas provinciales y municipales distribuidas en el territorio cubano.

V. EL REGISTRO DE CONTRIBUYENTES

Para identificar y controlar a los sujetos pasivos del tributo, la Ley del Sistema Tributario¹⁵ establece que las personas obligadas al pago de los tributos deberán inscribirse en el Registro de Contribuyentes que corresponda a su domicilio fiscal. El Reglamento del Registro de Contribuyentes,¹⁶ dispone que su alta, baja y actualización se realizará mediante el modelo autorizado,¹⁷ a solicitud del contribuyente o de oficio, y se formalizará mediante la planilla de inscripción o actualización y la expedición del número de identificación tributario (NIT), siendo obligatoria la inscripción para todos los que se encuentren en alguno de los supuestos de la ley tributaria, excepto quienes estén obligados a pagar los impuestos sobre documentos, transmisión de bienes y herencias, las tasas por peaje o por servicios de aeropuertos a pasajeros. La utilización del NIT que se asigna al contribuyente, es obligatoria en toda gestión pública, en toda declaración jurada, recurso y cualquier otro documento que se presente a la ONAT, o cuando se efectúen operaciones referentes al pago de la deuda tributaria, así como expresarlo en las facturas y en otros documentos que expidan por razón de su obligación tributaria.

VI. OBLIGACIONES TRIBUTARIAS

Las obligaciones a cargo del pasivo de los tributos cubanos corresponden a las usuales exigidas en todo Estado moderno, ya que el contribuyente está obligado a presentar las declaraciones juradas, balances, informes, certificaciones y demás documentos, en la forma, términos y con sujeción a los requisitos establecidos legalmente, y cuando corresponda deberán certificar sus estados financieros y presentar el dictamen a la autoridad fiscal; proporcionar la información, probar el origen de los fondos con que han financiado sus gastos, desembolsos o inversiones. El contribuyente

¹⁵ Ley del Sistema Tributario, artículo 8º.

¹⁶ Resolución 23/06 que aprueba el Jefe de la Oficina Nacional de Administración Tributaria (ONAT); Reglamento del Registro de Contribuyentes de fecha 24 de marzo del 2006.

¹⁷ Modelo RC-01 como Planilla de Baja de Inscripción o Actualización de Registro y RC-06 A como Diligencia de Solicitud de Baja.

El contribuyente está obligado, también, a permitir el libre acceso a su domicilio fiscal y, en caso de ser persona jurídica, a sus oficinas y dependencias, de quienes designe la autoridad fiscal para la práctica de acciones fiscalizadoras sobre el cumplimiento de sus obligaciones tributarias; a sus operaciones, a los datos, informes y justificantes que tengan relación con éstas; a todos sus libros y antecedentes de cualquier clase con trascendencia tributaria, así como para la ejecución de acciones de cobro coactivo.

está obligado, también, a permitir el libre acceso a su domicilio fiscal y, en caso de ser persona jurídica, a sus oficinas y dependencias, de quienes designe la autoridad fiscal para la práctica de acciones fiscalizadoras sobre el cumplimiento de sus obligaciones tributarias; a sus operaciones, a los datos, informes y justificantes que tengan relación con éstas; a todos sus libros y antecedentes de cualquier clase con trascendencia tributaria, así como para la ejecución de acciones de cobro coactivo.

Los trabajadores por cuenta propia, sujetos al régimen simplificado de tributación,¹⁸ la cual consiste en el pago unificado de los impuestos sobre las ventas, sobre los servicios públicos y sobre los ingresos personales, podrán llevar contabilidad simplificada. Este sistema de excepción ampara a un conjunto de actividades autorizadas a afiliarse a esta modalidad, la que no es aplicable cuando el titular de la licencia contrata fuerza de trabajo o desarrolla más de una actividad autorizada.

El pago de los tributos impuestos se efectúa a la Oficina Nacional de Administración Tributaria, y esto se debe realizar a través de diversas maneras: mediante la presentación de una declaración jurada de ingresos personales,¹⁹ en la agencia bancaria correspondiente al domicilio del contribuyente, o en la oficina habilitada al efecto, en la cual se hace la determinación de la deuda tributaria por el contribuyente; por ella, éste queda obligado con el contenido y exactitud de los datos consignados

¹⁸ Las actividades que se encuentran aprobadas dentro de este régimen se contienen en el Anexo II, de la Resolución 298/2011, bajo el nombre de "Normas relativas al pago de los impuestos sobre los ingresos personales, sobre las ventas, sobre los servicios públicos, y por la utilización de la fuerza de trabajo, y las referentes al pago de la contribución a la seguridad social por los trabajadores por cuenta propia".

¹⁹ Modelo (Declaración Jurada) DJ-01 a 07. Pero, en el Régimen Simplificado de Tributación, deben sólo presentar una carta explicativa sobre sus responsabilidades tributarias, el modelo RC 04-A, con todas las obligaciones fiscales que estén obligadas a pagar.

en ella, y puede ser sancionado conforme a derecho si la presenta con inexactitud, incompleta o fraudulenta; mediante pago directo ante las oficinas de ciertos impuestos, como el de chapa o las tasas tributarias; o mediante el pago 7 adherencia de timbres.

En sus asientos contables, los pasivos están sometidos al lenguaje común internacional basado en los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados o Normas de Información Financiera (PCGA), tales como llevar y conservar por el término de cinco años los libros de contabilidad, registros, comprobantes y demás documentos que en cada caso se establezcan, así como mantenerlos en su domicilio el plazo en que no ha prescrito la obligación tributaria. Y, cuando la contabilidad se lleve mediante procesamiento electrónico de datos, se deberán mantener en condiciones de operatividad, por el término de tres años, los soportes magnéticos que contengan la información y los programas respectivos, así como proporcionar a la ONAT la totalidad de los registros contables automatizados, debiendo siempre ajustar su contabilidad a las normas de valoración de activos y pasivos y principios generales de contabilidad, que permita la fiscalización de sus obligaciones tributarias según lo exigen las disposiciones vigentes.

VII LA POLÍTICA FINANCIERA CUBANA

La administración financiera²⁰ —como parte del sistema tributario cubano—, tiene como objetivos establecer los principios para planificar, organizar, administrar, ejecutar y controlar la obtención y el uso eficaz y eficiente de los recursos financieros públicos para el cumplimiento de las políticas, los programas y la prestación de los servicios del Estado, es decir, de las entidades del sector público, y para desarrollar los sistemas que permitan disponer de la información oportuna y confiable sobre el comportamiento financiero del sector público, que posibilite la dirección, evaluación y control de la gestión de los órganos, organismos, direcciones administrativas, empresas públicas, unidades presupuestadas, uniones y demás entidades donde tenga intereses el Estado.

El *nuevo socialismo cubano*, a pesar de su economía mixta, está muy alejado del sistema de economía de mercado, porque su sistema financiero conserva un acentuado sentido social, ya que la educación y la salud de su pueblo sigue siendo efectiva y gratuita, lo que ha creado una gran infraestructura humana. Pero hoy su nuevo sistema, más liberal, ha ocasionado que sus ingresos tributarios vayan a la alza, y a la baja sus ingresos no tributarios; estos últimos, casi en su totalidad, correspondientes a los aportes de empresas estatales, que están obligadas a entregar al presupuesto sus ganancias en pesos cubanos.

²⁰ Artículo 2º del Decreto-Ley 192, de la Administración Financiera del Estado, del 8 de abril de 1999.

Las nuevas políticas económicas y fiscales le han autorizado a este país contar presupuestalmente con mayores recursos y ejercer más disciplina en la emisión de pesos cubanos y convertibles, ya que esta economía socialista, en el ejercicio del 2010,²¹ obtuvo como ingresos totales la cantidad de 42 722.9 millones de pesos, de los cuales corresponden como ingresos tributarios la cantidad de 24 201.1 millones, y como ingresos no tributarios, la cantidad de 17 545.5 millones. Aplicando estos ingresos como gastos totales, la cantidad de 45 013.4 millones de pesos, preferentemente al gasto social: destinado al gasto corriente por la suma de 41 118 millones; de estas erogaciones destaca el gasto en educación, por la cantidad de 8 282.2 millones; en salud, por 6 242.3 millones; en seguridad social, por 4 885.8 millones; y tan sólo para su defensa y orden interior, la cantidad de 2 140.1 millones de pesos.

El nuevo socialismo cubano tal vez pueda ser bien apreciado por el trabajo del prestigiado académico cubano Pavel Vidal Alejandro,²² quien destaca que “En los dos años de presidencia, Raúl Castro ha llevado adelante un grupo de cambios institucionales en correspondencia con las ideas de ‘reforzar la institucionalidad’ expresadas en todos sus discursos, y con el objetivo de lograr un sistema más eficiente mediante la reducción de su tamaño, la eliminación de duplicidades y un mejor control de los recursos fiscales.”

VIII. CONCLUSIONES

Los cambios estructurales hasta hoy generados en materia tributaria, han generado una importante renta por la actividad libre de sus naturales, dedicados a negocios privados, que atienden fundamentalmente su riqueza turística y se aprovechan de los flujos de visitantes para obtener importantes ganancias con sus tributos, y con ello, contribuir destacadamente a su presupuesto nacional. Así, el actual régimen, más liberal y abierto, sólo busca mantener el equilibrio entre los sectores socializados y privados, apoyándose en el establecimiento de medidas fiscales, para con ello evitar la acumulación de recursos económicos por los nuevos empresarios, que provoquen conflictos clasistas.

La reforma emprendida por el presidente Raúl Castro representa un partaguas entre el revolucionario sistema socialista y el de economía mixto, ya que se reconoce que el anterior régimen cubano no respondía a las necesidades de su pueblo, y el discurso obsoleto tampoco convenía, por ello los nuevos Lineamientos de la Política Económica y Social,

*...el actual régimen,
más liberal y abierto,
solo busca mantener
el equilibrio entre los
sectores socializados y
privados, apoyándose
en el establecimiento
de medidas fiscales,
para con ello evitar
la acumulación de
recursos económicos por
los nuevos empresarios,
que provoquen
conflictos clasistas.*

21 Datos obtenidos de la Oficina Nacional de Estadísticas (ONE), publicados en: el *Anuario Estadístico de Cuba 2010*, edición 2011, Capítulo 6.4, Ejecución del Presupuesto del Estado.

22 Vidal Alejandro, Pavel, *La política fiscal actual*, Centro de Estudios de la Economía Cubana (CEEC), “Economía y Gerencia en Cuba: Avances de Investigación”, en: *Boletín Cuatrimestral*, La Habana, abril 2010, p. 8.

aprobados por el Congreso, si bien establecen que no permitirán la concentración de la propiedad en personas jurídicas o naturales, admiten que el modelo de gestión debe reconocer y estimular, además de la empresa estatal socialista —la forma principal en su economía nacional—, a las empresas de capital mixto, las cooperativas, los usufructuarios de tierras, los arrendadores de establecimientos y los trabajadores por cuenta propia.

Es así que se ha incrementado considerablemente su riqueza fiscal, y lo ha logrado simplemente al eliminar prohibiciones y flexibilizar las limitaciones a la inversión extranjera, y por permitir que cientos de actividades productivas y de servicios se realicen por los cuentapropistas;²³ su exitosa pero moderada economía mixta, está obligando a sus autoridades a reformar y adaptar constantemente su sistema.

Esta nueva realidad cubana está generando una nueva revolución, la que, de acuerdo a Fidel Castro, exige "cambiar todo lo que debe ser cambiado",²⁴ por ello, se esperan pronto mucho mayores cambios estructurales, particularmente en materia tributaria, ya que debe continuar gravándose, bajo estándares internacionales, la riqueza privada, la renta de los cuentapropistas y de los inversionistas extranjeros. Por ello, las autoridades cubanas han visto con agrado los frescos recursos tributarios al Estado, que le son necesarios para apoyar principalmente sus rezagos en infraestructura tecnológica y en materia turística; para fortalecer y liberalizar sus comunicaciones telefónicas y expandir su cobertura cibernética; para poder explotar su enorme riqueza natural, que de hacerlo en breve, indiscutiblemente proyectará a esta nación como una importante economía mundial, y como uno de los destinos de viaje más importantes del orbe.

BIBLIOGRAFÍA

Anuario Estadístico de Cuba, 2010, Oficina Nacional de Estadísticas (ONE), edición 2011.

Boletín del Tribunal Supremo Popular.

Código Civil, Ley Núm. 59, aprobado por la Asamblea Nacional en su sesión del 16 de julio de 1987 y publicado en la *Gaceta Oficial Extraordinaria* del 15 de octubre del mismo año.

IX Congreso de la Unión de Jóvenes Comunistas. Discurso de Raúl Castro Ruz del 4 de abril del 2010, pronunciado en la clausura.

23 Actualmente, casi 200 diversas actividades personales: desde albañil a restaurador de arte; desde el alquiler de animales hasta programador de equipos de cómputo; de afinador y reparador de instrumentos musicales a peluquero tradicional.

24 Discurso del 1º de mayo del 2000.

- Resolución Núm. 342/11 del Instituto Nacional de la Vivienda, *Gaceta Oficial de la República de Cuba* del miércoles 2 de noviembre del 2011.
- Resolución Núm. 343/11 del Instituto Nacional de la Vivienda, *Gaceta Oficial de la República de Cuba* del miércoles 2 de noviembre del 2011.
- Resolución Núm. 351/2011 del Ministerio de Finanzas y Precios, *Gaceta Oficial de la República de Cuba* del miércoles 2 de noviembre del 2011.
- Resolución Núm. 270 del Ministerio de Justicia, *Gaceta Oficial de la República de Cuba* del miércoles 2 de noviembre del 2011.
- Tipke, Klaus, *Moral tributaria del estado y de los contribuyentes*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, 2002.
- Vidal Alejandro, Pavel, "Economía y gerencia en Cuba: avances de investigación". *La política fiscal actual*, Centro de Estudios de la Economía Cubana (CEEC), Boletín Cuatrimestral, en: La Habana, abril 2010.
-



Argumentación y publicidad en la legitimación de la jurisdicción constitucional

Jesús Antonio Camarillo*

1. PRELIMINAR

En la aproximación a la legitimación de la jurisdicción constitucional, uno de los elementos medulares está constituido por el adecuado cumplimiento de las exigencias de motivación y justificación de sus fallos por parte de sus operadores, suministrando razones e incluso persuadiendo de la pertinencia axiológica y social de los mismos.

El simple elemento autoritativo de la ley, propio del Estado legalista acendrado, no contribuye en la consecución de la legitimación de las decisiones de los tribunales. Tampoco lo es la investidura mística del intérprete orgánico cuyos residuos aún perviven.

Tras la crisis del Estado legalista, se podría afirmar que la densidad argumentativa de las sentencias en general, pero aún con mayor rigor y consistencia en el caso de las sentencias en sede de jurisdicción constitucional, constituye un elemento fundamental de las sociedades democráticas contemporáneas.

En el Estado constitucional de derecho, la trascendencia de la necesidad de justificación de las decisiones de los diversos órganos del Estado se acentúa en la función de los jueces. El punto fundamental se centra en la argumentación, concebida como un proceso discursivo de

* Profesor-investigador de la UACJ, Doctor en Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

intercambio de razones, en el que sus operadores se muestran orientados hacia la consecución de una decisión congruente con lo que en un determinado contexto se pueda considerar como racional.

En tal vertiente, el entramado argumentativo del juez constitucional articula una cuota de su racionalidad a partir de una concepción de apertura de las razones emitidas; sin embargo, no sólo son la motivación y justificación de las decisiones jurisdiccionales las que señalarían, en las sociedades democráticas contemporáneas, el sendero de la legitimidad de la labor de los jueces constitucionales, sino que cada vez más prevalece la exigencia de una motivación pública de las resoluciones. En ese sentido, es el principio de publicidad, el que permite a los ciudadanos someter las acciones relacionadas con el derecho de otros seres humanos al escrutinio de su propio entendimiento.

2. EL RITO DE LA AUTORIDAD DE LA LEY COMO FUNDAMENTO

En el derecho romano, era la autoridad de la que se investían los juristas, la que dotaba de legitimidad sus formulaciones y glosas, no eran las razones o la norma las que convalidaban finalmente sus decisiones. De hecho, los usos originarios de la expresión *auctoritas* presuponen en sí mismos la idea de un atributo o cualidad especial de algún sujeto o de un acto (rito, ceremonia o fórmula); en ese sentido, solamente los actos de ciertas personas o la realización de los actos apropiados producen los efectos que se les pretende atribuir. Los significados paradigmáticos de la expresión *auctoritas* expresan, en primer término "ascendencia, fuerza, vínculo". En segundo término, "capacidad, atributo, potestad, función"; por último, hace alusión a los individuos o entidades investidos de estas facultades o funciones.¹

Además, si tomamos en cuenta que los orígenes de la interpretación jurídica están muy vinculados a una concepción sumamente mística del intérprete, en donde las propias fórmulas o reglas para interpretar las normas eran guardadas celosamente, tal como ocurría con la actividad interpretativa sobre las XII Tablas por parte de los pontífices, podemos afirmar que el trabajo interpretativo originario sobre el derecho asume un carácter no solamente autoritativo sino también elitista y secreto:

La historia de la jurisprudencia romana empieza con los pontífices. Concedores de la magia y teniendo a su cargo la confección del calendario del Estado Romano, pues ésta fue seguramente su función primitiva, los pontífices dominaron no sólo las reglas para que se comunicara la ciudad

¹ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho. Introducción al estudio de la ciencia jurídica*, Themis, México, 1992, pp. 175-176.

con los dioses (el *ius sacrum*), sino también las fórmulas para litigar en el proceso romano arcaico y fórmulas para la conclusión de negocios jurídicos. Porque los romanos de la época primitiva pensaban que en las relaciones jurídicas entre los hombres, al igual que en la oración, todo dependía del empleo de las palabras adecuadas; sólo el que sabía la fórmula apropiada podía obligar a la divinidad y vincular o desvincular a los hombres. Como todos los actos mágicos, el saber de los pontífices era, de suyo, secreto: el tesoro de fórmulas que encerraban el archivo del colegio (los *libri pontificiales*) durante mucho tiempo sólo fue accesible a sus miembros y únicamente a su seno se transmitieron de generación en generación los métodos de aplicación del derecho que habían desarrollado y practicado.²

En la modernidad, bajo el signo del positivismo legalista exegético, el carácter autoritativo de la legitimidad permanece, pero ahora vinculado a una concepción mítica del legislador y la ley, a cuya voluntad del primero, o al sentido originario de la segunda, hay que recurrir para interpretar el derecho a través de un mero procedimiento formal de justificación, invocando ciertos procedimientos tipificados como los caminos "correctos" para descubrir el "verdadero" sentido de la expresión legislativa. Se invocan así los trabajos preparatorios, las exposiciones de motivos, otros textos legales coetáneos, etcétera. En el mejor de los casos, se tolera la doctrina vigente al emitirse la ley; pero nunca se recurre a las circunstancias fácticas. Roberto Vernengo señala que para la exégesis, la historia de una norma se convierte en la mención de otras normas coincidentes ideológicamente con la que se pretende mantener. La exégesis, como reconstrucción de antecedentes, pierde así el camino de una investigación empírica de antecedentes, y se convierte más bien en la tarea genealógica de reconstruir el *pedigree* de la ley.³

Pero el "imperio de la ley" que se explicita en la manera de entender el derecho de la jurisprudencia exegética es imposible de entenderse sin el contexto teórico e ideológico que le precede. Así, la entronización de la ley va íntimamente vinculada a la concepción de los contractualistas del periodo ilustrado. La ley como expresión de la voluntad general. Basta recordar a Rousseau:

...Es evidente que ya no hay que preguntar a quién corresponde hacer las leyes, puesto que son actos de la voluntad general; ni si el príncipe está por encima de las leyes, puesto que es miembro del Estado; ni si puede ser la ley injusta, puesto que nada es injusto respecto de sí mismo; ni cómo

Pero el "imperio de la ley" que se explicita en la manera de entender el derecho de la jurisprudencia exegética es imposible de entenderse sin el contexto teórico e ideológico que le precede.

2 Tamayo, Rolando, *op.cit.*, pp. 358-359.

3 Vernengo, Roberto, *La interpretación jurídica*, UNAM, México, 1977, p. 90.

somos libres y estamos sometidos a las leyes, puesto que éstas no son más que reflejos de nuestras voluntades.⁴

El pensamiento de la Exégesis no hace sino receptar este pensamiento concibiendo a la legislación como sinónimo de justicia y entronizando también a su creador. En cambio, la imagen del juez es la de un simple aplicador de la codificación, sin fuerza y sin voluntad. Aparece entonces en el Estado moderno la concepción de la función judicial como una actividad que se agota en la extracción del derecho a partir de la ley y su legitimidad se sustenta en la legitimidad de la ley misma y, en todo caso, en la utilización de los instrumentos o vías procedimentales preestablecidas para encontrar la solución jurídica, quedando la legitimidad reducida a una cuestión estrictamente instrumental.

En el estricto legalismo el imperio de la ley es principio fundamental y el resto de los componentes del sistema deben contribuir a su efectividad y protección.

En ese sentido, como lo ha señalado Perfecto Andrés Ibáñez, en el Estado liberal de derecho, la administración de justicia es apenas una mera articulación burocrática, político-culturalmente compacta, entre las demás integrantes del aparato estatal. A esto contribuyó de manera decisiva el modelo napoleónico de organización judicial, que partiendo de un proceso de selección inicial muy condicionado políticamente, organiza a los jueces en un entramado vertical, férreamente jerarquizado, con el efecto de una práctica anulación de la capacidad de independencia en la aplicación del derecho y la resolución de las causas.⁵

3. LA CRISIS DE LA IDEOLOGÍA DEL IMPERIO DE LA LEY

El Estado legalista entra en crisis a través de procesos históricos complejos en los que convergen diversos aspectos, tales como el desarrollo económico, la transformación de las organizaciones empresariales, la emergencia a la vida pública de las clases sociales marginadas, las múltiples intervenciones del Estado en la sociedad civil, en suma, el surgimiento de una constelación sociedad-Estado que deja de corresponder a la constelación típicamente liberal y en la que el derecho queda en parte desfasado y en parte se convierte en un instrumento político o de gobierno utilizado profusamente como tal.

Asimismo, una parte fundamental de este escenario que contribuye a la crisis de la perspectiva agudamente legalista lo constituyen en el ámbito teórico e ideológico la irrupción de los movimientos sociológi-

4 Rousseau, Jean Jacques, *El contrato social*, A.L. Mateos, Madrid, 1993, p. 78.

5 Ibáñez, Perfecto Andrés, "Democracia con jueces", en: Malem, Jorge, Orozco, Jesús y Vázquez, Rodolfo. (comps.), *La función judicial*, Gedisa, 2003, p. 245.

Para Holmes, el imperio de la fuerza pública, en determinados casos, ha sido confiado por las sociedades a los jueces, y, de ser necesario, todo el poder del Estado habrá de desplegarse para hacer efectivos sus sentencias y decretos.

cos del derecho, haciendo énfasis en el desfase entre la ley escrita de los códigos y la realidad social.

Uno de los aspectos más relevantes de las escuelas sociológicas y realistas del derecho es la relevancia que conceden a la figura del juez como protagonista en el proceso constante de adaptación de la legislación a las necesidades concretas de la sociedad. Además, enfatizan que el papel del juez es fundamental para comprender apropiadamente las características del derecho mismo, sosteniendo además un escepticismo frente al derecho legislado.

El sentido de certeza, atribuido por el acendrado legalismo a las normas generales y abstractas puestos por el legislador, constituye solamente una ilusión para los realistas. En la medida en que las normas existen, son proposiciones generales incapaces de ofrecer una determinada respuesta a la infinidad de controversias que pueden ir surgiendo en el curso de la existencia humana.⁶

El realismo jurídico de Oliver Wendell Holmes es una de las manifestaciones teóricas más radicales de la oposición frente al derecho legislado y el consecuente protagonismo del derecho judicial. Para Holmes, el imperio de la fuerza pública, en determinados casos, ha sido confiado por las sociedades a los jueces, y, de ser necesario, todo el poder del Estado habrá de desplegarse para hacer efectivos sus sentencias y decretos. En su célebre definición del derecho, Holmes entendió por tal nada más que las profecías acerca de lo que los tribunales harán en cada caso concreto.⁷

Otra de las más paradigmáticas aportaciones a esta corriente es la de Benjamin Nathan Cardozo quien, sin caer en los extremos del juez Holmes produce importantes reflexiones a partir de su actuación como juez de la Corte de Apelación de Nueva York y posteriormente como juez de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, analiza la conducta judicial. Para el juez Cardozo la simple existencia de los códigos y las leyes no tiene por qué volver al juzgador una figura superflua ni convertir su trabajo en algo rutinario y mecánico.

Es de resaltar al respecto, que Cardozo era ya consciente no sólo del problema de la interpretación del derecho en general, sino también de la problemática de la interpretación del texto constitucional:

6 Riddall, J.G., *Teoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 220.

7 Holmes, Oliver W., *La senda del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 13.

Aunque los enunciados del juez Cardozo puedan parecer hoy sumamente reiterados por diversos autores, lo cierto es que uno de los grandes méritos de estas perspectivas es haberse opuesto a las consideraciones formalistas dominantes en aquella época, contribuyendo a superar el exacerbado legalismo dominante y dando pauta para la comprensión de la labor judicial como una labor creativa y orientada a la valoración de las necesidades sociales.

"Sobre todo en el campo del derecho constitucional, el método de la libertad de decisión se ha convertido en la actualidad en el método predominante. Las grandes generalizaciones de la Constitución tienen un contenido y un significado que varían de una época a otra. El método de la libertad de decisión abarca más allá de los detalles temporales e incluye lo que es permanente. La interpretación, así ampliada, pasa a ser algo más que la confirmación del significado y de la intención de los legisladores cuya voluntad colectiva ha sido expresada. Complementa esta expresión, y llena los vacíos, con los mismos procesos y métodos con los que se construyó el derecho consuetudinario. Los códigos y otras leyes pueden poner en peligro la función judicial mediante la represión, el desuso y la atrofia. La función se desarrolla y conserva en virtud de la necesidad humana a la que constantemente responde. La prohibición de Justiniano de hacer cualquier comentario sobre lo producido por sus codificadores se recuerda sólo por su inutilidad".⁸

Aunque los enunciados del juez Cardozo puedan parecer hoy sumamente reiterados por diversos autores, lo cierto es que uno de los grandes méritos de estas perspectivas es haberse opuesto a las consideraciones formalistas dominantes en aquella época, contribuyendo a superar el exacerbado legalismo dominante y dando pauta para la comprensión de la labor judicial como una labor creativa y orientada a la valoración de las necesidades sociales.

No obstante, pese a las aportaciones de las tendencias realistas la motivación y la argumentación del trabajo de los jueces no constituye todavía una característica primordial en la manera en la que los ope-

⁸ Cardozo, Benjamín Nathan, *La función judicial*, Oxford, México, 2000, p. 4.

radores piensan el derecho y su desenvolvimiento en la labor judicial, antes bien, los movimientos realistas se mostraron escépticos frente a la idea de que los jueces realmente motivaran y justificaran sus fallos.

En esa vertiente, no es hasta los acontecimientos ocurridos en Alemania después de 1933 en relación con los juicios de Nuremberg, cuando el paradigma dogmático legalista y una de sus aristas principales como lo es el modelo formal del razonamiento, caracterizado por considerar irrelevante desde el punto de vista jurídico todo aquello que en la motivación eventualmente precede o acompaña la individualización de la norma, acentúan su etapa crítica, al considerarse a partir de aquí como un rasgo prioritario de las sociedades democráticas el que sus órganos de poder público argumenten y den sustento a sus decisiones.

4.LA NECESIDAD DE MOTIVACIÓN Y JUSTIFICACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES

El cambio de paradigma implica, como lo señala Manuel Atienza, un giro total en la manera de entender los sistemas jurídicos, producido con el paso del Estado legislativo al Estado constitucional, entendiéndose por este último no solamente un Estado en el que esté vigente una Constitución, sino en el que la Constitución, escrita o no, contiene: a) un principio dinámico del sistema jurídico político, o sea la distribución formal del poder entre los distintos órganos estatales; b) un conjunto de derechos fundamentales que limitan o condicionan no solamente la forma sino también el contenido de la producción, interpretación y aplicación del derecho, y c) mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes.⁹

Como consecuencia el poder de los órganos estatales encuentra límites más visibles, surgiendo una mayor demanda de argumentar las decisiones, en comparación a la requerida por el Estado legislativo de derecho. Señala Atienza que

en realidad, el ideal del Estado de derecho constitucional (la culminación del Estado de Derecho) supone el sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón: la fuerza de la razón, frente a la razón de la fuerza. Parece por ello bastante lógico que el avance del Estado constitucional haya ido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de las decisiones de los órganos públicos.¹⁰

⁹ Atienza, Manuel, *Ideas para una filosofía del derecho. Una propuesta para el mundo latino*, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Perú, 2008, pp. 162-163.
¹⁰ *Ibidem*, p. 163.

Al quedar atrás el paradigma del legalismo acendrado, se puede afirmar que en las sociedades democráticas actuales las autoridades jurisdiccionales no pueden reducir la fundamentación de sus fallos a una vía estrictamente autoritativa o reducirla a la conclusión de un aséptico silogismo.

Sobre la concepción de la justificación, sigue siendo útil el dualismo propuesto por Jerzy Wróblewski en torno a la justificación interna y la justificación externa.

Para Wróblewski, la justificación interna está relacionada con la racionalidad interna de la decisión jurídica. Una decisión está internamente justificada si se infiere de sus premisas según las reglas de inferencia aceptadas. La condición de la justificación interna es la existencia de una regla con la que se pueda verificar la racionalidad interna de la decisión. La validez de las premisas se da por supuesta. En cambio, la justificación externa se relaciona con la racionalidad externa de la decisión jurídica. Una decisión está externamente justificada cuando sus premisas están calificadas como buenas según los estándares utilizados por quienes hacen la calificación. Es evidente que la decisión jurídica podría estar internamente justificada pero carecer de la justificación externa.¹¹

Ahora bien, si la importancia que se adscribe a la necesidad de justificar racionalmente las decisiones se observa en diversos ámbitos del ejercicio del poder, es en la actividad de los jueces y, particularmente en los jueces constitucionales donde esta exigencia se materializa con mayor claridad, pues bajo el paradigma del Estado constitucional de derecho, todas las normas del ordenamiento jurídico deben interpretarse de acuerdo con los principios constitucionales.

Al quedar atrás el paradigma del legalismo acendrado, se puede afirmar que en las sociedades democráticas actuales las autoridades jurisdiccionales no pueden reducir la fundamentación de sus fallos a una vía estrictamente autoritativa o reducirla a la conclusión de un aséptico silogismo. Además, se parte de la idea de que no es posible ningún procedimiento de producción estatal del derecho que pueda brindar, en todos los casos sometidos al derecho y a los jueces, reglas capaces de dirimir cada cuestión jurídica, de forma que a partir de tales reglas se pueda fundamentar como irrefutable una decisión.

La presencia de cuestiones en las que, de acuerdo a un mismo material normativo, pueden emitirse distintas decisiones, proporcionó la pauta para justificar la necesidad de una teoría de la argumentación jurídica que contribuyera a la racionalidad de la práctica jurídica. Bajo este panorama, el punto nodal del análisis es la concreta actividad decisoria de la práctica jurídica y los criterios que contribuyan a su objetividad o racionalidad a efecto de superar la tensión entre la decisión propiamente dicha y la motivación o justificación de la misma. Al centrarse el problema en la búsqueda de la racionalidad el punto de partida para su solución se sitúa en la argumentación, entendida como un proceso discursivo de intercambio de razones, cuyos protagonistas se muestran orientados hacia la consecución de una decisión más acorde con lo que en un determinado contexto pueda ser tenido como racional.

¹¹ Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, Fontamara, México, 2001, p. 52.

En ese sentido, se podría decir que a partir de la irrupción de las teorías de la argumentación jurídica, se explicita la idea de que quizá sean solamente los jueces los únicos operadores jurídicos que deben argumentar sus decisiones, puesto que, como lo afirma Milagros Otero, "el poder legislativo y el ejecutivo cifran su legitimidad únicamente en la justificación de origen, olvidándose de tener que justificar la racionalidad de sus decisiones".¹² Para Otero, los jueces lejos de representar la figura alabada y salomónicamente equilibrada, tienen ahora la permanente necesidad de razonar, argumentar e incluso convencer de la idoneidad de sus sentencias de forma que el interés por la argumentación judicial crece al mismo tiempo que disminuye la confianza en el principio de legalidad.¹³

En esa vertiente, uno de los medios de legitimación de los jueces es el cumplimiento de la exigencia de motivación de sus fallos. Si bien al vocablo se le suele asignar más de un sentido, se puede afirmar que motivar es explicitar todas y cada una de las circunstancias que mueven al juez a actuar de una manera determinada. Motivar la sentencia es suministrar las causas que han propiciado el desarrollo del razonamiento del juez que analiza los supuestos de hecho admitidos y, en su caso, las pruebas que lo sustentan.

El sentido de la motivación es evitar el ejercicio arbitrario de un poder que se reconoce más o menos discrecional.

Chaim Perelman, refiriéndose a la importancia de la motivación expresa:

Motivar una decisión es expresar sus razones y por eso es obligar al que la toma, a tenerlas. Es alejar todo arbitrio. Únicamente en virtud de los motivos el que ha perdido un pleito sabe cómo y por qué. Los motivos le invitan a comprender la sentencia y le piden que se abandone durante demasiado tiempo al amargo placer de "maldecir a los jueces". Los motivos le ayudan a decidir si debe o no apelar o, en su caso, ir a la casación. Igualmente le permitirán no colocarse de nuevo en una situación que haga nacer un segundo proceso. Y por encima de los litigantes, los motivos se dirigen a todos. Hacen comprender el sentido y los límites de las leyes nuevas y la manera de combinarlas con las antiguas. Dan a los comentaristas, especialmente a los comentaristas de sentencias, la posibilidad de compararlas entre sí, analizarlas, agruparlas, clasificarlas, sacar de ellas las oportunas lecciones y a menudo también preparar las soluciones del porvenir. Sin los motivos no podríamos tener las "notas de jurisprudencia"

¹² Otero Parga, Milagros, *Cuestiones de argumentación jurídica*, Porrúa, México, 2006, p. 152.

¹³ *Idem*.

y esta publicación no sería lo que es. La necesidad de los motivos entra tanto dentro de nuestras costumbres que con frecuencia traspasa los límites del campo jurisdiccional y se va imponiendo poco a poco en las decisiones administrativas cada vez más numerosas.¹⁴

En el caso de la jurisdicción constitucional, como hemos visto, su legitimidad no puede provenir del sufragio, como podría acontecer, en el caso de un órgano de representación, sino que una cuota de su legitimación se obtendría o no, dependiendo del correcto ejercicio de la función dentro de uno de los parámetros exigidos por las propias reglas del proceso contradictorio: el imperativo de la motivación de las resoluciones en materia de hechos y derecho.¹⁵

Por otra parte, debemos considerar que no solamente la motivación y justificación de las decisiones jurisdiccionales señalarían, en las sociedades democráticas contemporáneas, una de las vías para aproximar la labor de los jueces constitucionales a su legitimidad, sino que cada vez más prevalece la exigencia de una motivación pública de las sentencias.

El principio de publicidad, concebido en abstracto, permite a los ciudadanos someter las acciones relacionadas con el derecho de otros seres humanos al escrutinio de su propio entendimiento.¹⁶ La condición de la publicidad aparece en la filosofía de John Rawls como una restricción formal de su concepto de lo justo:

El objeto de la condición de publicidad es que las partes valoren las concepciones de la justicia como constituciones de la vida social públicamente reconocidas y totalmente efectivas. Esta condición de la publicidad está claramente implícita en la doctrina kantiana del imperativo categórico en la medida en que exige que actuemos conforme a principios que estaríamos dispuestos, en tanto que seres racionales, a promulgar como leyes de un reino de fines.¹⁷

La publicidad y, por ende, el conocimiento por parte de los ciudadanos de las razones que ha tomado en cuenta la jurisdicción constitucional para robustecer su fallo es un elemento nodal en la conformación de un sistema **garantista**.¹⁸ Una justicia constitucional anclada en el hermetismo del pro-

14 Perelman, Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 41 y ss.

15 Cfr. Ibáñez, Perfecto Andrés, "Democracia con jueces", en: Malem, Jorge, et al. (comps.), *La función judicial. Ética y democracia*, Gedisa, Barcelona, 2003, p. 252.

16 Cfr. Luban, David, "El principio de publicidad", en: Goodin, Robert E., (comp.), *Teoría del diseño institucional*, Gedisa, Barcelona, 2003.

17 Rawls, John, *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 132.

18 Como una muestra del interés que han mostrado los más altos tribunales de Iberoamérica en torno a la difusión de sus resoluciones podemos citar las de-

ceso y resultado de la deliberación sería totalmente antitética a las actuales exigencias democráticas de transparencia y publicidad.¹⁹ El conocimiento

.....
claraciones y las acciones que se estipularon en la VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales de Justicia:

"CULTURA JURÍDICA JUDICIAL, DIFUSIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN:

...DECLARACIONES:

Primera.- El acceso a la justicia está limitado por el escaso conocimiento que los justiciables poseen sobre sus derechos, la posibilidad procesal de hacerlos valer, las instituciones y entidades a las que pueden acudir en demanda de los mismos y la indiferencia estatal en difundir conocimientos mínimos en forma sistemática, ordenada y masiva, entre la población.

Segunda.- El moderno Estado de derecho se caracteriza por la seguridad jurídica, certeza, confianza y posibilidad real de que se otorgue a toda persona lo que en derecho corresponde.

Tercera.- Los niveles de credibilidad y confianza en la justicia están relacionados en gran medida con las políticas de educación judicial, la difusión de las resoluciones judiciales, las relaciones con los medios de comunicación y el acceso a la información pública.

Para lograr el cumplimiento de las anteriores declaraciones, manifestamos nuestra voluntad de llevar a cabo las siguientes:

ACCIONES:

- 1.- Propiciar el diseño y desarrollo de programas de culturización jurídica encaminados a difundir entre la población, el conocimiento de la organización y del funcionamiento de la administración de justicia.
- 2.- Recomendar a las autoridades educativas de los diversos países, incluir en los programas de estudios materias sobre los derechos y obligaciones de las personas y sobre la organización judicial, en todos los niveles del sistema educacional.
- 3.- Promover programas de capacitación para jueces y magistrados, quienes utilizarán en sus resoluciones lenguaje accesible, sin perjuicio del rigor científico jurídico de las decisiones judiciales.
- 4.- Establecer una política de comunicaciones de los poderes judiciales, conforme a las leyes y de acuerdo con los siguientes parámetros:
 - 4.1. Mayor apertura a la información relativa a la administración de justicia y manejo de recursos, con transparencia y facilidad de acceso.
 - 4.2. Mejorar las relaciones con los medios de comunicación ofreciendo capacitación a los periodistas sobre la administración de justicia, dando información oportuna y veraz sobre los procesos y resoluciones.
 - 4.3. Contar con unidades de apoyo o soporte para la estrategia comunicacional del Poder Judicial, que mantengan una relación permanente e institucional con los referidos medios.
5. Potenciar el derecho a la información en el marco del derecho vigente en cada país". (Visible en: http://www.poderjudicial.cl/PDF/Home/Destacados/cumbre/cumbre_7.pdf?opc_menu=&opc_item=).

¹⁹ El profesor mexicano Ernesto Villanueva ha puesto énfasis en que pese a que el derecho de acceso a la información se ha convertido en parte de la agenda de la reforma de Estado en América Latina y particularmente en México, no existe,

Para Aulis Aarnio para efectos de la certeza jurídica, a la que este autor define como una exigencia que tiende a evitar la arbitrariedad, sólo son importantes las razones jurídicamente aceptables y públicas porque sólo ellas hacen posible que se pueda percibir la relevancia de la decisión.

de las motivaciones de las resoluciones judiciales trascendentes posibilita el control ciudadano al potenciar las posibilidades de crítica de las mismas en el ámbito de la opinión pública, no obstante que esa crítica y ese análisis se lleven a cabo de manera posterior, ello contribuye a la evolución progresiva de su calidad deliberativa y a su contrastación.

Para Aulis Aarnio para efectos de la certeza jurídica, a la que este autor define como una exigencia que tiende a evitar la arbitrariedad, sólo son importantes las razones jurídicamente aceptables y públicas porque sólo ellas hacen posible que se pueda percibir la relevancia de la decisión. Si las razones son secretas o inaceptables, son inútiles para el control público.²⁰

Y si bien es cierto que la publicidad es importante en cualquier ejercicio de interpretación, argumentación y aplicación del derecho, en sede o materia constitucional adquiere rasgos de mayor relieve. Ante la jurisdicción de la constitucionalidad sería difícil señalar que los efectos de ésta impactan solamente a las partes envueltas en la disputa, puesto que regularmente es indeterminado el número de sujetos vinculados por una decisión que puede influir en la estructura orgánica fundamental del sistema o en la esfera fundamental de los derechos.

Asimismo, dada la trascendencia de la argumentación del intérprete constitucional es posible aseverar que su divulgación adecuada es importante, no solamente por las razones antes aducidas, sino además porque dada la función de intérprete supremo de la carta fundamental, su labor argumentativa desempeña también una "función didáctica" dado que en la percepción de los ciudadanos el contenido de la Constitución suele ser asimilado al contenido de la motivación construida por el intérprete supremo.²¹



sin embargo, todavía en ciertos ámbitos una garantía jurídica de un acceso ciudadano a la información similar a la prevista en relación con la administración pública federal, por lo que se genera un ámbito importante de libertad y discrecionalidad a los órganos constitucionales autónomos y a los poderes legislativo y judicial puesto que aun cuando el artículo 61 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental dispone que en estos casos se deben observar principios comunes de apertura informativa se deja el cómo en manos de las propias instituciones que deben informar en la medida en que se les otorga atribuciones para crear su órgano administrativo y el diseño institucional para cumplir con el espíritu de la ley en materia de acceso a la información. Esta circunstancia, añade Villanueva, hace que el derecho de acceso a la información pública pueda tener un desarrollo desigual según las propias consideraciones personales y motivacionales de cada uno de los sujetos distintos a la administración pública federal. Villanueva, Ernesto, "Derecho de acceso a la información en el Poder Judicial. Una aproximación al caso mexicano desde la perspectiva comparada, en Revista Judicial", *Revista Mexicana de Justicia*, UNAM, México, núm. 2, 2003. p. 207.

²⁰ Aarnio, Aulis, *Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre filosofía del derecho*, Fontamara, México, 2000, p. 54.

²¹ Cfr. Alonso García, Enrique, "La jurisprudencia constitucional", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 1, p. 182.

La enseñanza del derecho

Lorenzo Rafael Cervantes García*

*El derecho sólo puede rejuvenecer
en tanto que rompe con su propio pasado.*

Rudolph Von Ihering

INTRODUCCIÓN

El desarrollo de este trabajo va enfocado a realizar algunos puntos de reflexión, que desde luego no pretendo se tomen como verdades absolutas en la enseñanza del derecho, sino como interrogantes que puedan compartirse o no, pero que bien pueden colaborar en realizar algunos cambios o la posibilidad de mejorar la docencia universitaria; esto es, porque hasta hace algunos años, se comenzó a pedir a los docentes de la carrera de derecho que tuvieran, aparte de la licenciatura, un posgrado en disciplinas afines a la abogacía; esto, sin embargo, no exige la formación especializada en técnicas pedagógicas, de ahí que nazca en el docente la inquietud por contar con herramientas metodológicas adecuadas al proceso enseñanza-aprendizaje; es por ello que ofreceré algunas ideas sobre el tema, sin abordarlo en su totalidad, por lo que a continuación iniciaré por hacer las siguientes estimaciones:

* Profesor de tiempo completo adscrito al Departamento de Ciencias Jurídicas, UACJ y asesor jurídico en el Bufete Jurídico Universitario.

1. LA CLASE QUE SE IMPARTIRÁ

Desde el currículo de la carrera se dispone que cada asignatura se hilvane con otra en un orden predispuesto correlativamente, las que se

van planeando en orden haciendo series entre una y otra, así tenemos Derecho Civil I, Derecho Civil II, Derecho Civil III y Derecho Civil IV, o bien se trata de otras asignaturas que en verdad o en apariencia son ámbitos del saber disociados o especializados, sin articulación entre sí. Es en este momento en que el docente requiere conocer el lugar que ocupa su cátedra en el plan general de estudios con el objeto de saber *de dónde o cómo vienen los alumnos* y una vez concluido el curso, *hacia dónde los va a mandar*.

Se debe tomar en consideración la clase que se va a impartir, para luego pensar en el principio que asegura la libertad de cátedra, lo que significa que el profesor decide con total autonomía, los contenidos que dará a su asignatura aunque de antemano ya cuenta con el Contenido Programático o Carta Descriptiva que en su oportunidad ya fue consensuado y aprobado por la Academia respectiva; así, el profesor tendrá en su mente modelos jurídicos que se manifestarán en la enseñanza.

Conocida la clase que se va a impartir y el lugar que ocupa dentro del plan de estudios, existen otros elementos que se deben estimar tales como la infraestructura, el tipo de alumnos a los que dará la clase y los recursos propios para exponer.

2. INFRAESTRUCTURA

En relación con la infraestructura, la ubicación de las instalaciones, las vías de acceso, la intensidad del tráfico a la hora de entrada, este último elemento que no forma parte de la infraestructura física, pero que es esencial para prevenir el desgaste emocional del profesor; luego entonces, las instalaciones en general deben ser funcionales, espaciosas, con estándares de seguridad acordes a nuestra realidad social; las medidas de salón tienen que ser afines con la cantidad de alumnos y la clase que se imparte, se debe contar con pupitres bien contruidos, cómodos, tener un pizarrón de buenas dimensiones, instrumentos para la exposición de acetatos o cañón para la proyección de powerPoint; la infraestructura entonces, es importante para que tanto alumnos como docentes cuenten con una planta física que les permita el estímulo visual y auditivo que desde luego influyan en el proceso enseñanza-aprendizaje. En tal sentido, edificaciones, áreas verdes y administrativas, cafetería, accesos para minusválidos, estacionamientos, salas de juntas o de usos múltiples, etcétera, deben proporcionar bienestar y comodidad a la comunidad universitaria, coligadas a la excelencia docente y a la sustentabilidad.

3. ¿A QUIÉN SE IMPARTIRÁ EL CURSO?

Pregunta cuya respuesta depende muchas veces de la percepción del docente, del desarrollo de su sensibilidad cuando se encuentra a grupos

de alumnos disímiles o cuando siendo el grupo afin, encuentra algún alumno de distinta edad al estándar, o que tiene una marcada tendencia religiosa, es minusválido, se encuentra embarazada, es un personaje público. Estas cuestiones deben saberse manejar con el objeto de no causar un estado de animadversión en el alumno o en el grupo, que demerite la calidad de la enseñanza.

Los alumnos con discapacidad al igual que los de edad avanzada, tienen algunas veces la creencia de que su capacidad intelectual es insuficiente; de ahí que sea importante tomarlos en consideración, mostrarles cómo visualizar sus propias destrezas, su desempeño; sin embargo, es muy importante tener precauciones en este aspecto, porque entonces, estos alumnos saben bien de lo que son capaces; es posible crearles un estado emocional de abatimiento por algún comentario o adjetivo dicho fuera de lugar.

Tratar a estos alumnos en igualdad de circunstancias que a los otros es impertinente, pero si en el plano de la enseñanza se ponen en el mismo nivel, es ubicarlos en su verdadera dimensión y realidad, la realidad en donde ellos saben qué tan capaces son. Ahora bien, dado que algunos alumnos con características especiales tienden a aislarse, hay que crear en ellos un sentimiento de pertenencia; es decir hacerles ver que pertenecen al grupo, que se pueden asimilar aun cuando no tengan la misma religión, extranjerismo, edad, discapacidad o se trate de jóvenes embarazadas.

4. LA EDUCACIÓN IMPLÍCITA

Al alumno se le prepara en el aula para su vida pública, en ese sentido se debe tomar en consideración lo que no se aprende en el seno familiar, cuando hablamos de que el maestro encuentra grupos disímiles en su aula, es porque dentro de sus familias existen diversos usos, costumbres o credos; para que entonces exista homogeneidad en el trato social que tendrá como profesionista; hablaríamos de la otra educación, de la educación implícita que el profesor dejará en sus alumnos, su actuación, sus hábitos, su actitud, lo que clase tras clase transmite en silencio, como la puntualidad, su presentación personal, su forma de hablar, su actitud, etcétera, tal enseñanza es tan importante que Jean-Pierre Pourtois señala: "las experiencias vividas diariamente dejan trazos indelebles que, al cabo del tiempo, forjan la identidad de la persona".

No está por demás señalar que con el trascurso del tiempo, el alumno(a) comprenderá la importancia de la puntualidad sobre todo cuando se trate de asistir a audiencias; usará trajes de tal o cual corte o color que le den formalidad y presencia en un Tribunal; actitudes, formas de hablar, de tratar a las personas, son aquellas que aprendió el alumno por experiencia, por la cotidianeidad del contacto con sus maestros de los que va tomando el ejemplo a seguir para su vida profesional; en ese sentido, la educación implícita, según Armando Rodrí-

Jean-Pierre

Pourtois señala: "las

experiencias vividas

diariamente dejan

trazos indelebles que,

al cabo del tiempo,

forjan la identidad de

la persona".

la legislación en México cada vez es más abundante, compleja e impalpable, estando en esta posición, no se puede apelar a la buena memoria del alumno sino que es indispensable un nuevo modelo educativo que pondere el criterio para la búsqueda, interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

guez y Rosaura González: "son unidades de información aprendidas implícitamente por asociación, a partir de experiencias en el seno de grupos sociales".¹

5. MÉTODOS DE APRENDIZAJE

La enseñanza en las aulas del Instituto de Ciencias Sociales y Administración, específicamente de la carrera de Derecho, ha sido el lugar en el que, el docente es el único y el que exclusivamente domina los contenidos programáticos y en donde, en algunos casos, pone más en juego la memoria del alumno que el razonamiento y la reflexión jurídica, a este tipo de educación se le conoce como tradicional y es en el que el expositor imparte el curso auxiliado por el "libro de texto" que no es compartido por ningún otro autor, en tal circunstancia se puede hablar de que los contenidos se refieren a una *verdad absoluta* y que el profesor no es más que el intérprete del autor, en este método intervienen en la clase el docente como sujeto activo, los alumnos como sujetos pasivos y el material de la asignatura.

Sin embargo, este paradigma se ha venido diluyendo en virtud de que muchas teorías jurídicas han perdido su valor, mientras otras tienen la aspiración de llegar a ocupar un lugar importante dentro de los marcos jurídicos; asimismo cabe comentar que la enseñanza teórica, si bien es cierto que es valiosa en sí misma, también lo es que está cargada de enciclopedismo y de mucha información que en ocasiones cae en el campo de la erudición, que para los alumnos no se traduce en algo significativo. En ese mismo sentido, la legislación en México cada vez es más abundante, compleja e impalpable, estando en esta posición, no se puede apelar a la buena memoria del alumno sino que es indispensable un nuevo modelo educativo que pondere el criterio para la búsqueda, interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Para esta nueva comprensión del estudio, análisis y exploración jurídica, ya no es funcional en la enseñanza del derecho el sistema tradicional, o no al

1 Rodríguez Pérez, Armando y González Méndez, Rosaura, "Cinco hipótesis sobre las teorías implícitas", *Revista de psicología general y aplicada: Revista de la Federación Española de Asociaciones de Psicología*, Madrid, 1995, p. 225.

menos para la mayoría de las materias que se imparten; es por lo que, aparte de las estimaciones ya mencionadas, se hacen las siguientes propuestas y observaciones:

- Que se cambie la enseñanza del derecho al tipo exponencial, método mediante el cual existe una relación directa con el expositor, en el que se intercalen tanto sujeto activo como pasivo, para el desarrollo de los temas. Aquí ya no es el texto único el que se toma para la exposición de la clase sino el de dos o más autores, con el fin de crear un criterio propio sobre algún tema.
- No se debe desterrar tampoco al sistema tradicional sino redimensionarlo, ya que existen profesores que tratan de suplir las deficiencias de este método mediante la implementación de técnicas o la utilización de recursos didácticos adecuados a los contenidos programáticos que son la labor del docente y no de los sujetos pasivos.
- Entre estas dos corrientes, el docente bien puede implementar un método híbrido, basado en empirismos que le han dado un mejor resultado en la enseñanza; no se trataría de explicar mecánicamente los contenidos para que el sujeto pasivo haga preguntas *para aclarar* o se dejen tareas *para afianzar*, ya que eso sería imponer como verdad absoluta el tema; ni tampoco se trata de exponer temas cuestionados como el aborto o la eutanasia y que en ese marco aparezcan las representaciones a favor o en contra que caldean el ambiente del aula y puedan alargar el tiempo que se tiene en detrimento de otros contenidos, sino de buscar el equilibrio entre el método tradicional y el exponencial.

6. COMENTARIO

Antes quiero manifestar que no todo se resuelve con técnicas "innovadoras" en la enseñanza, con las cuales y como por arte de magia se tenga al docente ideal, se deben tomar en cuenta muchos factores entre los que se encuentran un cierto grado de sensibilidad en el docente para con sus alumnos, su aptitud para el manejo de las nuevas tecnologías, los tiempos asignados, el análisis del contenido programático de la materia, el grado de madurez del alumnado. Por otro lado, es imperativo reconocer que a los alumnos escasamente se les estimula para que realicen cuadros de reflexión en torno a los problemas sociales que debido a la violencia y la impunidad el estado de derecho se degrada cada vez más, de tal manera que los marcos teóricos están más y más lejanos con nuestro entorno real; frente a esto, aún persiste la idea de que el pupilo debe memorizar los contenidos de cada semestre que a lo único que conduce es a una vigorosa separación entre lo que se trasmite y

la realidad; Como dijo Rudolph Von Ihering: "El derecho sólo puede rejuvenecer en tanto que rompe con su propio pasado."

Por lo anterior, me permito transcribir la letra del maestro Fix-Zamudio:

Debido a esta exageración tradicional de nuestros estudios jurídicos, abrumadoramente teóricos, se está abriendo paso entre los tratadistas latinoamericanos deseosos de superar el abuso de la *dogmática*, una inclinación por los llamados estudios *empíricos*, siguiendo el ejemplo de un sector de los juristas angloamericanos, especialmente estadounidenses, el que ha señalado la necesidad de reducir el predominio de los que se han calificado de manera peyorativa como bookteachers y superar la dicotomía, en ocasiones insalvable, entre los dos conceptos de law in books law in booksy law in action.²

7. CONSIDERACIONES Y PROPOSICIONES PERSONALES SOBRE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

- El docente deberá ser claro cuando exponga los temas, concretizar cómo se llevarán a cabo las exposiciones, poner cuidado con las reglas para que la argumentación de un debate no calde los ánimos.
- El docente hará una exposición general del tema o subtema de la que tratará la clase siguiente o las dos clases siguientes; por su parte los alumnos leerán, analizarán y prepararán un argumento, una interpretación o una descripción de los temas tratados. Una vez en el aula el docente facilita, guía y complementa el desahogo de las exposiciones.
- Generalmente los ordenamientos jurídicos tienen sentido pleno, sin embargo, suelen surgir temas controversiales, en este caso, el docente cuidará que los temas estén bien encauzados, que los alumnos agoten sus argumentos, en cuyo caso el docente deberá abstenerse de hacer juicios de valor.
- Plantear los problemas jurídicos en términos coloquiales, tal como una mujer plantearía a su abogado las causales de su divorcio o un trabajador diría cómo fue despedido de su empleo. Luego hacer el planteamiento en términos académicos y usar la terminología jurídica adecuada.
- Facilitar la transmisión de la información entre todos los alumnos.
- Plantear ángulos diversos para la solución de un problema jurídico.
- Tomar en cuenta el contenido programático en función de la asignatura y el grado de dificultad.

² <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2107/8.pdf>, p. 162.

- Utilizar la retroalimentación, esto se puede lograr mediante un procedimiento sencillo, se hace la exposición del tema, se pregunta a los alumnos que lo expliquen, por lo general, en el primer alumno habrá omisiones o inconsistencias, frases mal articuladas; el segundo alumno cubrirá las omisiones del primero; el tercer alumno será el mejor, lo expresará mejor, no cometerá omisiones e inclusive hará algún comentario propio. Cuando esto ocurre, el grupo está listo para el debate.
- Utilizar los reforzadores, es decir, palabras como muy bien; es acertado pero puede ser mejor; pregunta interesante; creo que tu pregunta no está bien planteada, tal vez lo que quieres decir es...; felicitar al grupo por tal o cual trabajo o al alumno en lo individual.
- El docente deberá ser honesto tanto con el grupo como con el alumno en lo individual.
- Se debe ser igualitario con los alumnos, tener favoritos sólo engendra resentimiento contra el docente o pugna entre alumnos.
- Culpar y sancionar a todos por el error de uno, sólo trae desmérito al docente.

Una observación empírica me lleva a observar los errores y limitaciones que se dan dentro de una parte de la docencia, los que a continuación menciono como los más notorios o frecuentes, los que desde luego no constituyen una generalidad:

- Responder al alumno con violencia, con burla, con indiferencia.
- Exponer al alumno al ridículo.
- Engañar al grupo o al alumno.
- Excesivo verbalismo.
- Pasividad de los alumnos.
- Falta de carácter en el docente o indiscutible principio de autoridad frente al grupo.
- Falta de conocimientos o recursos en el docente para impartir el curso.

Las limitaciones más frecuentes del docente puede ser la temporalidad, por un lado para implementar nuevos métodos de enseñanza y por el otro, por la extensión de los contenidos. Existen otras limitaciones como los accesos para discapacitados y docentes de edad avanzada, equipos en mal estado y falta de bibliografía.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y ELECTRÓNICAS

- Fix-Zamudio, Héctor, "Algunas reflexiones sobre la enseñanza del derecho en México y en Latinoamérica". *Anuario Jurídico VI*. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2107/8.pdf>.
- Hernández Martínez, Ma. del Pilar, *Didáctica Aplicada al Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, www.bibliojuridica.org/libros/5/2406/14.pdf.
- Ihering, Rudolf von, *Espíritu del derecho romano*, Ediciones Comares, Granada, 1998.
- Pourtois, Jean-Pierre (tr. Miguel Sautié López), *Educación implícita*, Madrid, Editorial Popular, México, 2006.
- Rodríguez Pérez, Armando y González Méndez, Rosaura, "Cinco hipótesis sobre las teorías implícitas", en *Revista de psicología general y aplicada*: Revista de la Federación Española de Asociaciones de Psicología, Madrid, 1995.
-



Reseña de la obra
Estudios sobre la interpretación jurídica,
escrita por el jurista italiano,
Riccardo Guastini

Carlos Gutiérrez Casas*

A MANERA DE INTRODUCCIÓN

En su obra titulada *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*,¹ el jurista italiano Riccardo Guastini, hace un estudio analítico acerca de la interpretación del lenguaje del derecho. En el primer capítulo trata los temas como el objeto, concepto y teorías de la interpretación, dejando claro cuál es el sentido de la interpretación jurídica; en el segundo capítulo, hace una explicación de distintas técnicas de interpretación, así como expone su punto de vista sobre cuáles técnicas son las más adecuadas para la interpretación del derecho; en el capítulo tercero, refiere a los problemas de la interpretación, básicamente ligados, por un lado, a la estructura del lenguaje y, por otro, a las lagunas y antinomias del ordenamiento jurídico; en el capítulo cuarto, el autor propone técnicas para prevenir y resolver los problemas de las antinomias y lagunas del sistema jurídico, punto muy importante, ya que otros autores que hacen análisis del lenguaje jurídico, al momento de analizar este tema, sólo proponen técnicas para resolver este problema, pero, no para prevenirlo; el capítulo cinco, hace un estudio extenso sobre la analogía, como técnica de integración del derecho y establece

* Profesor-investigador de la UACJ. Maestro en Derecho por la Unidad de Estudios de Posgrado, Facultad de Derecho de la UNAM.

¹ Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la Interpretación Jurídica* (trad. Marina Gascón y Miguel Carbonell), Editorial Porrúa, UNAM, México, 2000.

*En su obra titulada Estudios sobre la Interpretación Jurídica, el jurista italiano
Riccardo Guastini hace un estudio analítico acerca de la interpretación del
lenguaje del derecho.*

la diferencia entre la interpretación extensiva y la analogía; por último, en el capítulo sexto, trata un tema de suma importancia, en la teoría jurídica contemporánea y en la dogmática constitucional, sobre la interpretación constitucional.

A pesar de que cada uno de los capítulos, tratados en la obra de Guastini, son independientes, el autor los relaciona de tal manera, que lo tratado en los últimos capítulos se comprenderán mejor, si los temas de los primeros capítulos nos quedaron claros.

Por lo que se refiere al presente trabajo, consideramos que es importante que quede comprendido el primer capítulo. Sobre éste pondremos especial atención, dado que representa la piedra angular para poder entender todos los demás temas vistos por Riccardo Guastini en su obra y toda aquella problemática que presentan otros autores, en torno a la interpretación; es decir, desde nuestro punto de vista, el primer capítulo de la obra de Riccardo Guastini, representa un punto de partida, diría necesario, para la comprensión de los distintos problemas sobre la interpretación jurídica, incluso, la argumentación jurídica, planteados por los distintos juristas en la teoría jurídica contemporánea.

OBJETOS DE LA INTERPRETACIÓN

Para Riccardo Guastini, el vocablo "interpretación" denota bien, una actividad o bien el resultado de esa actividad. El verbo "interpretar" es comúnmente usado en las ciencias sociales, acompañados de los más variados complementos-objetos, en sus diversos contextos y con distintos matices de significado.

Para Guastini, muchas cosas heterogéneas pueden ser objeto de interpretación y, regularmente los significados que un vocablo puede asumir dependen, principalmente, del tipo de objeto sobre el que la actividad interpretativa versa.

Se puede interpretar un acto o comportamiento humano; se puede interpretar un acontecimiento histórico, o bien, se puede interpretar un texto, atribuyéndole un sentido o significado a un determinado fragmento del lenguaje, es decir, podemos darle significado a un vocablo, a un enunciado o hasta un conjunto de enunciados, según nos da a entender el autor, con lo dicho anteriormente. La interpretación jurídica, adelantándonos, denota la actividad de averiguar o decidir

un texto jurídico —ley, reglamento, contrato, testamento, sentencia, acto administrativo...— o bien el resultado o producto de esa actividad: significado mismo.

CONCEPTOS DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA

La definición de “interpretación jurídica” no es usada en forma constante y unívoca por los juristas, por lo cual, Guastini, en la obra en cuestión, plantea los distintos usos que se le da a la interpretación jurídica:

- Concepto restringido de interpretación. En este sentido, la interpretación sólo se emplea para darle significado a un texto jurídico cuando se presentan dudas o controversias en torno a su campo de aplicación, es decir, sólo cuando el texto es oscuro en una situación dudosa. Ello me recuerda, en el campo práctico del derecho, cuando algunos abogados argumentan que determinadas normas no están sujetas a interpretación, porque no existe ninguna duda en su significado. Asimismo, me pregunto, quién determina cuándo existe una duda sobre el significado de un texto normativo: ello depende del acuerdo que exista entre los intérpretes del texto, sobre todo, si nos encontramos ante un litigio, pero, como el derecho es de carácter formal, quien determina válidamente si existe esa duda, es el juez, quien resuelve las controversias.
- Concepto amplio de interpretación. En este sentido, la interpretación se usa para darle significado a una formulación normativa, independientemente de dudas o controversias; en pocas palabras, cualquier texto, en cualquier situación, requiere interpretación. Con ello, digo que ya no importa si los intérpretes se ponen o no de acuerdo o si el juez determina o no si hay una situación dudosa, simplemente, cualquier texto está sujeto a interpretación.

Es importante señalar, de acuerdo con las dos definiciones anteriores, que existen dos posturas doctrinales bajo los dos conceptos de interpretación anteriores, dice el autor: quienes adoptan el primer concepto de interpretación asume fuentes claras (de significado pacífico) y fuentes oscuras (de significado dudoso); se sugiere, en este sentido que sólo la atribución de significado a una fuente oscura requiere valoraciones, elecciones y decisiones, en cambio, la atribución de significado a una fuente clara, la actividad sería cognoscitiva, para descubrir un significado preexistente en un cierto texto. Quienes adoptan el segundo concepto de interpretación, quieren poner

*La definición de
“interpretación
jurídica” no es usada
en forma constante
y unívoca por los
juristas, por lo cual,
Guastini, en la obra
en cuestión, plantea los
distintos usos que se le
da a la interpretación
jurídica:*

la interpretación y la aplicación se ejercitan sobre objetos distintos, la interpretación tiene como objeto textos jurídicos, no normas y la aplicación tiene como objeto normas, en sentido estricto.

en evidencia que atribuir un significado a un texto siempre requiere valoraciones, elecciones y decisiones.

- Existen otros conceptos de interpretación que según el autor son usados por diversos juristas: a) en un sentido muy amplio, la interpretación es a veces utilizada para referirse al conjunto de los trabajos de los juristas, además de las operaciones ya descritas anteriormente, la interpretación abarca identificar las fuentes del derecho válidas y la sistematización del derecho (integración del derecho, resolución de antinomias y la exposición sistemática de una disciplina jurídica); b) en otro contexto, la interpretación es usada para sugerir que un texto normativo no es entendido o aplicado según su significado "natural", sino que es alterado o falseado, para así evitarlo y evitar también sus consecuencias. Regularmente este significado está conectado al primer significado dado anteriormente; por último, ocasionalmente la interpretación es usada como sinónimo de aplicación.

Para Guastini, interpretar y aplicar son vocablos distintos: en primer lugar, la interpretación la puede realizar cualquier sujeto y, en cambio, la aplicación sólo corresponde a los órganos llamados de aplicación, como los jueces y funcionarios administrativos, los operadores jurídicos, diríamos hoy en día; en segundo lugar, la interpretación y la aplicación se ejercitan sobre objetos distintos, la interpretación tiene como objeto textos jurídicos, no normas y la aplicación tiene como objeto normas, en sentido estricto. La aplicación presupone a la interpretación y la incluye como una parte constitutiva; en tercer lugar, la aplicación, si se refiere a órganos jurisdiccionales, designa un conjunto de operaciones, además de la interpretación, la calificación de un supuesto de hecho concreto (Carlos ha cometido tal delito) y la decisión de una específica controversia (Carlos debe ser sancionado con tal pena).

Si nosotros atendemos a todas estas definiciones, digo, estaremos frente a tres clases de juristas, tomando en cuenta los distintos usos que se le da a la interpretación: quien sólo interpreta en caso de dudas, además, asume una postura de que algunos textos, los más claros, tienen un significado natural y, regularmente, asume la postura que ante un texto claro, los jueces sólo aplican el derecho, no lo interpretan; por otro lado, encontramos a aquellos juristas quienes al momento de enfrentarse a cualesquier texto jurídico, lo interpretan, lo valoran, toman decisiones sobre éste y, una tercer clase de juristas, que no necesariamente son distintos a los segundos, quienes además de interpretar los textos jurídicos, sistematizan el ordenamiento jurídico.

LOS ENUNCIADOS INTERPRETATIVOS

En este apartado el autor analiza el lenguaje interpretativo y comienza afirmando que la interpretación constituye una actividad mental, no susceptible de análisis lógico, sino sometida a indagación lógica. Se aclara que si se quiere someter la interpretación a una indagación lógica, se concibe no como una actividad mental, sino como una actividad discursiva; pero, si se quiere examinar no la actividad interpretativa, sino su producto literario, la interpretación es el discurso del intérprete.

El discurso del intérprete se concibe, por un lado, por enunciados que adscriben significado al discurso de las fuentes y, por otro lado, por enunciados que constituyen argumentos para justificar la interpretación preescogida.

En cuanto a los enunciados que adscriben significado al discurso de las fuentes se llamarían "enunciados interpretativos", representados de la siguiente manera: "T" significa S. "T" representaría una cita textual del discurso de las fuentes o, si se quiere mejor, una disposición, y S representaría el significado adscrito a ese texto o, si se prefiere, representaría la norma. Es decir, podríamos representarlo de la manera siguiente, sintetizando lo afirmado por Guastini: "D" (disposición) significa N (norma). En este sentido, la disposición constituye el objeto de la actividad interpretativa, la norma, su resultado.

A diferencia de muchos abogados y juristas, Guastini es severo en afirmar que la disposición es un enunciado del lenguaje de las fuentes sujeto a interpretar y todavía por interpretar, en tanto, la norma sería el enunciado de una disposición interpretada, en otras palabras, la norma sería una disposición reformulada por el intérprete.

Más adelante, Guastini refiere que los enunciados interpretativos pueden usarse de dos modos: el primero, para interpretar en sentido estricto; el segundo, para referirse a una interpretación, es decir, para transmitir una información en torno al significado, dado por otro, adscrito al texto en cuestión. En el primer caso, tenemos que ver con un discurso interpretativo y, en el segundo caso, tenemos que ver con un discurso descriptivo de interpretaciones.

TEORÍAS DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Riccardo Guastini clasifica los discursos en torno a lo que la interpretación es, en tres familias de teorías: una teoría "cognitiva" o formalística, una teoría "escéptica" y una teoría intermedia.

La teoría cognitiva de la interpretación sostiene que la interpretación es una actividad de tipo cognoscitivo: interpretar es verificar el significado objetivo de los textos normativos o la intención subjetiva de sus autores (autoridad legislativa). Esto equivale a decir que los

*...los jueces no ejercen
discrecionalidad
alguna cuando aplican
una norma a los casos
claros, sólo ejercen
discrecionalidad
cuando aplican una
norma a los casos
de "penumbra".*

enunciados de los intérpretes son enunciados del discurso descriptivo, en otras palabras, enunciados de los cuales puede comprobarse la veracidad o falsedad.

Ese modo de ver a la interpretación jurídica se basa en la creencia de que las palabras, enunciados lingüísticos, agregamos, incorporan un significado propio, intrínseco, dependiente no del uso variable de las palabras o enunciados, sino de la relación "natural entre la palabra y realidad. Más allá, se basa en la creencia de que las autoridades normativas tienen una voluntad unívoca y reconocible, como los individuos. Por tanto, el objetivo de la interpretación es simplemente "descubrir" este significado objetivo o esta voluntad subjetiva, preexistente.

Desgraciadamente, desde la enseñanza del derecho, nos limitamos a reproducir este tipo de creencias, y, como consecuencia de ello, en la práctica jurídica se repiten, entre abogados, operadores jurídicos e intérpretes en general, la idea de que existen enunciados lingüísticos en los que sólo es necesario descubrir su significado intrínseco o, en el mejor de los casos, el espíritu del autor de dichos enunciados.

A diferencia de la teoría cognitiva, la teoría escéptica de la interpretación sostiene que ésta es una actividad no de conocimiento, sino de valoración y de decisión. Desmiente la idea de que en las palabras o en los enunciados lingüísticos exista un significado propio, ya que éstos pueden tener un significado que le ha incorporado el emisor, o el que le incorpora el que la usa, y la coincidencia entre uno y otro significado no está garantizada.

Todo texto, afirma Guastini, puede ser entendido de modos diversos, y las diversas interpretaciones dependen de las distintas posturas valorativas de los intérpretes. Además, en los sistemas jurídicos actuales no existen legisladores individuales cuya voluntad pueda averiguarse con métodos empíricos y, por otro lado, no existe algo así como una voluntad colectiva de los órganos colegiados. Se concluye, desde ese punto de vista, que las normas jurídicas no preexisten a la interpretación, sino son su resultado.

La tercera teoría de la interpretación, intermedia, sostiene que la interpretación es a veces una actividad de conocimiento y, a veces, una actividad de decisión discrecional. Para toda norma existen casos fáciles que recaen en su campo de aplicación, como también casos marginales, difíciles, respecto a los cuales la aplicabilidad de la norma es controvertida, ya que esos casos se sitúan en la zona de penumbra.

De ello, se desprende que los jueces no ejercen discrecionalidad alguna cuando aplican una norma a los casos claros, sólo ejercen discrecionalidad cuando aplican una norma a los casos de "penumbra". Es falso, afirma esta teoría intermedia, que las decisiones de los jueces sean siempre controladas por normas reconstituidas, sin márgenes de discrecionalidad; pero, es igualmente falso que los jueces decidan discrecionalmente siempre y de cualquier modo.

VARIEDAD DE INTÉRPRETES

En los sistemas jurídicos vigentes, la actividad interpretativa es ejercida, prevalentemente, no de manera exclusiva, por algunos operadores típicos. En relación con las diversas figuras de los intérpretes, suele distinguirse entre interpretación auténtica, oficial, judicial y doctrinal.

- Interpretación auténtica se entiende, en un sentido amplio, la realizada por el autor mismo del documento interpretado; en sentido estricto, es la interpretación de la ley realizada por el mismo legislador mediante otra ley sucesiva.
- La interpretación oficial se entiende aquella realizada por un órgano del Estado en ejercicio de sus funciones.
- La interpretación judicial es la realizada por órganos jurisdiccionales.
- La interpretación doctrinal se entiende la que llevan a cabo los juristas, sobre todo, los profesores de derecho en obras académicas.

Por otro lado, entre la interpretación doctrinal y judicial existen dos distinciones fundamentales: la primera, se deriva de su "fuerza obligatoria", mientras la interpretación doctrinal de una disposición puede ser entendida como una "recomendación", en cambio, la interpretación judicial de una determinada disposición puede ser entendida como una decisión en torno a esa "disposición". En segundo lugar, la interpretación doctrinal está orientada a los textos, es decir, los juristas se preguntan sobre el significado de los textos normativos, sin preocuparse de la solución de una específica controversia, contrariamente, la interpretación judicial está orientada a los hechos, en el sentido de que el punto de partida de la interpretación no es tanto el texto normativo, sino un particular supuesto de hecho o controversia, del que se busca solución.



Cuestiones de interpretación y argumentación jurídica

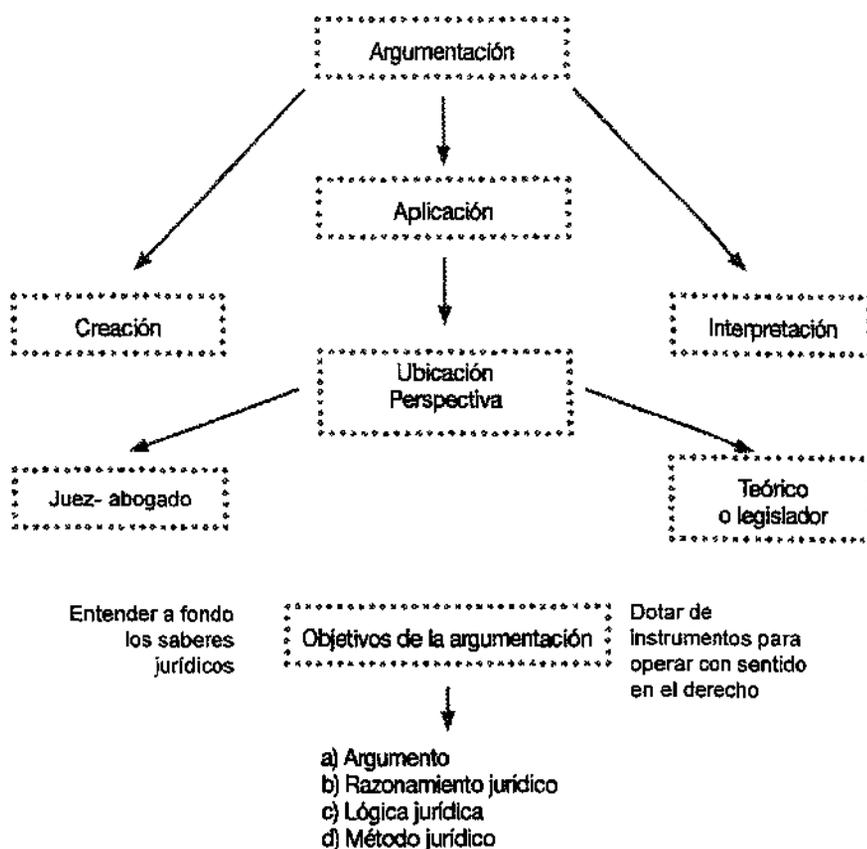
Rodolfo Gutiérrez Sánchez*

1. EL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN

La mayoría de los juristas coinciden en considerar la "argumentación" como un elemento sumamente importante de la experiencia jurídica. La argumentación se encuentra en todos los ámbitos del quehacer jurídico. La encontramos prácticamente tanto en la creación, producción del derecho, en la aplicación como en la interpretación del derecho, no importando, más bien a pesar de ello, cuando se hace desde la perspectiva del juez o el abogado, del teórico o del legislador; en todos los actos que se realizan en el campo de la experiencia jurídica, encontramos los diversos, regulares, simples o complejos perfiles en que la argumentación se expresa. Para una mayor clarificación, he de traer como testigo a Manuel Atienza en su ensayo *El derecho como argumentación* (2004), y para dar mayor claridad a lo expresado he formulado el siguiente cuadro:

* Profesor-investigador de tiempo completo adscrito al Departamento de Ciencias Jurídicas del Instituto de Ciencias Sociales y Administración de la UACJ.

Ante una concepción amplia de la Teoría de la argumentación jurídica, que tiende a conectar la actividad argumentativa con los procesos de toma de decisiones, de resolución de problemas jurídicos, y con la aplicación y creación o producción del derecho.



Fuente: Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, México, Ediciones Fontamara, 2004, p. 67.

Manuel Atienza considera de manera importante darle un sentido o sentidos a la argumentación.

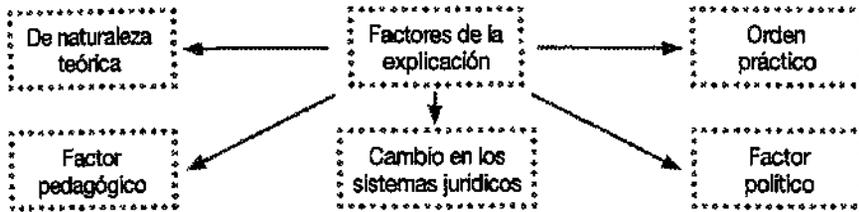
1. Ante una concepción amplia de la Teoría de la argumentación jurídica, que tiende a conectar la actividad argumentativa con los procesos de toma de decisiones, de resolución de problemas jurídicos, y con la aplicación y creación o producción del derecho.

En Atienza se observa una constante y perseverante actitud por aclarar en qué consiste la importancia de la argumentación y el gran interés que ha logrado despertar en los juristas contemporáneos, que se expresa mediante las obras de teoría jurídica contemporánea, de ciencia del derecho y de filosofía del derecho; en libros, revistas que promueven muy extensamente los trabajos de infinidad de juristas, tales como el mismo

Acienza (1991), Wróblewski, Alexi, Mac Cormick, Peezenik, Aarnio, considerados como la "teoría estándar de la argumentación jurídica" (p. 72). Por otra parte, encontramos a H. L. Hart, Kelsen, Dworkin, Summers, Raz, cuyas obras han influenciado de manera muy importante la forma de entender el discurso jurídico del derecho.

¿A qué se debe la importancia que la argumentación ha pasado a tener en el ámbito de la cultura jurídica? Para contestar esta pregunta, trataré de resumir algunos factores que ofrecen una explicación, que en su conjunto nos ayudarán a una mayor comprensión y entendimiento de la pretensión de los juristas de conocer la importancia de la argumentación. Para ello, he elaborado el cuadro 2.

Cuadro 2.



Fuente: Acienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, México, Ediciones Fontamara, 2004, pp. 75-78.

- 1) De naturaleza teórica: las concepciones del derecho más características del siglo XX, han tendido a descuidar la dimensión argumentativa del derecho.
- 2) De orden práctico: la práctica del derecho (especialmente en los derechos del Estado constitucional) parece consentir en argumentarlo; se hace notar la práctica ante los tribunales, sobre todo en la iniciación del litigio (juicio), en el desarrollo del proceso, en cada etapa del mismo, hasta la resolución definitiva que ponga fin al proceso. En todas y cada una de las etapas, se argumentan, es decir, se encuentran las razones, las buenas razones, sobre todo en la más importante de ellas: la decisión jurídica. Es decir, las resoluciones que el juez emite en un sentido o en otro, fundamentando, motivando, justificando su resolución. La práctica, el orden práctico conectado con el orden teórico es un factor muy importante de la argumentación.
- 3) Es un factor que se vincula con un cambio general en los sistemas jurídicos, producido con el paso del "Estado legislativo" al "Estado constitucional". Entendiendo por Estado constitucional

¿A qué se debe la importancia que la argumentación ha pasado a tener en el ámbito de la cultura jurídica? Para contestar esta pregunta, trataré de resumir algunos factores que ofrecen una explicación, que en su conjunto nos ayudarán a una mayor comprensión y entendimiento de la pretensión de los juristas de conocer la importancia de la argumentación.

El derecho como argumentación trata de conectar lo que es el derecho, el conflicto y la argumentación, a partir de una concepción dinámica, instrumental y comprometida.

no simplemente al Estado en que una Constitución está vigente, sino al Estado en el que la Constitución:

- a) Contiene un principio dinámico del sistema jurídico político, es decir, una división de poderes y, por ende, una distribución formal del poder.
- b) Establezca los derechos fundamentales que limiten o condicionen la producción, la interpretación y la aplicación del derecho.
- c) Contenga mecanismos eficientes del control de la constitucionalidad.
- d) A los anteriores contenidos agregaría que todo Estado constitucional actualmente requiere la afirmación y consolidación del estado de derecho e, indudablemente, como un factor de suma importancia, el irrestricto respeto a los derechos humanos.

En este ensayo, Atienza nos ofrece un panorama crítico de las diversas líneas de construcción del pensamiento jurídico, llegando a concluir que se requiere profundizar en cada una de ellas para poder construir una sólida Teoría de la argumentación jurídica, que cumpla las funciones teóricas, prácticas y pedagógicas, porque, sigue afirmando, al dejar de lado un adecuado análisis estructural del derecho, no se lograrían consolidar las razones y la fuerza argumentativa de todo el razonamiento jurídico.

El derecho como argumentación trata de conectar lo que es el derecho, el conflicto y la argumentación, a partir de una concepción dinámica, instrumental y comprometida. Para nadie es desconocido que el conflicto es, en efecto, el origen del derecho y, por ello, al derecho desde esta perspectiva del conflicto hemos de verlo como un instrumento, una técnica de tratamiento en la toma de decisiones en razón con los conflictos, y en ese sentido, la decisión tiene que estar sustentada en razones, en buenas razones, es decir, en buenos argumentos.

Por último, dice Atienza: "en realidad, no hay práctica jurídica que no consista, de manera muy relevante, en argumentar, incluidas las prácticas teóricas."¹

2. INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Nuestra formación proviene de la enseñanza del derecho en las escuelas y facultades, fundamentalmente en los enfoques de la concepción formalista y normativista del derecho, por lo que no se trata en este caso de minimizar o de evaluar la parte formal y normativa de cómo nos fueron transmitidos los saberes jurídicos, sobre todo porque dicho enfoque definía al derecho en función de ser un producto del legislador,

¹ Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*. Ediciones Fontamara, México, 2004, p. 129.

sin tomar en cuenta la parte dinámica que hoy en día es manifestación de la cultura jurídica de una sociedad políticamente organizada.

Por otro lado, es indispensable hoy que si bien es cierto que el legislador produce el derecho formalmente, también lo es que para que el derecho formado o construido cobre vigencia, validez y eficacia, debemos considerar que al entrar en contacto con las circunstancias, casos concretos, adquiere significados y éstos son el resultado de la labor argumentativa de las autoridades, de los operadores jurídicos y de los ciudadanos.

En la formación que recibimos con una fuerte influencia del positivismo tradicional (formalista y normativista), veíamos al derecho desde la óptica del legislador, pero ahora lo vemos principalmente desde la visión del juez y eso implica un cambio muy importante en la cultura jurídica. Aunque en el caso de México todavía observamos serios atrasos en la comprensión de los nuevos tiempos, que implican cambios importantes en la concepción jurídica actual, y no se trata de considerar que ambas visiones sean excluyentes; por el contrario, se alimentan recíprocamente, conviven mutuamente y aunque se encuentran en permanente tensión, ambas son necesarias y, por lo mismo, incluyentes.

Me permito transcribir algunas ideas al respecto del jurista Jaime Cárdenas Gracia,² quien llama a la participación en la discusión jurídica pensando el derecho como argumentación y da algunas razones para ello:

- Primera razón: porque siempre ha ocurrido así.
- Segunda razón: porque cada vez más los aplicadores del derecho adquieren una preponderancia mayor en cuanto a su independencia respecto al Poder Ejecutivo.
- Tercera razón: porque el derecho legislado ha sido históricamente incapaz de afrontar los múltiples problemas que la sociedad plantea.
- Cuarta razón: sobre los casos y las normas.
- Quinta razón: porque los llamados casos difíciles no pueden resolverse mediante el silogismo y la subsunción.
- Sexta razón: porque el derecho es una manifestación cultural en donde las personas interactuamos con razones.
- Séptima razón: porque las mismas reglas legislativas son razones para la acción.
- Octava razón: porque en condiciones democráticas, participativas y deliberativas, la solución de los casos de relevancia no es sólo cuestión de un argumento de autoridad.
- Novena razón: porque el derecho es una realidad viva que adquiere sentidos con la interpretación.

En la formación que recibimos con una fuerte influencia del positivismo tradicional (formalista y normativista), veíamos al derecho desde la óptica del legislador, pero ahora lo vemos principalmente desde la visión del juez y eso implica un cambio muy importante en la cultura jurídica.

² Cárdenas Gracia, Jaime. *Introducción al estudio del derecho*. NOSTRA Ediciones/UNAM, México, 2009, p. 280.

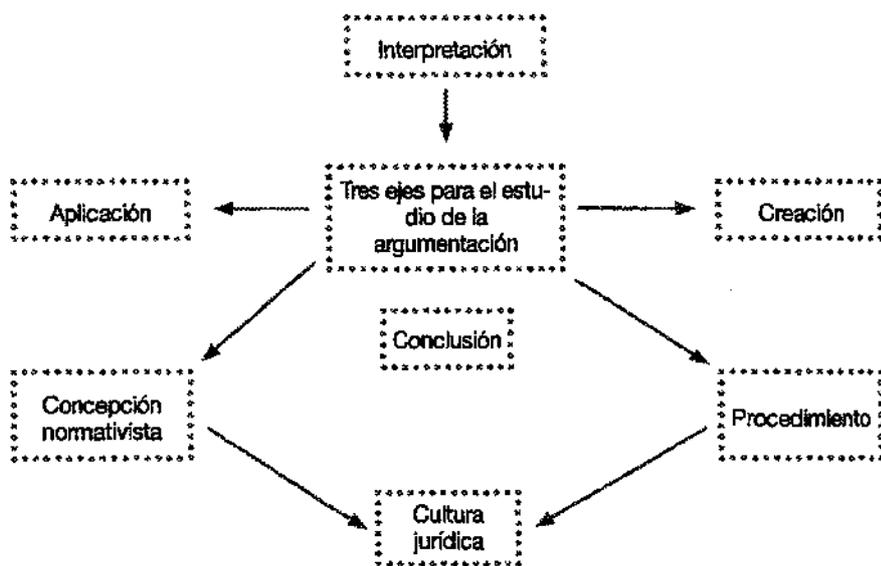
Concepto de hermenéutica: es la tradición filosófica que se ocupa de la naturaleza del entendimiento y de la interpretación del comportamiento humano y de las tradiciones sociales.

- Décima razón: porque las posibles soluciones a los casos son diversas, no existe una, y la autoridad está obligada jurídica y democráticamente a justificar su opción.

El maestro Cárdenas Gracia aborda la argumentación sobre la base de tres ejes: interpretación, aplicación y argumentación, considerando que dichos conceptos no son equivalentes, por lo que desarrolla su pensar de cada uno de ellos de manera clara y concisa para el estudio de los mismos (los cuales señalaré para mayor claridad en el cuadro 3) sin embargo, es precisa previamente a la concesión que tenemos de cada uno de los términos:

- Concepto de hermenéutica: es la tradición filosófica que se ocupa de la naturaleza del entendimiento y de la interpretación del comportamiento humano y de las tradiciones sociales. Nuevo diccionario de filosofía, 2001.
- Concepto de interpretación: es la comprensión de cualquier objeto en tanto fenómeno cultural (Wróblewski).
- La referencia a cualquier entidad susceptible de tener un sentido, o bien, tan sólo a objetos lingüísticos, a textos problemáticos, es en un principio, dudoso (Atienza, 2004).

Cuadro 3.



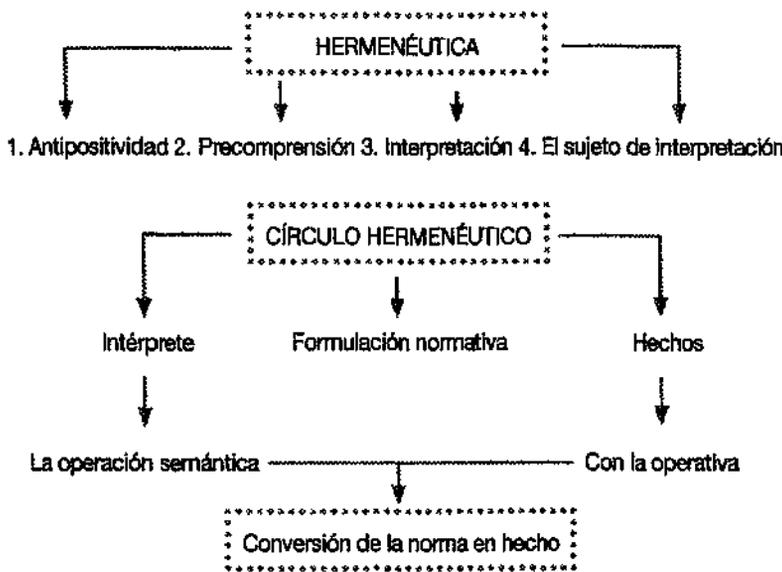
Fuente: Cárdenas Gracia, Jaime, *Introducción al estudio del derecho*, NOSTRA Ediciones/UNAM, México, 2009, p. 279.

3. HERMENÉUTICA E INTERPRETACIÓN

Hemos partido de concebir la interpretación del derecho como una cuestión sumamente importante como parte de la ciencia y filosofía jurídica. Esto nos conduce a tratar de resolver, mediante la argumentación y la interpretación, los problemas que nos plantea el debate entre ambos enfoques: hermenéutica e interpretación. ¿Cómo interpretar el derecho?, ¿qué métodos y técnicas interpretativas deben seguirse para encontrar las soluciones a los casos prácticos y justificar las decisiones de los jueces y las autoridades?, ¿es la interpretación que hacen los dogmáticos o científicos en derecho semejante a la de los prácticos?, además de otras interrogantes que harían una larga lista de asuntos para los que no hay de inmediato respuestas claras y definitivas.

El antecedente teórico e histórico de la interpretación es lo que se conoce en el campo de la filosofía como hermenéutica, como hemos señalado anteriormente. La hermenéutica, según señala Cárdenas Gracia,³ se caracteriza por ciertos rasgos que, para mayor claridad, me permito exponer en el siguiente mapa conceptual:

Cuadro 4.



Hasta aquí hemos tratado de resumir las ideas del jurista Cárdenas Gracia en cuanto a su posición respecto de la hermenéutica, interpretación y argumentación, preferentemente las dos primeras en las cuales aborda tanto el concepto de interpretación como el de hermenéutica, en cuanto a que considera que existen ciertas ambigüedades en el mismo concepto de interpretación, señalando preferentemente dos.

3 Cárdenas Gracia, Jaime, *Introducción al estudio del derecho*, NOSTRA Ediciones/UNAM, op. cit., p. 281.

Hemos partido de concebir la interpretación del derecho como una cuestión sumamente importante como parte de la ciencia y filosofía jurídica.

Más allá de las concepciones teóricas —que hemos señalado— sustentadas por varios autores referidos textualmente por Cárdenas Gracia, encontramos en su obra que también los juristas prácticos enfrentan los mismos problemas: la indeterminación normativa y la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico...

La primera es la relativa a la definición y clarificación de cuál es el objeto de la interpretación; la segunda ambigüedad se refiere a la confusión creada entre cuál es el proceso y cuál es el producto.

Cárdenas Gracia señala para tal efecto las ideas propuestas por Atienza y Linares Quintana y en cuanto a la hermenéutica expone que el debate se centra entre las posiciones sostenidas por los filósofos analíticos y los hermenéuticos, y nos ofrece una línea comparativa entre ambas posiciones, por lo que me permito señalar dicha comparación de la siguiente manera:

HERMENÉUTICA
Debate

- | | |
|--|--|
| 1ª. La filosofía analítica se refiere al lenguaje jurídico. | 1ª. La filosofía hermenéutica privilegia el discurso. |
| 2ª. Tiende a considerar que los elementos jurídicos últimos, las unidades del derecho, son los enunciados y las posiciones normativas. | 2ª. La unidad lingüística es el discurso. La norma es la vida como argumento o razones. |
| 3ª. Entiende la interpretación como atribución de significados. | 3ª. Considera al derecho en su conjunto como una práctica interpretativa. |
| 4ª. Separa la ciencia jurídica y el derecho. | 4ª. Une la ciencia con el derecho. La ciencia del derecho es una aplicación del discurso jurídico. |

4. LA ARGUMENTACIÓN

Más allá de las concepciones teóricas —que hemos señalado— sustentadas por varios autores referidos textualmente por Cárdenas Gracia, encontramos en su obra que también los juristas prácticos enfrentan los mismos problemas: la indeterminación normativa y la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico, que atraviesan por la necesidad de formular argumentos interpretativos no solamente en la creación del derecho, sino fundamentalmente en la aplicación del mismo y en razón de ello, el texto del autor aludido nos ofrece cómo actúan estos operadores jurídicos, indicando el modo como deben ser interpretadas ciertas formulaciones normativas mediante argumentos factibles o buenos argumentos para su aplicación, señalando algunos de los principales argumentos interpretativos:

- a) Argumentos interpretativos: son las formas de razonamiento habitual entre los jueces y autoridades, presentan características comunes y facultan los albores de interpretación y aplicación del derecho.

b) La explicación del porqué existen los argumentos interpretativos que tienen que ver principalmente con:

- 1) Las insuficiencias del ordenamiento y
- 2) La existencia de lagunas jurídicas.
- 3) Lagunas jurídicas: se dan cuando un caso se presenta ante un tribunal o autoridad y no se encuentra una respuesta específica en un ordenamiento jurídico.

Los jueces y las autoridades tienen la obligación de resolver todos los casos que se sometan a su jurisdicción y consideración o sujeten acudir a diversos tipos de argumentos interpretativos, señalando aunque no exclusivamente, al argumento analógico.

e) Argumentos analógicos: consisten en trasladar la solución legalmente prevista para un caso a otro distinto, no regulado por el ordenamiento jurídico pero que es semejante al primero.

CLASES DE ARGUMENTOS INTERPRETATIVOS⁴

- 1) Argumento *a simile* o por analogía. Se da en caso de una formulación normativa con significado controvertido. La interpretación debe atender a otra formulación normativa, que ha sido interpretada y que guarda semejanza relevante o razón idéntica.
- 2) Argumento *a fortiori* por mayoría de razón. Ante la formulación normativa con significado controvertido, la interpretación debe atender a otra formulación normativa ya interpretada, cuya ratio valga con mayor razón para aquella.
- 3) Argumento *a contrario* o en sentido contrario. Se da ante una formulación normativa con significado controvertido, la cual debe ser interpretada excluyendo de su alcance todo caso distinto del expresamente incluido.
- 4) Argumento de rúbrica. Es una formulación normativa con significado controvertido, que debe ser interpretada en atención a los títulos y disposiciones que le incluyan.
- 5) Argumento psicológico. Dada una formulación normativa con significado controvertido, debe ser interpretada en atención a la voluntad del legislador.
- 6) Argumento *sedes materiae*. Es una formulación normativa con significado controvertido, que debe ser interpretada en atención al lugar que ocupa en el contexto del que forma parte.
- 7) Argumento *ab auctoritate*. Es una formulación normativa con significado controvertido, que debe ser interpretada en atención a la opinión de determinada autoridad intelectual o jurídica.

4 Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, pp. 305-307.

- 8) Argumento histórico. Es una formulación normativa con significado controvertido, ella debe ser atendida, interpretando a los precedentes existentes, empezando por los inmediatos.
- 9) Argumento teológico. Es una formulación normativa con significado controvertido, que debe ser interpretada atendiendo a su propia finalidad objetiva.
- 10) Argumento económico. Dada una formulación normativa a la que quepa atribuir varios significados, ésta debe ser interpretada precisando de aquellos significados que supongan una repetición respecto de lo establecido por otra formulación normativa ya interpretada.
- 11) Argumento a contrario sistemático. En una formulación normativa a la que quepa atribuir varios significados, ésta debe ser interpretada precisamente de aquel o aquellos significados que supongan una contradicción respecto de lo establecido por otra formulación normativa ya interpretada.
- 12) Argumento *absurdum* o por reducción *ab absurdum*. En una formulación a la que quepa atribuir varios significados, ésta debe ser interpretada prescindiendo de aquel o aquellos significados que den lugar a consecuencias absurdas o que tengan varios sentidos en común.
- 13) Argumento pragmático. Se opta por aquel significado que lo haga más eficaz para lograr su finalidad.

REFERENCIAS

Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, Ediciones Fontamara, 2004.

Cárdenas Gracia, Jaime, *Introducción al estudio del derecho*, NOSTRA Editorial/UNAM, México, 2009.

Nuevo Diccionario de Filosofía, Grupo Editorial Océano, 2001.



Del reformismo pedagógico a la crisis de la educación en la sociedad actual

Óscar Dena Romero*

EDUCACIÓN EN UN MUNDO CAMBIANTE

Ante el fenómeno del reformismo que afecta a la educación actual, es necesaria una indagación para ubicar su origen y el real propósito que le anima. Despejada esta causal, se podrán encontrar las bases firmes y los principios sólidos sobre los cuales cimentar la actividad educativa. En efecto, a nada conduce un "fluidismo" o cambio incesante en el terreno pedagógico, que convierte al alumno en una especie de "conejillo de indias", con el que se experimenta ya un programa o ya otro, pero sin concluir en nada. La tarea pedagógica no puede andar de tanteo en tanteo, porque esto convierte a la educación en un quehacer estéril, ya que por el simple prurito de cambio muchas veces las "innovaciones" no son otra cosa que perder el tiempo poniendo un nombre nuevo a las cosas viejas.

* Profesor de tiempo completo adscrito al Departamento de Ciencias Jurídicas del Instituto de Ciencias Sociales y Administración de la UACJ.

En torno a estas ideas nos parecen juiciosas y certeras las siguientes consideraciones de Ángel Gutiérrez Sanz publicadas bajo el título de "La educación en el siglo XXI", pues aunque este autor nos dice que la educación en cuanto actividad humana está inmersa en el fluir vital de un mundo en cambio, también afirma que requiere sustentarse sobre bases firmes:

Hay que mirar al futuro no perdiendo de vista al pasado y el presente dentro de una concepción lineal de la historia, que por algo se la viene considerando la gran maestra de la vida. Un proyecto educativo que surgiera ex nihilo, sin ningún tipo de referencia al pasado no es ya sólo que quedaría empobrecido, sino que seguramente carecería de realismo y nos acercaría a la ilusión infantil de los que creen que todo está por inventar... Es por esto por lo que, para vislumbrar la educación del mañana, nos debemos dejar aleccionar por la historia, con su lado bueno a imitar y su lado malo, que nos indica los errores que hemos de corregir... No nos dispongamos a recoger en el futuro frutos que no hayamos sembrado en el pasado. La educación en cuanto a actividad inserta en el ritmo de la temporalidad, permite enlazar lo que será con lo que ya ha sido o está siendo.

Hay que mirar al futuro no perdiendo de vista al pasado y el presente dentro de una concepción lineal de la historia, que por algo se la viene considerando la gran maestra de la vida. Un proyecto educativo que surgiera ex nihilo, sin ningún tipo de referencia al pasado no es ya sólo que quedaría empobrecido, sino que seguramente carecería de realismo y nos acercaría a la ilusión infantil de los que creen que todo está por inventar. Al analizar la historia, algo parece claro, y es que los distintos periodos de la misma, aún siendo distintos, están interrelacionados; de manera que las etapas posteriores, difícilmente podrían entenderse, si no tenemos en cuenta las anteriores. Es por esto por lo que, para vislumbrar la educación del mañana, nos debemos dejar aleccionar por la historia, con su lado bueno a imitar y su lado malo, que nos indica los errores que hemos de corregir. Experiencias del pasado, conciencia del presente y previsión de futuro son tres factores integradores del tiempo, que se nos manifiesta sin saltos en el vacío y pueden ayudar a que el proceso educativo se mantenga dentro de una cierta continuidad sin rupturas traumáticas. No nos dispongamos a recoger en el futuro frutos que no hayamos sembrado en el pasado.

Tratar de cambiarlas esencias culturales de nuestra tradición, por las innovaciones culturales de nuevo cuño, es privar a las generaciones venideras de la mejor herencia cultural que se les podía legar y de la que sin duda hay razones más que suficientes para sentirnos orgullosos. Las aventuras reformistas apresuradas, nacidas de una Pedagogía errante e iconoclasta pueden tener consecuencias nefastas para la educación.

La educación en cuanto actividad inserta en el ritmo de la temporalidad, permite enlazar lo que será con lo que ya ha sido o está siendo.¹

Pero todavía más aleccionadoras son las apreciaciones de este autor sobre el cambio por el cambio educativo de los innovadores, que trabajan o por consigna foránea o por sus propios desaciertos, que los hace moverse como naves sin brújula ni tino en "un mundo desbocado", según expresión de Anthony Giddens:

Tratar de cambiar las esencias culturales de nuestra tradición, por la innovaciones culturales de nuevo cuño, es privar a las generaciones venideras de la mejor herencia cultural que se les podía legar y de la que sin duda hay razones más que suficientes para sentirnos orgullosos. Las aventuras reformistas apresuradas, nacidas de una Pedagogía errante e iconoclasta pueden tener consecuencias nefastas para la educación. Las reformas educativas tienen sentido, cuando representan una alternativa válida a planes de enseñanza que han quedado ya caducos e inservibles. Su eficacia dependerá entre otras cosas de su oportunismo y sobre todo de que se hayan sabido elegir los fines y los medios que a ellos conducen. A un sistema educativo se le juzga por sus resultados y no por lo novedoso que pueda resultar. Llegado el momento, tan aconsejable puede resultar, cambiar lo malo de un plan educativo, como conservar lo que de bueno podamos encontrar en él.²

1 Gutiérrez Sanz, Ángel. "La educación en el siglo XXI", en: *Revista Arbil*, núm. 65, p.6. Disponible en: [http://www.arbil.org/\(65\)guti.htm](http://www.arbil.org/(65)guti.htm).

2 *Ibidem*, pp. 6-7.

CRISIS EDUCATIVA EN MÉXICO

Independientemente de otros factores convergentes, consideramos que la crisis de la educación actual en el caso específico de México, es resultado, precisamente, del embrollo pedagógico consecuencia directa del reformismo, que se sustenta en la idea del cambio por el cambio de los que, como se dijo antes, creen infantilmente que todo está por inventarse. Es decir, se parte del falso supuesto, aceptado acríticamente por algunos sectores de la cultura moderna, de que el mito "del cambio por el cambio", es, sin más, condición necesaria de progreso, sin advertir que la obsesión de cambiar por cambiar en pos de novedades puede ser también regreso y, aún más, retorno a la barbarie. Esto se evidencia en el caso de México, pues desde la reforma educativa de Luis Echeverría Álvarez, hace ya más de 40 años, la escuela mexicana en vez de mejorar se precipitó en un lamentable declive cualitativo, debido a "las aventuras reformistas apresuradas nacidas de una pedagogía errante e iconoclasta", según atinada expresión de Ángel Gutiérrez Sanz.

En efecto, apenas se aprueba una reforma en los contenidos de los programas educativos cuando en un breve tiempo ya se están proponiendo otras orientaciones al proceso de enseñanza-aprendizaje. Este fluidismo en gran parte tiene también su explicación en el servilismo, en el que han caído las instancias educativas de imitar lo ajeno o de someterse a las consignas foráneas de organismos internacionales como la Unesco o la OCDE, que imponen directrices y contenidos a los planes de estudio en las instituciones educativas que los aceptan sin cuestionarlos ni someterlos a crítica. Claro que esto es inadmisibile y, además, irritante, pues tal parece que los mexicanos ya no somos capaces de imprimirle rumbo y sustancia a la educación nacional, cuya historia nos revela una sólida tradición educativa y una estela de ilustres educadores, a quienes debemos una enseñanza que en México ha sido factor de progreso y cuyo olvido y desprecio, para ir en pos de lo ajeno y de lo extranjero, nos ha precipitado en un fluidismo pedagógico que no da pie con bola.

EL DEVENIR HISTÓRICO DE LA ESCUELA

Ahora bien, el propósito de estas breves consideraciones es revisar, aunque sea en términos muy generales, el devenir histórico de la escuela y de las más determinantes orientaciones pedagógicas, para tratar de encontrar las explicaciones de esta problemática, que luego nos permitan dar con las soluciones que reorienten el quehacer pedagógico de la escuela mexicana, para que ésta vuelva a ser un factor de progreso en todos los órdenes, tanto espiritual como material.

En este orden de ideas es necesario considerar, independientemente de otras causales, como las intromisiones de la Unesco consentidas por

...Las nuevas corrientes pedagógicas han impuesto un sesga naturalista y secularizante, dando primacía a lo útil a lo empírico y a la practicidad. La praxis se ha acentuado a tal extremo que ya no se habla de otium, ni de interioridad contemplativa, ni de la fecundidad del silencio, pero se plantean a diario 'salidas laborales', contenidos técnicos, carreras breves de productividad inmediata. El resultado es una Escuela negada a sí misma, quebrada en su interioridad.

las autoridades de nuestro sistema educativo y la corrupción en algunos sectores de éste, que la crisis de la educación actual es, además, el punto terminal de un largo proceso que se inicia en el Renacimiento de los siglos XV y XVI, que continúa en la Reforma y luego en el viraje que la filosofía da con René Descartes, para agudizarse finalmente en la Ilustración de los siglos XVIII y XIX, culminando en el "reformismo" de la educación, que se acentúa en la segunda mitad del siglo XX, en el que ya se evidencia la decadencia de una escuela que reniega del estudio especulativo, para precipitarse en un pragmatismo que la más de las veces se manifiesta en banalidades.

En auxilio de este análisis, recurriremos al estudio realizado por el docto intelectual argentino Antonio Caponnetto, quien ha efectuado una amplia investigación al respecto expuesta en su libro *Pedagogía y educación* (1981), del cual nos declaramos tributarios en este escrito y que a continuación resumiremos algunos de sus puntos medulares en las páginas que siguen, con el propósito deliberado de divulgar sus ideas que, indiscutiblemente, contienen elementos que pueden funcionar como directrices para reorientar el trabajo educativo.

ESENCIA Y FIN DE LA ESCUELA

El autor en cita nos dice que para buscar una explicación al estado crítico de la educación, es necesario plantearse algunas cuestiones clave y se pregunta: ¿qué es la escuela?, ¿para qué sirve?, ¿cuál es su tarea inherente e identificadora? Luego, en respuesta a sus interrogantes, invoca al filósofo alemán J. Pieper, quien afirma que "el nombre con que denominamos los lugares en donde se lleva a cabo la educación e incluso, la educación superior significa ocio". Así, pues, escuela en su sentido etimológico significa ocio, lugar destinado a la enseñanza, pero no se trata de ociosidad en su significación negativa. Es, "por eminencia el lugar reservado a la contemplación, al cuidado de la vida interior y a la

elevación de la inteligencia". Se trata, en suma, de lo que dice el texto bíblico cuando afirma: "la sabiduría se adquiere en el ocio".³

Sin embargo, dice Caponnetto, esta concepción de la escuela como ocio contemplativo se ha visto desvirtuada, ya que

...Las nuevas corrientes pedagógicas han impuesto un sesgo naturalista y secularizante, dando primacía a lo útil a lo empírico y a la practicidad. La praxis se ha acentuado a tal extremo que ya no se habla de otium, ni de interioridad contemplativa, ni de la fecundidad del silencio, pero se plantean a diario 'salidas laborales', contenidos técnicos, carreras breves de productividad inmediata. El resultado es una Escuela negada a sí misma, quebrada en su interioridad.⁴

Se trata, pues, de un proceso de ruptura de la concepción educativa, según nuestro autor en cita, entendida como ocio contemplativo que cultiva y perfecciona, antes que todo, la inteligencia, proceso que tiene su punto de partida en el Renacimiento de los siglos XV y XVI, cuando los saberes especulativos, sean teológicos, filosóficos o humanísticos en general, serán postergados y considerados meras sutilezas verbales. Es decir, se magnifica todo lo fáctico, lo mensurable y lo cuantitativo, y se exaltan el subjetivismo, la libertad y el juego por sobre la exigencia, el esfuerzo y la obediencia.

ESCUELA PRACTICISTA Y UNIVERSIDAD DESARISTOTELIZADA

La propuesta pedagógica de Descartes, observa Caponnetto, es conformar un animal satisfecho, un individuo de molicie y disfrute, un sujeto hábil y práctico, pero no una persona ni un ser ópticamente pleno.⁵

Este racionalismo conduce necesariamente a un pragmatismo desahogado, que orienta la educación hacia un activismo práctico, que tenga por objetivo central el dominio de la naturaleza y de los bienes que de ésta se puedan obtener. Es decir, comienza la disociación educativa por la cual la inteligencia ya no se dirigirá al descubrimiento de las esencias y, consecuentemente, concluirá en el desprecio de todo tipo de saber especulativo.

Como consecuencia del matematicismo de Descartes y de Galileo, observa Caponnetto, la educación experimenta un giro hacia la psicometría en el aprendizaje. Se trata del prurito "de medirlo todo", que

3 Caponnetto, Antonio. *Pedagogía y educación*. Argentina, Colección Cruz y Fierro Editores, 1981, p. 16.

4 *Ibidem*, p. 22.

5 *Ibidem*, p. 40.

reduce la tarea educativa a una categoría puramente cuantitativa y que Sorokin ha denominado certeramente “quantofrenia” y “testomanía”, que el gran sociólogo describe así:

vivimos en una época de testocracia, mediante nuestros test de inteligencia, estabilidad emocional, carácter, aptitud, tendencias inconscientes y otras características de nuestra personalidad, los testócratas deciden en gran parte nuestra vocación y ocupación. Desempeñan un papel importante en nuestros ascensos y descensos de categoría, y en nuestros éxitos y fracasos en posición social, reputación e influencia determinan nuestra normalidad o anormalidad, nuestra inteligencia superior o estupidez definitiva, nuestra lealtad o posibilidad de subversión...⁶

Cabe hacer notar que este “cuantitativismo”, a que hace referencia Caponnetto, producto del cartesianismo, impactará en la didáctica, centro medular de la escuela, pues la práctica docente buscará no sólo el conocimiento, sino, sobre todo, el uso de las cosas, para desembocar mas tarde en el ideal baconiano de que todo saber es poder y que ya no será saber la meditación ociosa al estilo de un diálogo de Platón o de una metafísica, como era para Aristóteles, porque, según M. Maeztu, el amor perece por la ciencia desinteresada. Surgiendo así la escuela practicista y la universidad desaristotelizada, cuyo rasgo distintivo es el “horror a la metafísica”.⁷

Si rastreamos en el devenir histórico de la educación occidental, nos percatamos que en su panorama ideológico aparece el Iluminismo (siglo XVIII), que si bien es cierto impone diversas transformaciones al ser y al quehacer de la escuela, también impone escollos, que impiden rehabilitar o retomar el sentido originario de la educación. Entre éstos podemos mencionar el laicismo, que, bajo la máscara de neutralidad en materia religiosa, imprime al acto educativo un sesgo de teofobia, es decir, de odio a Dios.

De este laicismo se pasa luego al naturalismo como la expresión de un exacerbado antropocentrismo, que exalta lo menos humano para desembocar, como es lógico suponerlo, en la negación de lo sobrenatural. Otra de las características del Iluminismo, que repercuten en educación, es la del racionalismo, que, según Antonio Caponnetto en su obra ya citada, anuló el conocimiento de lo mistagógico, es decir, la actitud de creer para entender o, dicho de otra manera, de entender de espaldas a la fe.⁸

Caponnetto también hace referencia al Enciclopedismo como otro rasgo distintivo del Iluminismo y que ha venido influyendo negati-

6 *Ibidem*, p. 43.

7 *Ibidem*, pp. 44-45.

8 *Ibidem*, p. 47.

vamente en la tarea pedagógica. El Enciclopedismo, que rechaza verdades eternas a cambio de una suma tan absurda como inacabable de conocimientos, tiene como postulado "enseñar todo a todos", según la enseñanza de Comenio. Cabe hacer notar que este Enciclopedismo está patente en la escuela actual, a pesar de sus aspectos negativos, a saber: la ilusoria creencia de que se puede aprender todo, pero eso sí, excluyendo deberes esenciales como la prudencia, por ejemplo, y reduciendo la educación a un simple adiestramiento.⁹

EL EMILIO DE ROUSSEAU

Como figura prominente del periodo de la Ilustración en la educación del siglo XVIII, afirma Caponnetto, tenemos a Juan Jacobo Rousseau, cuya principal aportación a la educación esta contenida en el *Emilio*, a saber:

1. Hombre rebelado contra Dios y contra el orden natural.
2. Autonomía del educando en sus derechos y prerrogativas.
3. Exagerada creencia en las condiciones de todos sus intereses y apetencias.
4. Recurso abusivo al juego y a las manualidades.
5. Convicción optimista en las bondades del niño para regular su disciplina y su aprendizaje.
6. El naturalismo como base y eje de su vida.
7. Enfrentamiento dialéctico entre madurez y niñez.

Por otra parte, cabe hacer notar que la filosofía educativa de Rousseau es contraria a la esencia misma de la escuela, ya que él postula que: "El estado de reflexión es un estado contra natura" y que "El hombre que medita es un animal depravado".¹⁰ No obstante estos errores pedagógicos de Rousseau, la escuela de nuestros días está en gran parte inspirada, **hormada**, en este autor.

En referencia a estas consideraciones de Caponnetto, nos permitimos invocar a Vasconcelos, quien afirma que Rousseau está derrotado y que es hora de enterrarlo con todo y su Emilio. Y remata su apreciación con este juicio:

La literatura pseudo-filosófica de Rousseau contagia a los imprevistos y los arrastra por el camino fácil de su propia aberración. Sus remordimientos de padre que abandona a sus hijos a la inclusa desarrollaron en Rousseau la preocupación pedagógica, pero, es claro, que desviada y encaminada a buscar justificaciones de su propia aberración. Lo

⁹ *Ibidem*, pp. 51-52.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 47-48.

curioso es que durante tantos años lo haya tomado en serio la pedagogía. El resultado es que la ha desgraciado. La influencia de Rousseau ha mantenido al pedagogo separado de las grandes corrientes mentales de todos los tiempos.¹¹

POSITIVISMO Y PRAGMATISMO

En el decurso histórico del siglo XVIII, se desarrollan dos corrientes de pensamiento que impactarán decisivamente a la educación: el Positivismo y el Pragmatismo. Como representantes notables de estas corrientes podemos mencionar a: Pestalozzi, Froebel, Herbart, Spencer, Dewey y muchos otros que no vienen al caso mencionar.

En términos generales, tanto el Positivismo como el Pragmatismo contribuirán a la configuración de la llamada "Escuela Activa". Se exalta la autonomía del educando, se recalca su actividad espontánea y libre, pero postergando a un segundo término la presencia magisterial. Es importante puntualizar que de esta manera se inaugura una postura antidocente, que en la educación actual se patentiza en el llamado "constructivismo". Otra característica que se imprime a la educación al amparo de estas corrientes, es la manualización de la enseñanza, aun en aquellas asignaturas de contenido especulativo.¹²

LA PARADOJA: EDUCACIÓN TRADICIONAL Y EDUCACIÓN MODERNA

Es importante puntualizar que en el panorama pedagógico actual, se considera que la educación "tradicional" resume todo lo malo, lo inoperante, lo que está en desuso, lo que debe extirparse de la escuela. Sin embargo, la llamada educación moderna es en realidad una educación "tradicional", que tiene sus raíces en el Iluminismo, en el Positivismo y en el Pragmatismo de los siglos XVIII y XIX, respectivamente.

En torno a esta paradoja, consistente en una llamada educación "moderna" que en realidad es "tradicional", Antonio Caponnetto emite este certero juicio:

Habría que aclarar, no obstante, que el Positivismo, ya de signo herbartiano o spenceriano, lejos de representar la educación tradicional configura prototípicamente la culminación de la Modernidad. Más aún las actuales corrientes pedagógicas contienen sustancialmente los mismos fundamentos que la llamada 'educación tradicional'. La supervivencia de este influjo lleva a visibles paradojas. Así,

11 Fernández MacGregor, Genaro, *Antología de José Vasconcelos*, Ediciones Oasis, México, 1968, p. 12.

12 *Ibidem*, caps. IV y V, pp. 57-101.

En suma, la verdadera política, educativa de la Unesco tiene como propósito títulizar las escuelas del mundo para derribar los muros de la soberanía nacional, inculcando en los estudiantes, niños y jóvenes una mentalidad indiferente a todo ideal patriótico, que pueda significar un obstáculo para transferir la soberanía íntegra de las naciones a una organización mundial; mejor dicho, a la gran tiranía del gobierno mundial, anónimo e invisible, tan pronto queden liquidados los Estados soberanos,

se enseña con el método de Herbart, que Herbart ha sido superado, se reprueba, expositivamente la modalidad expositiva, se obliga a memorizar que es incorrecto aprender de memoria o se dictan densos puntos sobre la inconveniencia de dictar apuntes. En una palabra: se impone la modernidad, tradicionalmente.¹³

En síntesis, la pedagogía contemporánea tiene como nota distintiva el Pragmatismo, es decir, cualquier intento educativo que no asegure alguna utilidad debe ser desechada. En esta nueva pedagogía, de sello pragmatista, no hay Verdad, ni Sabiduría, ni Sacralidad, ni Religión. Lo importante es el hacer y el usar, la eficacia y la funcionalidad, la praxis exitosa y hábil. En resumen, la acción, el activismo, se elevan a la categoría de fetiche y, en consecuencia, desaparece el valor de la teoría. Es decir, la escuela ya no es más, como en sus orígenes, el lugar del ocio contemplativo. La educación se convierte así, según Caponnetto, en adiestramiento y adquisición de destrezas¹⁴ o, como ahora se dice, de competencias.

Otra tesis central de la filosofía educativa de Caponnetto y que él señala como el rasgo más negativo de la educación moderna, es la tendencia a radicalizar la centralidad del alumno, al extremo de creer que éste es autoformable, autoevaluable y autogobernable. Esto conlleva a eliminar al maestro del proceso de enseñanza-aprendizaje como causa externa de éste, como agente subsidiario que suscita seguridad y confianza, estímulo y correctivo en el alumno. Se trata, pues, de un afán paidocrático, que desemboca en la absurda igualación del maestro con el alumno. Consecuencia de todo esto es la pérdida del

¹³ *Ibidem*, p. 63.

¹⁴ *Ibidem*, p. 70.

sentido misional y apostólico de la docencia, que en gran parte explica la crisis de la educación.¹⁵

Como punto final de esta referencia al libro de Caponnetto y con el objeto de entender la crisis de la educación, nos permitimos señalar los siguientes factores del modernismo pedagógico:

- Pragmatismo
 - Naturalismo
 - Adiestramiento
 - Primacía de lo biológico
 - Secularización
 - Mutación y devenir
 - Internacionalismo
 - Economicismo y tecnicismo en la enseñanza
 - Nivelación de maestro y alumnos
 - Sobrevaloración del niño
-
- Reducción del papel del adulto
 - Y como consecuencia de todo lo anterior degradación y corrupción de la tarea docente.

CONCLUSIÓN

A estos factores de orden doctrinal, hay que añadir que en gran medida la mediocridad del sistema educativo mexicano tiene su origen en la imitación servil de modelos educativos foráneos, que no siempre son adecuados a nuestra realidad. En este sentido, y de manera específica, hay que mencionar, como una de las causas determinantes de la crisis de la educación mexicana, la sumisión servil a las consignas "educativas" de la Unesco, que nos propone "valores efímeros, volátiles y huidizos", que no nos sirven como modelos para educar a los niños y a los jóvenes mexicanos, y en definitiva a los pronunciamientos de la Unesco contra el concepto de Patria, Familia, Soberanía, y a su aberrante concepción de la "educación permanente", que impide que el educando sea afianzado en los valores perennes como los de Bien, de Verdad y de Belleza.

En suma, la verdadera política educativa de la Unesco tiene como propósito utilizar las escuelas del mundo para derribar los muros de la soberanía nacional, inculcando en los estudiantes, niños y jóvenes una mentalidad indiferente a todo ideal patriótico, que pueda significar un obstáculo para transferir la soberanía íntegra de las naciones a una organización mundial; mejor dicho, a la gran tiranía del gobierno mundial, anónimo e invisible, tan pronto queden liquidados los Estados soberanos.¹⁶

¹⁵ *Ibidem*, pp. 86-88.

¹⁶ *Ibidem*, p. 110.

Este gobierno supranacional se perfila ya como una superestructura de dominación, que comienza a ejercer un poder oculto internacional, anónimo e invisible, que cuenta a su servicio con una potencia inaudita de sugestión publicitaria y educativa para presionar las inteligencias, según se puede confirmar por la influencia decisiva de los medios masivos de comunicación y las presiones de la Unesco en todos los países para la formación de una cultura mundial homogénea. Desgraciadamente este control de la mente de niños y jóvenes, ya es un hecho, gracias a la dictadura cultural de este organismo internacional, que ha logrado unificar los planes de estudio de las instituciones escolares acatando las consignas de la ONU.¹⁷

El adoctrinamiento obligatorio en escuelas y universidades con base en la "ideología de género" es una prueba patente de un lavado cerebral a escala mundial.

El caso de México es un ejemplo ilustrativo de todo esto, por la falta de patriotismo y el exceso de entreguismo de quienes rigen la vida de nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

Caponnetto, Antonio, *Pedagogía y educación*, Colección Cruz y Fierro Editores, Argentina, 1981.

Fernández MacGregor, Genaro, *Antología de José Vasconcelos*, Ediciones Oasis, México, 1968.

Gutiérrez Sanz, Ángel, "La educación en el siglo XXI", en: *Revista Arbil*, núm. 65. Disponible en: [http://www.arbil.org/\(65\)guti.htm](http://www.arbil.org/(65)guti.htm).p.6



17 "Estarnos al comienzo de un largo proceso para derribar los muros de la soberanía nacional... en ese proceso La UNESCO puede ~y ciertamente debe— ser el adelantado", William Berton. "Se requiere un engranaje mundial... la educación, en resumen, tiene la obligación urgente de preparar ciudadanos del mundo", Naciones Unidas. "Hay que preparar a los hombres y a los pueblos para transferir la soberanía íntegra de las naciones a una organización mundial", Huxley. "Enseñar las actitudes que finalmente darán por resultado la creación del Gobierno Mundial para el pueblo, del pueblo y por el pueblo", Carrw. G. "El conflicto central de nuestra época está entre el nacionalismo y el internacionalismo, entre el concepto de muchas soberanías nacionales y una sola soberanía mundial", Huxley, J. Texto citado por Antonio Caponnetto en *Pedagogía y educación*, p. 110.

Los debates del Constituyente 1916-1917 desde la perspectiva de la Historia y el Derecho: *¿undiálogo posible?*

José Luis López Ulloa*

A MANERA DE INTRODUCCIÓN

Como si hubiese necesidad de hacer una introducción cuando se trata de aspectos de la vida en los que el género humano siempre está inmerso. La Historia y el Derecho: normas jurídicas y memoria; las primeras, regulando los actos de la vida del sujeto; y la segunda, viviendo siempre en el interior del sujeto mismo. Nada es tan actual y actuante en la vida de las sociedades como el Derecho y la Historia, de ahí la importancia de que se construyan nuevas formas de relación entre ambas.

¿Es posible un diálogo entre la Historia y el Derecho? De entrada, la pregunta no debería de ocasionar ningún tipo de duda y la respuesta tendría que ser necesariamente afirmativa; es más, si se pretendiera ampliar la respuesta al cuestionamiento tendríamos que ir más allá y decir que ese diálogo no solo es posible sino necesario, lo que de alguna manera aplaudimos quienes desde la disciplina de la Historia estamos plenamente convencidos de la importancia que tienen para el desarrollo de ésta los estudios interdisciplinarios, pues es indudable que la Historia de la humanidad se "nutre" con saberes de otras áreas del conocimiento y encontrar la riqueza del Derecho, como alternativa de análisis para la Historia, siempre será grato y enriquecedor.

* Profesor adscrito al Departamento de Humanidades del Instituto de Ciencias Sociales y Administración de la UACJ.

Disciplinas de suyo diferentes, tanto la Historia como el Derecho distan mucho de ser convergentes en sus intereses particulares; sin embargo, cuando reconocemos que les une el interés por el género humano no es complicado encontrar las convergencias y sentar las bases para un diálogo enriquecedor para quienes cultivan ambos campos del conocimiento.

Por supuesto que la respuesta y la pequeña reflexión provienen de un promotor del culto a Clío, pero ¿pensarán igual los estudiosos del Derecho? Sin tener bases sólidas para contestar con esa mirada, supongo que a los adoradores de Temis tampoco les resultará incómodo sostener ese diálogo, pues ambas disciplinas, tanto el Derecho como la Historia, tienen en el núcleo de su propio interés cognitivo al género humano, por lo que si existe esa convergencia es fácil suponer que el intercambio de ideas no solo es viable, sino que debe ser permanente, pero, por si lo anterior fuera poco, también promete ser muy interesante.

Disciplinas de suyo diferentes, tanto la Historia como el Derecho distan mucho de ser convergentes en sus intereses particulares; sin embargo, cuando reconocemos que les une el interés por el género humano no es complicado encontrar las convergencias y sentar las bases para un diálogo enriquecedor para quienes cultivan ambos campos del conocimiento. Intentemos, pues, balbucear las primeras ideas, que nos permitan en un futuro establecer las bases de un diálogo que, indudablemente, resultará interesante.

HISTORIA Y DERECHO, EL INICIO DE UN DIÁLOGO

Al conmemorarse en el pasado reciente el centenario de la Revolución Mexicana, independientemente de las actividades que hayan sido diseñadas por las instituciones gubernamentales o por las organizaciones ciudadanas con ese propósito, fueron muchas las páginas que se escribieron por parte de los especialistas con la idea de fijar en la memoria de las generaciones actuales algunos de los acontecimientos más significativos de ese hito histórico en la vida del pueblo mexicano.

El género humano es muy dado a festejar los inicios, como si el solo hecho de hacerlo garantizara la continuidad de lo que se inicia. En la conmemoración de la Revolución, por ejemplo, parece ser que sólo bastó que se haya encendido la mecha revolucionaria para que ésta tuviera lugar, aunque lo cierto es que hubieron de morir miles y miles

de mexicanos entre aquella tarde-noche del mes de noviembre de 1910 en las tranquilas calles de la ciudad de Puebla, concretamente en la casa de la familia Serdán, y las acciones con las cuales se puso el punto final a la guerra fratricida, que llenó de sangre el territorio nacional y enlutó miles y miles de hogares.

El hecho de que hace dos años hubiese habido una efervescencia cívica con el propósito de conmemorar el centenario del inicio de la Revolución, nos debe llevar de la mano a preparar los festejos para honrar el centenario del acto con el que, aparentemente, se puso punto final a la fase armada de ese acontecimiento; me refiero al momento culminante en el que se sentaron las bases orgánicas y políticas que hicieron posible la construcción del México actual: la promulgación de la Constitución de 1917, acto culmen del proceso revolucionario y del que no hay duda de ninguna especie en cuanto a cómo se desarrolló y cuáles fueron sus consecuencias más inmediatas.

Los actos preparatorios para la celebración del Congreso Constituyente, que tuvo lugar en la ciudad de Querétaro entre los meses de noviembre de 1916 y febrero de 1917, así como la intensidad de los debates que sostuvieron los constituyentes en el seno del entonces llamado "Teatro Iturbide" y las normas emanadas del proceso legislativo de referencia, han dado material de sobra para producir textos de mucha calidad y para generar debates y mesas de trabajo, que le permitan a la sociedad entender no solo el proceso en sí, sino la relevancia del hecho.

Esos materiales en manos de los eruditos y los especialistas en la materia, les van a permitir reflexionar en foros, conferencias y presentaciones diversas acerca de la importancia del Congreso Constituyente, indudablemente un hecho trascendental en la vida pública del país, pero también les van a permitir analizar las consecuencias inmediatas que tuvieron algunas de las normas promulgadas en el ya casi centenario 5 de febrero de 1917. Aquellos acontecimientos de nueva cuenta serán tema de debate y no me queda la menor duda, pues no todos los mexicanos recibieron con el mismo alborozo las propuestas de los legisladores y en no pocos lugares del país surgieron brotes de inconformidad entre la población, los que, por cierto, fueron acallados violentamente, incluso con métodos represivos y a sangre y fuego.

Cuando llegue la fecha en que tenga lugar la conmemoración del centenario de la promulgación de la Constitución de 1917, los especialistas en Historia y los especialistas en Derecho Constitucional vamos a tener la fabulosa oportunidad de sentarnos a dialogar; un diálogo enriquecedor porque, a fin de cuentas, lo importante es que intercambiamos ideas, conceptos, percepciones y lecturas propias de nuestras disciplinas respectivas, de aquellas normas constitucionales que irrumpieron en la vida pública del país y que lo pusieron nuevamente al borde de la lucha fraterna, aunque ahora ya no serán debatidas con el propósito de hacer una revolución como fue hace casi cien años, ni con

Las leyes en las que se consignaban el reparto agrario, las que regulaban la cuestión obrera y la educación, particularmente se convirtieron en los detonantes de la inconformidad social, pero no sólo esas normas, pues también fueron rechazadas las disposiciones legales que le negaban personalidad jurídica a las organizaciones denominadas iglesias y que limitaban las actividades de los ministros del culto.

la idea que prevalecía en el ánimo de muchos mexicanos de hacer una contrarrevolución, pues los que se opusieron a las propuestas constitucionalistas lo hicieron porque querían que se diera marcha atrás a todo lo que había servido para construir los criterios que le permitieran al pueblo de México vivir pacíficamente y en armonía.

Historia y Derecho Constitucional no tienen por qué ser dos disciplinas aisladas o divergentes; al contrario, las normas jurídicas al establecer formas de actuar en la sociedad, necesariamente influyen en ésta y, con ello, impactan la historia personal del sujeto; y, por consecuencia, las normas repercuten en la historia del sujeto y del colectivo social: ¿no es ése uno de los puntos centrales de lo que en Derecho se llama los hechos y las consecuencias jurídicas? Por esa razón, el diálogo entre historiadores y especialistas en Derecho puede ser muy rico, pues desde mi perspectiva de historiador entiendo que todo el proceso que culminó con la promulgación de la Constitución vigente tuvo repercusiones en la vida social y política de los mexicanos y, siendo como es el género humano el núcleo esencial de la Historia, hablar un siglo después de lo que produjeron entre la población mexicana aquellas normas que surgieron del constituyente, va a resultar muy rico y aleccionador.

El propósito del presente escrito va en dos sentidos: el primero de ellos, es intentar tener un acercamiento a todas aquellas normas constitucionales que, desde el momento mismo en que fueron sometidas a debate en el seno del Congreso, se tradujeron en sendas fuentes de inconformidad social, de manera muy especial las llamadas garantías sociales y la relativa a la cuestión educativa, a las que, por cierto, los abogados y los historiadores les damos una lectura muy especial; y la segunda razón del mismo, es porque me interesa propiciar un diálogo entre abogados e historiadores, a partir de dichas normas y sus consecuencias.

Las leyes en las que se consignaban el reparto agrario, las que regulaban la cuestión obrera y la educación, particularmente se convirtieron en los detonantes de la inconformidad social, pero no sólo esas normas, pues también fueron rechazadas las disposiciones legales que le negaban personalidad jurídica a las organizaciones denominadas iglesias y que limitaban las actividades de los ministros del culto. Esos artículos de nuestra Carta Magna desde el momento mismo en que estaban sujetos a debate en el constituyente y cuando fueron promulgados, se convirtieron en fuentes de inconformidad y de conflicto, y ésa es la paradoja, pues las leyes con las que los revolucionarios pensaban establecer las bases de una relación más justa entre los mexicanos, fueron las que produjeron mayores inconformidades y las que encontraron mayor rechazo entre grandes segmentos de la población.

Una vez señalado lo anterior, considero conveniente plantear una serie de preguntas relativas a las reacciones de muchos mexicanos, que se

inconformaron con los principios doctrinales de los artículos 3º, 27 y 123 constitucionales, en el entendido de que muchos de aquellos que se opusieron a los contenidos de las normas constitucionales de referencia los desconocían en su totalidad; y, desde luego, no tenían ni la menor idea de los propósitos que los legisladores perseguían al incorporarlos en la Carta Magna. Esos opositores, en su mayoría actuaron así por el simple hecho de considerar que las normas constitucionales atentaban en contra de sus propios valores o principios éticos, aunque desde luego había muchos otros que no estaban de acuerdo con ellas, por la simple y sencilla razón de que sentían que se estaban afectando sus intereses.

Probablemente una de las preguntas que se hacían muchos medieros y campesinos pobres era: ¿qué derecho tenía el gobierno para repartir la tierra que Dios les había dado a los propietarios?, descalificando así el reparto agrario; o quizá se preguntaban por qué los gobiernos revolucionarios intentaban apropiarse de las conciencias de sus hijos, al ordenar el establecimiento de un modelo educativo de corte socialista. ¿Quiénes eran los revolucionarios convertidos en gobernantes para apropiarse de las conciencias de sus hijos?

Esas preguntas no eran nada ingenuas ni brotaron de manera espontánea de los que carecían de tierras o de los que percibían como una amenaza el establecimiento de modelos educativos diferentes a los que, tradicionalmente, habían sido implementados en algunas partes del país. Esas voces de rechazo y de inconformidad que se escuchaban en no pocas latitudes del país, resonaban desde los palacios episcopales, desde los cascos de las grandes haciendas, desde los latifundios cuyos propietarios se sentían amenazados por la eventualidad de que sus propiedades fuesen afectadas. Esas preguntas que fueron repetidas desde los púlpitos y en las plazas de los pueblos, hicieron posible que la inconformidad creciera entre grandes sectores de la población mexicana, especialmente en las regiones rurales del centro y del occidente del territorio nacional.

Desde luego que el sentido del diálogo al que estoy invitando a los especialistas de la Historia y del Derecho Constitucional está más allá del análisis de la técnica jurídica y del proceso que hizo posible la instauración de las normas, que obligaban a todos los mexicanos; como también está muy lejos de limitarse al simple relato de los hechos que dichos actos desencadenaron. La idea es ver la trascendencia que, histórica y legalmente, han tenido en la vida social, política y económica del país.

Los límites del diálogo obedecen más que nada a la dificultad que entraña el dominio de dos campos del conocimiento de suyo tan complejos, tan dinámicos y tan apasionantes como lo son el Derecho y la Historia, pero hay otra razón: y ésta tiene más que ver con la altura del diálogo y la riqueza que éste promete, pues si el análisis se limita a la técnica jurídica o al simple relato de los hechos, sin profundizar en

*¿Quiénes eran los
revolucionarios
convertidos en
gobernantes para
apropiarse de
las conciencias
de sus hijos?*

ellos, lo más seguro es que aquel intercambio de ideas se convierta en una especie de diálogo de sordos, en el que los participantes solamente digan lo que a su criterio deban de decir, según el tópico abordado, pero sin dejarles a sus interlocutores una riqueza para su propia disciplina; en otras palabras sería un diálogo imperfecto.

El caso es que las cosas van más allá de un análisis ingenuo, pues ya desde ahora los especialistas en Derecho Constitucional tienen mucho que decir de aquel casi centenario Congreso Constituyente y los especialistas en Historia tenemos que mostrar a la sociedad muchas miradas y entregarles muchas reflexiones acerca de las consecuencias sociales de tales acontecimientos, y para muestra basta un botón, pues ahora me dispongo a proponer una serie de ideas con relación a la educación, según lo propuesto por los constituyentes en la ciudad de Querétaro hace ya casi un siglo, en el entendido de que mi propuesta está hecha desde la perspectiva histórica y que corresponderá a los especialistas en Derecho enriquecerla con los análisis que correspondan.

EL ARTÍCULO 3º, ALGUNOS ANTECEDENTES Y LA ESENCIA DEL CONFLICTO

La educación en su esencia es un elemento que está lleno de paradojas, pero para los efectos del presente ejercicio quiero señalar enfáticamente que juega un doble papel pues, en primer lugar, permite que cada generación construya elementos que la identifiquen y que la hagan diferente de las demás; pero también viene a ser una fuente de subversión del orden establecido. ¿En dónde está la paradoja? Es fácilmente observable pues, por un lado, posibilita la permanencia y la continuidad, pero, al mismo tiempo, gracias a ella se establecen en la sociedad los principios de la ruptura y del cambio.

¿Cómo es posible que se establezca que la misma acción sirva a su vez para propiciar la continuidad y el cambio? Ése es el punto que sienta las bases del conflicto, pues al establecer que los procesos educativos sirven para construir la identidad, si éstos son homogéneos pueden ayudar al establecimiento y la permanencia de sociedades complejas, que comparten y tienen cosas en común. Gunn, dice, a propósito de la identidad que: "En primer lugar, tiene el significado de lo que es único acerca de un individuo o un grupo. Así, hablar de la identidad de la persona es hablar de lo que la distingue y hace diferente de otros. Al mismo tiempo, la identidad también denota lo que es común a un grupo y a los individuos que la componen".¹

Los gobiernos que sentaron las bases del México independiente, los liberales del siglo XIX, los gobiernos emanados de la Revolución e inclusive los grupos que estaban en contra de ellos, tenían muy clara

¹ Gunn, Simon, *Historia y teoría cultural*, Universitat de Valencia, Valencia, 2011, p. 159.

la idea de construir un nuevo tipo de mexicanos, para lo cual era indispensable proponer y sentar las bases de una nueva identidad entre la población. Ése es un objetivo de capital importancia para todos los grupos que llegan al poder, pero siempre lo hacen convencidos de que los rasgos constitutivos que pretenden destacar e imponer entre la sociedad sean, al mismo tiempo, los elementos que los hagan diferentes de los otros pueblos.²

Al reflexionar acerca de los puntos que pueden prestarse para el diálogo entre especialistas en Derecho y en Historia relativos a la materia educativa, es preciso mencionar que dada la característica de generalidad de las leyes, éstas son aplicables a toda la población, y si se establecen los mismos principios en materia educativa, hay que suponer que, a partir de los criterios inherentes a la misma ley, se habrán de construir identidades homogéneas; de ahí que es preciso intentar conocer cuáles eran las identidades que se pretendían construir con las reglamentaciones a lo largo del tiempo.

Esto nos lleva a buscar un acercamiento a los objetivos del artículo tercero constitucional, para lo que es preciso intentar conocer, al menos, los antecedentes de la norma de referencia, en el entendido de que no podemos dejar de reconocer que lo acaecido en el constituyente de 1916-1917 no deja de ser un proceso, y, en gran medida, puede ser considerado como el resultado de las experiencias de vida y los propósitos de los propios constituyentes.

De acuerdo a los antecedentes del artículo tercero constitucional, es conveniente recordar que durante los gobiernos liberales de la segunda mitad del siglo XIX y los primeros años del siglo XX, esto es, desde el juarismo hasta el fin del porfiriato, la normatividad era, hasta cierto punto, ambigua, pues el artículo 3^o de la Constitución de 1857, la que por cierto estuvo vigente hasta 1917, establecía que: "La enseñanza es libre. La ley determinará qué profesiones necesitan título para su ejercicio y con qué requisitos debe expedirse".³ Una norma paradójica que se prestaba a muchas especulaciones.

¿En qué basó tal afirmación? Muy simple: a los gobernantes les quedaba muy claro que su proyecto de nación tenía que apegarse a la tradición liberal; por ese motivo prácticamente la única característica de los programas políticos es que tenían que ser liberales y el área educativa no era la excepción pues, además, de las restricciones que se imponían al ejercicio de alguna profesión, ¿qué otras limitantes había para la educación?

Sólo que para entender cómo fue percibida la norma por parte de la sociedad cabría preguntarnos: ¿cómo entendió la sociedad mexi-

2 Gunn, Simon, *op. cit.*, pp. 157-169.

3 Cámara de Diputados LVIII Legislatura, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, t. I. Cámara de Diputados/Miguel Ángel Porrúa, México, 2003, p. 136.

... Carranza no se refería explícitamente a la normatividad relativa a la materia educativa, pero al llamado "Gran Jefe" le quedaba claro que la Constitución adolecía de tales fallas, que propiciaban su inaplicabilidad.

cana el hecho de que la educación fuera "libre"? ¿Qué entendía por libertad en materia educativa? Que cada sujeto podía implementar los modelos educativos que su propia ideología o sus proyectos individuales le dictaran, de ahí que, dada la ambigüedad de la norma, se propiciara hasta cierto punto el caos; pero sería pertinente plantear otra pregunta: ¿todos los mexicanos tenían la misma idea del concepto libertad? Desde luego que no, y eso propició que hasta cierto punto se generara una especie de anarquía en la materia.

El propio Venustiano Carranza, cuando se iniciaron los trabajos del Congreso Constituyente, acudió la tarde del 1 de diciembre de 1916 al recinto legislativo para hacer entrega de su proyecto de Constitución, y en el discurso que pronunció ante el pleno, estableció que la Ley Fundamental vigente en ese momento adolecía de fallas y deficiencias, que propiciaban su inaplicabilidad. En aquella ocasión mencionó que:

Mas, desgraciadamente, los legisladores de 1857 se conformaron con la proclamación de principios generales que no procuraron llevar a la práctica, acomodándolos a las necesidades del pueblo mexicano para darles pronta y cumplida satisfacción; de manera que nuestro código político tiene en general el aspecto de fórmulas abstractas en que se han condensado conclusiones científicas de gran valor especulativo, pero de las que no ha podido derivarse sino poca o ninguna utilidad positiva.⁴

Desde luego que Carranza no se refería explícitamente a la normatividad relativa a la materia educativa, pero al llamado "Gran Jefe" le quedaba claro que la Constitución adolecía de tales fallas que propiciaban su inaplicabilidad.

Quiero dejar claro que en el presente ejercicio no pretendo hacer un análisis exhaustivo de las características de la educación en México durante el siglo XIX y los primeros años del XX, ni siquiera intento abordar como punto central la historia de la educación, de manera que me limitaré a señalar algunos de los antecedentes del artículo 3º constitucional, con la idea de mostrar que ante ciertas ambigüedades de una norma, se pueden dar conflictos entre los destinatarios de ella y la autoridad.

El otro punto que pudiésemos tratar como antecedente del artículo 3º, es la propuesta que Venustiano Carranza presentó al constituyente al inicio de los debates en la ciudad de Querétaro, la que, por cierto, no se alejaba mucho del espíritu liberal contenido en la Constitución de 1857. El documento presentado al Constituyente por el jefe del

4 Marván Laborde, Ignacio, *Nueva edición del Diario de los debates del Constituyente. Querétaro 1916-1917*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2006, p. 2.

Ejecutivo en funciones decía: "Habrá plena libertad de enseñanza; pero será laica la que se dé en los establecimientos oficiales de educación, y gratuita la enseñanza primaria superior y elemental, que se imparta en los mismos establecimientos"⁵.

Los puntos destacables en el texto son: la libertad que se le reconocía a la actividad educativa, lo que en el último de los casos venía a convertirlo en un símil de lo que la Ley Fundamental de 1857 establecía; aunque ciertamente destacaba la obligatoriedad de que la educación que impartiera el Estado fuese laica, así, de un plumazo, en el proyecto carrancista se fijaban como puntos centrales de la educación el liberalismo y el laicismo, pero se dejaba abierta la posibilidad de que los organismos de carácter confesional y que las corporaciones religiosas tuviesen escuelas y que pudiesen participar en los procesos educativos.

Con toda cortesía, como corresponde a la tradición parlamentaria, el proyecto de Carranza fue recibido por el Congreso, cuyo presidente estableció en la respuesta dada al jefe del Ejecutivo que:

Sería casi imposible, señor, que yo me refiriese en estos momentos a todos los puntos notables de vuestro importantísimo proyecto general de reformas a la Constitución vigente, ni a los diversos principios que con tanta atinencia como claridad invocáis en vuestro discurso, para apoyar las reformas que proponéis, después de pintar con mano maestra cómo los preceptos proclamados en la ley fundamental de 1857, sin embargo de su valor teórico indiscutible, han resultado en la práctica enteramente estériles, porque no han servido para establecer un gobierno de veras respetuoso de los derechos del hombre, ni tampoco para organizar todos los elementos sociales, armonizándolos y haciéndoles cooperar a la felicidad común; esto es, evitando la anarquía, que consiste en aquel estado social donde cada hombre es movido por su propio y egoísta interés, sin preocuparse para nada del respeto que le merecen los derechos de los demás.

Así, pues, señor, me limito ahora a daros por recibido del proyecto de reformas a la Constitución de 1857...⁶

Sin embargo, más allá de la cortesía parlamentaria contenida en el discurso del presidente del Congreso, estaban los proyectos de los revolucionarios, de manera que la propuesta de Carranza sólo sirvió como punto de "arranque" a las discusiones sostenidas por los constituyentes, pues el artículo 3^o se convirtió en uno de los más debatidos.

⁵ Marván Laborde, Ignacio, *op. cit.*, p. 27.

⁶ *Ídem*.

Venustiano Carranza tenía particular interés en el debate relativo a la regulación de la materia educativa, de manera que de acuerdo a la agenda legislativa abrió un espacio en sus actividades para poder asistir a la sede del Congreso, haciéndole saber a su presidente que tenía la intención de estar presente en el recinto.

Cierto es que la sutileza con la que los constituyentes actuaron con quien cumplía con el papel de jefe del Ejecutivo está fuera de toda duda, pero los legisladores estaban conscientes de que el escenario parlamentario era un "campo de batalla" inédito para muchos de ellos, porque ya no se trataba de combatir con las armas en la mano, como lo habían hecho durante la fase armada de la Revolución, a partir de ese momento tenían que llevar a cabo su lucha mediante la optimización de la esgrima de la palabra. El escenario de guerra era el recinto legislativo y las armas utilizables en esa nueva batalla, eran los argumentos que fuesen capaces de esgrimir frente a todos aquellos que no estuvieran de acuerdo con sus ideas.

Venustiano Carranza tenía particular interés en el debate relativo a la regulación de la materia educativa, de manera que de acuerdo a la agenda legislativa abrió un espacio en sus actividades para poder asistir a la sede del Congreso, haciéndole saber a su presidente que tenía la intención de estar presente en el recinto. En el oficio enviado por Carranza a los diputados les notificaba que: "...tendré la satisfacción de concurrir a los debates cuando se trate de discutir el artículo 3° del referido proyecto".⁷

Francisco J. Múgica, diputado por uno de los distritos michoacanos y que, por cierto, era parte de la comisión que tenía la encomienda de revisar la propuesta de Carranza, fue el que "abrió el fuego", pues fue enfático al señalar:

...si dejamos la libertad de enseñanza absoluta para que tome participación en ella el clero con sus ideas rancias y retrospectivas, no formaremos generaciones nuevas de hombres intelectuales y sensatos, sino que nuestros postreros recibirán de nosotros la herencia del fanatismo, de principios insanos, y surgirán más tarde otras contiendas que ensangrentarán de nuevo a la patria, que la arruinarán y que quizá la llevarán a la pérdida total de su nacionalidad.⁸

¿Había alguna duda? De acuerdo a lo expresado por el diputado Múgica, la propuesta de Carranza era inaceptable, pues dejaba abierta la puerta para que el clero tuviese participación en sus escuelas, por lo que era preciso establecer la obligatoriedad de que la educación fuese totalmente laica, por lo que había que prohibirles a las organizaciones denominadas iglesias cualquier tipo de participación en la materia.

7 Cámara de Diputados LVIII Legislatura. *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, t. I., Cámara de Diputados/Miguel Ángel Porrúa, México, 2003, p. 176.

8 *Ibidem*, p. 178.

No pretendo abundar en las características del debate relativo al artículo 3° constitucional, solo baste decir que se convirtió en uno de los más polémicos y que, en última instancia, tuvo la particularidad de propiciar una polarización entre los legisladores; y que dicha polarización trascendió los umbrales del recinto legislativo y que el artículo se discutió entre grandes sectores de la sociedad. Los grupos de parlamentarios que estaban a favor y en contra de la propuesta de Carranza, se pusieron de manifiesto y sus diferencias se convirtieron en la nota característica de los trabajos del Congreso.

A partir de la discusión relativa al artículo en cuestión, las diferencias ideológicas que daban sustento al debate, se convirtieron en la piedra de toque de las discrepancias entre Carranza y Obregón; parecía ser que las opiniones de cada uno de los diputados, eran una especie de llamada a zafarrancho de combate de dos fuerzas beligerantes, que se encontraban en el campo de batalla en donde la lucha iba a ser a muerte, pero hay que hacer notar que no se trataba de una batalla más de las que vivieron en los aciagos días de la confrontación armada, pues el recinto legislativo era el escenario de la lucha de las ideas; y, por qué no decirlo, era el espacio en donde se enfrentaban dos proyectos de nación: el de Venustiano Carranza, apegado a la tradición liberal decimonónica con muchos resabios de corte porfirista, por un lado, y el de Álvaro Obregón, con sus propuestas en busca de sentar los cimientos de un México revolucionario.

Sólo para darnos una idea de cómo reaccionaban los legisladores que estaban de acuerdo con el primer jefe, Luis Manuel Rojas, diputado por alguno de los distritos del estado de Jalisco y que era un personaje cercano a la figura de Carranza, decía a los diputados en su respuesta a la comisión:

Podrá suceder que de aquí salga un código netamente liberal, tolerante, progresista y moderno; un código magno que sirva para restablecer cuanto antes la paz en México y para garantizar su estabilidad por un tiempo indefinido, que ojalá y fuese indefinido. Podrá ser también que esta Constitución, por circunstancias especiales, revista un aspecto alarmante para las personas que no entienden el apasionamiento de los señores diputados en esta ocasión, queriendo por ello calificar nuestra obra común como imprudente e inoportunamente jacobina, y, por consiguiente, reaccionaria.⁹

El mensaje del diputado Rojas era muy claro: de entrada le estaba señalando a Múgica, y con él a todos los que compartían su opinión, que se corría el riesgo de construir un orden constitucional movido por las pasiones y por la intolerancia y no por la razón y la justicia; un sistema

⁹ *Idem.*

represivo, con el propósito de erradicar algunas prácticas sociales y culturales tradicionalistas.

Ese fue el tenor de las discusiones relativas al artículo 3º constitucional, pues según Marván Laborde:

La Comisión, en un extenso dictamen, concluyó que no era de aprobarse el artículo 3º del proyecto y explicó las restricciones que consideró indispensable añadir: que toda la enseñanza sería laica, no sólo la pública; que ninguna corporación religiosa, ni ministro de culto o "persona perteneciente a alguna asociación semejante, podrá establecer o dirigir escuelas de instrucción primaria, ni impartir enseñanza personalmente en ningún colegio"; y, que las escuelas primarias particulares estarán sujetas a la vigilancia del gobierno.¹⁰

El ideal estrictamente liberal quedaba así postergado para otras cuestiones, pero en el caso particular de la educación no cabía ese tipo de apertura. Los diputados, después de acres sesiones de trabajo e interminables discusiones y una vez hechos los análisis en los que cada una de las corrientes ideológicas en pugna intentaban fijar sus ideas, concluyeron en la siguiente redacción:

Art. 3º.- La enseñanza es libre; pero será laica la que se dé en los establecimientos oficiales de educación, lo mismo que la enseñanza primaria, elemental y superior que se imparta en los establecimientos particulares. Ninguna corporación religiosa, ni ministro de algún culto, podrán establecer o dirigir escuelas de instrucción primaria. Las escuelas primarias particulares sólo podrán establecerse sujetándose a la vigilancia oficial. En los establecimientos oficiales se impartirá gratuitamente la enseñanza primaria.¹¹

Los intensos debates que tuvieron lugar mientras se discutía el artículo 3º constitucional, llevaron a los constituyentes a incorporar elementos diversos a los propuestos originalmente por Carranza; dichos elementos estaban dirigidos en su mayoría a negar a la Iglesia y sus ministros cualquier tipo de participación en materia educativa. El objetivo era muy claro: el Estado surgido de la Revolución establecía una especie de monopolio sobre el modelo educativo, de manera que ninguna entidad de ninguna especie ajena a los ideales revolucionarios tuviera injerencia en los procesos de construcción de las conciencias de la niñez mexicana.

¹⁰ Marván Laborde, Ignacio, *op. cit.*, p. 150.

¹¹ *Ibidem*, p. 341.

Los intensos debates que tuvieron lugar mientras se discutía el artículo 3º constitucional llevaron a los constituyentes a incorporar elementos diversos a los propuestos originalmente por Carranza; dichos elementos estaban dirigidos en su mayoría a negar a la Iglesia y sus ministros cualquier tipo de participación en materia educativa, El objetivo era muy claro: el Estado surgido de la Revolución establecía una especie de monopolio sobre el modelo educativo, de manera que ninguna entidad de ninguna especie ajena a los ideales revolucionarios tuviera injerencia en los procesos de construcción de las conciencias de la niñez mexicana.

POR SI HUBIERA NECESIDAD DE CONCLUIR

Dado el tipo del escrito que he puesto a su consideración, desde luego que no es posible plantear una conclusión. ¿Cómo sería posible hacerlo si el diálogo aún no se ha realizado? Ésa es una verdad indudable, pero, por otra parte, a lo largo del texto ya voy sugiriendo de manera sutil cuáles serían las múltiples alternativas que ofrecería la posibilidad del diálogo que estoy proponiendo, tanto a especialistas de Derecho Constitucional como a los especialistas en Historia.

Al realizar el presente ejercicio estuve pensando siempre en la posibilidad del diálogo al que, desde ahora, estoy invitando a mis amigos los abogados y a mis colegas los historiadores. Siempre los tuve presentes y cómo no hacerlo, si hasta me permitieron acceder al espacio que tan generosamente me proporcionó su revista *Heurística Jurídica*, pero lo cierto es que bien pueden ser invitados especialistas de otras disciplinas.

El caso es que la importancia de esos diálogos interdisciplinarios, es tal que, conforme iba reflexionando al redactar mi propuesta, caí en la cuenta de que el intercambio de ideas puede ser más rico si se incorporan otros especialistas al debate, porque se pueden involucrar otras disciplinas que se encuentran ubicadas dentro de las humanidades o de las ciencias sociales; a fin de cuentas ni la Historia ni el Derecho son ajenas a esas disciplinas. ¿Se imaginan una mesa de análisis multidisciplinario?

La riqueza de ese diálogo no tendría límites, menos aún si consideramos que pueden ser invitados al mismo politólogos, sociólogos, antropólogos, economistas, etcétera, pues las reflexiones de los especialistas nos llevarían por los senderos de la política, de la economía, de la cultura, de la organización social y, desde luego, del camino que la

sociedad mexicana ha recorrido para llegar hasta donde se encuentra, una vez que se puso punto final a la lucha fratricida de 1910-1917; por si esto fuera poco, la incorporación de especialistas de otras disciplinas convertiría el ejercicio en un trabajo multidisciplinario, ya que si bien es cierto que es un reto para los interesados, los aprendizajes serían mayúsculos.

Con todos esos saberes puestos en la mesa de la discusión aquello no se convertiría en una especie de "Babel" del conocimiento, independientemente de que cada disciplina tenga un lenguaje propio; al contrario, el caso es que si logran conjuntarse todos esos campos del conocimiento dialogando en torno a un tópico como el debate del constituyente, estaríamos en presencia del ideal de las discusiones entre universitarios; una discusión en la que cada disciplina aporte su conocimiento para complementar los conocimientos de los demás. ¿No sería eso lo que se debe esperar de un diálogo entre universitarios?

Sólo porque es menester poner un punto final a este escrito, que no a la idea porque esa sigue en pie, pero quisiera decir, como dicen mis amigos los abogados, que poco antes del 5 de febrero del año 2017 estamos emplazados para sentarnos a sostener ese diálogo, que ya verán que será inolvidable. Por mi parte haré hasta lo imposible para estar puntual, hago votos por que todos estemos en el sitio acordado.

BIBLIOGRAFÍA

- Cámara de Diputados LVIII Legislatura. *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, t. I., Cámara de Diputados/ Miguel Ángel Porrúa, México, 2003.
- Marván Laborde, Ignacio, *Nueva edición del Diario de los debates del Constituyente. Querétaro 1916-1917*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2006.
- Gunn, Simon, *Historia y teoría cultural*, Universitat de Valencia, Valencia, 2011.
-



Tres teorías en una

Gustavo Martínez Montoya*

Como fruto de su variada experiencia en el terreno de la teoría, la sociología y la axiología del Derecho, Gregorio Robles Morchón desarrolló una interesante perspectiva teórica para dar cuenta del fenómeno jurídico. Con el nombre de Teoría Comunicacional del Derecho, el profesor ibérico aprovecha la experiencia científica acerca de tres problemas lingüísticos y traslada tal enfoque al ámbito jurídico: sintaxis, semiosis y praxis. Es decir, la estructura, el significado y el uso, en tanto son problemas coincidentes del Lenguaje y del Derecho, sirvieron al citado autor para realizar un tratamiento teórico del fenómeno jurídico "como si" se tratase de un fenómeno preponderantemente comunicacional.

En el primer volumen de su obra,¹ cuya segunda edición apareció publicada en el año 2006, Robles Morchón aclara reiteradamente que su propuesta teórica, de ninguna manera, reduce ni intenta reducir el Derecho a lenguaje; pero, razonablemente, la peculiar característica del Derecho de ser plasmado mediante una amplísima gama de textos, los cuales contienen distintas formulaciones lingüísticas, mismas que precisan de ser interpretadas y aplicadas, fue suficiente para que este jurista español tejiera un interesante entramado teórico. Así, "textualizado" el Derecho, el autor aborda los problemas de la formulación normativa, su

* Licenciatura en Derecho y maestría en Ciencias Jurídicas por la UACJ y profesor de asignatura adscrito al Departamento de Ciencias Jurídicas

1 Robles Morchón, Gregorio, *Teoría del Derecho, Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*, volumen I, 2ª edición, Thomson, Navarra, 2006.

Con el nombre de Teoría Comunicacional del Derecho, el profesor ibérico aprovecha la experiencia científica acerca de tres problemas lingüísticos y traslada tal enfoque al ámbito jurídico: sintaxis, semiosis y praxis. Es decir, la estructura, el significado y el uso, en tanto son problemas coincidentes del Lenguaje y del Derecho, sirvieron al citado autor para realizar un tratamiento teórico del fenómeno jurídico "como si" se tratase de un fenómeno preponderantemente comunicacional.

interpretación y su aplicación, mediante una coherente metodología, con base en la cual conduce varias tesis, a las que se dedica este espacio.

**PRIMERA TESIS: UNA CLARA
DISTINCIÓN ENTRE ORDENAMIENTO
Y SISTEMA²**

No obstante la indistinta denominación que suele hacerse del Derecho, unas veces como ordenamiento y, otras, como sistema, Robles Morchón asume un perfil definitorio para dejar de usar ambos términos como equivalentes. El autor propone que se utilice ordenamiento para denominar al conjunto desordenado, caótico y defectuoso constituido por los múltiples productos de la totalidad de operadores jurídicos del sistema. Es decir, para el autor, el ordenamiento se conforma por el material bruto tal como se genera en todas y cada una de las instancias del orden jurídico positivo: este código vigente, aquel contrato, este otro testamento, aquella resolución administrativa, etcétera. Así, el ordenamiento no es ni completo, ni perfecto ni nada parecido: simplemente es el material válido generado por los órganos capaces y competentes del orden jurídico.

En cambio, dice nuestro autor, el sistema es un producto refinado que, basado en los materiales positivos del ordenamiento, constituye un conjunto ordenado, coherente y funcional. El sistema no es elaborado por los operadores jurídicos, sino por los dogmáticos del Derecho. Esto es, el sistema es una construcción interpretativa que resulta de un especial paradigma dominante: la doctrina que se impone en una época y en un lugar como la más autorizada. De esta manera, Robles Morchón le da a los intérpretes "dominantes" un lugar preponderante, para nada secundario, en la creación del sistema. Como buen ejemplo de estos doctrinarios, el autor cita al eminente civilista español José Gastán Tobeñas, e igual podemos hacer nosotros con nuestras lumbreras nacionales: Mario de la

² *ibidem*, pp. 121-138.

Cueva, Ignacio Burgoa, Felipe Tena Ramírez, Ernesto Gutiérrez y González, por mencionar sólo algunos, quienes, en su momento, "limpian, fijan y dan esplendor" a nuestro Sistema jurídico mexicano.

Con estos elementos de diferenciación, Robles Morchón denomina "texto en bruto" al material jurídico positivo, lo que la teoría jurídica mexicana actual llama "lenguaje objeto", en unívoca referencia al ordenamiento; y, para referirse al sistema, el autor lo denomina "texto refinado", lo que aquí solemos nombrar "metalenguaje".

SEGUNDA TESIS: SINONIMIA ENTRE DERECHO Y SISTEMA³

Por ese camino, el autor propugna para que no sea el ordenamiento, sino el sistema el conjunto alrededor del cual se continúe la faena exploratoria y explicativa. Ello tiene sentido, pues el ordenamiento sólo queda como referencia objetiva posterior, ya que los conceptos, las definiciones y las instituciones contenidos en el material jurídico "original" del ordenamiento nunca son suficientemente provistos por el legislador, por los contratantes o por el juzgador, ni en cada caso, ni de manera uniforme. Esto mueve a Robles Morchón hacia una segunda tesis: lo que llamamos Derecho no es otra cosa sino el sistema producido por la labor interpretativa de la doctrina "oficial" de cada época. En otras palabras, Derecho es la sistematización del ordenamiento, nunca el ordenamiento en bruto.

Esta tesis recuerda la "jurisprudencia superior" de Rudolf Ihering, la cual requiere de la necesaria positividad de los materiales empleados, una unidad sistemática y, no menos importante, belleza en la disposición de los elementos. Por ello, es más exigible la pulcritud en la escritura de un artículo de una revista jurídica que en la redacción de un tratado internacional.

TERCERA TESIS: EL CONCEPTO DE NORMA PROCEDE DEL SISTEMA, NO DEL ORDENAMIENTO⁴

Dado el sistema como resultado de las interpretaciones dominantes, Robles Morchón propone que es sólo entonces cuando se puede hablar de alguna norma.

Siguiendo con el esquema de "Textos", si el Ordenamiento está constituido por una diversidad de enunciados, y el sistema es el producto interpretativo de todos esos enunciados, entonces el total de proposiciones contenidas en esos enunciados, y no otra cosa, es lo

*Esta tesis recuerda
la "jurisprudencia
superior" de Rudolf
Ihering, la cual
requiere de la necesaria
positividad de los
materiales empleados,
una unidad
sistemática y, no menos
importante, belleza
en la disposición
de los elementos.
Por ello, es más
exigible la pulcritud
en la escritura de
un artículo de una
revista jurídica que
en la redacción de un
tratado internacional.*

³ *Ibidem*, p. 123.

⁴ *Ibidem*, p. 197.

Llegado al punto de la cuestión de los Principios Jurídicos, el profesor Robles Morchón resuelve que también son proposiciones lingüísticas del sistema, es decir, son normas cuya caracterización depende de su contenido.

que forma el sistema. Así, Robles Morchón elabora un concepto "comunicacional" de norma jurídica:

proposición lingüística perteneciente a un sistema proposicional expresivo de un ordenamiento, la cual tiene como propósito dirigir u orientar directa o indirectamente la acción humana.

CUARTA TESIS: UNA EFICIENTE TIPOLOGÍA NORMATIVA⁵

Del citado concepto de norma jurídica, nuestro autor deriva una clasificación que agrupa en dos grandes bloques a las normas de cualquier sistema jurídico: las que dirigen la acción humana de manera directa y las que lo hacen de manera indirecta. Ello le permite a Robles Morchón contar con un criterio de distinción normativa. En primer término, identifica a aquellas normas que determinan los ámbitos dentro de los cuales se puede llevar a cabo toda acción válida. Así, dichas normas se ocupan de establecer los ámbitos espacial, temporal, sujetacional y competencial. A este tipo de normas, o proposiciones lingüísticas, como las categoriza, las llama ónticas, pues dicen, por ejemplo, cuál es el territorio del Distrito Federal, cuáles son los días hábiles, cuáles son los destinatarios de las demás normas y cuáles son los órganos competentes para efectuar acciones válidas del sistema. Este primer grupo de Normas Indirectas de la Acción recuerda la función "performativa" de ciertos actos del habla, tal como los estudió el lingüista John Langshaw Austin, o bien, los actos "mágicos" del Derecho a los que hizo alusión Axel Hägerstrom. El segundo grupo, las Normas Directas de la Acción, como su nombre lo dice, aglutina a aquellas proposiciones lingüísticas que gobiernan la constitución de las "jugadas" válidas del sistema. En tal sentido, Robles Morchón parece retomar el esquema hartiano, pero no como resultado de la "transferencia del poder", sino como "circunscripción de lo ejecutable". La clase de Normas Directas de la Acción está conformada por tres tipos de normas: deónticas, procedimentales y potestativas, las cuales se explicitan por su propia denominación: normas referidas a la imposición de deberes, normas de procedimiento y normas referidas al poder conferido tanto de particulares como de autoridades.

Llegado al punto de la cuestión de los Principios Jurídicos, el profesor Robles Morchón resuelve que también son proposiciones lingüísticas del sistema, es decir, son normas cuya caracterización depende de su contenido. Para ello, ilustra con dos ejemplos: El principio de la irretroactividad de la legislación penal, lo tipifica como una **norma deóntica** que prohíbe al operador jurídico la aplicación

5 *Ibidem*, pp. 201-227.

de una pena a una conducta anterior a la disposición penal, en cualquier caso. El principio de la ley posterior que deroga a la anterior, lo clasifica como una norma óptica que declara que la ley posterior es la vigente en cualquier caso. Dice nuestro autor que la gran característica de los llamados principios generales del Derecho estriba en eso: en su generalidad y no en otro atributo. De hecho, evita el debate del "todo o nada de las normas" contra lo "ponderativo de los principios", apreciando que los llamados principios tienen la misma naturaleza del "todo o nada" de las normas. Según esta consideración de Robles Morchón, pudiera estimarse que el problema de los casos difíciles (donde colisionan principios) no ha de resolverse mediante una formulación sintáctica, sino mediante la política jurídica, lo cual debe abordarse en otro terreno, el de las decisiones jurídicas, donde es ineludible la confrontación con el valor de la Justicia.

QUINTA TESIS: LA NORMA JURÍDICA, COMO CONCEPTO CENTRAL DE UNA TEORÍA SINTÁCTICA⁶

Para Gregorio Robles Morchón, es indiscutible el valor de una Teoría Formal del Derecho, ya que ésta "tiene el cometido de exponer los conceptos formales de todo sistema jurídico, ofreciendo una teoría de las normas jurídicas, de la estructura interna del sistema, de las relaciones entre sistemas y de los conceptos que todo sistema presupone. Su concepto central es el concepto de norma jurídica. Esta porción sintáctica de la ciencia del Derecho, es precisamente la que alcanzó su climax en la obra de Hans Kelsen, pero sin escatimar el inmenso contingente de precursores como Bentham, Austin, Hohfeld, Ihering, Windscheid, Bierling, Merkl y Stammler, así como los posteriores enriquecimientos debidos a Wright, García Máynez, Bobbio, Hart, Tamayo, Raz y otros que, como ellos, se han interesado en el aspecto formal del fenómeno jurídico, atendiendo el importante problema de los contenidos en forma separada o, como otros, que deciden limitar todo su quehacer exclusivamente a la sintaxis del Derecho, es decir, al análisis puramente estructural del mismo.

SEXTA TESIS: LA INSTITUCIÓN JURÍDICA COMO CONCEPTO CENTRAL DE UNA TEORÍA SEMÁNTICA⁷

Con motivo de la naturaleza eminentemente interpretativa que acompaña a la colocación de proposiciones lingüísticas dentro de enunciados, así como a la posterior "extracción" o "reconstrucción"

⁶ *Ibidem*, p. 155.

⁷ *Ídem*.

Esta parte del fenómeno jurídico es, en nuestra opinión, la más ardua de todas, pues representa la sección crítica de la operación jurídica: la toma de las decisiones.

por medio de la cual se “recupera” a tales proposiciones lingüísticas, Gregorio Robles Morchón destaca que hay un concepto crítico en tales construcciones/descubrimientos: cada una de las resultantes que surge de la relación interproposicional en la medida que constituyen nuevas entidades significativas: esas resultantes son las llamadas instituciones jurídicas. Lo cual, a juicio del autor, es el eje de los estudios referidos a la interpretación de los significados recurrentes. Es decir, lejos de optar por el pesimismo hartiano acerca del presunto desacuerdo empírico-que-no-es-teórico⁸ interoperarios jurídicos, Robles Morchón dispone dentro de su *Teoría Comunicacional* un apartado *ad hoc* para el problema interpretativo, siempre alrededor del concepto de institución jurídica. Como en el primer volumen no se desarrolla tal teoría semántica, habrá que revisar todo cuanto publique nuestro autor al respecto. Hay que apuntar que la concepción de Derecho que promueve el profesor norteamericano Ronald Dworkin se refiere a una “actividad interpretativa de los órganos jurisdiccionales y los operadores jurídicos” y, de alguna manera, cabe esperar que Robles Morchón aproveche mucho de Dworkin y otros autores “interpretacionistas”, así como de los “institucionalistas” como Santi Romano y Maurice Hauriou, en la confección de su Teoría Semántica del Derecho, a la que también llama Teoría de la Dogmática Jurídica.

SÉPTIMA TESIS: LA DECISIÓN JURÍDICA COMO CONCEPTO CENTRAL DE UNA TEORÍA PRAGMÁTICA⁹

Esta parte del fenómeno jurídico es, en nuestra opinión, la más ardua de todas, pues representa la sección crítica de la operación jurídica: la toma de las decisiones. Es decir, resolver de manera acertada o errónea cada una de las tareas del entramado del Derecho, ya sea diseñar una Constitución, forjar una cláusula contractual, dictar una resolución arbitral o notificar un emplazamiento. Por sus implicaciones, muchos de los estudiosos del Derecho detienen su búsqueda en este territorio y declaran al mismo una zona de la política jurídica, de la filosofía política, de la ética y de la sociología del Derecho, pero totalmente ajeno a la Teoría General del Derecho. Robles Morchón, al incluir este aspecto del fenómeno jurídico, es decir, la forma en la que se usa el Derecho, parece abrir la ruta que reconcilia al Formalismo jurídico con la axiología jurídica, aunque tal vez ello no sea con

8 El debate Hart-Dworkin, entre otras cosas, versa acerca del aguijón semántico que Dworkin les achaca a los teóricos semánticos, según el cual, Hart y sus seguidores miran desacuerdo teórico donde sólo hay desacuerdo empírico, al decir del profesor estadounidense. (Vid. *El Imperio de la Justicia*, *Laws empire*, p. 36.)

9 Robles Morchón, Gregorio, *op. cit.*, p.155.

ninguno de los tintes iusnaturalistas tradicionales y sí, en cambio, más referidos al análisis empírico de la aplicación del Derecho. La formación profesional de Gregorio Robles Morchón lo califica como sociólogo del Derecho, así como estudioso de la deontología jurídica. Igualmente, al ser una teoría que sólo está planteada como el tercio final de la *Teoría Comunicacional*, y puesto que tampoco viene desarrollada en el primer volumen, es de esperarse que el autor aproveche la nutrida producción de los pragmáticos anglosajones sobre la joya de la corona: la Justicia. Entre tales estudios, sobresalen las obras de John Rawls, Robert Nozick, Ronald Dworkin, Richard Posner, Gerald Cohen, Amartya Sen y Jeremy Waldron así como los trabajos publicados por los llamados realistas norteamericanos Oliver Wendell Holmes, Jerome Frank, Felix Cohen y Benjamín Cardozo, por mencionar a los principales.

“La Teoría de la Decisión Jurídica”, precisa Robles Morchón, “estudia los diferentes procesos de decisión creadores del ordenamiento jurídico, así como la teoría de la justicia que va incorporada a dichos procesos de decisión”.¹⁰

CONCLUSIÓN

Vale la pena preguntarse, ¿cuál es el propósito de la Teoría Comunicacional del Derecho? El mismo autor lo responde: “... Intenta salir del callejón sin salida que la disputa entre iusnaturalismo y positivismo había generado en el seno del pensamiento jurídico”.¹¹ Ése es el mérito del esfuerzo de Gregorio Robles Morchón, pues articulando la triple realidad de formulación-interpretación-aplicación del Derecho, mediante teorías *ex professo*, busca dar cuenta del fenómeno jurídico en toda su complejidad. Que el planteamiento “como texto” nos parezca simplista o impropio, sólo muestra nuestra atadura a un paradigma diferente al que se nos propone. Pero, una vez superada la resistencia inicial, ya se está en condiciones de beneficiarse con una perspectiva realmente enriquecida y la cual nos motiva a reconstruir los puentes rotos del entendimiento con aquellos que piensan distinto a nosotros. Quizá, Robles Morchón debió percibirlo, ya sea tiempo de leer al Hans Kelsen de *Esencia y valor de la democracia* (1974), al Norberto Bobbio de *Elogio della Mitezza* (1993) y al Joseph Raz de *The Practice of value* (2001). La conclusión a la que arriba Raz, en el ensayo que se refiere, ilustra bien las confluencias que alientan el acercamiento entre el objetivismo y el relativismo:

Lo importante es destacar que la dependencia social de los valores nos habilita para entender mejor su desarrollo

Vale la pena preguntarse, ¿cuál es el propósito de la Teoría Comunicacional del Derecho? El mismo autor lo responde: “... Intenta salir del callejón sin salida que la disputa entre iusnaturalismo y positivismo había generado en el seno del pensamiento jurídico”.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ *Ibidem*, p.152.

La teoría comunicacional del Derecho, en suma, es un encomiable propósito de atender todo cuanto objetivamente existe hecho en el Derecho y todo cuanto resta por hacer a cada uno de los sujetos que seguirán construyendo las nuevas normas e instituciones jurídicas, pues no está acotada a la simple descripción de su sintaxis normativa, sino que, dada la responsabilidad que asiste a la labor hermenéutica-constructiva, léase “semiosis jurídica”, obliga al análisis del proceso decisorio de hoy y siempre: la praxis jurídica.

y su existencia. Ello nos permite reconciliar la objetividad de los *valores* con su fluidez y con sensibilidad hacia las prácticas sociales, para entendimientos e interpretaciones compartidos. Ello nos permite combinar el sostenimiento de un punto fijo de referencia —lo cual es esencial tanto para la comprensión de *valores* objetivos y poder así ser orientados por ellos, como para realizarlos o, bien, para acceder a mayores complejidades respecto de ellos— y la comprensión de que su fijeza es temporal y frágil, lo cual explica su, a menudo, continuo cambio, sin ser diferente de su posterior desarrollo en una u otra dirección, lo que está siempre abierto. Nada de esto es explicable, a menos que tomemos seriamente la contingencia que anida en el corazón de todos los *valores*.¹²

La teoría comunicacional del Derecho, en suma, es un encomiable propósito de atender todo cuanto objetivamente existe hecho en el Derecho y todo cuanto resta por hacer a cada uno de los sujetos que seguirán construyendo las nuevas normas e instituciones jurídicas, pues no está acotada a la simple descripción de su sintaxis normativa, sino que, dada la responsabilidad que asiste a la labor hermenéutica-constructiva, léase “semiosis jurídica”, obliga al análisis del proceso decisorio de hoy y siempre: la praxis jurídica.



¹² Raz, Joseph, *The practice of value*, 2001, p. 40.

Mecanismos alternativos de resolución de controversias en línea: *hacia un sistema mundial*

Wendolyne Nava González*

INTRODUCCIÓN

En la última década el comercio electrónico derivado de transacciones entre empresas y consumidores (B2C¹) ha tenido un crecimiento importante. Uno de los principales factores es el significativo aumento del número de personas conectadas a internet.² Según datos de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, a principios del año 2000 había en el mundo 250 millones de usuarios de internet, hacia el año 2011 los internautas superan los 2000 millones.³ La economía digital seguirá creciendo hasta el punto de superar en el 2011 el trillón de dólares, esto equivale a 2 millones de dólares en ventas en línea por segundo.⁴

1 Business to Consumer.

2 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Grupo de Trabajo III (Solución de Controversias por Vía Informática), 43 periodo de sesiones, Nueva York, 21 de junio a 9 de julio de 2010. Posible labor futura sobre la solución por vía electrónica de controversias surgidas en operaciones de comercio electrónico transfronterizas, Nota de la Secretaría, 23 de abril de 2010, A/CN.9/706, párrafo 9.

3 International Telecommunication Union, Key Global Telecom Indicators for the World Telecommunication Service Sector, http://www.itu.int/ITU-D/ict/statistics/at_glance/KeyTelecom2010.html

4 Excluyendo las compras por eBay y vuelos. Morgan, JP, North America Equity

* Profesora investigadora de tiempo completo adscrita al Departamento de Ciencias Jurídicas, UACJ.

En los últimos años en el mundo se han desarrollado una serie de iniciativas regionales. Entre sus objetivos primordiales se encuentra la protección de los consumidores que han sido perjudicados por empresas en línea, en particular cuando los perjuicios son de escaso valor económico y la controversia de índole transnacional.

Definitivamente, la confianza que adquiera el usuario en las operaciones a través de internet es un factor clave para que el comercio electrónico en el mundo desarrolle todo su potencial. Es evidente que en los últimos años el consumidor se está convirtiendo en uno de los principales actores en las operaciones comerciales internacionales en línea, y es imperativo que se busquen formas eficaces de protegerlo cuando surja alguna controversia derivada de transacciones por internet.

Es de destacar que en este tipo de conflictos existe un marcado contraste entre el escaso valor de las operaciones y las elevadas costas de un litigio judicial, además resulta complicado determinar el foro competente y es casi imposible hacer cumplir una sentencia extranjera. Asimismo, las reclamaciones derivadas del comercio en línea internacional entre proveedores y consumidores reclaman un sistema rápido, eficiente y que sea proporcional al valor económico de la disputa.

Los mecanismos alternativos de resolución de controversias en línea (en adelante ODR)⁵ surgen como una alternativa simple y razonable para resolver este tipo de disputas derivadas del comercio electrónico.

Los ODR son procesos que incorporan el uso de internet o cualquier otro tipo de tecnología de la información y/o comunicación similar, para la resolución de controversias, las cuales pueden haberse generado *online* u *offline*. Estos sistemas tienen dos objetivos fundamentales, primero facilitar el acceso a la justicia respecto a determinados conflictos y segundo ayudar a aumentar la confianza en el comercio electrónico.⁶

En los últimos años en el mundo se han desarrollado una serie de iniciativas regionales. Entre sus objetivos primordiales se encuentra la protección de los consumidores que han sido perjudicados por empresas en línea, en particular cuando los perjuicios son de escaso valor económico y la controversia de índole transnacional. Asimismo, buscan impulsar la expansión del comercio electrónico, especialmente con relación a las pequeñas y medianas empresas. Entre estas inicia-

.....
Research, 26 de junio 2009.

5 Online Dispute Resolution.

6 Kaufman, Gabrielle y Schultz, Thomas, *Online Dispute Resolution. Challenges for Contemporary Justice*. Kluwer Law International, Reino Unido, 2004, p. 68

tivas se destacan: ECC-Net⁷ en la Unión Europea, ICA-Net en Asia y el Programa Regional ODR para la economía digital⁸ del ILCE en América Latina. Asimismo, alrededor del mundo existen numerosas iniciativas privadas.⁹

Recientemente, los Estados Unidos de Norteamérica, tomando en cuenta el papel importante que en los últimos años juega el comercio electrónico en el mundo y preocupado por la protección de los consumidores, presentó a la Organización de Estados Americanos una propuesta sobre solución de controversias transfronterizas en línea en el ámbito del comercio electrónico B2C.

La iniciativa ODR tiene como finalidad promover la confianza del consumidor al proporcionar mecanismos expeditos para la solución y ejecución de decisiones para los reclamos de los consumidores que trascienden fronteras, idiomas y diferencias legales.¹⁰

Con base en los resultados y experiencias de los distintos mecanismos ODR que actualmente existen en el mundo y la incipiente normativa, la propuesta de Estados Unidos busca la creación de un sistema que permita proteger y compensar a los consumidores de los países miembros de la OEA que han sido afectados por empresas en línea, en particular cuando los perjuicios son de escaso valor económico; y al mismo tiempo impulsar la expansión del comercio electrónico, especialmente de las pequeñas y medianas empresas en la región.

Ahora bien, durante años se ha discutido la posibilidad de un sistema global de solución de controversias en línea. La propuesta estadounidense a la OEA, el rápido crecimiento del uso de tecnología tanto *online* como *mobile*¹¹ y el impresionante crecimiento del comercio electrónico, al parecer son indicativos de que podría ser el momento apropiado para establecer un sistema global de solución de controversias en línea capaz de dar solución a un gran número de disputas transnacionales B2C de escasa cuantía. Recientemente la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional creó un Grupo de Trabajo ODR para estudiar el tema.

7 Véase: http://ec.europa.eu/consumers/ecc/index_en.htm

8 Véase: <http://www.einstituto.org/nuestras-iniciativas/programa-regional-redodr/>

9 Véase: <http://WebAssured.com>

<http://SettleOnline.com>

<http://www.123settle.com>

<http://www.claimchoise.com>

<http://www.settletoday.com>, por mencionar algunos.

10 Organización de Estados Americanos, Solución Electrónica de Controversias Transfronterizas de los Consumidores en el Ámbito del Comercio Electrónico, CP/CAJP-2652/08add.1.rev.1.

11 Tecnología a través de teléfonos celulares cuyo uso está muy extendido en algunos países de Latinoamérica.

La penetración de internet es ahora mayor, incluso en países en vía de desarrollo. Por otro lado, el comercio electrónico está alcanzando cifras inimaginables hasta hace algunos años.

A continuación se expondrán a *grosso modo* los desafíos que el diseño y desarrollo de un sistema mundial de controversias en línea podría enfrentar. Asimismo, se hará un análisis de la propuesta de Estados Unidos a la OEA, y los avances del Grupo de Trabajo de la CNUDMI en la materia, los cuales son a la fecha el referente más importante para la creación de un Sistema Global ODR.

I. DIFICULTADES QUE ENFRENTA LA CREACIÓN Y DESARROLLO DE UN SISTEMA MUNDIAL ODR

Como ya se explicó, en los últimos años la comunidad internacional está muy interesada en crear un sistema a nivel mundial para la solución de controversias derivadas del comercio electrónico, las cuales tienen la característica de ser de escasa cuantía y de índole transnacional, trayendo como consecuencia que la vía jurisdiccional tradicional no sea la idónea para solucionar este tipo de conflictos.

Al parecer, después de más de una década de lucha intensa, las condiciones para materializar esta idea se están dando. Existen actualmente una serie de iniciativas regionales ODR, tales como ECC-Net e ICANet, etcétera, que están interesadas en tener alcances globales en su labor y ser interoperables con otros sistemas. Además, existen ya sistemas de resolución de controversias en línea de índole mundial muy exitosos tales como eBay/PayPal o La Política Uniforme de Solución de Controversias en Materia de Nombres de Dominio (UDRP) de la ICANN,¹² que resuelven al año millones de controversias a través de la tecnología. La penetración de internet es ahora mayor, incluso en países en vía de desarrollo. Por otro lado, el comercio electrónico está alcanzando cifras inimaginables hasta hace algunos años.

Sin embargo, son muchos los desafíos que un sistema de esta índole tiene que enfrentar. Se reseñarán los más importantes:¹³

- *Problemas de tipo legal.* Evidentemente la normativa existente aplicada al comercio electrónico, y en especial al tema de resolución de disputas, varía de un país o otro, situación que perjudica invariablemente tanto a empresas o proveedores en línea como a consumidores. Por lo que resulta bastante complicado diseñar un sistema global ODR que satisfaga los requisitos de legalidad de los distintos Estados y al mismo tiempo haga posible resolver con equidad los conflictos.

¹² Internet Corporation for Assigned Names and Numbers. Véase: <http://www.icann.org/>

¹³ Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *op. cit.*, párrafos 44 a 46

- *Conflictos de índole cultural y lingüístico.* El problema resulta más complejo de lo que parece. Diseñar y poner en marcha un sistema que se adapte a la diversidad que existe en el mundo a fin a que sea accesible y fácil de usar es una tarea sumamente compleja, que requiere del consenso de los países tanto desarrollados como en vías de desarrollo, ya que la brecha digital va muy de la mano con este problema.
- *Dificultades técnicas.* Este sistema deberá ser capaz de dar trámite de millones de reclamaciones en todo el mundo, las cuales muy probablemente irán en aumento. Además de establecer una comunicación en tiempo real tomando en cuenta las diferencias de idioma y cultura, resulta evidente que algunos países no tienen la infraestructura y cultura tecnológica necesaria para este propósito.

*Estados Unidos,
Brasil, México,
Canadá y Argentina
se encuentran entre los
líderes mundiales en
cuanto a cantidad de
usuarios de internet.*

Definitivamente, existen otras muchas cuestiones por resolver, por ejemplo ¿quién desarrollaría la plataforma?, ¿cómo se financiaría?, ¿se debe crear un solo sistema o éste debe ser interoperable con los ya existentes?, ¿se debe incluir a los sistemas de pago como parte del mecanismo?, ¿quién administraría la plataforma?, etcétera.

La propuesta de Estados Unidos a la OEA, y especialmente los trabajos de la CNUDMI en la materia, definitivamente pueden ayudar a dar solución a estas cuestiones.

II. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS: SOLUCIÓN ELECTRÓNICA DE CONTROVERSIAS TRANSFRONTERIZAS DE LOS CONSUMIDORES EN EL ÁMBITO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

El continente americano es uno de los mercados con mayor crecimiento a nivel mundial en materia de comercio electrónico entre empresas y consumidores.¹⁴ En la actualidad existen más de 330 millones de usuarios de internet a nivel de los países miembros de la OEA. Estados Unidos, Brasil, México, Canadá y Argentina se encuentran entre los líderes mundiales en cuanto a cantidad de usuarios de internet. Y se espera que estos números sigan aumentando en forma exponencial a medida que los consumidores en América Latina puedan tener acceso a internet de modo más frecuente a través de los teléfonos celulares, en lugar de computadoras.¹⁵ Para tener un panorama más claro, sólo en Estados Unidos, el comercio en línea B2C generó 3.1 trillones de dólares en ventas en 2008.¹⁶

¹⁴ International Telecommunication Union, véase nota 3.

¹⁵ Organización de los Estados Americanos, Creación de un Marco Práctico para la Protección de los Consumidores, http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_proteccion_al_consumidor_estados_unidos_presentacion.pdf

¹⁶ Organization for Economic Co-operation and Development, Conference

Resulta evidente que los estados miembros de la OEA tienen distintos enfoques culturales, y sobre todo legales, con relación a cómo solucionar las controversias planteadas por los consumidores derivadas del comercio electrónico.

Estas cifras muestran claramente la urgencia de soluciones que permitan resolver las controversias derivadas del uso de internet, específicamente del comercio electrónico, que beneficien tanto al consumidor como a las empresas en línea.

Resulta evidente que los estados miembros de la OEA tienen distintos enfoques culturales, y sobre todo legales, con relación a cómo solucionar las controversias planteadas por los consumidores derivadas del comercio electrónico. A lo largo de los años han adoptado distintas clases de mecanismos de solución de disputas,¹⁷ además de la existencia de diferentes usos comerciales y legislaciones dentro de la región. En virtud de estas diferencias, la OEA busca proporcionar un marco común que permita a los estados miembros mejorar el acceso a la justicia de los consumidores en línea, diversas iniciativas se han emprendido al respecto.¹⁸ La más novedosa¹⁹ se dio en la Séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado²⁰ (CIDIP-VII), convocada por la Asamblea General de la OEA, en virtud de la cual se seleccionó Protección al Consumidor como uno de los temas a tratar. Como bien se sabe, la

CIDIP es el componente principal de la OEA en el desarrollo del derecho internacional privado en el hemisferio occidental y juega un papel muy importante en la codificación y armonización del derecho internacional privado en la región*.²¹

.....
on Empowering E-Consumers: Strengthening Consumer protection in the internet economy, Washington D.C. 2009, p. 8, <http://www.oecd.org/dataoecd/44/13/44047583.pdf>

17 En algunos países miembros de la OEA, los mecanismos alternativos de solución de controversias administrados por el estado se encuentran ampliamente desarrollados. Tal es el caso de *Concialianet* en México o *SERNAC* en Chile. Véase: <http://concialianet.profecocom>

<http://www.sernac.cl>, respectivamente.

18 Entre estas iniciativas se encuentra la Red de Consumo Seguro y Saludo. Véase: http://www.oas.org/es/sla/rcss/sobre_rcss.asp

19 Es importante destacar que Brasil y Argentina también presentaron propuestas en el marco de la CIDIP VII en relación al tema de Protección al Consumidor.

20 Organización de Estados Americanos, Preparativos para la Séptima Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Público, AG/RES.1923 (XXXIII-O/03).

21 Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Comi-

A continuación se describe la propuesta de Estados Unidos.

La iniciativa estadounidense pretende crear un sistema que permita proteger y compensar a los consumidores de los países miembros de la OEA que han sido perjudicados por empresas en línea, específicamente cuando los perjuicios son de escaso valor económico. Y al mismo tiempo, impulsar la expansión del comercio electrónico en la región. La propuesta sugiere la creación de un sistema electrónico multi-estatal escalonado para la negociación, mediación y arbitraje²² de disputas de bajo costo por parte de los consumidores. El procedimiento es sencillo y se desarrolla básicamente en tres etapas.

1. Fases del procedimiento

A. Primera parte²³

En virtud de esta iniciativa habrá un Centro Coordinador, el cual contará con un sitio en internet que le permitirá al consumidor hacer su reclamación transfronteriza en línea en contra de un vendedor o empresa registrada²⁴ mediante un Formulario Electrónico de Inicio. En este formulario, el consumidor introduce sus datos personales (nombre, dirección, correo electrónico), así como información sobre el vendedor, da su versión de los hechos y especifica la posible solución al conflicto.²⁵

Una vez que se ha completado el Formulario de Inicio, se notifica al vendedor, el cual tiene siete días para responder. Si el vendedor hace caso omiso al aviso se pasará automáticamente a la siguiente fase.

En caso de que el vendedor responda a la notificación habrá una negociación automatizada entre las partes a través de una plataforma en internet, administrada por el Centro Coordinador, sin intervención humana de ningún tipo en virtud de la cual los disputantes podrán intercambiar datos y propuestas, y negociar entre ellos un acuerdo vinculante.²⁶ Si no se llega a un convenio se pasará a la segunda etapa.

.....
sión de asuntos Públicos y Políticos, Selección de temas para la agenda de la Séptima Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado, 22 de octubre 2003, CP/CAJP-2094/03.

22 En la iniciativa, la expresión arbitraje se utiliza en sentido amplio como un concepto que incluye procedimientos en línea de solución no judicial de controversias y no implica necesariamente la aplicación de leyes relativas al arbitraje formal.

23 Mucho del lenguaje utilizado para describir el procedimiento se ha basado en el documento: "Borrador de (Ley/Marco Cooperativo Modelo) para la Solución Electrónica de Controversias Transfronterizas de los Consumidores en el Ámbito del Comercio Electrónico" y en el documento: "Creación de un marco práctico para la protección de los consumidores."

24 Los vendedores deberán dar su consentimiento para su inclusión en la página en internet del Centro Coordinador. Es decir, cada vendedor opta en forma voluntaria por participar en el sistema.

25 El consumidor tiene seis meses a partir de que realizó la compra o solicitud del servicio para hacer su reclamo.

26 En esta primera etapa, las partes cuentan con 20 días para negociar un acuer-

B. Segunda parte

En esta segunda fase del procedimiento, el Administrador Nacional²⁷ del lugar en que se localiza el vendedor, designará un proveedor certificado²⁸ de servicios ODR para proceder a resolver la controversia.

El proveedor ODR designará un profesional que se encargue de dirimir la controversia a través de un acuerdo facilitado y/o un arbitraje en línea atendiendo a la situación en concreto.

El Centro Coordinador deberá asegurarse que la documentación correspondiente sea remitida al proveedor de servicios ODR designado por el Administrador Nacional.

C. Tercera Parte

Una vez que se llega a un acuerdo o se emite el laudo, el Administrador Nacional o la autoridad designada por el Estado, se asegura que se cumpla con la decisión.

Si el comerciante incumple con el acuerdo o laudo, el Administrador podrá remitir el caso a la organización (u organizaciones) competentes en el Estado correspondiente a efectos de su ejecución. Entonces se podrán adoptar distintas medidas para asegurarse que el comerciante cumpla con el laudo y/o el acuerdo, incluyendo: acciones directas, remisión del caso a agencias de cobranzas y/o solicitud de asistencia a las redes de pago.

Las normas modelo que regulan el proceso de la iniciativa establecen que las autoridades nacionales podrán realizar convenios con las redes de pago²⁹ a efectos del cobro y ejecución de las decisiones. Es factible, asimismo, que los organismos privados³⁰ también puedan desempeñar un papel importante en la ejecución de los laudos.

A la fecha no se ha adoptado ninguna resolución sobre la CIDIP-VII, y lo más probable es que no habrá a corto plazo un marco formal de negociación.

Aún así la propuesta de Estados Unidos es muy interesante, y si llegara a materializarse se lograría el objetivo de contribuir a promover la confianza de los consumidores en el comercio electrónico al proporcionar una rápida solución y ejecución de decisiones en los conflictos más allá de las fronteras, idiomas y diferencias en los sistemas legales. Y al mismo tiempo, sería un incentivo para las empresas en línea de actuar a nivel transfronterizo, ya que los costos legales se reducirían considerablemente. Actualmente los comerciantes que desean vender

do, pasado ese tiempo se les notificará que deben pasar a la siguiente etapa o dar por terminado el procedimiento.

27 El Administrador Nacional es un organismo gubernamental o entidad autorizada por el gobierno del lugar donde se encuentra el vendedor.

28 El Administrador selecciona el proveedor de servicios ODR de un listado de proveedores aprobados.

29 Por ejemplo, MasterCard, Visa, PayPal o asociaciones vinculadas a tarjetas de débito.

30 Sellos de confianza.

sus productos a nivel internacional, por lo general, deben respetar el nivel de protección al consumidor vigente en el país destino,³¹ esto resulta muy costoso a las empresas.

2. *Propuestas de la Iniciativa en relación al procedimiento*

Está claro que el sistema es bastante innovador y presenta propuestas claras y concretas sobre el diseño que debe tener el sistema, a continuación se expondrán las más importantes:

- El procedimiento es completamente estandarizado, incluye negociación, mediación y arbitraje.
- El Centro Coordinador es el encargado de administrar la red. Está conformado por un Comité sobre Solución Interamericana de Controversias de Consumidores, el cual es integrado por representantes de cada uno de los países participantes.
- Se espera que el procedimiento sea gratuito para el consumidor y poco costoso para los vendedores que se adhieran al sistema. Los Estados participantes deberán ayudar a financiar el sistema.
- El sistema se encuentra diseñado de tal manera que los proveedores de servicios ODR y empresas o vendedores en línea sean supervisados en su labor, tanto por el Centro Coordinador, como por las Autoridades Nacionales de los países participantes.
- Las partes pueden si así lo desean, tener un representante legal.
- El idioma a utilizarse durante el procedimiento será el utilizado en la transacción.³²
- Todos los acuerdos y laudos derivados del procedimiento propuesto son vinculantes y ejecutables.
- Se sugiere a los países miembros que deseen adoptar la iniciativa, hacer convenios con redes de pago a fin de facilitar la ejecución del acuerdo o laudo.
- Lo más novedoso es que esta iniciativa trata de simplificar la ejecutoriedad del laudo ubicando las actuaciones en el país del vendedor dejando abierto a los países participantes la forma de hacerlo, dando diversas sugerencias.
- Propone que se designe un Administrador Nacional en cada país participante a fin de que vigile no solo el curso del procedimiento, sino también el cumplimiento del acuerdo.

31 Commission Staff Working, Document Report on cross-border e-commerce in the EU, Brussels, 5.3.2009, SEC (2009) 283 final, p.15.

32 Para más detalles sobre el procedimiento se puede consultar el siguiente documento: Colín, Rule *et al.*, "Designing a global consumer online dispute resolution (ODR) system for cross-border small value-high volumen claims-OAS developments".
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1635463

Básicamente la idea es que el sistema permita la presentación de millones de reclamos de índole transfronterizo derivados del comercio electrónico B2C y éstos sean resueltos de forma simple, transparente, poco costosa y rápida.

A pesar de que lo más probable es que la iniciativa no llegue a materializarse, la propuesta ha generado mucha expectación alrededor del mundo, de hecho en la Conferencia Internacional "ODR and Consumers",³³ llevada a cabo en la ciudad de Vancouver, Canadá, los días 2 y 3 de noviembre de 2010, se habló de establecer un sistema global ODR inspirado en esta propuesta.³⁴

Como ya se apuntó, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional también busca impulsar el comercio electrónico a través de mecanismos alternativos de resolución de controversias en línea y lo ha demostrado creando recientemente un Grupo de Trabajo específicamente para el tema ODR. Expertos de todo el mundo examinan con atención los trabajos de este grupo en virtud de que su labor podría establecer los cimientos necesarios para crear un Sistema Mundial de solución de Controversias en Línea.

III. COMISIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUMDMI): SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS SURGIDAS EN EL MARCO DE OPERACIONES TRANSFRONTERIZAS DE COMERCIO ELECTRÓNICO

Las Naciones Unidas, durante más de una década,³⁵ ha mostrado gran interés en los conflictos que derivan del comercio electrónico, especialmente aquellos de índole transfronterizo. Recientemente Estados Unidos,³⁶ en el 42 periodo de sesiones de la Comisión llevado a cabo en Viena, del 29 de junio al 17 de julio de 2009, recomendó se elaborara un estudio sobre el tema de resolución de disputas en línea derivadas de transacciones digitales. Con base en la solicitud, se celebró un coloquio³⁷ en Viena los días 29 y 30 de marzo de 2010 al cual asistieron especialistas en la materia de todo el mundo.³⁸

33 Véase: <http://www.odrandconsumers2010.org/>.

34 Rule, Colin, *op. cit.*, nota 31, p. 36.

35 La Comisión en su 33 periodo de sesiones, llevado a cabo en Nueva York en el año 2000, analizó la posibilidad de incluir en su futuro programa de trabajo el tema de la solución de controversias en línea, así como también determinar qué tan necesario era el crear normas especiales en la materia. El tema fue incluido de manera formal, en su labor futura sobre comercio electrónico, durante los periodos de sesiones 33, llevado a cabo en Viena, 25 de junio a 13 de julio de 2001 y 34 celebrado en Nueva York del 17 al 28 de junio de 2002.

36 Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *op. cit.*

37 El coloquio se tituló "A Fresh Look at Online Dispute Resolution and Global E-Commerce: Toward a Practical and Fair Redress System for the 21st Century Trader (Consumer and Merchant).

38 La Secretaría, a petición de la Comisión, organizó el evento con la colaboración del Instituto de Derecho Mercantil Internacional de la *Pace University Law School*

Algunas de las cuestiones interesantes que se debatieron en dicho evento fueron la dificultad técnica, legal, cultural y lingüística que enfrenta el establecer un sistema mundial ODR capaz de tramitar un gran número de controversias transnacionales de escasa cuantía y la conveniencia o no, de crear una normativa que facilitara su implementación.³⁹ Asimismo, se destacó que en los últimos años se estaban estableciendo en el mundo sistemas regionales de resolución de controversias en línea, hecho que acentuaba la necesidad urgente de tratar el tema en el ámbito internacional a fin de evitar un desarrollo paralelo de sistemas incompatibles entre sí.⁴⁰

Finalmente, la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional, en su Sesión 43 llevada a cabo entre el 29 de junio y el 9 de julio de 2010, en la ciudad de Nueva York, decidió crear un Grupo de Trabajo para el tema específico de "La solución de disputas transfronterizas provenientes del comercio electrónico, tanto entre empresas (B2B⁴¹) como entre proveedores y Consumidores (B2C)". La Comisión considera que la vía judicial tradicional no cuenta con los medios idóneos para solucionar disputas derivadas del comercio electrónico internacional⁴² y que no existen mecanismos adecuados para la resolución de controversias en transacciones de escasa cuantía de carácter transnacional.⁴³ Además, se insiste en que

las controversias transfronterizas suscitadas por el comercio electrónico, que constituirán durante los próximos años una proporción creciente de quejas presentadas, reclaman el establecimiento de un sistema que no entrañe gastos, demoras y cargas desproporcionadas al valor económico de la controversia.⁴⁴

Se espera que la tarea que asuma dicho grupo culmine con la aprobación de una Ley Modelo⁴⁵ que permita la creación de mecanismos ODR armónicos alrededor del mundo para la solución rápida y eficaz de un gran número de controversias relativas a operaciones de escaso

.....
con la *Penn State Dickinson of Law*.

39 Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *op. cit.*, párrafo 7.

40 *Ibidem*, párrafo 51.

41 Business to Business.

42 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *op. cit.*, párrafo 25.

43 Vilalta, Esther. "Contratación transnacional y acceso a la justicia: mecanismos de resolución electrónica de disputas", *Revista Crítica de Derecho Informático Inmobiliario*, 2011, p. 16.

44 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *op. cit.*, párrafo 50.

45 *Ibidem*, párrafo 254.

valor entre empresas, o entre empresas y consumidores.⁴⁶ No obstante, el Grupo de Trabajo aclaró que una vez que se hubieran resuelto las cuestiones de fondo relativas a la solución de controversias, se determinaría la forma que revestiría el documento, ya sea ley modelo, reglamento, directrices o algún otro texto.⁴⁷

Ahora bien, en el 2010 se llevaron a cabo dos eventos cuyo objetivo se centró en la creación de un Sistema Global ODR. El primero de ellos, en el marco del Foro Mundial ODR 2010, fue "El Coloquio Internacional: Diseñando un Sistema Global de Resolución Electrónica de Disputas Transfronterizas provenientes de los Negocios y el Trabajo por Internet", que se realizó en Buenos Aires, Argentina, en junio de 2010, con la participación de más de 100 expertos internacionales.⁴⁸ Y el segundo fue la Conferencia Internacional "ODRand Consumers"⁴⁹ en la ciudad de Vancouver, Canadá, los días 2 y 3 de noviembre. En este segundo encuentro participaron expertos ODR en diversas áreas de todo el mundo,⁵⁰ los cuales reflexionaron sobre cómo establecer un sistema global de resolución de controversias en línea para dar trámite en forma eficiente a millones de casos de escasa cuantía derivados del comercio electrónico.⁵¹

Las reflexiones del encuentro Vancouver fueron llevadas a la primera reunión del Grupo de Trabajo ODR de la CNUDMI que se llevó a cabo en Viena del 13 al 17 de diciembre de 2010.⁵²

En esta primera sesión el Grupo de Trabajo examina los modelos existentes ODR de arbitraje y conciliación, así como también las normas que a la fecha regulan estos mecanismos.⁵³ Se estableció que no existe un instrumento internacional adecuado para la solución en línea de con-

46 *Ídem*.

47 *Ibidem*, párrafo 20.

48 Véase: <http://www.einstituto.org/onlinedisputeresolution/>

49 Véase: <http://www.odrandconsumers2010.org/>

50 Expertos ODR de América del Norte, Europa, Latinoamérica, Asia, y Medio Oriente, así como desarrolladores de software, organizaciones de Defensa del Consumidor, instituciones que representan al sector empresarial de diversas regiones, académicos especialistas en ODR de importantes universidades del mundo y, miembros de diferentes gobiernos, ONGs, entre otros.

51 El debate de la conferencia en Vancouver se centró en temas como el proceso y sus etapas, el desarrollo de estándares de prácticas legales y tecnológicas, la importancia de garantizar el cumplimiento y ejecución de los acuerdos y laudos a los que se llegue como consecuencia del proceso, legislación y consideraciones regionales. También se discutieron temas relacionados con los actores involucrados, es decir, los consumidores online, empresarios en línea, los sistemas de pago, los Estados, profesionales o neutrales, proveedores de servicios ODR, etc. Y los diversos desafíos legales, tecnológicos, económicos y culturales que conlleva establecer un sistema de esta magnitud.

52 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *op. cit.*

53 Para este efecto la Comisión tuvo a su disposición una nota de la Secretaría sobre la solución de controversias por vía informática, en la que se resumían las deliberaciones del coloquio llevado a cabo en Viena en marzo de 2009. Así mismo contó con el apoyo de un documento elaborado por el Instituto de Derecho Mercantil en apoyo de la posible labor futura de la CNUDMI en materia de solución de controversias por vía electrónica, que se reprodujo en el documento A/CN.9/710.

troversias a gran escala de índole transnacional y de escasa cuantía entre empresas y sobre todo entre empresas y consumidores, las cuales requieren de una solución rápida, eficaz y económica.⁵⁴

El Grupo de Trabajo hizo un análisis de las cuestiones que pudieran ser objeto de estudio en esta área a fin de lograr el objetivo de establecer una Ley Modelo y un Sistema Global ODR. Entre las cuestiones examinadas de más relevancia se destaca la ejecutoriedad y validez de un acuerdo de arbitraje⁵⁵ y si procede la aplicabilidad de la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras; también está el tema de identificación y autenticación de las partes; cuestiones en relación al proceso, su inicio, tramitación, contenido, pruebas, audiencias;⁵⁶ así como también el tema de la confidencialidad y seguridad de comunicaciones;⁵⁷ idioma,⁵⁸ coste y velocidad del proceso,⁵⁹ entre otras.

En dicha sesión se sugirió que se crearan cuatro tipos de instrumentos legales: el primero dedicado a las normas de procedimiento; el segundo, con relación a la acreditación de proveedores ODR; tercero, un conjunto de principios sustantivos para la solución de controversias; y un protocolo sobre la vía ejecutoria transfronteriza.⁶⁰

Asimismo, se llegó a un acuerdo de que el procedimiento debería tener tres fases claramente delimitadas, a saber: negociación, conciliación y arbitraje. Siendo las dos primeras las de mayor relevancia en virtud de que la experiencia de proveedores ODR señala que a través de ellas se resuelven la mayoría de los casos.⁶¹

Por último, el grupo adoptó la decisión de que se formulara un reglamento genérico, sencillo y de fácil aplicación para la solución de controversias por vía informática (ODR) que fuera compatible con el escaso valor de las reclamaciones y la necesidad de resolver con rapidez dichas controversias. Se estableció que el Grupo de Trabajo se reuniría otra vez del 23 al 26 de mayo de 2011 en la ciudad de Nueva York.

El proyecto de reglamento se publicó el 17 de marzo de 2011⁶² y fue objeto de estudio de forma parcial por el Grupo de Trabajo ODR en su 23 periodo de sesiones llevado a cabo en Nueva York.

54 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *op. cit.*, párrafo 16.

55 *Ibidem*, párrafo 23.

56 *Ibidem*, párrafos del 32 al 42 y del 59 a 62.

57 *Ibidem*, párrafos del 48 al 50.

58 *Ibidem*, párrafos 82-87.

59 *Ibidem*, párrafos del 88-90.

60 *Ibidem*, párrafo 21.

61 Se mencionó el caso específico de eBay que resuelve millones de controversias al año a través de estos dos mecanismos.

62 Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Grupo de Trabajo III (Solución de Controversias por Vía Informática), Solución por vía Informática de controversias surgidas en el marco de operaciones transfronterizas de comercio electrónico: proyecto de reglamento, 17 de marzo 2011, A/CN.9/WG. III/W, p. 107.

*En este momento
resulta imposible
establecer a ciencia
cierta cuándo y sobre
todo cómo se va a
crear, desarrollar
e implementar
un Sistema
mundial ODR.*

En esta última sesión se pidió a la Secretaría que preparara una serie de documentos para tratar los siguientes temas: Directrices para los terceros neutrales; reglas mínimas para los prestadores de servicios ODR; principios jurídicos sustantivos para la solución de controversias y un mecanismo para la ejecución.

Como puede apreciarse, la labor emprendida por el Grupo de Trabajo de la CNUDMI no es fácil, todavía hay muchos temas por analizar, discutir y concretar, sin embargo, se están haciendo avances importantes en la materia.

IV. CONCLUSIONES

Lo más probable es que la Iniciativa hecha por Estados Unidos a la OEA en el marco de la CIDIP VII con relación a el tema "Protección al Consumidor", no llegue a materializarse como un sistema regional. Sin embargo, la comunidad internacional en el área está muy interesada en establecer un Sistema Global ODR tomando como base esta iniciativa.

Por otro lado, como se puede apreciar, el Grupo de trabajo III de la CNUDMI busca dar solución a las dificultades que enfrenta establecer un Sistema Mundial de Resolución de Conflictos en línea mediante la creación de un instrumento normativo que permita armonizar no sólo los sistemas existentes, sino también los que se desarrollen en un futuro, incluyendo por supuesto un Sistema Global ODR.

En este momento resulta imposible establecer a ciencia cierta *cuándo* y sobre todo *cómo* se va a crear, desarrollar e implementar un Sistema mundial ODR. Primero se tendrá que ver cómo concluyen los trabajos en la materia realizados por la CNUDMI, la aceptación que el instrumento tiene alrededor del mundo y resultados prácticos de la adopción de la normativa.

Definitivamente no será tarea fácil en ningún sentido crear un sistema de dicha envergadura, pero el hecho de que se esté planteando la posibilidad de hacerlo, muestra cómo los procesos ODR han evolucionado a través de más de una década, no sólo para ser aceptados como un sistema serio de resolución de controversias en el mundo, sino como una herramienta indispensable y eficaz para generar confianza en el comercio electrónico especialmente B2C, protegiendo a los consumidores e impulsando a las empresas de bienes y servicios en línea, especialmente las Pymes y así contribuir a desarrollar todo el potencial de la economía digital.

BIBLIOGRAFÍA

- Colin, Rule *et al*, "Designing a global consumer online dispute resolution (ODR) system for cross-border small value-high volumen claims-OASdevelopments." http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1635463.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo quinto periodo de sesiones, Suplemento 17 núm., (A/65/17).
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Grupo de Trabajo III (Solución de Controversias por Vía Informática), 43 periodo de sesiones, Nueva York, 21 de junio a 9 de julio de 2010. Posible labor futura sobre la solución por vía electrónica de controversias surgidas en operaciones de comercio electrónico transfronterizas, Nota de la Secretaría, 23 de abril de 2010, A/CN.9/706.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Grupo de Trabajo III (Solución por vía informática) 22 periodo de sesiones, Viena, 13 a 17 de diciembre 2010. Solución por vía Informática de controversias surgidas en el marco de operaciones de comercio electrónico transfronterizas, Nota de la Secretaría, A/CN.9/WG.III/WP.105.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Informe del Grupo de Trabajo III (Solución de Controversias por Vía Informática) sobre la labor realizada en su 22 periodo de sesiones (Viena, 13 a 17 de diciembre de 2010), 17 de enero 2011, A/CN.9/716.
- Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Grupo de Trabajo III (Solución de Controversias por Vía Informática), Solución por vía Informática de controversias surgidas en el marco de operaciones transfronterizas de comercio electrónico: proyecto de reglamento, 17 de marzo 2011, A/CN.9/WG. III/W.P. 107.
- Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Posible labor futura en materia de comercio electrónico: Propuesta de los Estados Unidos sobre la solución de controversias por vía informática. 42 periodo de sesiones, Viena, 29 de junio a 17 de julio de 2009. A/CN.9/681/Add.2.
- Commission Staff Working, Document Report on cross-border e-commerce in the EU, Brussels, 5.3.2009, SEC (2009) 283 final.
- Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Comisión de asuntos Públicos y Políticos, Selección de temas

para la agenda de la Séptima Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado, 22 de octubre 2003, CP/CAJP-2094/03.

International Telecommunication Union, Key Global Telecom Indicators for the World Telecommunication Sector. http://www.itu.int/ITU-D/ict/statistics/at_glance/KeyTelecom2010.html.

Kaufman, Gabrielle y Schultz, Thomas, *Online Dispute Resolution. Challenges for Contemporary Justice*, Reino Unido, Kluwer Law International, 2004.

Morgan, Jp, North America Equity Research, 26 de junio 2009.

Organisation for Economic Co-operation and Development, Conference on Empowering E-Consumers: Strengthening Consumer protection in the internet economy, Washington D.C. 2009. <http://www.oecd.org/dataoecd/44/13/44047583.pdf>.

Organización de los Estados Americanos, Creación de un Marco Práctico para la Protección de los Consumidores, http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_proteccion_al_consumidor_estados_unidos_presentacion.pdf.

Organización de Estados Americanos, Preparativos para la Séptima Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Público, AG/RES.1923 (XXXIII-O/03).

Organización de Estados Americanos, Solución Electrónica de Controversias Transfronterizas de los Consumidores en el Ámbito del Comercio Electrónico, contenida en el documento CP/CAJP-2652/08 add.1.rev.1.

Vilalta, Aura Esther. "Contratación transnacional y acceso a la justicia: mecanismos de resolución electrónica de disputas", en: *Revista Crítica de Derecho Informático Inmobiliario*, 2011.



Análisis de proporcionalidad del impuesto cedular en el estado de Chihuahua

Luis Córdova Esparza*

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo el análisis de las disposiciones del impuesto cedular a los ingresos por enajenación de bienes que regula el Código Fiscal del estado de Chihuahua, a la luz de la herramienta hermenéutica que nos brinda el llamado principio de proporcionalidad,¹ es decir, someter dichas disposiciones legales al proceso que implica el examen de proporcionalidad conforme a los lineamientos de dicha herramienta que son idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido. Este ejercicio permitirá establecer la validez o invalidez de dichas disposiciones jurídicas en torno a los derechos fundamentales que la Constitución Política de los

1 El principio de proporcionalidad y el denominado juicio de ponderación no son lo mismo. Al respecto el doctor César Iván Astudillo Reyes, en cátedra impartida en el mes de abril en la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez dentro de la maestría en Derecho Civil, Mercantil y Penal Judicial, señala: "El principio de proporcionalidad se distingue de la ponderación, ya que mientras ésta es una técnica dirigida a determinar la preponderancia de un Derecho Fundamental frente a otro en un caso concreto, transformando los límites abstractos (de la Constitución) en concretos (mediante el análisis de conductas determinadas), la proporcionalidad se avoca a indagar la racionalidad con la que el legislador ha dispuesto las medidas limitativas de los derechos fundamentales, a fin de advertir si son idóneas, necesarias y proporcionales".

* Profesor adscrito al Departamento de Ciencias Jurídicas de la UACJ.

Dicho principio se integra por tres elementos que son como, ya se dijo idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido.

Estados Unidos Mexicanos reconoce de acuerdo con las disposiciones que más adelante se señalarán. Para ubicar al lector en el principio de proporcionalidad, es menester señalar de entrada: en sí, la propia "... idea de proporcionalidad evoca una relación adecuada entre cosas diversas, que la hace razonable por ser armónica y materialmente justa; [que] además de emplearse en ciencias y artes formales (matemáticas, arquitectura, diseño, etcétera), también ha sido parámetro de calificación de la conducta en la ética y el derecho".² En consecuencia, el principio de proporcionalidad es una forma de hacer o impartir justicia aplicable prácticamente a todos los ámbitos de la vida cotidiana, sobre todo, porque en el contexto del Derecho, persigue "... que la limitación de derechos fundamentales, generalmente asentada en la armonización de otros derechos, o en la consecución de intereses generales, fines o valores constitucionales, no se realice de manera irracional",³ o arbitraria, sino, siguiendo ciertos lineamientos que se analizarán en cada caso concreto. Dicho principio se integra por tres elementos que son como ya se dijo idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido. Veamos brevemente cada uno de éstos:

- La idoneidad, que consiste básicamente en la adecuación del fin perseguido, por tanto, implica un análisis empírico de la relación medio a fin, en el sentido de encontrar la conexidad entre ambos.
- La necesidad, que implica que la medida tomada por algún sujeto de derecho que realice la intervención o limitación de un derecho fundamental (legislador, ejecutivo, juez o ciudadano), sea la de menor afectación de esos derechos fundamentales.
- Finalmente, la proporcionalidad en sentido restringido, es de carácter eminentemente cualitativo y consiste en el balance final del fin perseguido por el acto de intervención de algún derecho fundamental frente al perjuicio causado a determinado sujeto con dicho acto de intervención.

Teniendo presente lo antes señalado, se realizará en los siguientes párrafos, el análisis de las disposiciones legales antes señaladas, tomando además en consideración lo que ha sostenido nuestro máximo tribunal (Suprema Corte de Justicia de la Nación) al respecto.

2 Sanchez Gil, Rubén, El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia (artículo publicado en el libro: El Principio de Proporcionalidad y Protección de los Derechos Fundamentales), CNDH, CEDHA, México, p. 242.

3 Astudillo Reyes, César Iván, cátedra impartida en el mes de abril en la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez dentro de la maestría en Derecho Civil, Mercantil y Penal Judicial.

2. ANTECEDENTES Y NORMA A ANALIZAR

Mediante decreto número 104, publicado en el *Periódico Oficial del Estado de Chihuahua*, el día 29 de diciembre de 2004 se reformó el capítulo VI, título tercero, del libro primero, dividiendo dicho capítulo en tres secciones, reformándose los artículos del 186 al 190 y se adicionaron los artículos del 190-A al 190-J, del Código Fiscal del Estado de Chihuahua.

Las disposiciones antes señaladas tienen la particular singularidad de que establecen sólo a cargo de personas físicas el impuesto cedular por los siguientes actos:

- a. Por el otorgamiento del uso o goce temporal de bienes inmuebles, ubicados en el territorio del Estado.
- b. Por la enajenación de bienes inmuebles, ubicados en el territorio del Estado.

3. DISPOSICIÓN VINCULADA

Las normas jurídicas señaladas en el punto anterior tienen relación directa con lo dispuesto por el artículo 43 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, el cual indica que los estados podrán establecer impuestos cedulares a las personas físicas que perciban ingresos por los siguientes actos:

- a. La prestación de servicios profesionales.
- b. Por otorgar el uso o goce temporal de bienes inmuebles.
- c. Por la enajenación de bienes inmuebles.
- d. Por actividades empresariales.

Lo anterior, dice dicho precepto legal, sin que se considere un incumplimiento de los convenios celebrados con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público ni del artículo 41 de Ley del Impuesto al Valor Agregado.

4. DERECHOS FUNDAMENTALES VINCULADOS

El derecho fundamental que tiene vinculación directa con las disposiciones legales a analizar en el presente estudio, lo constituye el *de igualdad de los sujetos* de dicho impuesto, que está relacionado directamente con la equidad que en materia tributaria sustenta nuestra Carta Magna en su artículo 31 fracción IV, lo cual, significa: "en términos generales, podemos decir que la equidad se refiere o significa

La legislación sujeta al análisis en este ejercicio señala que son sujetos del impuesto cedular los ingresos tanto de enajenación de bienes inmuebles como de arrendamiento o de otorgamiento del uso o goce temporal de bienes inmuebles, únicamente a las personas físicas, con exclusión de las personas morales.

gravamen igual a personas en igual situación y gravamen adecuado a personas en situación diferente; es decir, trato igual a los iguales y diferente a los desiguales".⁴

5. ACTO DE INTERVENCIÓN (PROBLEMA ESPECÍFICO) Y FINALIDAD CONSTITUCIONAL DEL ACTO DE INTERVENCIÓN

La legislación sujeta al análisis en este ejercicio señala que son sujetos del impuesto cedular los ingresos tanto de enajenación de bienes inmuebles como de arrendamiento o de otorgamiento del uso o goce temporal de bienes inmuebles, únicamente a las personas físicas, con exclusión de las personas morales. Aunado a lo anterior, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante sesión privada de fecha 25 de abril de 2007, emitió la jurisprudencia 50/2007, en la que, refiriéndose a disposiciones similares del impuesto cedular del estado de Guanajuato, sostiene que no se transgrede el principio de equidad tributaria; la tesis de jurisprudencia mencionada, es del tenor literal siguiente:

IMPUESTO CEDULAR SOBRE LOS INGRESOS DE LAS PERSONAS FÍSICAS. LOS ARTÍCULOS DEL 9o. AL 12 Y DEL 19 AL 22 DE LA LEY DE HACIENDA PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO QUE LO PREVÉN, NO TRANSGREDEN EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA.

En congruencia con el criterio sostenido por el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis P./J. 24/2000, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XI, marzo de 2000, página 35, con el rubro: "IMPUESTOS. PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA PREVISTO POR EL ARTÍCULO 31, FRACCIÓN IV, CONS-

⁴ Gil Valdivia, Gerardo, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Porrúa y UNAM, México, p. 1526.

TITUCIONAL.”, se concluye que si la facultad de la Legislatura del Estado de Guanajuato de crear contribuciones está limitada por el Convenio de Adhesión al Sistema Nacional de Coordinación Fiscal y por el artículo 41, fracción I, de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, que le impiden mantener impuestos locales o municipales sobre los actos o actividades por los que deba pagarse el impuesto al valor agregado o sobre las prestaciones o contraprestaciones que deriven de ellos, y toda vez que de acuerdo con el artículo 43 de la Ley citada, las entidades federativas, sin contravenir el compromiso contraído al adherirse al Sistema Nacional de Coordinación Fiscal, pueden establecer un impuesto cedular sobre los ingresos de las personas físicas, con la obligación de no decretar impuestos estatales por los actos o actividades por los que deba pagarse el impuesto al valor agregado, entre los que se encuentran los ingresos que obtienen las personas morales, es evidente que los artículos del 9o. al 12 y del 19 al 22 de la Ley de Hacienda para el Estado de Guanajuato, que prevén el impuesto cedular sobre los ingresos de las personas físicas, no transgreden el principio constitucional citado, pues en virtud de dicha limitación, las personas morales no están sometidas a su potestad tributaria y por ello no puede considerarse que estén en igualdad de circunstancias que las personas físicas, pues no obstante la situación de hecho relativa a la obtención de ingresos por las actividades que constituyen el objeto del impuesto cedular referido, lo cierto es que jurídicamente se encuentran en situaciones dispares frente al órgano legislativo, en la medida en que éste carece temporalmente de la referida potestad tributaria para imponerles algún impuesto por dichas actividades.⁵

Por tanto, en el caso concreto o problema concreto que se plantea, existen dos actos de autoridad vinculados ambos a las normas jurídicas señaladas y que en ambos actos, se sostiene la validez de la norma jurídica materia de este análisis...

Por tanto, en el caso concreto o problema concreto que se plantea, existen dos actos de autoridad vinculados ambos a las normas jurídicas señaladas y que en ambos actos, se sostiene la validez de la norma jurídica materia de este análisis: uno es el acto del poder legislativo del estado de Chihuahua, que al crear dicho impuesto únicamente señala como sujetos pasivos de la obligación fiscal en comento, a las personas físicas, con exclusión de las personas morales. Otro es el poder judicial, que ha establecido jurisprudencia sobre el tema a analizar aunque con relación a una legislación de otra entidad federativa (Guanajuato), sin embargo, desde la perspectiva del autor de este trabajo, dicha jurisprudencia

⁵ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXV, mayo de 2007, p. 377.

dencia, tomando en consideración el argumento extensivo, es también aplicable para el estado de Chihuahua.

Así, el acto de intervención al derecho fundamental de Igualdad, queda plenamente definido: dos poderes públicos sustentan la validez de la norma que establece los sujetos pasivos del impuesto cedular a los ingresos en el estado de Chihuahua, sosteniendo que es correcto que sólo se grave a las personas físicas respecto de esta contribución.

La finalidad constitucional de este acto de intervención es que el estado de Chihuahua obtenga los ingresos que se derivan de dicho impuesto, para contribuir de esta manera al gasto público, el cual prevé la constitución General de la República en el artículo 31 Fracción IV, que lo refiere

.. .como fundamento de la captación de recursos económicos por parte del Estado Mexicano; sin embargo, no todos los gastos del Estado pueden ser considerados gastos públicos; en ese sentido la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido(...): *gastos públicos*. Por gastos públicos no deben entenderse todos los que pueda hacer el Estado, sino aquellos destinados a satisfacer las funciones y servicios públicos.⁶

En ese sentido, es importante destacar que los propios informes justificados de las autoridades responsables manifiestan:

Atendiendo a lo sustentado por las autoridades responsables en sus diversos informes justificados, el numeral obedece a la búsqueda del fortalecimiento del Federalismo hacendado y la mayor captación de recursos, necesidades que fueron manifiestas, como se dijo, a partir de lo dicho en la Convención Nacional de la Hacienda Pública, lo cual constituye, a todas luces, una meta constitucionalmente admisible.⁷

6. ANÁLISIS DE PROPORCIONALIDAD

a. Idoneidad

En el caso concreto que se analiza, el medio es: creación del impuesto cedular en el estado de Chihuahua, lo que se hizo a través del impuesto señalado, en el que se establece como sujetos pasivos de dicho impuesto únicamente a las personas físicas; en tanto que, el fin, la captación de recursos para cubrir el gasto público.

⁶ Córdova Esparza, Luis, *Los principios constitucionales en materia fiscal federal: ¿se mantienen firmes en la realidad contemporánea del Estado mexicano?*, Tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho. UNAM, 2008.

⁷ Cossio Díaz, José Ramón, voto particular de la ejecutoria relativa al amparo en revisión 32/2006, promovido por galeana de la rosa, Jesús Ernesto.

De lo anterior podemos establecer: si el fin es la captación de recursos de la entidad federativa para cubrir sus gastos públicos, entonces: ¿se justifica la medida de gravar únicamente a las personas físicas y excluir a las personas morales? A esta pregunta puedo responder categóricamente y sin temor a equivocarme: no.

No obstante, la Primera Sala de la Corte, en la ejecutoria de la que emanó la jurisprudencia que se citó manifiesta básicamente que la potestad tributaria de los estados se encuentra limitada por el Convenio de Adhesión al Sistema de Coordinación Fiscal y por lo dispuesto en la fracción I del artículo 41 y el artículo 43, ambos de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, debiendo entenderse que se encuentran excluidos los ingresos de las personas morales.

Por su parte, el ministro Cossío Díaz, en su voto particular al respecto sostiene:

sin embargo, estimo que lo prescrito en el artículo 43 de la Ley del *Impuesto* al Valor Agregado no constituye una medida encaminada al fin perseguido, pues si el fin buscado era la mayor captación de recursos, entonces no hace sentido excluir a un grupo amplio de contribuyentes cuyos ingresos son una importante fuente de tributación, sin siquiera dar razones para este proceder.⁸

De las posturas anteriores, se desprende que el fallo de la Corte que integró jurisprudencia, se sustenta sobre la base de privilegiar un acuerdo político de voluntades entre un estado y la Federación, argumentando que dicho convenio es el fundamento del artículo 43 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado. En tanto que, el ministro Cossío Díaz, sostiene que no hay relación entre el medio y el fin perseguido, es decir, no hay una justificación jurídicamente válida y razonable para excluir de este tributo a las personas morales, sobre todo considerando que el proyecto inicial del artículo 43 antes referido incluía tanto a las personas físicas como a las personas morales. Mi inclinación es por la postura del ministro Cossío Díaz, es decir, comparto que no existe una base objetiva y razonable por la cual el legislador del estado de Guanajuato y en el caso concreto del estado de Chihuahua, no pueda gravar a las personas morales, puesto que su potestad tributaria de carácter legislativo está expedita para ejercerse, ya que el solo hecho de que no encuentre el legislador una fundamentación de gravar a las personas morales en los términos del citado artículo 43, no es motivo vasto para considerar que no se pueda gravar a este tipo de sujetos.

b. Necesidad

Si lo que se busca a través de este lincaamiento es que se demuestre que el acto de intervención del derecho fundamental es el menos gravoso

⁸ *Ibidem.*

...no hay nada de proporcional en gravar únicamente con dicho impuesto cedular, los ingresos que obtengan las personas físicas por enajenar o por rentar un inmueble, en cambio, no gravar los mismos ingresos en el caso de las personas morales.

o el de menor afectación, evidentemente, en el caso concreto, la medida adoptada tanto por el legislador como por la Sala de la Corte no se ajusta a dicho lineamiento, pues el hecho de gravar en el impuesto cedular únicamente a las personas físicas, en sí, es un acto que, como lo plasma el propio ministro Cossio Díaz, es diferenciador de sujetos y al ser diferenciador de sujetos requiere, para sostener su examen de constitucionalidad, que mínimo se expresen las razones por las cuales el legislador impone tal gravamen y de esta manera ser sometido en forma débil a este estudio de proporcionalidad, lo cual, dicho sea de paso, en la especie no acontece. El ministro citado lo expresa textualmente de esta forma:

En este orden de ideas, si bien es cierto que -acorde a los criterios sustentados por este Alto Tribunal en materia de motivación legislativa- el legislador no está obligado a motivar la creación de un nuevo *impuesto* en términos del requisito formal exigido por el artículo 16 constitucional, también lo es que cuando se trata del establecimiento de un trato diferenciado que podría dar lugar a una violación a los artículos 10., 13 o 31, fracción IV, constitucionales, el juicio más reciente emitido por esta Primera Sala sí ha exigido alguna justificación por parte del órgano creador de normas, la cual sería sometida a un escrutinio débil -por tratarse de materia tributaria, en la cual el legislador tiene un mayor margen de configuración.⁹

c. Proporcionalidad en sentido estricto

Ya de antemano sabemos que la norma sujeta a este procedimiento y el fallo de la Corte al respecto en el cual se sienta la jurisprudencia citada, no resisten el examen de proporcionalidad. Sin embargo, para efectos didácticos, simplemente se hará un breve comentario en torno a este punto. En efecto, no hay nada de proporcional en gravar únicamente con dicho impuesto cedular, los ingresos que obtengan las personas físicas por enajenar o por rentar un inmueble y, en cambio, no gravar los mismos ingresos en el caso de las personas morales. En esta tesitura, el argumento contundente, me parece, lo constituye el que se sustenta

⁹ *Ibidem.*

sobre el método histórico y del que ya se había hecho referencia anteriormente, es decir, que en un principio el artículo 43 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado contemplaba gravar los ingresos tanto de las personas físicas como de las personas morales y luego, en el proceso legislativo, sencillamente se eliminó a las personas morales sin mencionar justificación alguna. El ministro Cossío, nuevamente en forma puntual, se refiere al respecto en los siguientes términos:

el fallo mayoritario no realizó un estudio en este sentido. De haberlo hecho, se hubiera enfrentado con que no se dio justificación alguna para incluir a las personas físicas y no a las morales, pese a que en el proyecto original de reforma a la Ley del *Impuesto* al Valor Agregado —planteada en dos mil tres—, se proponía que el *impuesto* pesara sobre ambos grupos, siendo el caso que las últimas habrían sido eliminadas en la versión finalmente aprobada, sin que se dieran razones para este cambio de parecer.

En efecto, si bien en el planteamiento enderezado originalmente por la parte quejosa se combatió la reforma al artículo 43 de la Ley del *Impuesto* al Valor Agregado, publicada en el Diario Oficial de la Federación el primero de diciembre de dos mil cuatro y cuya vigencia inició a partir del primero de enero de dos mil cinco, lo cierto es que el artículo en cuestión se adicionó mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el treinta de diciembre de dos mil dos y fue en ese momento cuando se incluyó la potestad tributaria de las entidades federativas para imponer impuestos cedulares sobre los ingresos de personas físicas que tributaran en términos de las secciones II y III del capítulo II del título IV de la Ley del *Impuesto* sobre la Renta —sin incluir a los ingresos percibidos por el otorgamiento de uso o goce temporal de inmuebles, supuesto en el que se encontraba la quejosa, el cual fue establecido hasta dos mil cinco.

Ahora bien, en la iniciativa presentada por el Ejecutivo el cinco de noviembre de dos mil dos para reformar la Ley del *Impuesto* al Valor Agregado, se proponía originalmente que el artículo 43 autorizara a las entidades federativas para que establecieran un *impuesto* a las ventas y servicios al público en general con cargo tanto a las personas físicas como a las morales(3), en tanto que en los numerales 44 y 45 se proponía un *impuesto* directo a las utilidades con cargo a las personas físicas, sin expresar motivos para considerar como sujetos pasivos del *impuesto* tanto a las personas físicas como a las morales en el primer caso y, en

el segundo, exclusivamente a las personas físicas.

Posteriormente, cuando la iniciativa fue discutida en la Cámara de Diputados el once de diciembre de dos mil dos, se aprobó la propuesta presentada por los diputados Añorve, Aragón y Cervantes Rivera de eliminar del texto del dictamen el artículo 43. Al suprimirse éste, fue sustituido con el contenido del artículo 44.

Debe destacarse que del análisis de este proceso legislativo no se advierte la exposición de alguna razón objetiva o el planteamiento de algún fin extrafiscal que explicara la razón por la que se suprimió del tributo a las personas morales, dejando como sujetos pasivos exclusivamente a las personas físicas. De igual manera, a partir del estudio del proceso de reformas para el año de dos mil cinco tampoco puede apreciarse justificación alguna para la exclusión de las personas morales, sino que únicamente se continuó con el esquema propuesto desde dos mil tres.¹⁰

CONCLUSIONES

Primera

La determinación de designar como únicos sujetos pasivos del impuesto cedular a los ingresos que se obtengan por el otorgamiento del uso o goce temporal, o bien, por la enajenación, ambos de bienes inmuebles, a que se refiere el decreto número 104, publicado en el *Periódico Oficial del Estado de Chihuahua*, el día 29 de diciembre de 2004, no resiste el examen de proporcionalidad a que fue sometido de acuerdo a las consideraciones tomadas en cuenta en el cuerpo del presente trabajo.

Segunda

La determinación Jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, número 50/2007, emitida mediante sesión privada de fecha 25 de abril de 2007, tampoco resiste el examen de proporcionalidad a que fue sometida de acuerdo a las consideraciones vertidas en el cuerpo del presente trabajo.



¹⁰ *Ibidem*.

Juicios en línea ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa

Adrián Ignacio Rodríguez Almeida*

INTRODUCCIÓN

Mediante Decreto que emite el H. Congreso de la Unión, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el viernes 12 de junio del 2009, por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo y de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, se crean “los juicios en línea”, novedoso procedimiento que rompe con los principios y paradigmas de la tradición jurídica mexicana, al aprovechar en la impartición de justicia los recursos electrónicos y las ventajas que brinda en la actualidad el uso de internet.

En efecto, conforme al artículo tercero transitorio del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo y de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el día 10 de diciembre del 2010, el juicio en línea inició operación el día 07 de agosto del 2011, motivo por el cual la Junta de Gobierno y la Administración del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa han emitido y publicado diversos acuerdos normativos por medio de los cuales establecen las reglas formales y técnicas para la debida substanciación y

* Profesor investigado adscrito al Departamento de Ciencias Jurídicas del Instituto de Ciencias Sociales y Administración, UACJ.

Una vez recibida por vía electrónica cualquier promoción de las partes, el Sistema de justicia en Línea del Tribunal emitirá el Acuse de Recibo Electrónico correspondiente, el cual será la constancia que acredite que un documento digital fue debidamente recibido por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, por lo que dicho acuse de recibo electrónico, deberá identificar la sala que recibe el documento digital, así como la fecha y hora en que ello sucedió.

resolución del Juicio Contencioso Administrativo a través del Sistema de Justicia en Línea.

EJERCICIO DE LA JUSTICIA EN LÍNEA

Conforme a lo dispuesto por el artículo 1-A, fracción XV, de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, el Sistema de Justicia en Línea se define como el sistema informático establecido por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa a efecto de registrar, controlar, procesar, almacenar, difundir, transmitir, gestionar, administrar y notificar el procedimiento contencioso administrativo, al cual se podrá acceder a través del portal de internet que para tal efecto tiene habilitado el propio tribunal, por lo que de conformidad con los lineamientos definidos mediante los acuerdos normativos dictados por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, cuando el demandante elija promover a través del Sistema de Justicia en Línea, deberá acceder al mismo a través de los siguientes portales de internet: www.juicioenlinea.gob.mx o www.tfjfa.gob.mx; entendiéndose que el demandante elige promover el juicio en línea cuando accede al sistema con la Firma Electrónica Avanzada, clave de acceso y contraseña, expresando su voluntad en ese sentido y completa de manera correcta los campos de captura de información que el propio sistema solicita, además de enviar la demanda y documentos anexos digitalizados, caso en el que se tiene por promovido el juicio en línea.

ACUSE DE RECIBO ELECTRÓNICO

Una vez recibida por vía electrónica cualquier promoción de las partes, el Sistema de Justicia en Línea del Tribunal emitirá el Acuse de Recibo Electrónico correspondiente, el cual será la constancia que acredite que un documento digital fue debidamente recibido por el Tribunal Fede-

ral de Justicia Fiscal y Administrativa, por lo que dicho acuse de recibo electrónico, deberá identificar la sala que recibe el documento digital, así como la fecha y hora en que ello sucedió.

CARÁCTER OPTATIVO DEL JUICIO EN LÍNEA

Por otro lado, es importante establecer que el Sistema de Justicia en Línea es de carácter optativo, ya que conforme al artículo 58-B de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, el demandante deberá manifestar expresamente al momento de presentar su demanda que ejerce la opción del juicio en línea y señalar su dirección de correo electrónico, ya que de no llevar a cabo dicho señalamiento, el juicio se tramitará en la vía tradicional y el acuerdo correspondiente se notificará por lista y en el *Boletín Procesal del Tribunal*; lo que se traduce en que los particulares podrán seguir promoviendo sus demandas en la forma tradicional, es decir, todas las actuaciones dentro del contencioso administrativo podrán ser por escrito, asimismo, cuando la iniciación del Juicio Contencioso corresponda a las autoridades fiscales o administrativas y lo hagan en la forma tradicional, el particular demandado, al contestar la demanda correspondiente, tendrá derecho para ejercer la opción de que el juicio se tramite y resuelva en línea, señalando para ello su domicilio y dirección de correo electrónico y si por el contrario, el juicio presentado por la autoridad es en forma electrónica, el particular al contestar la demanda podrá rechazar expresamente el juicio en línea, caso en el cual, el proceso deberá seguirse en la forma tradicional.

DATOS, DOCUMENTOS Y PRUEBAS QUE DEBE CONTENER LA DEMANDA

En caso de que el Juicio Contencioso Administrativo se promueva dentro del Sistema de Justicia en Línea, la demanda de nulidad contendrá los mismos requisitos que se disponen para la demanda en la vía tradicional, mismos que se encuentran consignados en el artículo 14 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, con la única salvedad de que en la demanda presentada por vía electrónica se deberá señalar obligatoriamente la dirección de correo electrónico del promovente, y ésta deberá enviarse en archivo electrónico o digitalizado conjuntamente con los documentos y pruebas ofrecidas.

Como resulta lógico, en el caso del juicio contencioso que se promueva en línea, los documentos y pruebas documentales que se ofrezcan ya no tendrán que ser exhibidos en forma impresa en papel, ya que resulta de obligación procesal que el demandante los digitalice y manifieste bajo protesta de decir verdad, si la reproducción digital corresponde al original, a una copia certificada o en su defecto a una

copia simple. Asimismo, para el caso de que la reproducción digital se refiera a un documento original, también se deberá manifestar si ese documento tiene o no firma autógrafa, ya que la omisión de dicha manifestación presumirá en perjuicio del promovente que el documento digitalizado corresponde a una copia simple.

Continuando con este mismo orden de ideas, en los juicios que se promuevan dentro del Sistema de Justicia en Línea no será necesario que las partes exhiban copias para correr los traslados que la ley establece, salvo que hubiese un tercero interesado, en cuyo caso, a fin de correrle traslado, el demandante deberá presentar la copia de traslado con sus respectivos anexos impresos en papel.

En el escrito a través del cual el tercero interesado se apersona en juicio, deberá precisar si desea que el juicio se continúe substanciando en línea y señalar en tal caso su dirección de correo electrónico. En caso de que manifieste su oposición, la Sala dispondrá lo conducente para que se digitalicen los documentos que dicho tercero presente, a fin de que se prosiga con la instrucción del juicio en línea con relación a las demás partes, y a su vez, se impriman y certifiquen las constancias de las actuaciones y documentación electrónica, a fin de que se integre el expediente del tercero en un juicio en la vía tradicional.

En consecuencia de lo anterior, cuando las demandas y demás promociones se presenten en forma electrónica, estarán firmadas por el promovente a través de la Firma Electrónica Avanzada, la cual producirá los mismos efectos legales que la firma autógrafa y garantizará la integridad del documento, teniendo el mismo valor probatorio, lo anterior tal y como se dispone por los artículos 4º y 58-F de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.

NOTIFICACIONES DENTRO DEL SISTEMA DE JUSTICIA EN LÍNEA

Las reglas para la práctica de las notificaciones que se realizan dentro de los juicios en línea, resultan ser totalmente distintas a las dispuestas por la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo para los juicios seguidos dentro del sistema tradicional, ya que el artículo 58-N, del ordenamiento legal en cita, dispone que las notificaciones que se practiquen dentro del juicio en línea, se efectuarán conforme a las reglas siguientes:

1. Todas las actuaciones y resoluciones que conforme a las disposiciones de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, deban notificarse en forma personal, mediante correo certificado con acuse de recibo, o por oficio, se deberán realizar a través del Sistema de Justicia en Línea del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

2. El actuario deberá elaborar la minuta electrónica en la que precise la actuación o resolución a notificar, así como los documentos que se adjunten a la misma. Dicha minuta, que contendrá la Firma Electrónica Avanzada del actuario, será ingresada al Sistema de Justicia en Línea del Tribunal junto con la actuación o resolución respectiva y los documentos adjuntos.
3. El actuario enviará a la dirección de correo electrónico de la o las partes a notificar, un aviso informándole que se ha dictado una actuación o resolución en el Expediente Electrónico, la cual está disponible en el Sistema de Justicia en Línea del Tribunal.
4. El Sistema de Justicia en Línea del Tribunal registrará la fecha y hora en que se efectúe el envío señalado en la fracción anterior.
5. Se tendrá como legalmente practicada la notificación, conforme a lo señalado en las fracciones anteriores, cuando el Sistema de Justicia en Línea del Tribunal genere el Acuse de Recibo Electrónico donde conste la fecha y hora en que la o las partes notificadas ingresaron al Expediente Electrónico, lo que deberá suceder dentro del plazo de tres días hábiles siguientes a la fecha de envío del aviso a la dirección de correo electrónico de la o las partes a notificar.
6. En caso de que en el plazo señalado en la fracción anterior el Sistema de Justicia en Línea del Tribunal no genere el acuse de recibo donde conste que la notificación fue realizada, la misma se efectuará mediante lista y por *Boletín Procesal* al cuarto día hábil contado a partir de la fecha de envío del correo electrónico, fecha en que se tendrá por legalmente notificado.

El Sistema de Justicia en Línea contempla los tres husos horarios que comprenden a la república mexicana, por lo que en todos los acuses de recibo de documentos electrónicos se asentará la fecha y hora que corresponda de acuerdo con el domicilio de la sala destinataria de la promoción que se trate.

HORAS HÁBILES EN EL SISTEMA DE JUSTICIA EN LÍNEA

Para los efectos del artículo 58-O de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, en el juicio en línea son hábiles las 24 horas de los días en que se encuentren abiertas al público las Oficinas de las Salas del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

Las promociones se considerarán, salvo prueba en contrario, presentadas el día y hora que conste en el Acuse de Recibo Electrónico que emita el Sistema de Justicia en Línea del Tribunal, en el lugar en donde el promovente tenga su domicilio fiscal y, por recibidas, en el lugar de la sede de la Sala Regional a la que corresponda conocer del juicio por razón de territorio. Cuando la promoción sea enviada en un día inhábil se tendrán por presentadas el día hábil siguiente.

El Sistema de Justicia en Línea contempla los tres husos horarios que comprenden a la república mexicana, por lo que en todos los acuses de recibo de documentos electrónicos se asentará la fecha y hora que corresponda de acuerdo con el domicilio de la sala destinataria de la promoción que se trate.

Para la presentación y trámite de los recursos de revisión y juicios de amparo que se promuevan contra las actuaciones y resoluciones derivadas de los juicios en Línea, no serán aplicables las reglas para el Sistema de Justicia en Línea, por lo que tanto el Juicio de Amparo que promuevan los particulares, como el Recurso de Revisión que interpongan las autoridades, deberán presentarse por escrito ante la sala responsable de la emisión de la sentencia que constituye el acto reclamado, en los mismos términos que proceden para el juicio en el sistema tradicional

INTERRUPCIÓN DEL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA DE JUSTICIA EN LÍNEA

Cuando por caso fortuito, fuerza mayor o por fallas técnicas se interrumpa el funcionamiento del Sistema de Justicia en Línea, haciendo imposible el cumplimiento de los plazos establecidos en la ley, las partes deberán dar aviso a la sala correspondiente en la misma promoción sujeta a término, quien pedirá un reporte al titular de la unidad administrativa del Tribunal responsable de la administración del sistema sobre la existencia de la interrupción del servicio.

El reporte que determine que existió interrupción en el sistema deberá señalar la causa y el tiempo de dicha interrupción, indicando la fecha y hora de inicio y término de la misma; los plazos se suspenderán, únicamente, el tiempo que dure la interrupción del sistema, para tal efecto, la sala hará constar esta situación mediante acuerdo en el expediente electrónico y, considerando el tiempo de la interrupción, realizará el cómputo correspondiente, para determinar si hubo o no incumplimiento de los plazos legales.

IMPUGNACIÓN DE LAS SENTENCIAS EMITIDAS POR EL TRIBUNAL

Para la presentación y trámite de los recursos de revisión y juicios de amparo que se promuevan contra las actuaciones y resoluciones derivadas de los Juicios en Línea, no serán aplicables las reglas para el Sistema de Justicia en Línea, por lo que tanto el Juicio de Amparo que promuevan los particulares, como el Recurso de Revisión que interpongan las autoridades, deberán presentarse por escrito ante la sala responsable de la emisión de la sentencia que constituye el acto

reclamado, en los mismos términos que proceden para el juicio en el sistema tradicional.

En este caso, el secretario general de Acuerdos del Tribunal, los secretarios adjuntos de Sección y los secretarios de Acuerdos de Sala Superior y de Salas Regionales según corresponda, deberán imprimir el archivo del Expediente Electrónico y certificar las constancias del juicio que deban ser remitidos a los juzgados de Distrito y tribunales colegiados de Circuito, cuando se impugnen resoluciones de los juicios correspondientes a su mesa.

Sin perjuicio de lo anterior, en aquellos casos en que así lo solicite el Juzgado de Distrito o el Tribunal Colegiado se podrá remitir la información a través de medios electrónicos.

EXPEDIENTES DENTRO DEL SISTEMA DE JUSTICIA EN LÍNEA

En el Sistema de Justicia en Línea del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, se integrará el expediente electrónico, mismo que incluirá todas las promociones, pruebas y otros anexos que presenten las partes, oficios, acuerdos, y resoluciones tanto interlocutorias como definitivas, así como las demás actuaciones que deriven de la substanciación del juicio en línea, garantizando su seguridad, inalterabilidad, autenticidad, integridad y durabilidad, conforme a los lineamientos que expida el Tribunal.

En los juicios en línea, la autoridad requerida, desahogará las pruebas testimoniales utilizando el método de videoconferencia, cuando ello sea posible.

Solamente las partes, las personas autorizadas y delegados tendrán acceso al expediente electrónico, exclusivamente para su consulta, una vez que tengan registrada su clave de acceso y contraseña.

Los titulares de una Firma Electrónica Avanzada, clave de acceso y contraseña serán responsables de su uso, por lo que el acceso o recepción de las notificaciones, la consulta al expediente electrónico y el envío de información mediante la utilización de cualquiera de dichos instrumentos, les serán atribuibles y no admitirán prueba en contrario, salvo que se demuestren fallas del Sistema de Justicia en Línea.

Todos los acuerdos, resoluciones o sentencias que se dicten por parte de los magistrados instructores o los secretarios de acuerdo del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, que conozcan del juicio, deberán ser electrónicos y se agregarán al expediente electrónico.

Cualquier actuación en el juicio en línea se efectuará a través del Sistema de Justicia en Línea del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, y sólo serán validadas con las firmas electrónicas y firmas digitales de los magistrados y secretarios de acuerdos que den fe según corresponda.

CONCLUSIÓN

Como se puede observar de todo lo anteriormente reseñado, el nuevo Sistema de Justicia en Línea, implantado para la substanciación y resolución del Juicio Contencioso Administrativo, por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, se presenta como una fórmula muy novedosa y moderna para la impartición de justicia, la cual esencialmente se apoya en el desarrollo tecnológico de los sistemas de informática y en el uso de internet, teniendo como propósito fundamental la búsqueda de soluciones viables para una impartición de justicia pronta y expedita, tal y como lo consagra la garantía constitucional establecida en el artículo 17 de nuestra Carta Magna, además de disminuir la carga económica que representa un juicio para las partes.

No obstante lo anterior, el referido sistema requerirá de un periodo de adaptación, en el cual sin duda, se presentarán infinidad de problemas de toda índole, entre ellos los inconvenientes técnicos y los paradigmas que propician la resistencia al cambio. Sin embargo, actualmente resulta indispensable aprovechar los beneficios generados con la aplicación de las nuevas tecnologías en el campo del Derecho, y con ello avanzar en los rubros de gestión y administración de justicia, por lo que con independencia de que el nuevo sistema nos guste o no, tendremos que asumirlo y adecuarlo a su aplicación para poder constatar sus bondades o fallas.



Algunos elementos a tomar en cuenta para reformular un orden jurídico

Jorge Alberto Silva Silva*

INTRODUCCIÓN

Luego de las XII Tablas los prudentes crearon una serie de expresiones que fueron amoldando y transformando el derecho prescrito. La sabiduría de los romanos permitió la reformulación y adecuación de lo prescrito a la realidad, la justicia y ambiente de su época. Ocurrió que lo que esos juristas crearon fue otro discurso, uno diferente al prescrito, que hablaba de este último. El discurso creado es lo que hoy conocemos como *doctrina de los juristas o jurisprudencia*. Desde entonces suele diferenciarse el discurso objeto del metadiscurso (lenguaje objeto y metalenguaje).¹

Actualmente no hay la menor duda que todo profesional del derecho recurre a la doctrina de los juristas. Ésta le proporciona una serie de elementos para comprender su objeto de conocimiento: el derecho. De aquí la importancia de la dogmática o doctrina.

A estas disquisiciones me enfocaré en estas cuantas líneas. En especial, expondré resumidamente algunas de las notas que caracterizan a una construcción jurídica-doctrinal, así como algunos niveles conforme a los cuales se espera que los juristas presenten el lenguaje objeto.

* Profesor investigador de tiempo completo, adscrito al Departamento de Ciencias Jurídicas del Instituto de Ciencias Sociales y Administración de la UACJ. Doctor por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

1 Digo "suele", ya que por desgracia hay quienes no diferencian lo que dice el legislador de lo que dice el doctrinario.

La doctrina de los juristas (el discurso) sistematiza y reformula lo que dice el legislador/hace entendible sus expresiones y coadyuva a llenar los huecos legales.

Corresponden, en lo general, a algunas notas que ha de tomar en cuenta quien escriba sobre un orden jurídico.

I. ENUNCIADOS LEGALES Y SUS REFORMULACIONES

La presentación del derecho positivado por la jurisprudencia occidental, especialmente por los juristas de la tradición romano-germánica, nos muestra que lo exponen en forma ordenada y sistematizada. La doctrina de los juristas (el discurso) sistematiza y reformula lo que dice el legislador, hace entendible sus expresiones y coadyuva a llenar los huecos legales.

Para comprender lo anterior es necesario diferenciar lo que son los enunciados (el objeto de conocimiento) de las proposiciones que elaboran los doctrinarios (*v.g.*, las estructuras, teorías y conceptos). Enunciados y proposiciones conforman dos tipos de discursos diferentes pero vinculados. Las proposiciones dan a conocer la imagen reformulada del objeto de conocimiento, lo que dicen los enunciados (*v.g.*, leyes, códigos, constituciones). Lo describen, explican y reformulan; en una palabra, le dan un orden y sentido a ese material. Por ello, las proposiciones no deben confundirse con los enunciados objeto de conocimiento.²

En general, el reformulador identifica un material (un sector de los enunciados legales), lo interpreta, ordena, establece los principios fundamentales y generales, las reglas de inferencia y razonamiento, integra lagunas, produce diversos *nomen iuris*, etcétera.³ En breve: hace entendible lo que el legislador presenta en desorden u oculto.

II. DISCURSO DOCTRINARIO

Si el objeto de conocimiento es diferente al discurso que lo presenta, entonces ¿qué es o en qué consiste ese discurso que lo presenta?, ¿es una mera reproducción?

En su aspecto ontológico, un constructo jurídico-doctrinal no existe como realidad o esencia previa al conocimiento humano, como

² Fue hasta 1945 cuando Kelsen se enfocó en diferenciar las normas que tienen un carácter prescriptivo de las proposiciones jurídicas que describen los contenidos de las normas. Schmill, Ulises, "Construcción semántica de la normatividad", en: Vázquez, Rodolfo (comp.), *Normas razones y derechos*, Trotta, Madrid, 2011, p. 39.

³ Vid Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003, pp. 297 y ss.

creada por un ser sobrenatural, carente de tiempo y espacio. Es falso que exista un inventario de conceptos y conocimientos (inventarios ontológicos fuera del derecho y sus creadores) y a los cuales se pueda recurrir en búsqueda de alguna respuesta (a su descubrimiento). Como expresa Gregorio Robles, "los conceptos no existen en la realidad, no son realidades existenciales, sino constructos realizados por la mente humana".⁴ Quiero decir que la doctrina de los juristas no existe como objeto real o tangible, como si se tratase de una esencia preexistente que el jurista solo requiera descubrir. El jurista o doctrinario no es un descubridor. El constructo creado es un objeto pensable por un ser racional y es resultado de un proceso objetivo, apoyado en textos legales (material empírico), es decir, las proposiciones son creadas por un ser, por un jurista.

Lo ontológico de un constructo jurídico no consiste en un ser ya existente, sino en un ser creado; que no es ni meramente objetivo, ni subjetivo, pues en el va implícita la posibilidad de interpretar (lo que no cabría si solo fuese meramente objetivo) y la posibilidad de aceptar significados o convenciones ya admitidas (lo que supone ciertas restricciones a lo meramente subjetivo). En lo semántico, el ser creado o a crear, supone las convenciones a las que puede llegar el ser humano.⁵

El discurso doctrinario presupone un objeto de conocimiento desordenado. Parafraseando a Gregorio Robles, el objeto de conocimiento es un *caos fenoménico*. Esto es, que en el producto creado por el legislador no hay orden; la doctrina lo ordena.

Ese objeto desordenado ha sido producido en diferentes tiempos, por diferentes personas, en diferentes circunstancias, etcétera. La construcción conceptual creada por el doctrinario es resultado de un conocimiento especial.⁶ De un conocimiento que permite acercarse al objeto de conocimiento.

Una exposición sobre un área del lenguaje objeto conforma un discurso que presenta un campo a conocer (lo da a conocer). Ese discurso se configura a partir de un *objeto de conocimiento jurídico*. Para que tal exposición sea confiable es necesario que se presente en forma organizada, siguiendo reglas específicas. Luego, una primera nota o característica de la doctrina es la presentación organizada del lenguaje objeto a partir de reglas específicas.

Tómese nota que el objetivo central de una construcción doctrinaria no consiste en presentar lo que otros juristas han dicho sobre el lengua-

*El discurso doctrinario
presupone un objeto
de conocimiento
desordenado.
Parafraseando a
Gregorio Robles,
el objeto de
conocimiento es un
caos fenoménico. Esto
es, que en el producto
creado por el legislador
no hay orden; la
doctrina lo ordena.*

4 Robles Morchón, Gregorio, *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos, Ensayo de teoría analítica del derecho*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1988, p. 116.

5 Sastre Ariza, Santiago, "Algunas consideraciones sobre ciencia jurídica", en: *Doxa*, núm. 24, 2001, pp. 585 y ss.

6 Robles Morchón, Gregorio, *Epistemología y derecho*, Pirámide, Madrid, 1982, p. 148.

je objeto, sino en el lenguaje objeto mismo. La reformulación del derecho no tiene como objetivo principal enjuiciar las reformulaciones de otros juristas, no se enfoca primordialmente a la censura o alabanza de la doctrina existente. Su objetivo o meta no está en "reformular la doctrina existente". La doctrina de los juristas no se enfoca en reformular la doctrina, sino los enunciados positivados, su meta o tarea consiste en presentar el sentido de un orden jurídico, específicamente un apartado del mismo. Aunque la reformulación no riñe con otras reformulaciones doctrinarias, las puede tomar en cuenta y es conveniente que las tome en cuenta. Puede adoptarlas, modificarlas o refutarlas (*v.g.*, como lo hacen los estudios metateóricos). Pero estas tres finalidades giran en torno al objeto de conocimiento.

El discurso doctrinal, una vez desarrollado a partir de un marco común (una matriz disciplinaria), comprende un conjunto de expresiones que se presentan en una concatenación de argumentos consistentes, mostrando la reformulación de un conjunto de enunciados jurídicos.

La dogmática construye teorías, categorías y principios que permiten fundamentar y justificar decisiones que una interpretación literal de la ley sería incapaz de alcanzar. De ese modo la dogmática reformula el derecho —lo modifica— introduce criterios ajenos al derecho y por ello la dogmática ejerce una función social relevante: permite adecuar el derecho a la sociedad. Es uno de los instrumentos de adaptación del orden jurídico al cambio social (aunque sólo cumple una función progresiva de cambio del derecho, pues la dogmática puede ser un freno para el cambio jurídico).⁷

La reformulación -expresa el profesor Rolando Tamayo- se "lleva a cabo mediante la creación de un *corpus* de doctrina. En suma: la jurisprudencia 'reordena' el material jurídico y establece las reglas de su interpretación".⁸

La reformulación presupone un marco o elemento definicional con el que el jurista o doctrinario inicia su discurso.

Un discurso doctrinario suele presentarse en secciones o apartados (depende del tipo de problemas regulados), dando lugar a subsecciones o disciplinas específicas. Lariguet afirma que las disciplinas jurídicas (las específicas) son marcos temáticos muy generales y abstractos, esto es, estructuras más amplias, laxas y heterogéneas que pueden

⁷ Calsamiglia, A., "Sobre la dogmática jurídica: presupuestos y funciones del saber jurídico", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 22, Cátedra Francisco Suárez y el Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada, 1982, p. 272. La dogmática, expresa Rolando Tamayo, sistematiza todas las ramificaciones de disposiciones, sus interconexiones y aplicaciones a clases de casos. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de occidente*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, p. 164.

⁸ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Los publicistas medievales y la formación de la...* *op. cit.*, p. 211.

reunir en su interior diversas teorías compatibles y aun antagónicas.⁹ A la vez, cada disciplina suele conformarse de diversos constructos, diferentes entre sí. El derecho de los contratos, por ejemplo, cobija al contrato de compraventa, al de arrendamiento y otros. De igual forma, un constructo específico suele conformarse por otros constructos más específicos {v.g., el vendedor, el comprador, la cosa objeto de comercio, etcétera).

El discurso conformado introduce el enfoque epistémico localista de un foro específico (el de un lugar y tiempo). Esto significa que la reformulación implica formas de interpretación, de "ver" los datos fácticos regulados, los procesos de calificación jurídica, incluso, los enfoques ideológicos y formas de preparación de sus jueces.¹⁰ Al analista le permite tomar en cuenta circunstancias intelectuales particulares o regionales (realidades hermenéuticas) que definan los elementos comunes de cada orden. Estos medios de conformación pueden marcar las diferencias con lo que se dice para otros órdenes jurídicos al articular su regulación, incluso, la reformulación parte de usos pragmáticos.

Un constructo jurídico-doctrinal se caracteriza por el orden de prioridades que el jurista le otorga a los enunciados elegidos, por los principios que en torno al objeto de conocimiento conforma, por los valores que incluye, la terminología creada o receptada, teorías, técnicas, argumentos, etcétera. Un discurso de este tipo (cualquier constructo jurídico-doctrinal) suele traslucir las convicciones y propósitos de sus constructores {v.g., actitudes y convicciones}.¹¹ De ahí que su constructor requiera de una madurez intelectual y de juicio, que conozca los instrumentos de la investigación jurídica (v.g., las reglas para construir este tipo de constructos).

Ese discurso del jurista conforma un lenguaje especial (metalinguaje) que no sólo explica, sino que reformula al lenguaje objeto (más adelante expreso qué ha de entenderse por reformular), al menos, una parte del lenguaje objeto (la del área del objeto de conocimiento elegida). El constructo le imprime una significación especial al objeto

9 Lariguet, Guillermo, *Problemas del conocimiento jurídico*, Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 111. García Máynez no está lejos de este concepto, pues afirma que cada disciplina está consagrada a la sistematización y exposición del contenido de un determinado orden jurídico positivo, versando sobre una específica materia. García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, México, 1978.

10 Vid. Bunge, Mario, *La ciencia, su método y su filosofía*, Siglo veinte, Buenos Aires, 1985, p. 60.

11 Aunque no es materia de este artículo cabe preguntarnos ¿un constructo doctrinal reproduce una objetividad o cabe la posibilidad de introducir valores? La respuesta es un tema aún debatido pero, a mi parecer, es indudable que el dogmático introduce algo de su ser al momento de la reconstrucción. Véase Hermerén, Goran, "Objectivity in the social sciences", en Peczenick et al (ed), *Theory of legal science*, Reidel Publishing Co., Dordrecht/Boston/Lancaster, 1983, pp. 195 y ss.

El lenguaje formal que compone ese metalenguaje carece de un significado esencial o inmanente. Más bien, su significado está relacionado con el contexto en que se emplea. En esto, también interviene una pragmática que hace entendible tanto lo que dice el lenguaje objeto, como lo expresado en el metalenguaje.

de conocimiento. En torno a éste presenta las diversas proposiciones. Pero este lenguaje no sólo sirve para dar a conocer la reformulación (el resultado), sino también para caminar para lograr la construcción (el camino o procedimiento).

El lenguaje del jurista (su metalenguaje) es diferente del lenguaje común y corriente, esto es, diferente al lenguaje ordinario. Los juristas crean un lenguaje propio, hablan y se comunican mediante ese lenguaje y construyen sus proposiciones con ese lenguaje especial: el lenguaje de los juristas. A éste se le suele denominar lenguaje formal. Su uso, incluso, conforma su semántica específica.

El discurso que elaboran es un constructo creado por un ser humano, que no necesariamente ha de ser totalmente objetivo, por cuanto que no es una mera fotografía del objeto explicado (no es una reproducción del discurso del legislador), sino que conlleva elementos subjetivos (los racionales), como se advierte de aquella parte del discurso argumentativo que llena (colma) las lagunas, fija sentidos sintácticos y semánticos. Lo empírico (el lenguaje objeto) es interpretado, ordenado y complementado mediante el razonamiento.

El lenguaje formal que compone ese metalenguaje carece de un significado esencial o inmanente. Más bien, su significado está relacionado con el contexto en que se emplea. En esto, también interviene una pragmática que hace entendible tanto lo que dice el lenguaje objeto, como lo expresado en el metalenguaje.

Así, cuando se habla de una disciplina de derecho civil, penal, mercantil, etcétera, no se pierde lo que es la noción del derecho como ciencia y del conglomerado del conocimiento a que pertenece, lo que ocurre es que se enfatiza en alguna especialidad, sector normativo o común. Supone y se construye en torno a un específico objeto jurídico, el identificado con un concepto común (un específico tópico). Mediante este discurso se resaltan los caracteres especiales y comunes del contenido legislado (en especial, la problemática específica que regula), reacio a ser reducido a otra disciplina. Es decir, cabe la "independencia" de una disciplina, aun cuando por años hubiese estado ligada a otra (v.g., el derecho de familia con respecto al derecho civil, el derecho del trabajo con respecto al derecho civil, el derecho fiscal con respecto al derecho administrativo). Cada disciplina se conforma con un específico lenguaje (un sublenguaje: el de cada disciplina), cuyo significado deriva de la contextualización y no de una simple literalidad. Conforman sus propios principios, toma en cuenta directivas especiales para la misma, así como la cultura jurídica en torno a la misma, etcétera.

En resumen, un discurso doctrinario no existe como realidad o esencia previa, más bien describe un caos fenoménico, lo organiza y presenta en forma organizada, parte de un marco definicional, normalmente lo aborda en apartados, presupone un enfoque epistémico específico,

incluso, un orden de prioridades, imprimiéndole al lenguaje objeto un significado especial, empleando un lenguaje especial, por lo que no es un discurso meramente objetivo. Su particularidad o autonomía no lo aísla de la ciencia general.

III. ¿POR DÓNDE COMENZAR?

La tarea central de un jurista consiste en reformular, en tomar al derecho como objeto de conocimiento y hablar de él: reformularlo. Para Alchourrón y Bulygin "la reformulación del sistema consiste en la sustitución de la base del sistema por otra base nueva —más reducida y general—, pero normativamente equivalente a la base primitiva".¹² Pero, ¿por dónde ha de comenzar un jurista?

Pienso en dos grandes apartados por donde un jurista ha de iniciar su tarea. La máxima tarea que como científico se le encomienda.

- a) En una primera parte (como elemento a presuponer) debe tener en cuenta (muy presente) que va a hablar de derecho (de su lenguaje objeto), que hablará desde una perspectiva jurídica, no desde una perspectiva diferente (v.g., política, sociológica, ética o metafísica). Normalmente un jurista partirá de una parte específica del lenguaje objeto (v.g., la problemática jurídica penal, comercial, agraria, laboral, etcétera). Lograr esto supone un enfoque epistémico específico de lo que es derecho; una previa y necesaria toma de posición antes de comenzar la construcción (el constructo doctrinario).
- b) En segundo lugar y como punto central, y aunque se va a hablar de derecho, debe tomar en cuenta que no será todo el derecho (todo el lenguaje objeto), sino solo un sector del derecho (un grupo de enunciados), a menos que el jurista se proponga una tarea omnicomprensiva, lo que no es fácil.

Estoy seguro de que no podría desarrollar una reformulación de los enunciados legales objeto de conocimiento sino hasta después de definir a qué tipo de relaciones jurídicas o apartado desea referirse (es un presupuesto de cualquier constructo doctrinario).

Para que el jurista reformule los enunciados expresados en alguna ley (la base empírica) es necesario que parta de un punto de apoyo o partida que le diga qué son. Requiere de un punto inicial en la construcción y desarrollo del apartado del derecho del que pretende hablar. Un punto con elementos comunes con el que inicie un discurso doctrinario. Se trata de un punto del que deriva la actividad que realizan los investigadores desde una perspectiva científica. Reformular el derecho,

¹² Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 128.

por tanto, no es una tarea para quien desconoce las reglas de la reformulación: solo el que las conoce puede reformular.

Las proposiciones fundamentales de las que ha de partir un jurista le auxilian a la reformulación de las relaciones jurídicas objeto de su interés. El punto de partida que adopte el doctrinario (a mi parecer), no implica introducir un sistema deductivo axiomático por necesidad, ni un ilusorio juez Hércules a la dworkiniana.

En este sentido, para adentrarse y hablar de una parte del lenguaje objeto será necesario:

- Contar con una definición de lo que son los problemas o cuestiones sobre los que va a hablar (v.g., el delito, el comercio, las contribuciones, etcétera). Si no existe esa definición, deberá precisarla.
- A partir de esta precisión fáctica deberá inventariar (identificar) los enunciados del lenguaje objeto relacionados con este tipo de problemas (v.g., si desea hablar de la problemática familiar, deberá localizar aquellas disposiciones o enunciados sobre la regulación familiar).
- Reformular esa parte del lenguaje objeto (la tarea principal del doctrinario). Esto es, a partir de los enunciados jurídicos con los que cuenta (los que ha inventariado) reformulará los mismos (creará la doctrina, teoría o constructo específico).
- La reformulación que realice deberá tener algunos puntos de partida, en general, lo que en parte consiste en ciertas "bases doctrinarias" o "grandes premisas". Esto es, ciertos principios que alinean el conocimiento a desarrollar, incluso, marcos teóricos de los cuales partir. Si esas bases no existen o las que existen no concuerdan con lo que el jurista pretende abordar, deberá inferirlas, definir las y tenerlas presentes. Así, si va a hablar del derecho del fideicomiso o del derecho de la empresa maquiladora, deberá contar con líneas precisas que le digan qué es fideicomiso o industria maquiladora, qué reglas el conocimiento va a seguir, etcétera.

Así, en la delimitación del discurso que se proponga el jurista, las bases sobre las que ha de comenzar serán diferentes (en cuanto a su contenido) a los que otros constructos han delimitado. No hay que olvidar que cada constructo (cada discurso particular del jurista) tiene su propio y específico punto de partida.

IV. CONFORMACIÓN DE UN DISCURSO JURÍDICO DOCTRINAL

Al tener ahora una idea (aunque muy general) acerca de qué es ese discurso, conviene saber cómo se conforma.

Sé que la construcción de un discurso que hable del lenguaje objeto no es tarea fácil, no obstante, aun cuando no existiera alguna reformulación previa sobre el área del conocimiento repensada, ello no impediría analizar el objeto de conocimiento y reconstruirlo. Todo lo que hoy se ha construido, en otra época no existió, pero fue construido. Es muestra de ingenuidad aquella frase que algunos estudiantes exclaman: "cómo voy a elaborar una tesis sobre x punto si sobre ese punto no se ha escrito nada".

Un constructo u objeto conceptual, diría José Ferrater,¹³ es una imagen que del objeto se forma el entendimiento. Resulta de lo que nuestro entendimiento reformula. La representación que conformamos no corresponde a un conjunto de enunciados legislados, sino a un conjunto de proposiciones que dicen o predicán algo acerca de ese conjunto de prescripciones o enunciados jurídicos, es decir, de una construcción jurídica que racionaliza (reformula) ese conjunto específico de enunciados (los elementos empíricos).¹⁴ Todos contextualizados en torno a una problemática jurídica específica.

Solo el jurista es quien puede explicar y comprender ese objeto de conocimiento tan desordenado. Por ello, la doctrina llega a reconstruir lo que no se ve, lo que se encuentra oculto o es inexistente, por ejemplo, las lagunas legales.

Una conformación jurídica-doctrinal requiere de un jurista o doctrinario, que al crear ese constructo, conozca y esté entrenado en la conformación de constructos de este tipo. Del fenómeno observado hasta ahora en la realidad se observa que del hecho de que alguien sea abogado (aun prominente ante los tribunales) no se sigue que esté entrenado para crear estos constructos.

La conformación que se realiza ni comprende el todo ni cualquier cosa. No hay que olvidar que las decisiones en torno a las aseveraciones científicas, como expresa Popper, "dependen del objetivo, del propósito que elijamos, dentro de una gran variedad de posibles objetivos".¹⁵ El reformulador fija un específico campo de conocimiento para reformularlo. Campo que se ciñe al objeto de conocimiento.

No puede afirmarse que un constructo jurídico-doctrinal se conforma tomando en cuenta meras finalidades, aspiraciones o deseos personales. En el mejor de los casos, eso quedaría para un discurso del político del derecho o un moralista, pero no para un jurista. Elaborar conceptos jurídicos a partir de enfoques meramente teleológicos

*Solo el jurista es
quien puede explicar y
comprender ese objeto
de conocimiento tan
desordenado. Por ello,
la doctrina llega a
reconstruir lo que no se
ve, lo que se encuentra
oculto o es inexistente,
por ejemplo, las
lagunas legales.*

13 Ferrater Mora, José, "Naturaleza de los objetos conceptuales", en: Bunge, Mario, *Epistemología*, Siglo XXI editores, México, 1980, p. 54. En sentido similar Nieto, Alejandro y Carrillo, Agustín, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, p. 38.

14 Utilizo *construcción jurídica* en el sentido de sistema de conceptos, como lo empleó Bobbio, Norberto, "El rigor en la ciencia jurídica", en: *Boletín Departamento de Investigaciones Jurídicas*, Universidad de Guanajuato, Guanajuato, núm. 6, abril-junio 1982.

15 Popper, Karl R., "El método científico", en: Miller, David, *Popper: escritos seleccionados*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, p. 149.

o metafísicos no es propio de una construcción jurídica (aunque en ocasiones hubiese quienes han recurrido a este tipo de argumentos)¹⁶ e, incluso, introduzca valores morales.

La introducción de valores requiere una breve explicación. Lo que los iusnaturalistas no han podido aceptar es la diferencia entre valores morales y valores jurídicos. Con gran fuerza tratan de que la moral preexista al derecho, por lo que éste debe aceptar (más bien, dicen, tiene que aceptar) el valor moral; o que el derecho se encamina a imponer valores morales, lo que hace mediante un enfoque teleológico. Sostienen lo suprapositivo de la moral o que existe una moral a buscar. También aducen que el derecho obliga a recurrir a los principios del derecho o a acatar o subordinarse al respeto de los derechos humanos. Cualquiera que sea el caso, ni existe derecho previo a lo que es el derecho, ni se atiende por necesidad a los gustos o valores que dicen componen la moral.

Ciertamente hay en el derecho elementos que hablan de moral y valores y que deben tomarse en cuenta. Pero una cosa es que el derecho incorpore esos valores y, otra, que éstos determinen al derecho (que existe un derecho moral absoluto), incluso, como para que el juez o el doctrinario hagan a un lado una norma positivada y la sustituya por una norma moral.

Quien hable de derecho (del lenguaje objeto) debe hablar de derecho (de ese lenguaje), pero eso no significa que en sus interpretaciones o al colmar lagunas haga intervenir (como si fuese algo esencialmente jurídico) sus propios valores, lo que ocurre con frecuencia con algunos dogmáticos. Pero, aquí lo importante, los valores que hacen intervenir no son derecho, sino solo en la medida en que han sido inferidos desde el interior del propio orden jurídico del cual hablan.

No puede negarse que el jurista pueda soñar y esperar que lo que el juez resuelva se acople a lo que ese jurista dice o desea (a sus valores de justicia). No existe una esencia moral en el derecho, ni existe para el derecho un "límite moral infranqueable". El que habla del derecho debe tener cuidado en no confundir derecho con moral.

El jurista en su propósito está el haber fijado o delimitado previamente el campo de conocimiento y su punto de partida. En torno a éste, ha creado su constructo.

El jurista conforma un constructo que aglutina los conceptos relacionados con la regulación de la problemática de interés (su columna vertebral), incluidas la ordenación de material, su interpretación, establecer los principios necesarios, eliminar inconsistencias, integrar lagunas, etcétera.

La concreción del constructo partiría de la regulación jurídica identificada (el objeto de conocimiento) y contaría con conceptos específicos e, incluso, principios específicos del área. En general, con conceptos, metalenguaje y microteorías.

16 Villoro, Luis, *Creer, saber, conocer*, Siglo XXI, México, 1982, p. 171.

Dentro de un orden jurídico, y dado los avances de la ciencia jurídica, se ha tenido que hacer subdivisiones en la doctrina. Así, se habla de derecho civil, derecho penal, derecho agrario, etcétera. Sin olvidar la unidad de la ciencia jurídica, cada disciplina o constructo presenta una parte o aspecto del orden jurídico. El hecho es que cada uno de esos apartados muestra una forma especial de entenderlo y aplicarlo. Por ejemplo, el enfoque desde el cual contempla un fiscalista sus enunciados jurídicos (su objeto de conocimiento) es diferente al enfoque empleado por el especialista en derecho de familia. Los enfoques no son los mismos.

Para conformar un discurso jurídico-doctrinal es necesaria una toma de posición metodológica.¹⁷ No hay que olvidar que un constructo o discurso como el que refiero, supone metarreglas, conceptos, definiciones, etcétera. Presupone una plataforma o marco sobre los que se han de sentar las reformulaciones. Esto es, para conformar un constructo específico el jurista requiere de marcos teóricos y conceptuales que le auxilien a organizar, sistematizar y reformular los enunciados jurídicos.

No vale aquí tomar en cuenta lo que ya existe, solo porque existe, o sólo porque así lo dijo alguien (argumento de autoridad). Es necesario que el jurista esté consciente del punto de partida.

Como presupuesto para conformar un discurso jurídico (propio del metalenguaje) está la adopción o creación de un paradigma. Los conocimientos o saberes acumulados hasta antes de la creación de un constructo doctrinario pueden haber partido de un marco conceptual equivocado e inconsistente, que ignore un punto de partida y delimitaciones, por consiguiente, que no refleje correctamente el objeto de conocimiento. Si esto es así, el jurista debe adoptar un nuevo paradigma, nuevas perspectivas, nuevos principios. Al lograr el nuevo discurso terminará con lo inconsistente.

Si no existía el constructo, será necesario hacer a un lado los viejos discursos que no tomaron en cuenta la problemática sobre la cual se va a hablar (que no tomaron en cuenta este tópico). Será necesario conformar un "núcleo central", una específica matriz disciplinaria.¹⁸

Para el desarrollo del nuevo discurso (el nuevo constructo), se ha de conformar una reformulación adecuada al objeto de conocimiento, en especial, para un tiempo y espacio determinado. La identidad de un constructo o una disciplina depende de la identificación de su objeto de conocimiento, por lo que es indispensable tenerlo bien definido.

17 Un punto de apoyo en el inicio es la dirección metodológica a seguir. Simple y sencillamente no puede quedar desvinculada ésta del proceso de reformulación. Como afirma Rodolfo Vázquez: "no es posible reflexionar y construir una teoría de las normas y del ordenamiento jurídico si no es asumiendo una toma de posición metodológica por parte del científico del derecho". Vázquez, Rodolfo, *Teoría del derecho*, Oxford University Press, México, 2008, p. x.

18 Una ciencia (o un área del conocimiento) parte de diversos elementos ordenados que conforman una matriz disciplinaria en el sentido kuhniano. Kuhn, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1971, pp. 279 y ss.

El constructo que presenta pretende adecuarse al objeto de conocimiento para un tiempo y espacio determinado, por lo que no le es dable al constructor que importe teorías o doctrinas ajenas al objeto a reformular.

Lo que no cabría sería "importar" indiscriminadamente las construcciones o reformulaciones elaboradas para otra disciplina a partir de elementos inexistentes en la relación jurídica que el jurista se propone. Es más, si la construcción o constructo elaborado ha sido configurado para otro orden jurídico, tampoco cabría sin observación, importar lo que para ese otro orden se ha dicho.

No hay que olvidar que los juristas (profesores, investigadores, prácticos y aplicadores) son los interesados en conocer un objeto de conocimiento. El objeto es identificado por el sujeto, quien se forma una figura, idea o imagen (de *imago*, imitar, representar). En la medida en que esta imagen y el objeto se adecuen, en esa medida podemos decir que se conoce el objeto. Pero esto no significa que la adecuación entre objeto y sujeto corresponda a un mero retrato.¹⁹ La reformulación no es mera adecuación. Al menos, esto no es lo que ha de ocurrir en la ciencia del derecho.

En resumen, un discurso jurídico-doctrinal se conforma por un constructor, que es un jurista, conocedor y entrenado en la conformación de estos constructos (conoce las reglas para construirlos). De otra manera no cabría confiar en ese constructo. El constructor fija el campo de conocimiento que trata de reformular, normalmente una parte o área específica del lenguaje objeto, asume una posición metodológica, incluso un paradigma. El constructo que presenta pretende adecuarse al objeto de conocimiento para un tiempo y espacio determinado, por lo que no le es dable al constructor que importe teorías o doctrinas ajenas al objeto a reformular. En general, debe estar consciente que los destinatarios de su construcción podrán tomarlo en cuenta (así como de la falseabilidad de construcción). De ahí su gran responsabilidad social.

V. NIVELES EN LA CONFORMACIÓN DEL DISCURSO

En la presentación de un objeto de conocimiento empírico-jurídico caben tres niveles, que van de menor a mayor dificultad. No toda presentación doctrinaria reformula el objeto de conocimiento. En los niveles a que me refiero caben la descripción, la explicación y la reformulación. Rápidamente los explicaré.

- a) Una *descripción* se contenta con listar los elementos indispensables que describen el objeto (un específico objeto), sin comprender juicios que expliquen el porqué del objeto, ni para qué

¹⁹ No hay que olvidar que el objeto a conocer (los enunciados), solo es un dato o elemento en bruto. El objeto pasa a nuestro entendimiento, pero no como retrato. El conocimiento no es una actividad meramente contemplativa o pasiva, sino activa, donde participa nuestra razón (v.g., reglas que nos permiten ordenar e interpretar). No puede decirse que hay conocimiento cuando está ausente nuestra actividad intelectual.

sirve. Corresponde a una delineación o representación pura del resultado de la contemplación, de cómo se nos presenta el objeto. Es algo así como hacer reflejar el objeto en un espejo (una reproducción). Supone un enfoque meramente objetivista (una imitación). Puede, por ejemplo, describir la sentencia dictada contra x, pero sería más difícil describir una sentencia (una cualquier sentencia, diferente a una específica sentencia), cuyo trabajo intelectual requiere de generalización. Mediante la descripción podemos referirnos al procedimiento establecido en algún código, pero no comprendería la teoría que lo explica, sino solo el elemento objetivo que se percibe, sin introducir juicio o razonamiento alguno. Se corresponde con un mero retrato, facsímil o parodia del objeto.

A quien hace una descripción le basta el contacto con el objeto. Puede ser útil para comentarios, exégesis, reseñas sin evaluaciones. Una mera descripción se delimita o reduce, dada la neutralidad o inexistencia del juicio de quien hace la descripción. Una simple descripción no serviría para colmar lagunas, ni siquiera para sugerir su contenido. Un constructo jurídico reducido a mera descripción no solo es pobre, sino inservible e inútil.

- b) La *explicación* corresponde a una descripción del objeto, que no solamente describe sino que se amplía a responder al qué, el porqué, así como el para qué del objeto de conocimiento, aspectos en los que ya interviene el juicio o razonamiento de quien explica (al menos, una parte de su juicio o razonamiento). ¿Para qué sirve una Constitución?, es un ejemplo de pregunta cuya respuesta explica el porqué.

En la explicación no basta el contacto del interesado con el objeto y que solo lo "retrate", ahora es necesario el uso de la razón. En este nivel, se suelen introducir teorías (incluidos los argumentos). En otras disciplinas se habla de explicación causal, la que no cabe en derecho, en todo caso, cabe una explicación que comprenda razones para actuar.²⁰ Un constructo jurídico doctrinal, con este nivel, suele ser útil en el derecho, pero incompleto.

- c) La *reformulación* comprende descripciones, explicaciones y algo más. Me explicaré. La re-formulación (de *re*, *formulare*, volver a darle forma),²¹ al igual que la re-creación (volver a crear), o el re-pensar (re-pensar), atienden a un "re", un "volver a". En una reformulación del objeto de conocimiento la imagen que presenta no es el resultado de alguna reminiscencia, ni se reduce a "retratar", hacer exégesis, perífrasis, sinonimia o discurso parafrástico del objeto de conocimiento pues, como decía, hay otros

*La reformulación
comprende
descripciones,
explicaciones
y algo más.*

20 Véase Popper, Karl R., "El objetivo de la ciencia", en Miller, David, *Popper: escritos selectos*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, pp. 178 y ss.

21 Véase Hessen, Juan, *Teoría del conocimiento*, Porrúa, México, 1996.

elementos que introduce el reformulador (no se queda en la mera descripción y explicación). Le vuelve a dar forma procurando la consistencia del discurso.

El reformulador presupone reglas que le auxilian a llenar lagunas, resolver contradicciones, aclarar problemas de vaguedad y ambigüedad y configurar principios, lo que no podría hacer una simple explicación. El nuevo discurso desarrolla directrices y obtiene las razones derivadas. Introduce argumentos que hacen razonable lo que reformula o afirma (justifica sus proposiciones).²² Aglutina aquellos conocimientos que auxilian a presentar en forma congruente el objeto de conocimiento, articulando los enunciados en torno a un específico contexto (incluidas sus implicaturas), haciendo confiable el discurso reformulado. Este es el nivel óptimo para hablar de un objeto de conocimiento jurídico.

Pero el constructo conformado a partir de una reformulación —y aquí enfatizo— se queda en la re-formulación del objeto de conocimiento dentro de un todo. Conformar una unidad compleja de análisis del objeto empírico. La reformulación se queda en reformulación sin llegar a la invención, aunque, cabe aceptar (en cierta forma) la nota de Calsamiglia:

la dogmática tiene por tanto funciones prescriptivas (porque intenta influenciar e influye en la conducta de los jueces y juristas) y uno de los grandes valores de este saber es que no se limita a reproducir las normas en un esquema simplificado.²³

Pensemos en una laguna o en el significado atribuido una palabra para percatarse que al no estar especificado en la ley el contenido de la laguna o el significado de la palabra, que es el dogmático o doctrinario quien "propone" un contenido para resolver la laguna o significar una palabra. La propone, no la impone.

22 Para Dworkin "la teoría será un auxilio indispensable para el que toma decisiones públicas. Para tomarlas debe realizar una tarea de *construcción y justificación*. El científico del derecho, el filósofo del derecho y de la política no es un observador imparcial cuya función es describir el derecho y los valores, sino que es un constructor de soluciones, un especialista en la resolución de conflictos sociales. Desde esta perspectiva su intención es la construcción de modelos metodológicos que permiten solucionar problemas. Junto al aspecto descriptivo, Dworkin coloca el aspecto normativo que es "el que más interesa al profesional y al juez". Calsamiglia, Albert, "El concepto de integridad en Dworkin", en: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/sirveobras/024172884338046174222_02/cuaderno12/doxa12_05.pdf, p. 158.

23 Calsamiglia, A., "Sobre la dogmática jurídica: presupuestos y funciones del saber jurídico", en: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 22, Cátedra Francisco Suárez y el Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada, 1982, p. 253.

No hay que olvidar que no es necesario que existan enunciados legales específicos. Si el doctrinario toma en cuenta que existe un problema jurídico que requiere de resolución, sabe que debe ser solucionado y que debe partir de aquellos enunciados que le auxilien (la justificación legal mínima). Puede partir de enunciados específicos o análogos, inferir principios y tomar en cuenta directrices; pero sobre todo, debe presentar la razón derivada o inferida (el constructo conformado).

Obsérvese, el jurista propone (*u.g.*, cómo ha de llenarse una laguna), no inventa. Para proponer y no inventar, debe seguir reglas de argumentación y raciocinio, metarreglas que no pueden faltar. De aquí la importancia de la argumentación jurídica.

VI. LA RESPONSABILIDAD DEL REFORMULADOR

Sobre el jurista doctrinario recae una gran responsabilidad social. Observemos que sus palabras suelen ser tomadas en cuenta, que no es desconocido que los abogados y jueces recurran a reformulaciones ya elaboradas, que incluyan conceptos, argumentos, ejemplos y hasta el contenido de la norma propuesta que resuelve el caso concreto. A sus reformulaciones suelen apegarse.²⁴ De aquí que las proposiciones que los expertos exponen suelen ser tomadas como si fuesen dogmas.²⁵

Un reformulador adiciona, casi sin decirlo (y a veces escondiendo), elementos particulares de juicio (*u.g.*, al colmar lagunas o resolver contradicciones), pero sin que a esto se sobrepongan "principios" no inferidos del derecho mismo (principios *supra* positivos), semejante a ideas platónicas obtenidas por reminiscencia o de enfoques metafísicos.

Una reformulación no se queda en preservar la información establecida en el lenguaje objeto. Es común entender que la doctrina reformula el lenguaje objeto, incluso, hay quien afirma que hasta prescribe. Simple y sencillamente no hay equivalencia entre el texto objeto y el discurso del dogmático.

Una reformulación no se queda en preservar la información establecida en el lenguaje objeto. Es común entender que la doctrina reformula el lenguaje objeto, incluso, hay quien afirma que hasta prescribe. Simple y sencillamente no hay equivalencia entre el texto objeto y el discurso del dogmático.

24 Los jueces y abogados suelen recurrir a textos establecidos en leyes, pero, para lograr entender su significado suelen realizar dos tareas. La primera que suelen adoptar (que en el orden cronológico es la primera), consiste en recurrir a discursos elaborados previamente. Esto es, recurren a precedentes judiciales que les digan qué dice el orden jurídico y a doctrinas de los juristas que les auxilien a significar enunciados, elementos para llenar lagunas, resolver contradicciones, etcétera. Por desgracia, en esta primera fase, los juristas suelen encontrar que los conceptos localizados no siempre son únicos. Priva con frecuencia la contradicción entre las resoluciones judiciales y entre las doctrinarias. La segunda fase se inicia cuando no encuentran respuestas en la primera o son contradictorias las conceptualizaciones o, simplemente, se trata de enunciados nuevos, que nunca han sido descritos, ni calificados.

25 Se produce una adhesión no explicitada, prácticamente una estandarización, dice el profesor Tamayo. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción analítica al estudio del derecho*, Themis, México, 2008, pp. 313 y 314.

No pienso ni estimo que en una reformulación el jurista se pase de la mera reformulación a la prescripción. Línea que algunos juristas suelen cruzar, incluso, justificar. La reformulación tampoco se ha de orientar a convencer o persuadir como lo hace un abogado frente a su juez (retórica), sino en mostrar el sentido del objeto de conocimiento a partir de argumentos. No es lo mismo hacer creer a un auditorio de algo, que mostrarle el objeto de conocimiento, adecuando su conciencia con tal objeto. No le importa la mera *doxa* (propia de los políticos), sino transmitir *episteme* (propia de los científicos).

Más allá de la tarea reformulatoria el reformulador de enunciados legales podría continuar su labor asumiendo alguna de las posiciones que enseguida menciono, pero ya no serán propiamente jurídicas, ni conformarían una doctrina o constructo jurídico (ni son parte del discurso jurídico, por cuanto que lo desbordan):

- Confrontar al Estado desde diversos enfoques, uno de ellos, recomendando cambios a las leyes y políticas o llegar hasta el extremo de tomar las armas, convirtiéndose en revolucionario para cambiar el orden jurídico (que fue su objeto de conocimiento).
- Adoptar una posición un tanto conservadora y recomendar medios y recursos para vivir o convivir mejor en el estado de cosas en que se encuentra.

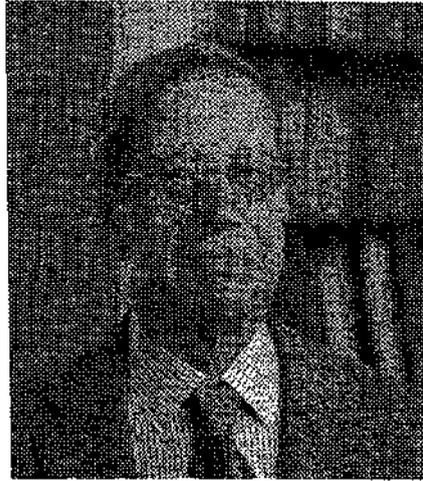
VII. CONCLUSIÓN

Para concluir me queda por afirmar que no basta un orden jurídico, de un lugar y tiempo específico, que es necesario contar con una reformulación que diga qué dice el derecho positivado. Que esta reformulación queda a cargo de juristas expertos que conforman lo que conocemos como "doctrina de los juristas" o "dogmática jurídica".

En la conformación de una doctrina o una parte de ella (un constructo), el constructor sigue diversos lineamientos, propios de las reglas, para construirlo.

Aunque existen varios niveles para presentar el lenguaje objeto, el más óptimo es el que lo reformula.





En memoria de Ronald Dworkin

Fue Dworkin, uno de los más brillantes iusfilósofos y teóricos de la era contemporánea del pensamiento jurídico. Nació en Massachusetts en 1931 y falleció el 14 de febrero del 2013.

Dworkin desarrolló su carrera académica tanto en los Estados Unidos, su lugar de nacimiento, como en Inglaterra, formándose en la Universidad de Harvard y complementando sus estudios en la de Oxford. Es autor de obras diversas que se han convertido en estudio obligado para estudiantes y profesores, la obra forma parte de la mayoría de las bibliotecas de la facultad de derecho.

Dworkin dejó una imborrable huella en la filosofía jurídica y política en la actualidad, ha protagonizado, debo decir, prestigiado, al sistema de debates con los principales pensadores

del positivismo jurídico, fue un convincente y brillante polemista. Son famosos sus debates polémicos con H.L.A Hart, entre otros.

Sus principales obras que han sido traducidas y difundidas en español son las siguientes:
1. *El imperio de la justicia* 2. *Los derechos en serio*
3. *La justicia con toga*.

Se pueden encontrar en Internet diversos artículos de su autoría, en los cuales aborda distintos temas de lo académico, también de temas jurídicos, políticos y constitucionales.

Al estudiar su obra de manera crítica, honraremos su memoria haciendo llegar sus ideas a los estudiantes y profesores.

Rodolfo Gutiérrez Sánchez



Presentación
del tercer número de la
Revista Heurística

Efectuada en el Aula Magna Dr. Eduardo García Máynez, del Instituto de Ciencias Sociales y Administración, de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez. La presentación corrió a cargo del Dr. Jesús Antonio Camarillo Hinojoza y del Mtro. Carlos Gutiérrez Casas, como presentador y moderador, el Mtro. Rodolfo Gutiérrez Sánchez.



ANIVERSARIO

UACJ