

# Crisis y Renovación del Estado de Derecho

## Teoría de la Ciencia y Actitud Política

**Agustín Pérez Carrillo**

### 1. Teoría de la ciencia

Parece que es fácil aceptar que una de las tareas de la empresa científica, como de cualquier disciplina, consiste en proporcionar soluciones satisfactorias a problemas importantes; también se puede aceptar que la metodología de la ciencia no ha ofrecido criterios definitivos para jerarquizar la importancia de los problemas<sup>(1)</sup>.

Las teorías científicas tratan fundamentalmente con problemas empíricos y conceptuales, y uno de sus objetivos es transformar los problemas no resueltos y los problemas anómalos en problemas resueltos.

Es irrelevante, para calificar los méritos de una teoría, el conjunto de problemas no resueltos, y la evaluación más bien se vincula al conocimiento de sus competidoras. En este sentido tiene menor peso la crítica interna a una teoría, es decir la crítica que encuentra inconsistencias o presenta contraejemplos.

De acuerdo con Laudan una tradición de investigación es "un conjunto de asunciones acerca de entidades y procesos en un campo de estudio, y acerca de los métodos apropiados que deben ser usados para investigar los problemas y continuar las teorías especiales en aquel campo"; es, en otras palabras, un conjunto de "lo que se puede hacer" y de "lo que no se puede hacer" ontológica y metodológicamente<sup>(2)</sup>.

Por otra parte, como tradiciones de investigación no proporcionan respuestas detalladas a cuestiones específicas, aun cuando ofrecen los medios adecuados

para resolver problemas empíricos y conceptuales, así como para delimitar el dominio de aplicación de las teorías particulares que se funden en ella. De esta manera, algunos problemas empíricos deben discutirse, otros no, y otros son considerados como pseudoproblemas. Los problemas conceptuales son analizados con los criterios fundamentales de la teoría y se formulan construcciones conceptuales y se rechazan conceptos, según sea el caso.

La crítica a una tradición de investigación o a alguna de sus teorías integrantes se desarrolla a partir de sus principios fundamentales más generales o incommovibles, se elabora con base en criterios que aluden normalmente a buenas razones; estas buenas razones son inherentes a la empresa científica. Una de ellas es la maximización (mayor número) de problemas empíricos que se pueden explicar y la minimización (menor número) de problemas anómalos y conceptuales que se generan en el proceso científico; y es ésta la razón de ser de la ciencia como una actividad cognoscitiva<sup>(3)</sup>.

De los enunciados anteriores se deriva que es importante como criterio de evaluación de una teoría científica su capacidad para resolver problemas en el sentido antes señalado.

Además, es preciso añadir que la evaluación de una teoría o de una tradición de investigación es relativa a: 1) Sus competidoras contemporáneas; 2) a las teorías prevalecientes acerca de los criterios de evaluación; y, 3) a las teorías anteriores dentro de la tradición de investigación<sup>(4)</sup>.

Así, en la situación de crítica a una tradición de investigación o a una teoría de la misma tradición, desde el ángulo visual de la filosofía de la ciencia, es menos importante la crítica intra-sistemática a través de contraejemplos o de inconsistencias y es más significativa la crítica en función de las teorías competidoras.

1 Laudan, Larry, *Progress and its Problems, Towards a Theory of Scientific Growth*, University of California Press, Berkeley, Los Angeles, London, 1977, p. 13.

2 Laudan, L., *Progress and its Problems*, pp. 80-81.

3 Laudan, L., *op. cit* p. 134.

4 *Ibidem*, p. 124.

La primera condición para lograr la crítica es que las tradiciones de investigación o las teorías puedan ser comparadas. Cumplir con este requisito es ya un avance en la actitud crítica en el enfoque de filosofía de la ciencia, y entonces es el caso de buscar algunos criterios para la evaluación que se desea.

También es importante destacar que no interesa solamente la crítica de la teoría 1 a la teoría 2, a partir de la misma teoría 1, pues de esta manera las críticas son circulares y las defensas que se producen de la teoría criticada también tienen esa característica. Esta es una actitud poco productiva en cuanto a resultados en el avance científico, aun cuando tenga impacto importante en la producción de adeptos. Cuando se está construyendo una tradición de investigación o una teoría, el papel que tienen las críticas circulares es importante en la sociología del progreso en el conocimiento.

Ahora bien, para el avance en la comparación entre teorías se exige que, aunque sea en principio, las teorías se refieran a los mismos problemas. Si no se logra esta situación prevalecerá la idea de que cada tradición de investigación o cada teoría específica es una versión de una forma de captar su objeto de conocimiento, la cual se puede señalar a quienes trabajan en una tradición de investigación similar o la están aprendiendo, pero no a quienes sostienen una teoría diferente, aun cuando las expresiones lingüísticas sean iguales y se suponga que se refieren a "lo mismo".

Didácticamente puedo afirmar que existen "cosas" que no es posible comparar, que su comparación es un sinsentido o que la comparación no tiene propósitos inmediatos en el desarrollo del conocimiento científico, a pesar de que se acepte que la especulación tiene importancia en dicho desarrollo.

Dado un conjunto de condiciones iniciales e hipótesis se pueden comparar diversos experimentos y sus resultados. El objetivo de la comparación podrá ser la obtención de las diferencias y de las semejanzas, obtención que es ya un adelanto. El tipo de enunciados usuales a este respecto es: mientras con la  $t_1$  sucede X, con la  $t_2$  sucede Y, entonces es mejor la  $t_1$  a la  $t_2$  por las razones a, b, c ... Bajo la idea fundamental de que la ciencia pretende la maximización de problemas resueltos y la minimización de problemas no resueltos y anómalos, será elegible la teoría que logre estos objetivos. Ahora bien, para definir estos logros científicos se requiere la evaluación a través de criterios; se mencionan por Laudan: la consistencia, la simplicidad, la refutabilidad y la precisión de las predicciones<sup>(5)</sup>.

Desde el punto de vista sociológico y psicológico sucede que en filosofía de la ciencia una elección entre teorías se muestra en las acciones, incluyendo el discurso; no se ubica en forma definitiva el cuándo, el dónde, el cómo, el porqué se hizo la elección, aunque sí se vive con ella. Podría decirse que la decisión se viene haciendo a

5 *Ibidem*, p. 146.

través del tiempo y en virtud de las circunstancias; se puede indicar que una teoría se toma, que se trabaja en ella o con ella; que uno se declara partidario o adepto porque es sistemática, completa, rigurosa; porque tiene hipótesis y criterios de aplicación estrictos; que es atractiva por despiadada; por su actitud crítica que deja sin defensa a otras teorías contendientes; porque descubre pseudoproblemas y porque los disuelve. Otro encanto, ciertamente, es la personalidad del filósofo, teórico o científico; en otra medida el grupo de colegas, la pequeña comunidad científica.

También sucede que en un de repente el científico se encuentra trabajando con otros instrumentos teóricos, con otros problemas, es decir empieza a vivir con otras elecciones, sin que tampoco se pueda hacer una ubicación tempo-espacial de las mismas ni se ofrezcan razones del nuevo modo de vida, aun cuando la labor pública y privada es obvia en cuanto se acompaña de otros paradigmas. La motivación fundamental: la idea de cambio, y también la actitud crítica. Se trabaja, pues, en otros campos diferentes del inicial o de los anteriores, la mayor de las veces no contradictorios.

Por las consideraciones anteriores puedo sostener que no es fácil decidir cuál teoría es mejor; la decisión no es en virtud de un decreto o de actos de voluntad con ese exclusivo propósito; incluso en ocasiones no se decide, pues se opera con conceptos de tradiciones de investigación que derivan en teorías particulares y cuyas diferencias son de matiz, de mayor claridad, de mayor amplitud y sencillez. Por estas razones no se puede demostrar cuándo es el momento de abandonar; no se trata de un algoritmo, como en las matemáticas o en el ajedrez. No es, pues, cuestión sólo de conocimiento<sup>6</sup>.

Insisto en que las decisiones se van tomando y son racionales en gran medida, aunque teñidas con elementos no racionales.

En la explicación científica o teórica, siempre se encuentra presente, consciente o inconscientemente, la filosofía de la ciencia. La mayor parte de las ocasiones en forma inconsciente o al menos sin que se le atribuya una importancia parecida a la de la ciencia. Por ello uno de los objetivos de la filosofía de la ciencia es hacer explícitos esos criterios que aparecen en la explicación científica, entendida ésta como una forma de "ver" el mundo en algún campo específico. El científico actúa con esos criterios y de esa manera se advierte que los acepta. Esta aceptación es un hecho y a partir de él se descubren, se inducen los criterios.

6 "La opción entre teorías filosóficas no es materia de prueba rigurosa, ni está sujeta a ningún algoritmo, pero no es una opción irracional. El uso informal de criterios clásicos de racionalidad teórica, la discusión crítica de teorías y el contraste con los hechos será condición necesaria, pero no suficiente para consumir la opción" .. "La base pragmática de nuestra decisión implica que en ella la racionalidad teórica es incompleta y puede dejar un margen al interés y a las motivaciones de la praxis" Garrido, Manuel, *La racionalidad de las revoluciones filosóficas*, en el libro *Las Revoluciones en la Filosofía*, Editorial Grijalbo, S. A., México, D.F., 1979, p. 26.

Resulta importante, en las ciencias sociales, buscar las motivaciones preponderantes en esas actitudes; son a veces de tipo ideológico en el sentido de defender sistemas morales o religiosos, intereses de clase o de partido; actitudes de todo o nada, de lucha en el sentido de que se pretende inmediatamente el cambio del mundo social o de sostener cómo debe ser, sea el que está o uno mejor. Usualmente basados en valores de carácter absoluto, y de allí que la crítica de una teoría a otra sea también absoluta.

En cambio, en las tradiciones de investigación, es más fácil la comunicación y, en consecuencia, la comparación y la crítica. La crítica es relativa a alguna teoría especial de la tradición sin que implique rechazo total a la tradición de investigación ni, sobre todo, desacuerdo con los principios, definiciones, supuestos fundamentales centrales, de la misma tradición de investigación.

## 2. Teoría general del derecho. Interpretación jurídica

Con el sentido común de aliado puedo intentar la comparación de las teorías sobre la interpretación jurídica de Hans Kelsen y de Alf Ross.

Kelsen sostiene, en resumen, que la ciencia jurídica sólo puede indicar los significados posibles de una norma jurídica y no puede adoptar ninguna decisión, pues esta última tarea le corresponde solamente al órgano competente. Cuando el particular, para observar la norma jurídica, tiene que optar entre las distintas posibilidades, no realiza una auténtica elección.

El científico no puede elegir porque si elige se convierte en político; no realizaría la función de explicar el derecho sino la de modificarlo o la de influir en la forma en que debe de ser comprendido y aplicado y, además, su interpretación carecería de consecuencias jurídicas. El particular no puede elegir porque su interpretación carece de fuerza obligatoria para los órganos competentes<sup>(7)</sup>.

Alf Ross, orientado por el principio de neutralidad científica al igual que Kelsen en su pureza metódica, sostiene que la doctrina de la interpretación jurídica investiga los métodos seguidos por los tribunales de un orden jurídico nacional y tiene el propósito de formular enunciados acerca del significado de las directivas, esto a su vez para determinar bajo qué condiciones se aplicarán y cómo han de conducirse los jueces; la finalidad es presentar aserciones de cómo entienden los jueces las directivas jurídicas, o sea cuál es el significado que les atribuyen. Por otra parte, la interpretación vigente del derecho se integra por un conjunto de predicciones acerca de cómo interpretarán los jueces las expresiones jurídicas, y se logra al descubrir ciertos principios que de hecho guían a los jueces en la

aplicación del derecho<sup>(8)</sup>.

Puedo afirmar que las dos teorías se enmarcan en una tradición de investigación positivista, aun cuando existe una notable diferencia inicial de comprender el fenómeno jurídico: Kelsen normativista hasta sus últimas consecuencias; Ross con una combinación normativa (lingüística) y psicológica, comprensión esta última en la que las principales hipótesis son acerca del sentimiento de obligatoriedad en la vida mental de los jueces.

Aparte de esta diferencia inicial, en la teoría de la interpretación jurídica kelseniana se prohíbe al científico la elección entre las diversas posibilidades que admite la norma jurídica. Ross, al analizar las tareas de la política jurídica en la temática de sentencia ferenda, señala que sin violentar el principio de neutralidad científica puede el científico presentar las recomendaciones que estime más adecuadas. Como científico del derecho, al parecer, coincide con Kelsen; como político jurídico da un salto grande o pequeño y lo califica de irracional.

En la ciencia jurídica de acuerdo con Kelsen se presentarán las diversas posibilidades de interpretación jurídica; de acuerdo con Ross se ofrecerán predicciones de cómo se comportarán los jueces, es decir, cómo entenderán la directiva jurídica, aun cuando teóricamente pueden atribuirse diversos significados razonables a la norma jurídica.

Conforme a las reglas de su teoría, Kelsen prohíbe dar el salto; Ross, con dificultades, lo permite.

Que ambas teorías pretenden o están dirigidas a resolver el "mismo problema" parece que es verdad, aun cuando sea con diferentes asunciones teóricas sobre todo a partir de las diversas concepciones del derecho.

Con base en los criterios de comparación entre teorías aludidos por Laudan se puede especificar que ambas teorías son consistentes en la medida en que no existe alguna contradicción con las teorías más amplias que las sostienen ni con las teorías especiales que se presentan como un conjunto sistemático. El criterio de la simplicidad, referido a la presentación sistemática y no aislada de soluciones, así como a la seguridad en la información de cómo se resuelven significativamente los problemas y a no acudir a hipótesis auxiliares para enfrentar y superar contraejemplos e inconsistencias, se cumplen en ambas teorías.

En los casos concretos que se aplican las teorías es en donde se conoce el comportamiento de las mismas. Al presentar, de acuerdo con Kelsen, en relación con un precepto, las diversas interpretaciones posibles y sus consecuencias normativas, la ciencia jurídica informa sobre las múltiples maneras de "ver" el mundo jurídico, mas no señala ninguna en especial; es decir, no se compromete con alguna interpretación entre las posibles.

7 Kelsen, Hans, *The Pure Theory of Law*, University of California Press, Berkeley, Los Angeles, London, 1970, pp. 348 y ss.

8 Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Eudeba, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963, principalmente el Capítulo IV, pp. 105 y ss.

Por esta razón informa de manera amplia, completa, independiente y consistente y sus enunciados son irrefutables; en cambio un enunciado de interpretación en la teoría de Ross puede ser refutado en virtud del comportamiento de los jueces.

Su carácter estrictamente normativo no permite que los científicos formulen predicciones acerca de cómo se comportarán los jueces al resolver los casos sometidos a su competencia; específicamente no permite predecir cuál será la atribución de significado a las normas jurídicas que aplicará en el caso concreto. Impedimento serio en las ciencias sociales en tanto se clasifiquen como ciencias empíricas; es decir, se admita que tratan de hechos sociales. En ciencias formales, que no dicen nada acerca del mundo, este impedimento no resulta importante; en efecto, los resultados de esas ciencias podrán ser utilizados en otras ciencias, en la descripción o interpretación, o servirán, como en la lógica, de condiciones para plantear los problemas y ofrecer soluciones significativas.

De sostener que la única interpretación es aquella que se adecua al auténtico sentido de la norma jurídica, como lo hace una tradición de derecho natural, a sostener la posibilidad de indicar los diferentes sentidos de la disposición legal, a afirmar que como problema de sentencia ferenda (sociología jurídica) el jurista puede (sin aludir a valores absolutos) sostener una de las interpretaciones posibles, hay algunas evoluciones. Estos dos últimos momentos se presentan dentro de la tradición de investigación juspositivista.

### **3. Observación crítica a la teoría de la interpretación jurídica**

No obstante que se dan avances en la tradición de investigación juspositivista, las teorías de referencia tienen dificultades epistemológicas para distinguir un orden jurídico de un régimen de violencia o de un conjunto de reglas de una banda de ladrones, y sólo lo pueden hacer por referencia al orden jurídico con lo cual la solución es circular o es una petición de principio.

Por esta razón, y considerando problemáticas especiales, una crisis se puede presentar también en las teorías cuando se desea responder teóricamente a planteamientos relacionados con la vigencia del derecho, cuando no es el propósito fundamental explicar el derecho sino esos momentos especiales de incertidumbre que hacen surgir la pregunta de si se continúa en el régimen constitucional o se vive otro "orden normativo"; no se trata tampoco de la actitud simplemente de esperar la revolución; se pretende explicar científicamente esa etapa que, se puede conjeturar, es intermedia, temporalmente hablando, entre el derecho vigente y su cambio por medios no previstos en el mismo orden jurídico. La explicación tiene como propósito señalar, también, las actitudes de las personas involucradas en las cuestiones sociales referidas al derecho.

Situación teórica similar a la que he descrito en teoría de la ciencia, se presenta en la experiencia jurídica. El derecho es un instrumento social a través del cual se pretende proporcionar soluciones satisfactorias a problemas importantes; el derecho también se expresa en un conjunto de enunciados acerca de "lo que se puede hacer" y de "lo que no se puede hacer" en las relaciones sociales.

Se puede admitir que existe una tradición jurídica integrada por un conjunto de principios, criterios, normas jurídicas y acciones centrales que, a pesar de una serie de cambios, permanecen como algo que identifica el sistema jurídico y que, en tal virtud, conforman una cierta tradición jurídica.

Sostiene Laudan que una revolución científica ocurre cuando un número finito (mensurable) de científicos con influencia en alguna disciplina abandona una tradición de investigación y aboga por otra <sup>(9)</sup>. Obviamente una revolución no es un evento que ocurre de la noche a la mañana, sino que existen episodios de transición en los cuales suceden acciones significativas y actitudes originadas por creencias acerca de los avances científicos y por la incapacidad del paradigma tradicional para resolver los problemas que se presentan.

Lo cierto es que respecto de un paradigma científico en algún momento se puede afirmar que ha sido derrocado, que ha muerto o que al menos ha muerto la parte central de su forma de ser y que ha sido reemplazado por otro, aun cuando no se sepa a ciencia cierta cuándo ocurrieron esos hechos, y también se pueda afirmar que venían ocurriendo. A pesar de ello se sabe también que hay personas que siguen viviendo el sistema anterior y que lo defienden con argumentos y acciones de muy diversa clase.

Algo similar sucede en una revolución política o jurídica: abandono de una tradición jurídica por grupos importantes de personas y la defensa de un nuevo orden legal con decisiones y acciones. Se derroca el antiguo régimen fundamentalmente por la incapacidad de resolver problemas relevantes y se instaura otro en el cual los grupos tienen fe en que resolverá los problemas que el anterior no pudo resolver, y fe de que de seguro también habrá menos problemas no resueltos y anómalos.

Conste que no es cuestionado en el análisis el derecho como norma; es el sistema como conjunto de personas, pues, en la mayoría de las ocasiones, lo mismo que en el desarrollo científico, en el modelo normativo se contienen los elementos necesarios y suficientes para la solución de problemas y quienes fracasan son los hombres, los gobernantes principalmente.

Una revolución política es una revolución jurídica. Cuando se presenta, un orden jurídico desaparece y otro orden jurídico entra en vigencia sin que se hayan utilizado

los medios de reforma o modificación autorizados constitucionalmente en el orden jurídico anterior. Los motivos de una revolución son de varios tipos; normalmente todos se encuadran y se comprenden en relación con el aparato jurídico formalmente en vigencia. Esta afirmación tiene un significado que se relaciona con los contenidos jurídicos, con las acciones de los administradores del derecho, con las actitudes que se manifiestan ante problemas importantes y con el uso del poder.

Hay un gran tiempo para evitar una revolución política, si la revolución es una alternativa no deseada; existen varias formas de contribuir a la instrumentación de la alternativa consistente en evitar la muerte del derecho vigente.

Una condición fundamental en esta actitud es la existencia de una organización constitucional que conserve aún elementos mínimos de un estado de derecho <sup>(10)</sup>; el test para corroborar la condición es demostrar en la práctica el mínimo de eficiencia de las principales disposiciones constitucionales y verificar la consecuente actitud de los funcionarios de observarlas. En esta búsqueda se podría encontrar lo contrario: su inobservancia por las autoridades y la pretensión de

10 El concepto "estado de derecho" corresponde ser caracterizado en un metalenguaje de la ciencia jurídica. En ese nivel se ha intentado definirlo, usualmente, desde dos puntos de vista: formal y material.

Formalmente todo orden jurídico implica un estado de derecho independientemente de cuál sea su contenido; se parte de la hipótesis fundamental de que el derecho debe ser obedecido.

Materialmente el estado de derecho es un ideal que debe ser realizado por los diferentes órdenes jurídicos; se integra por un conjunto de principios, criterios y normas de validez en sí, de tal manera que si un orden social no lo plasma o, por el contrario, los viola, entonces tal situación social no puede considerarse como un orden jurídico; no merece tal nombre. Este tipo de conceptos, alude usualmente, a un orden estático y material en sentido kelseniano; es decir, de ciertas normas básicas se derivan, mediante actos de conocimiento, otras normas y no se requiere la voluntad como condición necesaria para la creación normativa.

Una caracterización específica del concepto de estado de derecho, desde el punto de vista material, la presenta Lon Fuller. Sostiene que la excelencia de la legalidad se logra cuando no se incurre en alguno de los siguientes fracasos:

1. Falta de generalización de las normas jurídicas.
2. Regulación secreta.
3. Retroactividad de las leyes.
4. Leyes ininteligibles.
5. Leyes contradictorias.
6. Leyes de impreciso cumplimiento.
7. Leyes inadecuadas a las necesidades sociales y que cambian constantemente.
8. Incongruencia entre las leyes y su aplicación. Fuller, Lon L., *La Moral del derecho*, Editorial Trillas, S.A., México, 1967, principal mente el Capítulo 2, "La moral que hace posible el derecho".

Del concepto formal del derecho podemos, teóricamente, derivar otros conceptos; uno de ellos es el de creación y aplicación del derecho o, en otros términos, el principio de legalidad, conforme a la cual las normas jurídicas de grada inferior deben ser creadas de acuerdo con las normas jurídicas de grada superior. Así, todos los actos jurídicos se tienen que enmarcar en el sistema constitucional de que se trate.

encontrar formas para no respetar derechos individuales o de grupos de personas o para hacer nugatorios los principios fundamentales de la Constitución, actitudes estas orientadas no por el derecho mismo sino por otros sistemas normativos que a la postre resultan más poderosos y más eficaces: los sistemas de intereses políticos.

Los gobernados necesitan tener fe en las instituciones jurídicas y en sus gobernantes; en épocas de crisis -y no aludo a crisis económicas políticas y jurídicas obviamente lo que se va perdiendo es la fe en la capacidad del orden jurídico para resolver los problemas sociales y, en consecuencia, individuales más relevantes. Los gobernados empiezan a cambiar su actitud psicológica ante el gobernante; deja de ser de colaboración y se inicia un rechazo porque las decisiones no resuelven o resuelven de manera insatisfactoria algunos de los problemas plantea dos. La fe en el paradigma jurídico se pierde no por un caso aislado; se va perdiendo por la incapacidad demostrada en un cúmulo de casos; por las actitudes constantes que se van haciendo rutina y vicio; porque se van haciendo normalidad la violación y el abuso del derecho. La crisis político-jurídica surge principalmente por un factor: falta de educación general y legal de los gobernantes y también, en alguna medida, de los gobernados. Sin embargo, se presentan tiempos para hacer algo. La renovación tiene su campo propicio en la educación de los hijos menores, y a los ahora adultos sean gobernantes o gobernados nos corresponde al menos

Joseph Raz, quien se identifica como un autor que sostiene una concepción formal del estado de derecho, sostiene lo siguiente:

'Estado de derecho' significa literalmente lo que dice. que la gente debe obedecer el derecho y regirse por él. tiene dos aspectos: 1) que las personas deben ser regidas por el derecho y deben obedecerlo y 2) que el derecho debe ser de tal manera que la gente pueda ser guiada por él. . . tiene que ser capaz de guiar el comportamiento de sus súbditos".

De la anterior idea de estado de derecho, Raz deriva algunos principios; en la lista, que no es exhaustiva, menciona:

1. Todas las disposiciones jurídicas deben ser prospectivas, abiertas y claras.
2. Las disposiciones jurídicas deben ser relativamente estables.
3. El establecimiento de disposiciones jurídicas particulares (órdenes jurídicos particulares) debe ser guiado por disposiciones jurídicas abiertas, estables, claras y generales.
4. La independencia del Poder Judicial tiene que ser garantizada.
5. Los principios de justicia natural tienen que ser observados.
6. Los tribunales deben tener poderes de revisión sobre la implementación de otros principios.
7. Los tribunales deben ser fácilmente accesibles.
8. A los órganos de prevención criminal dotados de discrecionalidad no se les debe permitir pervertir el derecho.

Materialmente el estado de derecho, si bien exige el respeto al principio de legalidad, esa legalidad debe estar legitimada y de acuerdo con los principios de justicia, fines y valores a los cuales debe servir el derecho como un medio, como un instrumento, el cual, en consecuencia, y es lo más importante, debe realizar esa otra normatividad esencial que es la idea de derecho.

Con el concepto formal de estado de derecho, se presenta la remisión al contenido del orden jurídico correspondiente. La garantía fundamental que se otorga consiste en que todos los actos provenientes del estado deben ser actos fundados en el orden constitucional.

intentar seriamente contribuir con algunas aportaciones en esta tarea de re novación, en este tiempo, en esta oportunidad.

Una forma civilizada de contribuir en la situación señalada es a través de protestas bien fundadas y no simplemente a través de manifestaciones de fuerza. Por protesta bien fundada entiendo una acción que se sustenta en valores constitucionales y sociales manifestada en contra de decisiones, actitudes, políticas, formas de actuar de los gobernantes, hecha con el propósito de convencer de que no son adecuadas a los valores referidos y que en tal virtud deben ser cambiadas. Con esta definición no pretendo sino indicar el núcleo de estas actitudes y no presentar un concepto cerrado.

#### 4. Breve excursión en el sistema jurídico mexicano

Existen situaciones en el sistema social mexicano cuya persistencia constituye motivo suficiente para provocar actitudes en los gobernados propias de las crisis político-jurídicas. Mencionaré brevemente algunas de esas situaciones con el propósito de ilustrar la problemática básica, en el entendido de que no aludo a la así llamada crisis económica.

4.1 Es, efectivamente, muy trillado el argumento relativo a que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ha sufrido más de 300 reformas desde su vigencia. Este es un hecho. Mi apreciación va en el sentido de que la facilidad de reformar la Constitución afecta principalmente la tarea de interpretación jurídica que corresponde al Poder Judicial de la Federación, sobre todo en el control de la constitucionalidad de leyes. A mayor reforma constitucional, menor interpretación judicial.

Las propuestas de reforma constitucional como un síndrome sexenal es el expediente fácil de acudir a la autoridad de la Constitución; y se puede afirmar, "de lo que queda de aquella autoridad". Por otra parte es una prueba

En esta dirección afirma Joseph Raz: "El estado de derecho es un valor esencialmente negativo. El derecho inevitablemente crea un peligro de poder arbitrario, el estado de derecho está hecho para minimizar el peligro creado por el propio derecho. De forma similar, el derecho puede ser inestable, oscuro, retroactivo, etc., y así, infringir la libertad y la dignidad de las personas. El estado de derecho está destinado, también, a impedir este peligro.

(Raz, Joseph, *La Autoridad del Derecho, Ensayos sobre derecho y moral*, Universidad Nacional Autónoma de México, principalmente el artículo "El Estado de Derecho y su Virtud".)

A la caracterización anterior del concepto de estado de derecho, formalmente entendido, conviene agregar dos elementos: la aceptación de la posibilidad de que mediante métodos racionales se pueda modificar o reformar el orden jurídico de que se trate y, particularmente, la Constitución, con base en la consideración de algunos valores constitucionales y sociales y la disposición de admitir, según se presenten, actos de protesta, principalmente de desobediencia civil, en contra de las decisiones de los órganos del estado y de cambiar tales decisiones en atención a las razones que fundamenten los aludidos actos de protesta.

más del predominio del Poder Ejecutivo sobre el Poder Legislativo -poderes legislativos y el Poder Judicial.

La reforma constitucional así practicada se puede interpretar en el sentido de que quien piensa bien las cosas públicas es el Ejecutivo, no así los otros dos poderes a quienes se les tiene que conducir para que sólo creen el derecho o sólo lo apliquen sin mayores ni mejores argumentaciones en sus resoluciones; no los dejan ser audaces, pero tampoco quieren serlo.

4.2 Las garantías individuales son derechos frente a las autoridades estatales, para cuya protección se otorga el juicio de amparo. En este apartado presentaré un test acerca de la vigencia de algunas de las llamadas "garantías individuales", en el caso de que se plantea una violación por ley que se estima inconstitucional.

El caso es el de la garantía individual relacionada con la administración expedita de justicia por los tribunales. Lo obvio de la situación problemática resulta porque históricamente se conoce que no se resuelven los casos sometidos de decisión judicial en los plazos y términos que fijen las leyes, y paradójicamente fue necesario instituir la caducidad de la instancia si el interesado no promueve aunque sea sólo para pedir que se dicte sentencia.

El caso lo califico de interesante porque cuando se impugna la ley secundaria que establece la caducidad de la instancia, por estimarse que se viola la garantía individual contenida en el artículo 17 constitucional relativa a que la administración de justicia debe ser expedita, la Suprema Corte de justicia responde que no se viola tal garantía en virtud de que la administración de justicia debe ser conforme a los plazos y términos que fijen las leyes y que uno de los términos es la caducidad de la instancia<sup>(11)</sup>.

El argumento de petición de principio en que incurre el razonamiento anterior resulta obvio; en efecto, como demostración de un enunciado se presupone precisamente que el enunciado está demostrado. La ley secundaria impugnada que establece la caducidad de la instancia, es constitucional, porque la justicia se administra en los términos precisados en esa ley, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 de la Constitución Federal.

4.3 Quiero aludir a la obligación prevista en el artículo 31, fracción IV constitucional en el cual se establece la obligación de los mexicanos de contribuir para los gastos

Me motivó a hacer el análisis de algunas situaciones del derecho positivo mexicano el artículo *Is Law Dead?* de Gottlieb, Gidon, publicado en la colección de artículos bajo el título *Revolution and The Rule of Law*, editado por Edward Kent, Prentice-Hall, Inc, Englewood Cliffs, NJ. 1971.

11 Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por su Presidente al terminar el año de 1974, Primera Parte, Pleno, página 276; en similar sentido Informe... 1974, p. 154.

públicos en la forma proporcional y equitativa que dispongan las leyes. Sólo me referiré al problema relativo al federalismo en materia de distribución de competencias entre Federación y entidades federativas.

Los textos constitucionales concernientes al tema, los formulo de la siguiente manera:

a) Los impuestos deben ser proporcionados y equitativos. (Artículo 31, fracción IV).

b) Las facultades no reservadas expresamente a la Federación son de los Estados. (Artículo 124).

c) El Congreso de la Unión tiene facultad para imponer las contribuciones necesarias a cubrir el presupuesto. (Artículo 73, fracción VII).

d) Los mexicanos deben contribuir a los gastos públicos de la Federación, de los estados y de los municipios. (Artículo 31, fracción IV).

e) El Congreso de la Unión tiene facultad para crear impuestos sobre las materias expresamente previstas y tiene facultad implícita para crear impuestos en otras materias. (Artículo 73, fracciones XXIX y XXXI).

f) Los estados tienen prohibición para crear impuestos sobre determinadas materias. Tampoco pueden crear impuestos en relación con las materias reservadas expresa o tácitamente al Congreso de la Unión. (Artículos 117, fracciones IV, V, VI, VII y IX y 118, fracción I).

La Suprema Corte de Justicia ha sustentado que la Federación y las entidades federativas tienen facultades para establecer impuestos en determinadas y las mismas materias: la Federación como consecuencia de lo previsto en el artículo 73, fracción VII de la Constitución Federal, y las entidades federativas con base en el artículo 124 constitucional pues no está prohibida la doble imposición. Dos entes distintos: la Federación y los estados pueden estatuir un impuesto sobre la misma materia, los mismos sujetos, el mismo hecho imponible y el mismo objeto. La única doble imposición prohibida es en la que con curren todos los elementos del tributo y se violen los requisitos de proporcionalidad o equidad. Además, el artículo 31, fracción IV constitucional, obliga a los mexicanos a contribuir a los gastos públicos de la Federación, de los estados y de los municipios en que residen, y pueden ser sobre la misma materia, en tanto la entidad impositiva correspondiente no tenga prohibiciones.

Otra argumentación es que la Federación y las entidades federativas, deben buscar la posibilidad de recaudar los ingresos necesarios para cubrir los gastos públicos, con la única limitación de que los tributos no sean desproporcionados o inequitativos.

Si existen facultades expresas para la Federación se debe entender que el constituyente sólo pretendió extraer de la competencia de las entidades federativas ciertas materias pero no que únicamente sobre esas materias pudiera legislar el Congreso de la Unión.

Las distintas entidades tienen derecho a exigir a los causantes toda la contribución posible siempre y cuando no se atente contra los principios de proporcionalidad y equidad, porque si se violan se podrían destruir las fuentes impositivas, hacer incosteable para los causantes dedicarse a ciertas actividades o perderse el respeto por las instituciones estatales. Al Estado le corresponde la satisfacción de necesidades de tipo colectivo o sea aquellas necesidades que los particulares no pueden satisfacer por sí mismos; por estas razones no es un obstáculo insuperable constitucionalmente la creación de dobles impuestos sobre la misma materia, y lo normal debe ser que los particulares paguen tributos a la Federación, a los estados y a los municipios, porque el particular recibe beneficios de las tres entidades. La doble tributación debe ser conscientemente bus cada para graduar la imposición o para hacerla más justa a través de dos gravámenes que se complementen en lugar de aumentar las cuotas del primeramente establecido; buscar un fin social extra-fiscal; lograr una mayor equidad en la imposición en base a la distinta capacidad contributiva de los sujetos pasivos, y aun tratar de captar un aumento en el ingreso con mayor comodidad para la administración pública.

La existencia de una facultad expresa para la federación, sólo implica una prohibición a los Estados para crear impuestos, como consecuencia del artículo 124 de la Constitución Federal, pues por razones especiales puede ser de importancia nacional preservar a los intereses federales tales materias, porque surgirían problemas económicos y políticos si todas las entidades pudieran crear tributos sobre las mismas.

En consecuencia, son constitucionales tanto las leyes locales que establecen un impuesto sobre un hecho imponible, no obstante que ya lo haya establecido la Federación, como las leyes federales que crean un tributo sobre una materia ya agravada por alguna entidad federativa<sup>(12)</sup>.

12 Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Vol 11, Primera parte, Pleno, páginas 24 y siguientes. Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por su Presidente al terminar el año de 1969, Primera parte, Pleno, páginas 184-185.

Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Vol. 11, Primera parte, Pleno, páginas 72 y siguientes. Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por su Presidente al terminar el año de 1969, Primera parte, Pleno, páginas 207-208.

Apéndice de Jurisprudencia al Semanario Judicial de la Federación, Compilación 1917-1975, Primera Parte, Pleno, Tesis # 53.

Es obvio que la decisión judicial de referencia no está justificada, porque si se introdujo como una premisa la prescripción del artículo 124 de la Constitución Federal, entonces tal materia es de los estados y existe prohibición para la Federación de crear impuestos sobre la misma. En esta virtud la conclusión judicial no se sigue de las premisas; esta relación de consecuencia importante en la justificación interna.

En efecto, la decisión no está justificada si la facultad del Congreso de la Unión para legislar en las materias sobre las cuales no tiene facultad expresa y detallada, se deriva de la fracción VII del artículo 73 de la Constitución Federal. En efecto, de esta manera se vulnera el artículo 124 de la Constitución Federal, en tanto la federación no actúa con facultad expresa y detallada, sino conforme a la facultad genérica del artículo 73, fracción VII, la cual, así entendida, implicaría una facultad para crear tributos sobre cualquier materia. Con esta argumentación no se necesita el régimen jurídico de facultades expresas.

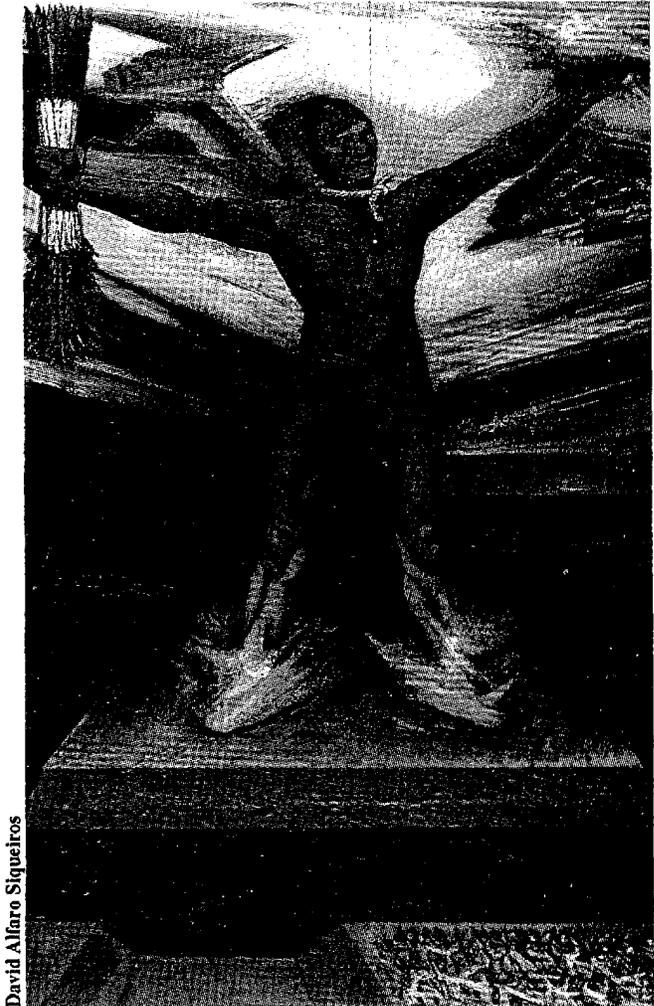
Además sostiene la Suprema Corte de Justicia que los estados pueden crear tributos porque es una materia que no está reservada a la Federación y que la Federación puede crear el mismo tributo porque está facultada expresamente por el artículo 73, fracción VII. Creo que el razonamiento correcto es el siguiente: si no está reservada a la Federación, entonces es de los estados; y si está reservada a la Federación, entonces no compete a los estados.

Si se parte de las premisas contenidas en los artículos 124 y 73, fracción VII, la única conclusión que lógicamente no se puede obtener, es que ambas entidades tengan competencia para crear tributos sobre la misma materia en sus respectivas jurisdicciones.

4.4 Una de las llamadas "decisiones políticas fundamentales" es el principio de división de poderes el cual prohíbe la reunión de dos o más de los poderes (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) en una sola persona o corporación y depositar el legislativo en un solo individuo.

Se han presentado juicios de amparo contra leyes en los cuales los quejosos han estimado que se viola el principio de división de poderes con tenido en el artículo 49 de la Constitución Mexicana, cuando se otorga, no en la Constitución Federal sino en ley secundaria, facultades, por ejemplo, jurisdiccionales o legislativas al Poder Ejecutivo.

La Suprema Corte de Justicia ha sostenido que la Constitución prohíbe la unificación de dos o más poderes en uno, mas no que un poder, por ejemplo, el legislativo, desempeñe alguna función ejecutiva o jurisdiccional y que



David Alfaro Siqueiros

el propósito en el artículo 49 constitucional, es evitar la posibilidad de una dictadura constitucional que se daría cuando en un poder se reunieran dos o más, pero no cuando la misma Constitución previene una flexibilidad en la división de poderes y relaciones entre los mismos, lo que se traduce en la autorización de que un poder realice funciones que en una estricta división de poderes y funciones, no podría desempeñar <sup>(13)</sup>.

Con este tipo de argumentación, considero, se determina la imposibilidad de que alguna vez se vulnere el principio de división de poderes, pues si se da el supuesto de violación que admite la Suprema Corte de Justicia es muy probable que el mismo órgano judicial fuera el que hubiera desaparecido, que en él se hubiesen reunido dos o más poderes o que ya no estuviera vigente la

Constitución con base en la cual debería emitir su decisión de que se ha transgredido el principio de división de poderes.

4.5 Otra situación interesante son los nombramientos por el Ejecutivo sin considerar la opinión pública, la opinión de periodistas y la de organismos profesionales, con especial referencia al cumplimiento de requisitos no objetivos y la actitud de la Cámara de Senadores en cuanto a su competencia de otorgar o negar aprobación a los nombramientos presentados por el Ejecutivo.

Una consecuencia es la pérdida de fe en los jueces y en los tribunales, respecto de su imparcialidad en asuntos relevantes.

4.6 El artículo 123 constitucional se establece el mínimo de derechos de los trabajadores y como una forma de garantía de protección de los intereses gremiales los derechos específicos de asociación y de huelga. Destacamos este último en vinculación con la administración de justicia de tribunales administrativos con facultades jurisdiccionales que dependen del Ejecutivo Federal. Muchas de las actitudes de los tribunales se manifiestan como absoluta dependencia del Poder Ejecutivo, incluso en cuestiones mínimas, por no aludir a cuestiones mayores como algunas omisiones o algunas declaraciones de inexistencia de huelgas.

Resalto este problema no en cuanto a las decisiones sino en relación con la consecuencia que se produce respecto de la fe en el derecho y la credibilidad en los tribunales.

4.7 Es del ámbito de la opinión pública que han aumentado los actos de violencia de las autoridades y de los particulares. Violencia en el sentido de "uso directo y vigoroso de fuerza física con la intención (manifiesta) de causar daño" <sup>(14)</sup>. Este aumento de acciones de violencia es independientemente de los motivos inmediatos de cada uno de los actos violentos; lo cierto es el hecho social y las consecuencias desfavorables en el conjunto de personas que no la práctica, consecuencias que van desde una simple desaprobación e imputación de responsabilidades, hasta la falta de credibilidad en las instituciones y el sentimiento de la inseguridad en las relaciones sociales.

Grave es que la situación actual de violencia pudiera ser el antecedente de actos de terrorismo en los cuales por definición, siendo de violencia, "persiguen propósitos políticos con la convicción de que la muerte y el sufrimiento de personas inocentes... se hallen enteramente justificados por cualquiera de los éxitos que puedan obtener." <sup>(15)</sup>

Las situaciones anteriores y sus consecuencias psicológicas, políticas y sociales son suficientes para saber que se vive una crisis en el ámbito de la experiencia jurídica, crisis que puede ser el antecedente de una convulsión política grave, o crisis que, por otra parte, si se toma en serio, puede conducir a la adopción de medidas para evitar la caída del régimen constitucional, sin que se trate de salvarlo cueste lo que cueste. No se puede olvidar que uno de los principios de la democracia es la libre discusión de las ideas, la exposición de argumentos y contraargumentos y la búsqueda del consenso y que, por otra parte, está siempre presente el privilegio y el riesgo de defenderla de ataques antidemocráticos.

En estas tareas es importante la participación, basada en principios, de los ciudadanos en lo individual y en organizaciones; no sólo basta la participación de las autoridades estatales. Participación ciudadana que puede expresarse desde el acuerdo de voluntades hasta las diversas manifestaciones de actos de protesta bien fundados, como son los actos de desobediencia civil. Es conveniente precisar que estas participaciones suponen la aceptación del orden jurídico vigente y un compromiso, en virtud de la existencia de suficiente libertad, para criticar algunas decisiones estatales, porque el sistema político es capaz de asumir y enfrentar este tipo de acciones, incluso la transgresión a algunas normas jurídicas cuando la transgresión tiene motivos políticos o morales, en el sentido de actos de protesta bien fundados.

La cuestión es partir de esta suposición y aceptar los compromisos por quienes tenemos que ver con el derecho. Los problemas específicos apuntados son problemas importantes y ameritan soluciones importantes.

Por otra parte, considero que el régimen constitucional en crisis contiene potencialmente soluciones para enfrentar y resolver los problemas cruciales y también creo que todavía es oportuno instrumentar esas soluciones de actualización y renovación del estado de derecho.

La Constitución Federal establece como medios de participación democrática el sufragio en algunos casos; la acción popular en otros; el juicio de amparo en contra de leyes; el juicio de responsabilidad de funcionarios; la consulta popular en ciertas circunstancias; como garantía específica, el derecho a la información; la institución del Ministerio Público; y otras cuya mayor eficiencia se clama en esta situación crítica.

La eficiencia de estas instituciones deberá de tener como común denominador: obtener la confianza de los ciudadanos y es la comunidad integrada por gobernados y por gobernantes quienes deben hacer frente a esta empresa política y jurídica y asumir que cada quien, cada grupo, puede intentar acciones sensatas bajo la idea de salvaguardar el régimen constitucional y el estado de derecho.

14 Ferrater Mora, José y Cohn, Priscilla, *Ética aplicada, Del aborto a la violencia*, Alianza Universidad, S.A., Madrid, 1981, artículo "La violencia", de Cohn, Priscilla, p. 195.

15 Ferrater Mora, José y Cohn, Priscilla, *op. cit.*, p. 198.