

REVISTA DE REVISTAS

Teoría general y filosofía del derecho 784

TEORÍA GENERAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

KROTZ, Esteban, "Antropología y derecho", *México Indígena*, México, 2a. época, año IV, núm. 25, noviembre-diciembre de 1988, pp. 6-15.

El autor Esteban Krotz, quien es profesor-investigador del Centro de Investigaciones Regionales "Doctor Mideyo Noguchi" de la Universidad Autónoma de Yucatán, inicia su artículo comentando la concepción generalizada y errónea, en la mayor parte de los casos, que tiene el pueblo mexicano cuando escucha los términos derecho, ley, instituciones judiciales, etcétera. De inmediato imaginamos terminología poco inteligible, trámites burocráticos y en muy pocas veces se repara en el importantísimo papel que el derecho juega en la organización social.

La finalidad que persigue el autor es recobrar una perspectiva perdida, que permita, con base en el estudio del derecho, conocer algunas características de la sociedad mexicana y sus conflictos; todo ello desde el particular enfoque de las ciencias antropológicas. El artículo se encuentra dividido en tres grandes apartados: Antropología y derecho, una asociación tradicional; Tres aspectos fundamentales del derecho, y Una antropología del derecho en México.

Tal como lo advierte el autor, el estudio antropológico de los fenómenos jurídicos que se presentan en nuestro país nos permite conocer mejor nuestra situación social y cultural. Desde luego que no es obra de la casualidad el que varios de los primeros antropólogos científicos hayan recibido una formación universitaria en derecho. Lo anterior tiene una explicación muy simple: en el siglo XVIII el derecho natural, "el estado natural" y el "contrato social", fueron los motivos que enfocaron la atención de los estudiosos hacia el conocimiento del hombre, de sus relaciones y de su entorno. El punto de partida fue, necesariamente, desde la perspectiva jurídica, con ideales tan claros y precisos como libertad, la igualdad, los derechos ciudadanos, etcétera.

Ya en el siglo XIX se advierte un cambio: al estudiar los fenómenos jurídico-políticos simultáneamente se fue analizando la evolución de la humanidad; es en esta etapa cuando los antropólogos científicos conjugan sus conocimientos del derecho con su afán por desentrañar los misterios de la humanidad. El autor nos recuerda que al buscar los orígenes de determinadas concepciones legales, se fue caminando hacia lo que en sus inicios se conoció como investigación folclórica y que más tarde se identificaría como investigación antropológica.

En este trabajo, Krotz nos señala que al estudiar los pueblos "primitivos", bien pronto se notó que no eran comunidades caprichosas, sino que poseían un orden político-social real y aplicable y que podrían ser observados científicamente.

En este siglo, muchos antropólogos decidieron estudiar los ordenamientos sobre la sucesión y legitimación; las instituciones con base en las cuales se planteaban y derivan conflictos de carácter civil y penal en diversas comunidades indígenas; nuevamente el derecho sirvió de "pretexto" para estudiar al hombre.

Si bien es cierto que ya en nuestro siglo se introdujeron nuevos elementos de análisis, tales como la situación económica, estructura social, creencias religiosas, etcétera, todas estas variables tenían, sin embargo, una profunda raíz jurídica. Esta nueva tendencia quedó de manifiesto en 1947 al iniciarse los trabajos encaminados a la redacción de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, ya que el equipo de trabajo incluía un importante sector de antropólogos; una vez más se observa la unión de antropología y derecho.

A lo largo del trabajo, el autor lamenta que en el programa actual de la carrera de antropología no se imparta la disciplina de antropología del derecho, cuya difusión, sin lugar a dudas, ayudaría a tener una nueva perspectiva de la sociedad y del hombre contemporáneo.

Con el objeto de acabar con esta deficiencia, propone que en el programa de estudios tomen en consideración dos aspectos fundamentales:

a) El derecho y sus instituciones, así como los procedimientos específicos de creación, modificación y ejecución de las normas, ya que éstas pueden ser consideradas como campo fértil para la generación de conflictos y luchas. Si consideramos que es precisamente en el derecho en donde encontramos reflejados los principales conflictos sociales de nuestro tiempo, su estudio se vuelve fundamental para conocer diversos aspectos de la estructura social, así como las condiciones en que viven grandes sectores de la población a fin de encontrarles una solución.

b) El estudio del derecho como mecanismo de control social. El autor nos recuerda que en todos los Estados se crea un aparato de especialistas que en fin de cuentas se convierten en los únicos conocedores y "operadores" oficiales de las cuestiones jurídicas de un país, esto es, se tornan en una especie de intermediarios imprescindibles entre las autoridades y los gobernados. Su comportamiento, nos señala Krotz, se ca-

racteriza por "la utilización de un discurso del que las masas populares están excluidas" y que, como es natural, está erigido a partir de formaciones ideológicas dominantes. Como ejemplo de lo anterior está la normatividad y procedimiento de ejecución de la reforma agraria, en la cual los "beneficiados" en muchas ocasiones no hablan siquiera el idioma en el que están redactadas las disposiciones y por ello tienen que acudir una y otra vez a manos de los especialistas.

De igual forma, no debe dejar de considerarse que los Estados modernos tienden a homogeneizar al máximo conductas, procedimientos e instituciones en las que se encuentra la misma "razón de Estado" como su fundamento común. Estas dos situaciones, considera Krotz, nos ponen de manifiesto que el derecho es la expresión de una estructura básica de la sociedad; que no siempre es posible comunicarla con las expectativas de todos los sectores que la integran y que, en la mayoría de los casos, si no se tiene un profundo conocimiento del hombre al que se aplicarán, más que en un instrumento de cohesión se torna en un mecanismo de coerción.

El autor finaliza este apartado señalando que el mal uso del derecho provoca que la legalidad se vaya transformando hacia la creación de un consenso y aceptación de medidas y situaciones que buscan más la legitimidad. Así, no resultará raro escuchar que los funcionarios, legisladores y jueces, justifiquen su actuación señalando que se comportan de tal forma porque simple y sencillamente cumplen con la ley; aquí nuevamente el derecho se ve desvirtuado por falta de conocimiento.

El autor concluye su ensayo formulando una serie de consideraciones sobre fenómenos de tipo legal a los que se enfrentan los antropólogos cuando realizan sus investigaciones:

La existencia de una diversidad de culturas jurídicas. En nuestro país existen muchas comunidades rurales en las que los actos que se realizan, en muchos casos, no están de acuerdo con la legislación del Estado, sino que la contravienen; esto obedece principalmente a que hay una profunda diversidad, en calidad y carácter, de culturas jurídicas que se oponen y se sobreponen unas con otras; ello, señala el autor, refleja sin lugar a duda la debilidad intrínseca del Estado mexicano. Hay una ausencia de articulación entre las diversas normatividades y las culturas jurídicas nacional y locales, hecho que se ve agudizado por un problema común: en muchos casos las normas no se conocen porque no se expresan en el idioma del grupo al que se dirigen.

Finaliza el autor señalando que el estudio antropológico de los diversos aspectos del derecho no está debidamente desarrollado y que si queremos que exista una mayor justicia para todos, deben dedicarse mejores esfuerzos a la práctica de las ciencias antropológicas; sólo así podremos tener un conocimiento más amplio y exacto de nuestra realidad sociocultural.

Héctor DÁVALOS MARTÍNEZ

LADÉUR, Karl-Heinz, "Computerkultur and Evolution der Methodendiskussion in der Rechtswissenschaft. Zur Theorie rechtlichen Entscheidens in komplexen Handlungsfeldern", *Archiv für Rechts – und Sozialphilosophie*, Berlín, vol. LXXIV, núm. 2, 1988, pp. 218-238.

1. El autor se propone esbozar algunos lineamientos para el desarrollo de una dogmática jurídica al servicio de la decisión bajo condiciones complejas, es decir, una dogmática capaz de tratar con la creciente fragmentación y pluralización de "lo dado" y de responder a la "racionalidad posmoderna de las posibilidades". Para llegar a comprender la necesidad y justificación de este planteamiento, el autor nos ofrece una visión de un "proceso fundamental de transformación cultural que obliga también al sistema jurídico a revisar su autodescripción/autoobservación, y que requiere situar con mayor precisión histórica los planteamientos actuales de una dogmática informada por la teoría jurídica" (p. 238).

2. El primer punto de este proceso de transformación se sitúa en lo que el autor llama la "desintegración de la unidad del texto", que no es otra cosa que el reflejo de la crisis de la concepción filosófica dominante entre el siglo XVIII y principios del XX: la separación entre el sujeto y el objeto. Esta crisis se manifiesta dentro de la ciencia jurídica, por ejemplo, en la llamada "jurisprudencia de intereses", para la cual "lo dado" es fuente de valores frente al texto jurídico, o en la teoría pura de Hans Kelsen, que renuncia al carácter del sistema jurídico como proyecto global en favor de una mera sistematización de competencias (p. 219).

Las variantes teóricas recientes registran en "lo dado" cambios que no pueden procesarse mediante reglas estables y que se reflejan, como pérdida de certidumbre, en las decisiones sometidas a una reflexión

metodológica. Ello conduce a reconocer el carácter "abierto" y el espectro de fluctuación de las decisiones jurídicas correctas. Sin embargo, en opinión del autor, la discusión metodológica de los últimos tiempos no ha sido capaz de tematizar adecuadamente el problema de la heterogeneidad de la vivencia y la reflexión, pues "lo dado" se ha vuelto notablemente más complejo que las concepciones determinadas por el paradigma clásico. Se observa un esfuerzo por introducir en la razón un "momento de la facticidad", pero éste resulta insuficiente.

3. En este punto se pregunta el autor si la teoría de los sistemas autorreferenciales *autopoyéticos*, en la versión desarrollada por Niklas Luhmann, es adecuada como nuevo modelo de la autotematización. Esta teoría parte precisamente del supuesto de que las redes complejas de la acción ya no son dotadas de identidad por la vivencia de un sujeto, sino que sólo pueden serlo por un sistema social independiente.

Para poder avanzar en la discusión metodológica, nos sigue diciendo el autor, es imprescindible desechar un prejuicio crítico: al emplear los conceptos de autorreferencia y *autopoyesis*, la teoría de los sistemas sociales no importa meramente conceptos de la ciencia natural (concretamente, de la biología), sino que estos conceptos mismos son posibles gracias al desarrollo de la "segunda cibernética", la cual

ha hecho del procesamiento de información a través de códigos y algoritmos generativos (procedimientos) y de la autoorganización en la formación de estructuras y sistemas, un paradigma general de las ciencias, y que tiene la pretensión de sustituir la concepción clásica, también paradigmática, del sujeto que establece una relación de conocimiento hacia el objeto bajo las condiciones de una razón universal (p. 225).

La construcción de un nuevo paradigma del saber científico conducirá forzosamente a la reorganización de las ciencias sociales.

4. En lo particular, el autor somete a crítica algunos puntos de la teoría de Luhmann relativos a su concepción del sistema jurídico.

La primera objeción se dirige contra la incorporación excesivamente literal del concepto biológico de *autopoyesis*, en vez de intentar interpretarlo como expresión específica de un nuevo paradigma de los sistemas autónomos autorreferenciales, que estaría todavía por construirse en el ámbito de las ciencias sociales y jurídicas (p. 229).

En segundo lugar, se observa una conexión interna demasiado estrecha entre la codificación binaria del sistema (distinción lícito/ilí-

cito) y la función del derecho como garantía previa de las expectativas en caso de conducta anómala. Ésta, a su vez, se halla demasiado ligada al esquema condicional clásico de la norma jurídica, de manera que la evolución del derecho es concebible sólo dentro de límites muy estrechos. En otras palabras, es necesario dar mayor importancia a la posibilidad de un cambio en la función de los sistemas sociales, como parte de una "racionalidad posmoderna de las posibilidades".

Respecto del análisis del sistema jurídico, es importante mantener presente "que la mayor capacidad de los sistemas para la autodescripción no se funda en un mejor autocontrol, sino que se relaciona con la mayor complejidad social, debida a una creciente intervención de lo 'artificial', y con la necesidad concomitante de la autotematización de múltiples posibilidades de desarrollo" (p. 231). Por lo tanto, la autodescripción no genera un conjunto fijo de reglas, sino que más bien estructura transiciones y relaciones entre posibilidades.

Esto significa que la identidad del sistema, mantenida a través de la autodescripción, es de naturaleza conflictiva y que la contraposición de la clausura normativa y la apertura cognitiva del sistema jurídico no es capaz de dar cuenta adecuada de la misma. En las circunstancias actuales ya no es posible definir la función del derecho con referencia a la generalización contrafáctica de expectativas de conducta. Más apropiada sería su reformulación procedimental en el sentido de la conservación, posibilitación, modificación y compatibilización de redes relacionales, modelos reticulares, etcétera, producidos en otros sistemas bajo otras lógicas. Se trata, en otros términos, de la paradójica función de la regulación de la autorregulación (p. 233).

5. Llegados a este punto, es donde el autor puede esbozar algunos lineamientos para redefinir la función y los objetivos de la dogmática jurídica. Ésta debe partir del supuesto de que el lenguaje carece de unidad, e intentar construir una racionalidad lateralmente dispersa, no jerárquica, y desarrollar la capacidad del sistema jurídico para trascender su propia función, es decir, aprender. La decisión jurídica no puede concebirse ya como aplicación puntual de reglas, sino como autorrevisión en el proceso (p. 235); es una decisión bajo condiciones de incertidumbre en la que el "espacio del problema", dentro del cual se elabora la decisión, se convierte él mismo en problema. Un sistema social capaz de aventurarse dentro de su propia autotransformación, debe desarrollar "estrategias para la perturbación", aceptar la disidencia como manifestación de la heterogeneidad de la elaboración y desechamiento de órdenes laterales, lo cual tiene consecuencias, por ejem-

plo, para la "desobediencia civil, para la interpretación de los derechos fundamentales de la comunicación, que tienen precisamente por función la de interrumpir el círculo de autoamplificación de los modelos reticulares establecidos, esto es, producir un exceso de posibilidades" (p. 237).

6. Se requeriría mucho mayor espacio para explicar o comentar con amplitud las múltiples y sugestivas ideas que contiene el artículo reseñado, por lo que nos hemos limitado a un resumen apretado de algunas de ellas que, como reconoce el autor mismo (p. 238), requieren ciertamente una elaboración más concreta. Por esta razón también terminamos con una reflexión general, entre varias posibles, que suscita la lectura del trabajo del profesor Ladeur:

¿Qué trascendencia puede tener para los llamados "países subdesarrollados" un nuevo paradigma científico, un cambio aparentemente limitado a describir de otro modo la "realidad" ante la realidad, ésa sí apremiante, de nuestros problemas? Estamos todavía empeñados en perséguir la "modernidad", vista en el espejo de las "naciones civilizadas" (irónicamente, ya en franca "posmodernidad"), pero advertimos que la brecha no se cierra. Sin embargo, el observador escéptico pero atento no dejará de notar una cierta coincidencia de los acentos "posmodernos" sobre conceptos tales como los de "autonomía", "diferencia", "pluralidad", "compatibilización no jerárquica de diversas posibilidades", con una terca realidad que hasta ahora habíamos considerado como lamentable o imperfecta realización del ideal de la integración y la unidad. El péndulo histórico de las naciones avanzadas parece regresar —claro está, en otro plano y bajo nuevas condiciones— a un punto que nosotros no hemos podido abandonar del todo, a pesar de nuestros sinceros esfuerzos. No cabe duda que nos tocará sufrir en alguna medida las consecuencias de la "posmodernidad", pero hay seguramente en ella también oportunidades de acción. El proceso de cambio que atraviesan los países adelantados puede hacerlos más receptivos hacia algunos de nuestros problemas que, para su sorpresa, se han vuelto suyos (piénsese en los derivados de una sociedad plurirracial y pluricultural). Estamos mínimamente obligados a plantearnos la pregunta para estar en condiciones de participar en la respuesta.

Héctor FIX FIERRO

NADEAU, Denis, "Le remplacement d'une disposition législative: une abrogation méconnue", *Revue Générale de Droit*, Ottawa, vol. 18, núm. 2, 1987, pp. 377-398.

En Canadá, una ley especial sobre "interpretación" ha dividido las opiniones de juristas y jueces, respecto del alcance y efectos de la expresión "abrogación".

Los tribunales en varias ocasiones han acogido la tesis de que sólo hay abrogación cuando la nueva ley elimina en su totalidad o en parte un texto legal anterior. Si sólo lo reemplaza o refunde no existirá abrogación, ya que conservaría su vigencia la ley anterior.

Sostiene la tesis jurisprudencial que hay una diferencia notoria entre la abrogación y el reemplazo. Mientras la primera elimina la norma, el reemplazo la deja vigente, aun cuando su texto sea similar o distinto del anterior.

En el texto que se comenta se emplea sólo la palabra abrogación y no derogación, que entre nosotros tiene significado distinto (véase el artículo 9 del Código Civil del Distrito Federal).

Las dudas que se comentan surgen de la interpretación que los jueces y juristas han dado a los artículos 12 y 13 de la ley citada.

Algunos jueces opinan que ambas normas son diferentes. Que el artículo 12 se ocupa de la abrogación y el 13 del reemplazo de una norma por otra. Los efectos legales serían distintos: mientras la derogación elimina el texto mismo, el reemplazo deja subsistente la norma anterior.

Los opositores de esta tesis opinan que ambos artículos se complementan, que tanto el artículo 12 como el 13 se refieren a la abrogación y que no es jurídicamente concebible que una norma abrogada mantenga su vigencia.

Para mayor claridad se transcriben a continuación los artículos 12 y 13 de la Ley de Interpretación objeto de esta polémica. Dispone el artículo 12:

La abrogación de una ley o de un reglamento hecho por la autoridad no afecta los derechos adquiridos, las infracciones cometidas, las sanciones en que se ha incurrido y los procedimientos iniciados; los derechos adquiridos pueden ejercerse, las infracciones perseguirse, las penas imponerse y pueden continuar los procedimientos, no obstante la abrogación.

Considera por su parte el artículo 13 que:

Quando una disposición legislativa es reemplazada o refundida, los titulares de funciones seguirán actuando como si hubieren sido nombrados bajo las nuevas disposiciones; conservarán su existencia las corporaciones formadas y serán regidas por las nuevas disposiciones; las infracciones cometidas serán perseguidas y las prescripciones iniciadas se completarán bajo las mismas disposiciones, en tanto les sean aplicables.

Posteriormente se agregó un segundo párrafo al artículo 13, que es del tenor siguiente: "Los reglamentos y otros textos dictados en aplicación de las disposiciones reemplazadas o refundidas, permanecerán en vigor en la medida en que sean compatibles con las nuevas disposiciones y los textos que se mantengan vigentes se reputarán haberse dictado en virtud de estas últimas."

El juez Louis Phillippe Pigeon, en su obra intitulada *Redacción e interpretación de las leyes*, opina que es preciso considerar seriamente los efectos que han de producirse cuando se quiere abrogar una ley y cuando no se desea hacerlo. Existen diversos sistemas que pueden utilizarse, dice. Uno de ellos consiste en no abrogar la ley actual, sino reemplazarla por otra. De acuerdo con el mecanismo que preceptúa el artículo 13 de la Ley de Interpretación, puede hacerse, siendo diferente el reemplazo de la abrogación. El reemplazo no hace desaparecer la ley antigua, sólo la amplía, disminuye, minorra o complementa, pero el efecto que le imprime el artículo 13 a esta operación es diferente de la abrogación a que se refiere el artículo 12.

Fundamenta su argumentación en el examen del artículo 13, cuyo texto dispone que cuando una ley es reemplazada por otra, los titulares de funciones públicas continúan actuando como si hubiesen sido nombrados bajo las nuevas disposiciones y las corporaciones constituidas antes conservan su existencia.

Si se comparan ambos textos, agrega, se puede constatar que el artículo 12 no ha considerado a los funcionarios ni a las corporaciones, lo que demuestra que esta supervivencia no se produce en los casos de abrogación. No se refiere tampoco el artículo 12 a las prescripciones como lo hace el artículo 13. Sabemos que cuando una ley es abrogada no pueden completarse los plazos de prescripción, salvo que una nueva disposición así lo considere en forma expresa.

Existe pues, termina diciendo, una gran diferencia entre la abrogación y el reemplazo.

Las opiniones de Louis Phillippe Pigeon han sido acogidas en algunas sentencias, creándose el conflicto de interpretación que el autor de este trabajo se encarga de refutar diciendo: "Varios jueces sostienen que una disposición reemplazada por una nueva, no queda abrogada. Existiría una diferencia sustancial entre estas dos operaciones de redacción legislativa: el reemplazo y la abrogación." Más que discutible esta posición jurisprudencial, dice, nos parece errónea.

Considero, agrega, que cuando el legislador reemplaza una disposición o una ley por otra, es indudable que esta sustitución tiene por efecto, primero, abrogar los textos reemplazados al igual que lo hace cuando la ley lo dispone expresamente; en segundo lugar es necesario examinar si subsisten o sobreviven los reglamentos cuando la disposición legislativa en que se basaron es abrogada o reemplazada.

Hay jueces que consideran que la antigua disposición no ha sido abrogada y que el nuevo texto "nunca la ha hecho desaparecer".

Los autores de la obra *Guide from Redaction Legislative*, dicen que abrogar un texto legislativo es quitarle su fuerza ejecutoria. Reemplazarla es abrogarla y sustituirla por otra.

Las nociones de abrogación y reemplazo no se oponen, por el contrario poseen un importante efecto común: la aniquilación de disposiciones que son consideradas por la abrogación o el reemplazo. Lo cual significa que "proceder al reemplazo de una disposición implica su abrogación".

Con una cita del profesor Pierre André Coté, dice que no cabe duda que una ley reemplazada es, por el hecho mismo, abrogada y que las resoluciones que afirman lo contrario son manifiestamente erróneas.

En el mismo sentido opinaría el profesor Alain F. Bisson, cuando dice: "Es evidente que todo reemplazo comporta una abrogación a la cual se agrega una operación de sustitución."

Estas opiniones conducen a la siguiente conclusión: "el reemplazo de un texto por otro comprende en su esencia misma la abrogación del texto sustituido. Se abroga la versión original de pleno derecho, siendo reemplazada por la nueva disposición que viene a ocupar su lugar."

Le parece incorrecto pretender que los artículos 12 y 13 consideren que la abrogación y el reemplazo constituyen dos nociones distintas. Por el contrario "estos dos artículos se complementan y tienen un punto de vista esencial: la abrogación. Lo que dispone el artículo 12 es la

abrogación pura y simple, lo que establece el artículo 13 es la abrogación acompañada de reemplazo". Ambos artículos no distinguen el que la abrogación y el reemplazo sean expresos o tácitos.

La abrogación de las normas reformadas o refundidas quedará comprendida dentro del texto del artículo 12, que no especifica si la abrogación debe o no ser expresa.

Deducir que existe diferencia entre subrogación y reemplazo porque el legislador ha considerado dos artículos distintos, no es un argumento sólido.

El agregado que el legislador ha hecho sobre los reglamentos en el artículo 13 vendría a confirmar lo expuesto por el articulista, en orden a que el reemplazo de un texto produce de inmediato su derogación.

Sin esta intervención del legislador habría sido muy difícil concebir que un reglamento dictado para una disposición abrogada pudiera mantener su vigencia. "Al establecer expresamente el legislador la vigencia de los reglamentos ha descartado las consecuencias que el efecto derogatorio del reemplazo o de la refundición habían provocado."

Lisandro CRUZ PONCE

VARIOS

NADELMANN, Ethan A., "The Great Drug Debate: I. The Case for Legalization", *The Public Interest*, Washington, D. C., núm. 92, verano de 1988, pp. 3-31.

El autor parte de la constatación que, pese a las proclamaciones de guerra y en los dramáticos aumentos de fondos gubernamentales destinados en los Estados Unidos a la lucha contra el tráfico y el consumo de drogas, el problema no ha desaparecido y, por el contrario, presenta signos de empeoramiento. Esta política ha tenido y tiene gran apoyo de los grandes partidos, de liberales y de conservadores, que coinciden en objetivos y estrategias, pero no contribuyen a proponer y aplicar métodos y tácticas eficaces.

El autor presenta una argumentación en favor de algún tipo de opción de legalización, como posible estrategia óptima para el problema de la droga. Aclara que no existe una sola estrategia posible al respec-