

## EN TORNO A LA CULTURA DE LA LEGALIDAD

### AROUND THE CULTURE OF LEGALITY

**Julio César Kala**

*Profesor del Departamento de Derecho, División de Derecho Política y Gobierno, Campus Guanajuato, Universidad de Guanajuato, México.  
E-mail: jckala@ugto.mx*

#### RESUMEN

La seguridad pública constituye uno de los cometidos ineludibles del Estado contemporáneo, por ello, la política pública orientada a garantizarla tiene que comprometer la acción estatal integralmente. En el ámbito de la seguridad pública, excepcionalmente se ha avanzado en el diseño exitoso de planes de acción interinstitucionales e interdisciplinarios de políticas públicas integrales que incidan en la reducción del delito y en los niveles de inseguridad. Asimismo, enfrentar la violencia y tratar de disminuirla, por su sustrato cultural, requiere de un análisis específico que permita identificar sus diversas manifestaciones y cómo éstas afectan la calidad de vida de las personas y deterioran el tejido social.

**Palavras-chave:** cultura de la legalidad; política jurídica; seguridad pública.

#### SUMÁRIO

CONSIDERACIONES PREVIAS; 1 CULTURA DE LA LEGALIDAD; 2 REFERENTES TEÓRICOS; 2.1 Estado de Derecho; 2.2 Posición de los Derechos Humanos en un Estado constitucional; 3 SOBRE LA POLÍTICA JURÍDICA; 4 SOBRE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL; 4.1 Objetividad, interpretación y decisión judicial; 5 JUDICATURA Y DEMOCRACIA; 6 INTROYECCIÓN DE LA NORMA; 7 SOBRE UN MODELO DE CULTURA DE LA LEGALIDAD; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

#### ABSTRACT

Public safety is one of the unavoidable tasks of contemporary state therefore public policy oriented guarantee it must commit fully state action. The field of public safety has exceptionally advanced in successfully designing plans interagency and interdisciplinary comprehensive public policies that affect crime reduction and levels of insecurity. Also facing violence and trying to reduce it, for its cultural roots, requires a specific analysis to identify its various forms and how they affect the quality of life of people and damage the social fabric.

**Keywords:** legality culture; legal policy; public seguridad.

## INTRODUÇÃO

La seguridad pública<sup>1</sup>, constituye uno de los cometidos ineludibles del Estado contemporáneo, por ello, la política pública orientada a garantizarla tiene que comprometer la acción estatal integralmente: a la administración pública, toda, y a la sociedad; no deben responder a las coyunturas políticas, ha de tener objetivos claros y precisos, metas referidas preponderantemente al incremento de las condiciones reales de espacios sociales que posibiliten una convivencia social en el marco de los derechos fundamentales, antes que a criterios programáticos; su verificabilidad ha de realizarse en el corto, mediano y largo plazo (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2007).

Por ello, la estructuración, la construcción, la operación y la evaluación de estas políticas públicas están destinadas a impactar, visiblemente, en la problemática social o, en su caso, a incrementar los estándares de bienestar y de seguridad en los escenarios sociales para promover mejores condiciones de convivencia social de los habitantes.

En el ámbito de la seguridad pública, excepcionalmente se ha avanzado en el diseño exitoso de planes de acción interinstitucionales e interdisciplinarios de políticas públicas integrales que incidan en la reducción del delito y en los niveles de inseguridad.

La implementación y el diseño de políticas integrales en materia de seguridad no ha dado los resultados esperados, el incremento de la espiral de violencia es su resultado más notorio, no sólo por el incremento de muertes y desaparecidos, sino por el deterioro del marco democrático, a pesar de las reiteradas recomendaciones realizadas por organismos internacionales, entre otros, por el *Centro de Estudios de Seguridad Ciudadana (CESC)*, el *International Center for the Prevention of Crime*, o el *Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD)*. Por ello es necesario insistir desde los derechos humanos, la teoría constitucional, el derecho penal, la criminología y la victimología, entre otros espacios de reflexión, en la generación de propuestas de políticas públicas dirigidas a disminuir los impactos y la frecuencia de la violencia y de la delincuencia.

México, en los últimos años ha vivido en un ambiente altamente polarizado por la violencia, en el que es constante el temor de ser víctima de la delincuencia y en donde la policía, las instituciones gubernamentales y la sociedad juegan un papel fundamental, sin que hasta el momento se haya logrado disminuir la violencia ni la inseguridad de los habitantes.

---

<sup>1</sup> Concepto inicial que evolucionaría a seguridad humana, pasando por seguridad ciudadana y seguridad de los habitantes.

Describir la criminalidad significa, en primer lugar, describir el aparato legislativo y las instituciones responsables de aplicar la justicia. Si el crimen es considerado como la transgresión de un valor unánimemente compartido y traducido en una prohibición legal; dichos valores están lejos de ser universales y sobre todo su jerarquización como lo demuestra no sólo la actividad de la denominada delincuencia organizada, sino también el desapego a la norma en muchas de las conductas sociales cotidianas de las personas.

Nuestro país no es distante de contextos claramente afectados por la corrupción, la delincuencia y la violencia, como Palermo, Bogotá, y otras ciudades de Latinoamérica, en las que a diferencia del nuestro, ha surgido un enfoque centrado en el valor integrador de la legalidad y de la disminución de la violencia, enmarcado en la necesidad de aproximarse a éstos problemas desde un punto de vista más allá de paliativos, centrado en el mejoramiento de las condiciones de vida de los habitantes, en la ampliación del ejercicio pleno de sus derechos fundamentales, en el que la seguridad pública sea descrita como el escenario social en que las personas ejercen sus libertades sin temor a sufrir menoscabo en su patrimonio, lesiones en su persona o limitación de sus expectativas de crecimiento y desarrollo.

Desde esta perspectiva, el fortalecimiento de la cultura de la legalidad requiere de la comprensión cabal de la sociedad en su totalidad, de las implicaciones del Estado de Derecho como medio para propiciar las mejores condiciones sociales de bienestar y seguridad para todos, dónde la producción legislativa y la aplicación de la norma promueven la ampliación de derechos de las personas y la rendición de cuentas de los funcionarios gubernamentales, y los habitantes, a partir de la participación responsable en la vida pública y social, se conducen asimismo, en sus actividades cotidianas apegándose a la norma, por promover éstas mejores condiciones de convivencia social.

Asimismo, enfrentar la violencia y tratar de disminuirla, por su sustrato cultural, requiere de un análisis específico que permita identificar sus diversas manifestaciones y cómo éstas afectan la calidad de vida de las personas y deterioran el tejido social.

En todo caso, la política pública ha de perseguir el estrechamiento de los lazos con las víctimas del delito; la reconstrucción del tejido social y el afianzamiento de la identidad comunitaria. Es en este contexto en el que se presenta una propuesta de Modelo de cultura de la legalidad.

---

## 1 CULTURA DE LA LEGALIDAD

El apego espontáneo a la norma por aquéllos a quienes está dirigida constituye la cultura de la legalidad<sup>2</sup>. Es posible vincular este apego, entre otros factores, al convencimiento de que su cumplimiento favorecerá la construcción de escenarios sociales en los que se garantizará el ejercicio máximo posible de los derechos, así como de la percepción de una alta probabilidad de experimentar las consecuencias jurídicas por su omisión o quebrantamiento, independientemente de la magnitud de la consecuencia.

La cultura de la legalidad es un referente social de la estructura, dinámica y orientación política del Estado; revela: i) el paradigma legislativo en el que se generan las leyes, ii) la política de aplicación de la norma, iii) el grado de aceptación social de éstas, iv) la orientación de los mecanismos gubernamentales de supervisión y de control de su aplicación, v) el nivel de participación social en la supervisión y control de la aplicación de la norma, y vi) las estrategias políticas de difusión e introyección de la norma.

Como se desprende de lo anterior, la cultura de la legalidad es una variable teórica, compleja, integrada fundamentalmente por dos vectores interrelacionados: la actividad gubernamental y la participación de los habitantes, por ello en el diseño de un modelo de cultura de la legalidad se han considerado estos elementos.

## 2 REFERENTES TEÓRICOS

Referirse a la cultura de la legalidad es aludir al tipo de Estado en que ésta manifestación de la cultura política se despliega; apunta, en primer término, al diseño que orienta y fundamenta la producción legislativa, la aplicación de la norma y los criterios para evaluar su vigencia social. Por ello, la cultura de la legalidad trasciende la evidencia empírica del registro de su violación, implica al modelo político-jurídico de Estado.

---

<sup>2</sup> CASTELLANOS HERNÁNDEZ, Eduardo de Jesús. La cultura de la legalidad como política pública. Hacia una teoría democrática del derecho positivo mexicano. Disponible en: [www.ordenjuridico.gob.mx/noticias/noticiasOJN/culturalegalidad/LA%20CULTURA%20DE%20LA%20LEGALIDAD.pdf](http://www.ordenjuridico.gob.mx/noticias/noticiasOJN/culturalegalidad/LA%20CULTURA%20DE%20LA%20LEGALIDAD.pdf) Consultado en: 22 de septiembre de 2012.

---

## 2.1 Estado de Derecho

El Estado como formalización política-jurídica del pacto social surge para proteger a sus asociados de la violencia ejercida por individuos o grupos más fuertes. Por ello, la disminución de la violencia, en cualquiera de sus manifestaciones, constituye el fin primario del acuerdo social, en el que la seguridad de los habitantes en su persona y en sus bienes; el bienestar personal, familiar, lo mismo que el social y el ejercicio efectivo de sus derechos son sus concreciones.

Por las expectativas que ofrece este modelo político de organización estatal para construir escenarios en los que la libertad y la seguridad sean el soporte de la vida social, ha sido adoptado como el paradigma político-jurídico de los estados contemporáneos occidentales.

Con la aparición del Estado de Derecho se dio un gran paso en la construcción de la democracia, del Estado conceptuado por Rousseau y Kant, entre otros; a sus configuraciones contemporáneas se ha logrado un avance importante. En la evolución de este modelo político-jurídico de Estado se aprecian dos estadios: el legislativo y el constitucional, y sus correspondientes paradigmas normativos: paleoiuspositivista y neoiuspositivista<sup>3</sup>.

El primero, el Estado legal es producto del nacimiento del Estado moderno, se caracteriza porque la legitimación de la norma es producto de la autoridad, de la fuente de producción, de la legalidad y de la formalidad de los actos normativos. Sin embargo de las conquistas que en su momento representó el principio de legalidad en el que se basa este estadio; y que fundamenta entre otras garantías, la de certeza del Derecho y de igualdad ante la ley, por vincular la validez de la ley a la fuente de producción, independientemente de su contenido; existía la posibilidad de que se disminuyeran derechos de las personas o restringiera su ejercicio como consecuencia de un acto legislativo, siempre y cuando éste atendiera a la formalidad jurídica prevista. La historia de la democracia es rica en ejemplos, tal es el caso mexicano, que hasta el 17 de octubre de 1953 se promulgó la reforma constitucional en la que se reconoce el derecho de las mujeres para elegir a sus gobernantes y a ser electas.

---

<sup>3</sup> FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de Derecho. En: Neoconstitucionalismo(s). Madrid, España: Ed. Miguel Carbonell, Trota, 2005, p. 13-29.

En este estadio, el modelo de cultura de legalidad es una representación cuasi unidimensional, fundamentalmente gubernamental; la participación de los habitantes se restringe al acatamiento de la prescripción normativa. La introyección de la norma como resultado del proceso de socialización y del convencimiento de su necesidad o utilidad social son innecesarias.

El segundo estadio, el Estado constitucional se caracteriza por que la legalidad está supedita a constituciones rígidas, por lo que las condiciones de validez de la ley trascienden la forma y fuente de su producción, dependen además, sobre todo, de su congruencia con el contenido de los principios constitucionales<sup>4</sup>, por ejemplo los derechos fundamentales. Por ello, es posible suponer la existencia de una norma formalmente válida, consecuentemente vigente, pero sustancialmente inválida debido a su sentido, a su contenido y a su contraposición con los principios constitucionales<sup>5</sup>.

Asimismo, en este estadio se disciplinan las formas de producción legislativa, imponiendo prohibiciones y obligaciones relativas a los derechos de libertad y los derechos sociales respectivamente. Por otro lado, el papel jurisdiccional se reorienta, ya que la aplicación de la ley sólo es posible si es constitucionalmente válida, únicamente si es congruente con los principios constitucionales, por ello su aplicación implica siempre una interpretación en este sentido, en la que el juez emite un juicio sobre la ley misma, y el

---

<sup>4</sup> El papel garantista de la Constitución es afectado, por un lado, por las peculiaridades de la democracia representativa y por otro, por la injerencia de los centros económicos en las decisiones de los estados nacionales. CAMOU, Antonio. **Gobernabilidad y democracia**. México: Instituto Federal Electoral, Cuadernos de divulgación de la cultura democrática No. 6, 1995. POLIMENI, Florencia. ¿Democracia representativa vs democracia participativa? La falsa disyuntiva. En: **Democracia participativa, una utopía en marcha: Reflexiones y experiencias y un análisis del caso porteño**. Argentina: Ricardo Romero, Comp., Red de Ciencia Política Mariano Moreno, 2005. Disponible en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/libros/gedep/pdf> Consultado el 29 de octubre de 2012.

Bobbio refiere que la incapacidad de los gobiernos democráticos de dominar convenientemente los conflictos de una sociedad compleja se encuentran más en el defecto que en el exceso de poder, por el sobrecargo ocasionado debido al incremento de las demandas sociales y la capacidad limitada de respuesta del sistema político, por la conflictualidad propia de las democracias y por la distribución del poder. BOBBIO, Norberto. **Liberalismo y democracia**. Trad. José F. Santillana. México: Fondo de Cultura Económica, Breviarios, No. 476, 1989.

<sup>5</sup> Esta circunstancia altera la función jurisdiccional, la aplicación de la ley sólo es posible si es *constitucionalmente válida*, por ello, la interpretación y la resolución constituyen un juicio sobre la ley misma. Esta situación, ausente en el viejo modelo paleo-iuspositivista del Estado legislativo de Derecho, requiere, inicialmente, la evaluación de la consistencia de la ley a la luz de los principios constitucionales; la identificación y señalamiento de las antinomias y de las lagunas normativas; y en segundo lugar la resolución de éstas a través de las garantías existentes o de la proyección de aquéllas que falten.

control difuso de la constitucionalidad se convierte en una responsabilidad cívica del operador judicial.

La subordinación de la ley a los principios constitucionales representa un aporte importante en la construcción permanente de la democracia contemporánea, impone límites a los derechos constitucionales de las mayorías y configuran otras garantías de los derechos de todos. En este esquema el Derecho alcanza su más alto desarrollo:

[...] por la sujeción a la ley, incluso del poder legislativo, antes absoluto, y por la positivación ya no sólo del ser del Derecho, es decir, de sus condiciones de <<existencia>>, sino también de su deber ser, o sea, de las opciones que presiden su producción y, por tanto, de sus condiciones de <<validez>> [...]<sup>6</sup>

La legitimación del Estado constitucional radica en el principio de la igualdad en las libertades fundamentales y en los derechos sociales, como límites y vínculos frente a los actos de gobierno, por ello, es posible caracterizarlo también con cinco principios: i) Principios fundamentales de la dignidad humana, ii) de la libertad, iii) de la igualdad, iv) de la estructura del Estado, v) de los fines del Estado social y democrático de derecho.

Es preciso anotar que entre los principios fundamentales y los principios relativos a la estructura y fines del Estado existe al mismo tiempo una estrecha relación y tensiones<sup>7</sup>.

En este tipo de Estado es en el que se inscribe el modelo de cultura de la legalidad propuesto, donde gobierno y sociedad civil participan en la construcción de escenarios en los que se amplíen los derechos de todos, y el apego a la norma es una consecuencia natural del convencimiento de su utilidad social.

## 2.2 Posición de los Derechos Humanos en un Estado constitucional

Los estados con pretensiones democráticas se perfilan cada vez más hacia el constitucionalismo, sin embargo, el tránsito es lento. Por ejemplo, en México con la reciente reforma constitucional en materia de Derechos Humanos del 10 de junio de 2011, el Estado

<sup>6</sup> FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de Derecho. En: *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, España: Ed. Miguel Carbonell, Trota, 2005, p. 19.

<sup>7</sup> ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. Trad. Alonso García Figueroa. En: *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Ed. Miguel Carbonell Editor, Trota, 2005, p. 31.

mexicano se reorienta formalmente como un Estado constitucional, dejando atrás el Estado legislativo.

Las democracias constitucionales se definen por la primacía de los Derechos Humanos<sup>8</sup>, en el sistema jurídico estatal. Su relevancia y posición se identifican por cuatro proposiciones: i) Máximo rango, ii) Máxima fuerza jurídica, iii) Máxima importancia del objeto, y iv) Máximo grado de indeterminación<sup>9</sup>, máximas que se objetivan tanto en la producción legislativa, como en la aplicación de la norma; particularmente la última cobra relevancia por el control difuso de la constitucionalidad y de la convencionalidad.

El máximo rango de los derechos fundamentales en la estructura normativa del Estado es producto de su regulación en la Constitución, por ello fundamenta el principio: *lex superior derogat legi inferiori*, que establece una relación vinculante del Derecho con el local, por ello la norma jurídica que lo infrinja es inconstitucional y consecuentemente nula por regla general. Lo mismo sucede con los instrumentos internacionales firmados y ratificados por el Estado mexicano.

El carácter vinculante de los derechos fundamentales se extiende tanto vertical como horizontalmente; permea a los tres ámbitos del ejercicio del poder público y a los tres niveles de gobierno, y representa su máxima fuerza jurídica.

El legislador ya no puede considerar los derechos fundamentales de los habitantes como producto de la ley, por el contrario, las leyes sólo podrán generarse y existir si son congruentes con los derechos fundamentales reconocidos, tanto en la constitución nacional como en los instrumentos internacionales generados con tal fin.

Asimismo, el ejecutivo únicamente podrá aplicar leyes que sean consistentes con los principios fundamentales. Si bien, en principio esto puede identificarse con el ejercicio de control de constitucionalidad propio de los operadores judiciales, constituye una responsabilidad el examen de la norma a la luz de los principios constitucionales.

La máxima fuerza jurídica es posible identificarla en la esfera judicial, los principios constitucionales conforman la guía para interpretar y aplicar la ley. Este control ha de ser observado por todos los tribunales, del inferior al superior, pues es vital su cumplimiento, ya que

<sup>8</sup> ALEXY, Robert. “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”: trad. Alonso García Figueroa, en: *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Ed. Miguel Carbonell, Trota, 2005, p. 31-36.

<sup>9</sup> Característica del sistema jurídico alemán *lato sensu* es posible vincularlo con el principio *pro persona* en la aplicación de la norma, referido a la jerarquía normativa. ALEXY, Robert. “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”: trad. Alonso García Figueroa, en: *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Ed. Miguel Carbonell, Trota, 2005, p. 32.



con una sola disposición constitucional no controlable judicialmente se abre la puerta para la pérdida de su obligatoriedad<sup>10</sup>, la coercibilidad en este punto representa un papel relevante.

Los derechos fundamentales permean plenamente al sistema jurídico, como juicios de valor garantizan la realización plena de los cometidos del Estado. Por ello, la cultura de la legalidad inscrita en este contexto está referida, en primer término a los servidores públicos de las tres esferas del poder y de los tres niveles de gobierno.

La máxima importancia del objeto está referida a la estructura básica de las sociedades. En este mismo contexto, Rawls concibe a la justicia como equidad, como un modelo democrático, como un sistema de cooperación social constituido por ciudadanos que se conciben como libres e iguales; parte de la idea de un acuerdo mutuo entre participantes que interactúan bajo condiciones equitativas de orden constitucional y político que da forma a la estructura básica de la sociedad<sup>11</sup>, por lo que la cultura de la legalidad representa una manifestación más de este arreglo social. Con esta definición de justicia Rawls<sup>12</sup> enuncia dos principios: el de la libertad y el de la diferencia. El primero, establece que las personas que participan o son afectadas por alguna práctica social tienen el derecho a la más amplia libertad compatible con una libertad similar para todos<sup>13</sup>; el segundo, que las desigualdades son arbitrarias, a menos que de ella pueda esperarse el beneficio colectivo, siempre y cuando éstas sean igualmente posibles para todos. [...] *Estos principios expresan la justicia como un complejo de tres ideas: libertad, igualdad y recompensa por servicios que contribuyan al bien común [...]*<sup>14</sup>. La cultura de la legalidad ha de atender fundamentalmente a esto y evaluarse en estos mismos términos.

Finalmente, el máximo grado de indeterminación representa una de las características fundamentales en este esquema. No es posible deducir los derechos fundamentales sólo a partir

<sup>10</sup> El poder vinculatorio para el ejecutivo es evidente desde el Derecho positivo, el problema radica en el control del legislador. ALEXY, Robert. “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”: trad. Alonso García Figueroa, en: **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Ed. Miguel Carbonell, Trota, 2005, p. 33.

<sup>11</sup> CACHUMBÉ HOLGUGÍN, Nelson. John Rawls: La justicia como equidad. En: **Criterio Jurídico**. Santiago de Cali, N° 3, [en línea], Colombia, 2003. Disponible en: [http://criteriojuridico.puj.edu.co/archivos/09\\_225\\_nelson\\_cuchumbe\\_jhon\\_rawls.pdf](http://criteriojuridico.puj.edu.co/archivos/09_225_nelson_cuchumbe_jhon_rawls.pdf). Consultado el: 01 de noviembre de 2012.

<sup>12</sup> RAWLS, John. Justicia como equidad. En: **Revista española de control externo**, Vol. 5, N° 13, 2003, pp. 129-158, [en línea], España. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1069286>. Consultado el 30 de octubre de 2012.

<sup>13</sup> RAWLS, John. Justicia como equidad. En: **Revista española de control externo**, Vol. 5, N° 13, 2003, p. 131, España. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1069286>. Consultado el 30 de octubre de 2012.

<sup>14</sup> Idem.

del sucinto texto de la Carta Magna, éstos se identifican a través de la interpretación. [...] *la interpretación de la ley fundamental no s[ó]lo suscita meditaciones serenas, sino también confrontación en el área política. En este sentido, cabe hablar de una lucha por la interpretación de los derechos fundamentales [...]*<sup>15</sup>. La norma *stricto sensu* no es sólo el texto, es la idea, el principio; en general no existe un significado único previo a la interpretación.

La interpretación *in abstracto*, o *in concreto* es susceptible por lo menos de una interpretación boleana: ya sea en un sentido constitucional o en uno inconstitucional, a la primera se le denomina *adecuadora* por ser armónica con el ordenamiento supremo, pero requiere un serio y comprometido ejercicio de reflexión y apego a los *principios* constitucionales<sup>16</sup>, pues sólo así es posible referirse a la cultura de la legalidad desde una postura comprensiva.

### 3 SOBRE LA POLITICA JURÍDICA

<sup>15</sup> El árbitro, en el caso alemán, es el Tribunal Constitucional Federal. No obstante que a primera vista pudiera parecer incompatible con el principio democrático: todo poder público emana del pueblo. ALEXY, Robert. “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”: trad. Alonso García Figueroa, en: **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Ed. Miguel Carbonell, Trota, 2005, p. 37. El propio modelo de Estado, el constitucional, impide la producción legislativa contra los derechos fundamentales de todos, por ello, y para evitar la tiranía de las mayorías, incluso de las unanimidades, el Tribunal Constitucional se erige como árbitro máximo en los conflictos que atenten contra los irrenunciables: los Derechos humanos. Respecto al problema de la aparente paradoja que plantea el binomio mayoría-minoría [...] *el control de un poder no-mayoritario, sujeto exclusivamente a la constitución, es imprescindible para dotar de eficacia la subordinación a las disposiciones constitucionales de los poderes mayoritariamente [incluso los unánimemente] legitimados [...]* GOMÉS ROMERO, Luis, ¿Jueces guerrilleros? La interpretación judicial desde la izquierda, en: **Juez, Cuadernos de investigación sobre la judicatura**, Volumen II, No. 4, primavera, Universidad Iberoamericana, México, 2004. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Ética de la función de juzgar. Ponencia expuesta en el: **Seminario sobre Ética de las profesiones jurídicas**, organizado por la Universidad de Comillas, Madrid, 2001. Disponible en: <http://www.cejamericas.org/doc/documentos/etica-funcion.pdf> Consultado el: 10 de noviembre de 2012. En otro sentido, [...] *en relación con las estructuras de los catálogos no siempre resulta claro si a las diferencias terminológicas puede vincularse una diversa posición respecto de las garantías o jerarquía en cuanto a los niveles de tutela [...]*. ROLLA, Giancarlo. La actual problemática de los derechos fundamentales. En: **Investigaciones Jurídicas**, Revista del Departamento de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Guanajuato, Vols., XXII y XXIII, Nums., 80-81, Enero-Diciembre 2006, México, p. 32.

<sup>16</sup> GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En: **Neoconstitucionalismo(s)**, Ed. Miguel Carbonell, Trota, Madrid, España, 2005, p. 56.

La política jurídica es una política más del Estado, por definición es una política pública y como tal es el planteamiento gubernamental dirigido al cumplimiento de los fines del Estado<sup>17</sup> a través de la regulación jurídica de las relaciones entre particulares y entre éstos y el aparato público.

Inscrita en el modelo político-económico-jurídico estatal, orienta el sentido de actuación del poder público en sus tres esferas y en sus tres niveles. Conformada al sistema jurídico en el que la cultura de la legalidad representa un baremo para evaluar la actuación del Estado en términos del fundamento teórico y de la operación de las instituciones que lo conforman.

En principio, la política jurídica criminal por ser política pública ha de ser congruente con el modelo político-jurídico del Estado que la genera, en la realidad existen tonalidades de claroscuros más que blancos y negros. Los Estados con pretensiones constitucionales fincan las relaciones con las personas en el reconocimiento de éstas como entes autónomos, con derechos y garantías irrenunciables, por ello, el programa político jurídico ha de dirigirse hacia el fortalecimiento de los derechos en libertad; no es posible partir de la premisa que las normas jurídicas motivan por sí mismas, pues esto contradice el principio de libertad y devela el fracaso de las instituciones socializadoras, disciplinantes, en el proceso de introyección de la norma<sup>18</sup>.

El precepto jurídico simplemente instruye o informa sobre las consecuencias jurídicas y sociales de la conducta. Como ya se ha anotado, en las democracias constitucionales el poder público no se configura para limitar el ejercicio de los derechos de una persona o eliminarlo en cuanto tal<sup>19</sup>.

La política jurídica ha de orientarse, como ya se anotó previamente, por los fines del Estado, por los principios constitucionales hacia la reducción de la violencia, iniciando por la institucional, ejerciendo la mínima necesaria en sí misma, no en relación a otra, lo que excluye por supuesto la violencia excesiva, hay que privilegiar formas alternativas de control formal *no prima facie, sino ultima ratio*.

<sup>17</sup> ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la justicia*. Argentina: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1994.

<sup>18</sup> Familia, escuela y religión entre otras como instituciones de control social suave, respecto de las instituciones de control social duro y la introyección de normas por medios coactivos. FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar*. Madrid, España: Siglo XXI, 1996. PAVARINI, Massimo; MELOSSI, Dario. *Cárcel y fábrica*. México: Siglo XXI, 1983.

<sup>19</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Política criminal y estado. En: *Revista ciencias penales*. Disponible en: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2012/BUSTOS12.htm> Consultado el: 02 octubre de 2012.

Considerar en este programa político algunos principios de política criminal puede aportar beneficios importantes en la disminución y prevención de la violencia, principalmente la institucional.

El principio de utilidad, el derecho se justifica en la medida que evidencie la necesidad de su intervención, en principio y en tanto sea posible que los particulares diriman sus controversias por propia cuenta [...] *Todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se deriva de la absoluta necesidad, es tiránico [...]*<sup>20</sup>.

Principio de intervención mínima, el despliegue de la represión estatal se justifica únicamente como respuesta a los conflictos sociales graves: [...] *La represión no es un fin en sí misma, [...] Y, dado que el Estado usa de la sanción más potente de la que dispone (la pena), la reserva a los supuestos extremos, sólo los más graves. Por eso ha de ser comedido*<sup>21</sup>. Por otra parte, este principio está basado en el *reconocimiento de un cierto déficit de legitimación del Derecho [...] que llegaría de la mano de la recíproca interacción entre la gravedad de las sanciones susceptibles de imponerse a los ciudadanos, a través de este subsistema de control social y la limitada eficacia social a él atribuida [...]*<sup>22</sup>.

De este principio se derivan dos subprincipios: el del carácter fragmentario y el de subsidiariedad. El primero, impide la intervención ante cualquier conducta, lo constriñe sólo a ; reaccionar ante las violaciones graves del pacto social<sup>23</sup> el segundo, principio de subsidiariedad o de *última ratio*, posterga la intervención del derecho hasta que hayan fracasado otras instituciones de control social<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> BONESANA, César. *Tratado de los delitos y de las penas*. sexta edición facsimilar (Imprenta de Albán: Madrid, 1822), Porrúa, México, 1995, p. 09.

<sup>21</sup> VILLEGAS FERNÁNDEZ, Jesús Manuel. Qué es el principio de intervención mínima?. En: *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, Núm. 23, año 2009, España. Disponible en:

[http://www.ripj.com/art\\_jcos/art\\_jcos/num23/Principio.pdf](http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num23/Principio.pdf) Consultado el: 03 de noviembre de 2012.

<sup>22</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista. *Revista de Ciencias Penales*, No. 15, Ciencias Penales Org. Disponible en: [www.cienciaspenales.org/revista%2015/diez15.htm](http://www.cienciaspenales.org/revista%2015/diez15.htm) Consultado el: 10 de septiembre de 2012.

<sup>23</sup> VILLEGAS FERNÁNDEZ, Jesús Manuel. Qué es el principio de intervención mínima?. En: *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, Núm. 23, año 2009, España. Disponible en:

[http://www.ripj.com/art\\_jcos/art\\_jcos/num23/Principio.pdf](http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num23/Principio.pdf) Consultado el: 03 de noviembre de 2012.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista. *Revista de Ciencias Penales*, No. 15, Ciencias Penales Org. Disponible en: [www.cienciaspenales.org/revista%2015/diez15.htm](http://www.cienciaspenales.org/revista%2015/diez15.htm) Consultado el: 10 de septiembre de 2012.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Política criminal y estado. En: *Revista ciencias penales*. Disponible en:

<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2012/BUSTOS12.htm> Consultado el: 02 octubre de 2012.

<sup>24</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975, p. 75.

Principio de mínima lesividad, que limita el ejercicio de la violencia institucional. Y el de proporcionalidad, que obliga al equilibrio entre la gravedad de la conducta y la respuesta estatal<sup>25</sup>.

## 4 SOBRE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

La función jurisdiccional, producto del Estado, se ejerce mediante órganos constituidos *exprofeso* por los ordenamientos constitucionales con el propósito de resolver las controversias suscitadas entre particulares o entre éstos y el Estado, sometidas a su conocimiento y para reconocer derechos, producto éstos últimos, por ejemplo, del paso del tiempo a través de la figura jurídica de la prescripción adquisitiva.

Esta intervención estatal se realiza por medio de un tercero imparcial -juez- al frente de un órgano *ad hoc* que se encuentra sobre las partes en conflicto y resuelve la controversia con base en las normas previstas o reconocidas por el Estado<sup>26</sup>. Los tribunales son la instancia gubernamental que aplica el Derecho<sup>27</sup>, incluso en contra de la voluntad de alguno de los involucrados en la controversia, ya que:

*El Derecho ordena una determinada conducta humana al proveerla de un acto coercitivo como una reacción contra la conducta contraria. Estos actos son 'coercitivos' en tanto que deben realizarse o ejecutarse aún en contra de la voluntad del individuo a quien van dirigidos y, en caso de resistencia, inclusive podrá emplearse la fuerza física<sup>28</sup>.*

Cuando una norma general se individualiza es necesario determinar en cada caso si las condiciones señaladas *in abstracto* por la norma general se encuentran presentes *in concreto* a

<sup>25</sup> BONESANA, César. *Tratado de los delitos y de las penas*. sexta edición facsimilar (Imprenta de Albán: Madrid, 1822), Porrúa, México, 1995.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal, parte general*, 5ta. Edición. Reppertor, Barcelona, 1998, p. 99-100.

<sup>26</sup> TINOCO, Carmona; ULISES, Jorge. *La interpretación judicial constitucional*. Comisión Nacional de Derechos Humanos-Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1996.

<sup>27</sup> El Derecho positivo es un orden coercitivo cuyas normas son creadas por actos de voluntad de los seres humanos. KELSEN, Hans. *Introducción a la teoría pura del Derecho*. Perú: Hans Kelsen\_Institut. 1era. Reimpresión, 2002, p. 163.

<sup>28</sup> KELSEN, Hans. *Introducción a la teoría pura del Derecho*. Perú: Hans Kelsen\_Institut. 1era. Reimpresión, 2002, p. 22-23.

fin de que la sanción determinada abstractamente por la norma genérica pueda ser ordenada y ejecutada *in concreto*<sup>29</sup>.

En la función jurisdiccional es factible identificar tres momentos: determinación del Derecho aplicable, determinación de los hechos que condicionan su aplicación y, los actos de decisión por los cuales se ordena la ejecución de las consecuencias jurídicas<sup>30</sup>. En este proceso del ejercicio judicial interviene la interpretación normativa y la creatividad judicial, por ello la valoración jurisdiccional<sup>31</sup> en el marco de los Derechos fundamentales.

En la actualidad la función de los jueces no se restringe a la aplicación literal de la norma nacional. Los derechos fundamentales, los instrumentos internacionales y los principios de las democracias constitucionales<sup>32</sup> obligan al juez, en tanto funcionario estatal, a un ejercicio exhaustivo de hermenéutica jurídica.

#### 4.1 Objetividad, interpretación y decisión judicial

La resolución judicial implica, necesariamente, interpretar el sentido de la norma para desprender de ella las consecuencias jurídicas del caso concreto. Puede parecer ingenuo discutir entorno a la objetividad en el proceso de interpretación de la ley, ya que, en un *sentido*:

*[...] cuando el juez o el jurista teórico proceden a interpretar lógicamente un texto legal, la discrecionalidad posible es inexistente o, en todo caso, sumamente reducida. Pues interpretar lógicamente un enunciado normativo, o un conjunto de ellos, supone derivar explícitamente las consecuencias deductivas de los mismos, y éstas están necesariamente determinadas por las reglas de inferencia utilizadas sobre los enunciados que son tomados como premisas [...]*<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> Kelsen, Hans. **Teoría general del Derecho y del Estado**. Traducción Eduardo García Máynez. México: UNAM, 1988, p. 160.

<sup>30</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando. **Elementos para una teoría del Derecho: Introducción al estudio de la ciencia jurídica**. México: Themis, 1996, p. 172.

<sup>31</sup> Tinoco, Carmona; Ulises, Jorge. **La interpretación judicial constitucional**. Comisión Nacional de Derechos Humanos-Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1996, P. 36-37.

<sup>32</sup> Ferrajoli, Luigi. **Pasado y futuro del estado de Derecho**. En: **Neoconstitucionalismo(s)**, Ed. Miguel Carbonell, Trota, Madrid, España, 2005.

<sup>33</sup> Vernejo, Roberto J. **La interpretación literal de la ley**. Argentina: ABELEDO-PERROT, 1994, p. 113.

Sin embargo, también se sugiere que la función del juez es la de crear de modo activo el Derecho aplicable a cada caso concreto<sup>34</sup>.

En esta controversia no es ocioso pensar al Derecho como formalización de un pacto político<sup>35</sup>, por ello mismo relativo. El Derecho contemporáneo, liberal, es moderno en tanto racional<sup>36</sup>. Así, una norma racional es posible describirla como aquélla que además de ser lógicamente consistente es coherente y congruente con las condiciones y circunstancias sociales de la comunidad que la origina y en la que se aplica<sup>37</sup>.

Aplicar la norma no es sólo un acto intelectual, es un acto social, político por su propia naturaleza, y personal, matizado por la experiencia propia y la humana. La aplicación de la norma requiere de su comprensión, apropiación bajo los supuestos de la estructura de la tradición y el horizonte del sujeto que comprende frente a lo que quiere comprender<sup>38</sup>.

En este escenario, en el proceso de interpretación interactúan sujeto y objeto, el primero se ve impedido a abandonar su subjetividad y es impactado por el objeto, el resultado está matizado de estos elementos, no obstante la existencia de los elementos objetivos y metodológicos que caracterizan el resultado<sup>39</sup>.

Así mismo, es necesario reconocer que en la función judicial existe ineludiblemente un componente de discrecionalidad, caracterizado, entre otros elementos, por la subjetividad del intérprete. La existencia de lagunas en la comprensión del juzgador al enfrentarse a interpretar

<sup>34</sup> FLORES, Imer B. ¿Ensueño, pesadilla y/o realidad?, objetividad e (in)determinación en la interpretación del Derecho. En: **Problemas contemporáneos de la Filosofía del Derecho**, Enrique Cáceres, et. al, Coords., UNAM, México, 2005, p. 176.

<sup>35</sup> Respecto de la política jurídica (Gómez, 2004) en la práctica es posible distinguir cuatro elementos: i) problemas técnico-jurídicos de naturaleza sociológica-jurídica (política jurídica *stricto sensu*); ii) otros problemas políticos estrechamente conectados con aquellos en la práctica, que por su índole pertenecen a un campo diverso respecto de los cuales el jurista aparece como un personaje secundario; iii) actividad judicial propiamente dicha y, iv) formulación lingüística de la resolución -difícilmente separable de la decisión misma. ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la justicia**. Argentina: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1994.

<sup>36</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentación de la metafísica de las costumbres, Crítica de la razón práctica, La paz perpetua**, Estudio introductorio y análisis de la obra de Francisco Larroyo, Sepan cuantos, No. 212. México: Porrúa, 1986.

KANT, Immanuel. **Principios metafísicos de la doctrina del Derecho**. Selección, prólogo y notas de Arnoldo Córdoba. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Dirección General de Publicaciones, Col. Nuestros Clásicos, No. 33, Serie Filosofía, México, 1968.

<sup>37</sup> CASTRO LOZANO, Juan de Dios. **La justicia constitucional y la interpretación de la Constitución en México**. México: UNAM, 2002.

<sup>38</sup> GADAMER, Hans George. **Verdad y método I**. España: Sígueme, 2005, p. 13-14.

<sup>39</sup> BONIFAZ, Leticia A. La interpretación en el Derecho y en el arte, primeras aproximaciones. En: **Problemas contemporáneos de la Filosofía del Derecho**, Enrique Cáceres, et. al, Coords., UNAM, México, p. 101.

la norma conlleva invariablemente, en el ámbito de la decisión, la necesidad de allegarse de contenidos y materiales *para-jurídicos*<sup>40</sup>, lo que de ninguna manera se traduce en estricto sentido en inseguridad jurídica, los márgenes de apreciación judicial existen y es posible identificarlos en el Derecho positivo.

En este contexto es preferible hablar, en la medida de lo humanamente posible, de imparcialidad en lugar de objetividad, definida aquélla como honestidad intelectual en la actividad cognoscitiva a partir de la autocrítica del intérprete respecto de la posición frente al caso<sup>41</sup>.

Con independencia de la esfera de subjetividad inherente a la interpretación de la norma, cualquiera que sea la ubicación de ésta en la pirámide jerárquica, el componente político caracteriza la decisión judicial. La comprensión que del modelo de Estado se logre permitirá la armonización de la resolución judicial.

En la aplicación de la norma y en la configuración de las democracias contemporáneas los derechos fundamentales resaltan por su trascendencia particularmente por cuanto corresponde a los estados orientados hacia las democracias constitucionales, [...] *la interpretación de la ley fundamental no sólo suscita meditaciones serenas, sino también confrontación en el área política. En este sentido, cabe hablar de una lucha por la interpretación de los derechos fundamentales [...]*<sup>42</sup>.

## 5 JUDICATURA Y DEMOCRACIA

<sup>40</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Ética de la función de juzgar. Ponencia expuesta en el: **Seminario sobre Ética de las profesiones jurídicas**, organizado por la Universidad de Comillas, Madrid, 2001. Disponible en: <http://www.cejamericas.org/doc/documentos/etica-funcion.pdf> Consultado el: 10 de noviembre de 2012.

<sup>41</sup> Idem.

<sup>42</sup> ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. Trad. Alonso García Figueroa. En: **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Ed. Miguel Carbonell, Editor, Trota, 2005, p. 31-37.



La legitimidad del poder judicial radica en su apego a la constitución, a los *principios del Estado constitucional de Derecho*, que salvaguardan los derechos de todos en contra de las decisiones de las mayorías y de las minorías. En esta función estatal el juez<sup>43</sup> es el primer actor.

La gran responsabilidad del juez está comprometida con la Constitución bajo el amparo, como ya se ha referido, de los principios del Estado constitucional de Derecho; no realiza una mera función técnica al aplicar la ley, independiente de su contenido, es su interpretación dentro del marco de los derechos fundamentales. Por ello el juez es, tendría que ser, uno de los garantes principales de los derechos fundamentales, incluso frente al legislador a través de la evaluación de la validez de la ley.

En las democracias constitucionales, el juez está orientado al fortalecimiento de éstas, debido a que en ellas el problema no es cuántos o quiénes deciden, respecto de la generación de normas y su aplicación, sino en el sentido de la misma, por ello las propuestas mayoritarias incluso por unanimidad, lo mismo que las de las minorías en estricto rigor no tienen *sentido*. Los límites de la decisión están referidos por la tutela de los derechos fundamentales por ello no hay voluntad de mayoría, ni interés general, ni el bien común público por los que puedan ser sacrificados<sup>44</sup>.

El papel del juez como garante de los derechos fundamentales y de todos, y a la vez de la legalidad de los poderes públicos está fincado en la legitimación democrática a través del control de la legalidad de los poderes públicos. El juez en el modelo constitucional se configura como un contrapoder en un doble sentido, primero por el control de la legalidad sobre los actos inválidos y segundo, sobre los actos ilícitos de los órganos del Estado frente a las lesiones que de éstos se deriven para los derechos de los ciudadanos.

El principio de independencia de los jueces es a su vez el corolario de su sujeción a la *Constitución*, por ello ha de existir independencia externa de la magistratura respecto de los otros poderes, en particular del ejecutivo y de cada funcionario respecto de la propia organización judicial que pueda influir de modo alguno en la autonomía de la decisión judicial.

<sup>43</sup>El modelo de juez funcionario surge a raíz de la iniciativa napoleónica de organización judicial consolidado en la Escuela de la Exégesis, eran inamovibles y nombrados por el ejecutivo, por ello carecían de independencia respecto del ejecutivo. GÓMEZ ROMERO, Luis. ¿Jueces guerrilleros? La interpretación judicial desde la izquierda. En: *Juez*, Cuadernos de investigación sobre la judicatura, Volumen II, No. 4, primavera, Universidad Iberoamericana, México, 2004.

<sup>44</sup> FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de Derecho. En: *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, España: Ed. Miguel Carbonell, Trota, 2005.

En la elección de los jueces es necesario tener cuidado de su representación política, ya que este tipo de consensos puede ser peligroso para el ejercicio de la función jurisdiccional, por ello el reclutamiento de los jueces al parecer ofrece más garantías cuando se realiza a través de exámenes públicos y abiertos, de los que la carrera judicial es su fundamento y su seguridad jurídica y laboral. Por esto mismo, los jueces, con independencia de su posición jerárquica, deben ser los primeros en defender y reivindicar, no sólo en la práctica judicial, sino también en el ámbito de la legislación, el pleno respeto a las garantías como condiciones irrenunciables de su legitimación.

## 6 INTROYECCIÓN DE LA NORMA

La cultura de la legalidad es un referente, entre otros aspectos, del proceso de introyección de la norma. Durante la infancia, con las primeras experiencias socializadoras se presenta al mismo tiempo el proceso que a la *postre* permitirá introyectar la norma y después el apego conductual a ella. Este proceso requiere del desarrollo integral del menor, en el que las experiencias intelectuales están estrechamente vinculadas con las afectivas.

El niño es un ser social, desde el momento en que se inicia la comunicación entre éste y su entorno surge un juego sutil de simpatías y antipatías. La simpatía supone una valoración de aceptación, por el contrario, la antipatía surge y supone una desvaloración.

Estas valoraciones se presentan en la interacción social del niño. En primera instancia se relaciona con sus padres, por ello los valores y antivalores dependen de la imagen que de los padres se tenga; un primer valor que se desarrolla es el del *respeto*, mezcla de afecto y temor. El respeto es el origen de los primeros sentimientos morales, basta que el ser respetado de una orden al que lo respeta, para que éstas se conviertan en obligatorias y engendren el sentimiento del deber, de ahí la importancia de estas primeras relaciones.

La primera moral del niño es la de la obediencia y el primer criterio del bien es durante mucho tiempo, para los pequeños, la voluntad de los padres<sup>45</sup>.

Así, los valores morales constituidos son valores normativos porque emanan de reglas y no sólo de simpatías o antipatías<sup>46</sup>. En esta etapa es necesario, en ocasiones, guiar a los padres para

<sup>45</sup> PIAGET, Jean. *Seis Estudios de Psicología*. Trad. Nuria Petit. México: Ariel Seix Barral, 1980, p. 58.

que los hijos crezcan en un ambiente propicio, para que introyecten la norma en términos de beneficio propios y de solidaridad.

El juicio moral en el niño son las ideas sobre las normas, la justicia, el comportamiento ético, etc. El desarrollo de este juicio se da a través del juego<sup>47</sup>, en una primera etapa el niño juega sin seguir regla alguna, sin adaptarse a ellas (reglas motoras); en la segunda etapa de tres a cinco años aproximadamente, el niño imita el comportamiento de los mayores, variando las reglas a cada instante; alrededor de los siete a ocho años, el niño empieza seguir las reglas del juego convenidas de un modo auténticamente social; pero es hasta cerca de los 12 que se inicia la introyección propiamente dicha, aprehensión de las reglas y conformidad, antes es aún un proceso vago. Desde los 11-12 años en adelante, las reglas son enteramente comprendidas y obedecidas al pie de la letra<sup>48</sup>.

En nuestro país este momento de comprensión de la norma se presenta entre el término de la educación primaria y el inicio de la educación media. Esto de ninguna manera implica que es el momento de inicio de programas tendientes a fortalecer el proceso de introyección de la norma, si bien han de iniciarse en casa, propiamente desde el nacimiento, en la escuela se inicia en la educación preescolar con acciones tendientes a afianzar en el niño una toma de conciencia sobre la moral, el respeto, la justicia y la legalidad.

Al respecto, es importante resaltar que el niño conoce el mundo a través del desarrollo del pensamiento y de la afectividad.

La afectividad en el niño, entre los siete y doce años, se caracteriza por la aparición de nuevos sentimientos morales y sobre todo por una organización de la voluntad, que tiene como consecuencia una mejor integración del yo y una regulación más eficaz de la vida afectiva. El sentimiento nuevo que interviene, en función de la cooperación entre niños y de las formas de vida social a que da lugar, es el de reflexión y el respeto mutuo.

El respeto mutuo conduce a una nueva organización de los valores. Su carácter principal implica una autonomía relativa de la conciencia moral, y esta moral de cooperación es una forma de equilibrio superior a la de la moral de simple sumisión que se presenta en los primeros estadios.

<sup>46</sup> PIAGET, Jean. *Seis Estudios de Psicología*. Trad. Nuria Petit. México: Ariel Seix Barral, 1980.

<sup>47</sup> PIAGET, Jean. *Seis Estudios de Psicología*. Trad. Nuria Petit. México: Ariel Seix Barral, 1980.

<sup>48</sup> FLAVELL, John H. *La Psicología Evolutiva de Jean Piaget*. Prol. Jean Piaget. México: Paidós, 1985.

El respeto mutuo es una especie de contrato entre jugadores, la regla obliga en la medida en que el propio yo consciente, de manera autónoma, acepta el acuerdo que le compromete. Este respeto mutuo lleva consigo toda una serie de sentimientos morales desconocidos hasta entonces: la honradez entre jugadores, que excluye las trampas, no sólo porque estén prohibidas, sino porque violan el acuerdo entre individuos que se estiman.

Un producto afectivo del respeto mutuo es el sentimiento de justicia, sentimiento fuerte entre amigos y que marca las relaciones entre niños y adultos hasta modificar a menudo el trato hacia los padres<sup>49</sup>.

Una parte importante del trabajo de Piaget está referida a la forma en que el niño verbaliza las reglas (el lenguaje le da sentido), en sus estudio identificó tres etapas. La primera coincide con la etapa de la conformidad del comportamiento a las reglas, en ésta sencillamente no son parte de su espacio de vida. En la segunda, el niño considera que las normas del juego (las más importantes para él y a través de las cuales se realiza el proyecto de introyección de la norma) son inmutables, procedentes de la autoridad paterna y se resiste a cambiarlas, aun cuando todos estén de acuerdo, pero sorprendentemente, sin percatarse, las viola a cada instante. En la tercera etapa (alrededor de los 10-11 años) el niño está de acuerdo en que las reglas se cambien siempre y cuando los demás estén de acuerdo en respetarlas de ese momento en adelante y esto resulte en beneficio de los objetivos del grupo<sup>50</sup>.

El niño empieza a disociar la justicia de la sumisión. La honradez, el sentido de la justicia y la reciprocidad constituyen un sistema racional de valores personales. A medida que el pensamiento y los sentimientos se organizan, se van constituyendo regulaciones, cuya forma final de equilibrio no es otra que la voluntad. La voluntad es una función de aparición tardía y su ejercicio real está ligado precisamente al funcionamiento de los sentimientos morales autónomos.

La voluntad es una regulación de energía que favorece ciertas tendencias a expensas de otras, la voluntad aparece cuando hay conflictos de tendencias o de intenciones.

En la construcción de la moral los niños pequeños consideran como más inmorales los actos que tienen consecuencias objetivas de mayor gravedad, sin considerar los antecedentes subjetivos (motivos) de quien realiza el acto reprochable. Por su parte, los niños de 9 a 10 años

<sup>49</sup> PIAGET, Jean. **Seis Estudios de Psicología**. Trad. Nuria Petit. México: Ariel Seix Barral, 1980.

<sup>50</sup> FLAVELL, John H. **La Psicología Evolutiva de Jean Piaget**. Prol. Jean Piaget. México: Paidós, 1985, p. 310-317.

toman en cuenta los motivos que se hallaban tras el acto reprobable y ponderan la responsabilidad conforme a ello<sup>51</sup>.

Otras investigaciones se ocuparon de las ideas del niño respecto a las mentiras y a sus actitudes al respecto.

En primer lugar, los niños pequeños consideran las mentiras simplemente como malas palabras, más adelante lo ven como algo irreal con la intención de engaño o sin él, su significado se restringe a la propia irrealidad y a la intención de engañar. En segundo, tasan la culpabilidad de la mentira en la medida en que se aleja de la verdad, para ellos una exageración es más reprobable; en cambio los niños mayores tienden a evaluar la culpa en relación con los motivos implícitos. En tercero, juzgan *más mala* una mentira que no logra engañar porque sea más increíble, lo reprobable es la falta de veracidad; en el caso de los niños mayores, la mentira que logra engañar es peor. En cuarto, juzgan peor una falsedad no intencionada con graves consecuencias que la mentira que no lleva consigo resultados serios; los niños mayores evalúan de modo inverso. Quinto, los niños pequeños refieren que una mentira es mala porque es causa de castigos; los mayores piensan que es mala *per se*, haya o no castigo, debido a que la violación de la confianza mutua hace imposible las buenas relaciones con los demás. Por último, los niños pequeños piensan que una mentira dicha a un adulto es peor que una dicha a un igual; mientras que los niños mayores ven a ambas como igualmente reprobables.

En el tema de las consecuencias sociales de los actos, Piaget exploró el desarrollo conceptual de la justicia en el niño, sus resultados obtenidos lo llevaron a identificar dos tipos de castigos (lo que llamó el problema de la justicia retributiva). El primero es el castigo expiatorio, con el que se sufre una sanción proporcional a la gravedad del daño causado; el segundo es el castigo por reciprocidad, en que se hace hincapié en que el autor comprenda la naturaleza y las consecuencias de la ruptura de las relaciones de confianza mutuas. Los niños pequeños prefieren el castigo expiatorio, y los mayores eligen castigos del tipo recíproco y son más propensos a pensar que el castigo directo y severo, sin una discusión o explicación respecto de porqué está mal el acto cometido, sea un disuasivo eficaz para prevenir futuras fechorías.

En este proceso el concepto de justicia distributiva también es un punto importante, atañe a la percepción infantil de la distribución de incentivos y sanciones entre los miembros de un grupo. Los niños entre siete y ocho años consideran bueno o justo cualquier premio o castigo impuesto por un adulto; antes de los 11, aproximadamente, son fanáticos del igualitarismo,

<sup>51</sup> PIAGET, Jean; INHELDER, B. *Psicología del niño*. Trad. Luis Hernández Alfonso. Madrid: Morata, 1984.

todos deben recibir el mismo trato cualesquiera que sean las circunstancias; y entre los 11 y 12 años los niños combinan la igualdad con la equidad en un tipo de igualitarismo relativista, en el que se deja de lado la igualdad estricta por una justicia superior.

En el desarrollo del juicio moral, el niño transita por dos estadios. Inicialmente aparece el código moral de la coacción, formado en el contexto de las relaciones unilaterales entre el niño como inferior y el adulto como superior, en el que el niño se adapta a las sanciones y prohibiciones impuestas por el adulto, como algo que no se cuestiona. El niño considera la mala acción en términos objetivos antes que subjetivos, está confinado antes a la letra que al espíritu de la ley, y es incapaz de ver los actos moralmente significativos en términos de significado socio-interpersonal del acto mismo (como una ruptura de la solidaridad y la confianza mutua entre los miembros del grupo). En este periodo sólo importan las consecuencias manifiestas, no las intenciones y motivos implícitos de las conductas. La justicia se reduce a todo aquello que la autoridad exige, no es vista como una distribución equitativa de sanciones y recompensas, de modo de que se tenga una relación significativa con los actos que las originaron.

En el proceso de desarrollo del niño, este código moral (de la coacción) es reemplazado, al menos parcialmente, con un código moral de la cooperación formado a partir de las relaciones recíprocas entre personas de estatus iguales y basado en el respeto mutuo. Con la creciente comprensión del papel de los motivos en las acciones propias y en las de los demás, lo mismo que de las consecuencias sociales del comportamiento, el niño llega a la razón básica del código moral y comienza a concebir la acción moral como un bien autónomo, esencial para el funcionamiento íntegro de cualquier unidad social. Con esta orientación, las reglas se convierten en convenciones racionales que sirven a la acción grupal ordenada antes que a los dictados arbitrarios e indiscutibles; las malas acciones son juzgadas con criterios tanto motivacionales como objetivos, y la justicia, situada ahora en un contexto social, es vista en términos de la igualdad y la equidad<sup>52</sup>.

## CONCLUSÃO

<sup>52</sup>FLAVELL, John H. *La Psicología Evolutiva de Jean Piaget*. Prol. Jean Piaget. México: Paidós, 1985, p. 310-317.

Los modelos<sup>53</sup> son representaciones de la realidad con los que se pretende reducir la complejidad de los sucesos reales para comprenderlos mejor, y enfrentar los problemas científicos y sociales que una vez identificados, muchos de ellos, inician como problemas de caja cerrada que paulatinamente se abre con el empleo de los modelos<sup>54</sup>. Con éstos es posible construir imágenes iniciales de la realidad, identificar las variables que intervienen y la relación entre ellas; con cada confrontación de éste con el objeto real es posible identificar las inconsistencias entre el modelo y la realidad, y realizar los ajustes pertinentes lo que por un lado incrementa la complejidad del modelo y por otro potencia sus posibilidades analíticas. Asimismo, los modelos son insumos y productos del paradigma<sup>55</sup> desde el que se construyen para explicar la realidad social.

Modelar requiere conocimientos, por lo menos, elementales sobre el objeto para iniciar el desarrollo del modelo. En las ciencias sociales, esto refiere el paradigma desde el cual se abordará el estudio del evento.

No obstante que el proceso de modelado implica una reducción de la complejidad del evento real, en su elaboración no se elimina por completo ésta. La cultura de la legalidad es una variable compleja, por lo mismo, su modelado la refleja. El modelo de cultura de legalidad se desarrolló desde el paradigma de las democracias constitucionales, en las que el Estado centra sus esfuerzos en el incremento de las condiciones de bienestar personal y social de los habitantes, a través de la ampliación de las esferas de sus derechos.

En este marco, la actividad gubernamental y la participación comprometida y responsable de los habitantes constituyen los vectores del modelo.

La actividad gubernamental está descrita por dos factores: i) producción legislativa y ii) aplicación de la norma, la intersección de estos dos factores devela la orientación *política jurídica*, que en un Estado con pretensiones constitucionales se caracteriza por respetar plenamente la dignidad humana, la libertad y la igualdad de las personas, objetivando en la

---

<sup>53</sup>Rosenblueth distingue entre modelos materiales y formales. Los primeros los define como representaciones de un sistema real, por otro distinto que se supone tiene algunas propiedades semejantes a las que se desea estudiar en el sistema original. En cambio, los modelos formales son expresiones simbólicas, en términos lógicos de una estructura idealizada que se supone análoga la de un sistema real.

<sup>54</sup> ROSENBLUETH, Arturo. *El método científico*. México: Centro de Investigación y de Estudios Avanzados del Instituto Politécnico Nacional, 1976.

<sup>55</sup> KUHN, Thomas. *La estructura de las revoluciones científicas*. México: Fondo de Cultura Económica, 2006.

GONZÁLEZ RIVERA, Guillermo. *En torno a la definición de paradigma*. México: Kaoz, 2004.

realidad social la posición de los derechos humanos, por los de mayor rango, fuerza jurídica, importancia e indeterminación.

En el segundo vector, participación de los habitantes, se consideraron, por un lado, la percepción de la norma y, por otro, la aceptación de ésta. La intersección de estos factores refiere el *apego a la norma*. Para apegarse a ésta, es necesario, en primer término, percibirla como útil, en la medida en que potencia las posibilidades de mejorar las condiciones de convivencia social, lo que permite su aceptación inicial en términos pragmáticos.

El modelo, refiere inicialmente una interacción participativa entre gobierno y sociedad civil para construir escenarios en los que se amplíen los derechos de todos, donde el apego a la norma es una consecuencia natural del convencimiento de su utilidad social.

También se intersecan en este primer nivel factores de ambos vectores. En la intersección de producción legislativa y percepción ciudadana de la norma se encuentra la *difusión de la norma*. Por otro lado, entre la aplicación de la norma y la aceptación de ella, se encuentra su *socialización*.

Los dos grupos de intersecciones, entre factores del mismo vector y entre factores de distintos vectores, generan a su vez tipos de espacios, uno propio de cada vector y otro producto de la intersección intervectorial de factores, lo que genera un segundo nivel de intersecciones.

En el segundo nivel, en la intersección de la difusión de la norma y la política jurídica se encuentra la *coherencia*, tanto de los propósitos y alcances de la norma, como de los medios de comunicación de su contenido y consecuencias. En la intersección de la política jurídica y la socialización de la norma se ubica la *comprensión*, de las funciones y orientación de la norma. La *introyección* de la norma, por su parte, se halla en la intersección de la socialización de la norma y del apego. Por último, en este nivel, la *confianza* en la norma se encuentra en la intersección de apego a la norma y difusión.

Finalmente, al intersecarse estos nuevos cuatro espacios, en los que se integran paulatinamente los factores de los vectores del modelo, se encuentra la cultura de la legalidad.

## REFERÊNCIAS



---

ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. Trad. Alonso García Figueroa. En: **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Ed. Miguel Carbonell Editor, Trota, 2005, p. 31.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Ética de la función de juzgar. Ponencia expuesta en el: **Seminario sobre Ética de las profesiones jurídicas**, organizado por la Universidad de Comillas, Madrid, 2001. Disponible en:

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo y democracia**. Trad. José F. Santillana. México: Fondo de Cultura Económica, Breviarios, No. 476, 1989.

BONESANA, César. **Tratado de los delitos y de las penas**. sexta edición facsimilar (Imprenta de Albán: Madrid, 1822), Porrúa, México, 1995.

BONIFAZ, Leticia A. La interpretación en el Derecho y en el arte, primeras aproximaciones. En: **Problemas contemporáneos de la Filosofía del Derecho**, Enrique Cáceres, *et. al*, Coords., UNAM, México, p. 101.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Política criminal y estado. En: **Revista ciencias penales**. Disponible en: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2012/BUSTOS12.htm>  
Consultado el: 02 octubre de 2012.

CACHUMBÉ HOLGUGÍN, Nelson. John Rawls: La justicia como equidad. En: **Criterio Jurídico**. Santiago de Cali, N° 3, [en línea], Colombia, 2003. Disponible en: [http://criteriojuridico.puj.edu.co/archivos/09\\_225\\_nelson\\_cuchumbe\\_jhon\\_rawls.pdf](http://criteriojuridico.puj.edu.co/archivos/09_225_nelson_cuchumbe_jhon_rawls.pdf). Consultado el: 01 de noviembre de 2012.

CAMOU, Antonio. **Gobernabilidad y democracia**. México: Instituto Federal Electoral, Cuadernos de divulgación de la cultura democrática No. 6, 1995.

CASTELLANOS HERNÁNDEZ, Eduardo de Jesús. **La cultura de la legalidad como política pública. Hacia una teoría democrática del derecho positivo mexicano**. Disponible en: [www.ordenjuridico.gob.mx/noticias/noticiasOJN/culturalegalidad/LA%20CULTURA%20DE%20LA%20LEGALIDAD.pdf](http://www.ordenjuridico.gob.mx/noticias/noticiasOJN/culturalegalidad/LA%20CULTURA%20DE%20LA%20LEGALIDAD.pdf) Consultado en: 22 de septiembre de 2012.

CASTRO LOZANO, Juan de Dios. **La justicia constitucional y la interpretación de la Constitución en México**. México: UNAM, 2002.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista. **Revista de Ciencias Penales**, No. 15, Ciencias Penales Org. Disponible

---

en: [www.cienciaspenales.org/revista%2015/diez15.htm](http://www.cienciaspenales.org/revista%2015/diez15.htm) Consultado el: 10 de septiembre de 2012.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de Derecho. En: **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid, España: Ed. Miguel Carbonell, Trota, 2005, p. 13-29.

FLAVELL, John H. **La Psicología Evolutiva de Jean Piaget**. Prol. Jean Piaget. México: Paidós, 1985.

FLORES, Imer B. ¿Ensueño, pesadilla y/o realidad?, objetividad e (in)determinación en la interpretación del Derecho. En: **Problemas contemporáneos de la Filosofía del Derecho**, Enrique Cáceres, *et. al*, Coords., UNAM, México, 2005, p. 176.

FOUCAULT, Michel. **Vigilar y castigar**. Madrid, España: Siglo XXI, 1996.

MELOSSI, Dario. **Cárcel y fábrica**. México: Siglo XXI, 1983.

GADAMER, Hans George. **Verdad y método I**. España: Sígueme, 2005, p. 13-14.

GOMÉS ROMERO, Luis, ¿Jueces guerrilleros? La interpretación judicial desde la izquierda, en: **Juez, Cuadernos de investigación sobre la judicatura**, Volumen II, No. 4, primavera, Universidad Iberoamericana, México, 2004.

GONZÁLEZ RIVERA, Guillermo. **En torno a la definición de paradigma**. México: Kaoz, 2004.

GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En: **Neoconstitucionalismo(s)**, Ed. Miguel Carbonell, Trota, Madrid, España, 2005, p. 56. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1069286>. Consultado el 30 de octubre de 2012.

KANT, Immanuel. **Fundamentación de la metafísica de las costumbres, Crítica de la razón práctica, La paz perpetua**, Estudio introductorio y análisis de la obra de Francisco Larroyo, Sepan cuantos, No. 212. México: Porrúa, 1986.

KANT, Immanuel. **Principios metafísicos de la doctrina del Derecho**. Selección, prólogo y notas de Arnoldo Córdoba. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Dirección General de Publicaciones, Col. Nuestros Clásicos, No. 33, Serie Filosofía, México, 1968.

KELSEN, Hans. **Introducción a la teoría pura del Derecho**. Perú: Hans Kelsen\_Institut. 1era. Reimpresión, 2002, p. 22-23.

---

KELSEN, Hans. **Teoría general del Derecho y del Estado**. Traducción Eduardo García Máynez. México: UNAM, 1988, p. 160.

KUHN, Thomas. **La estructura de las revoluciones científicas**. México: Fondo de Cultura Económica, 2006.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal, parte general**, 5ta. Edición. Reppertor, Barcelona, 1998, p. 99-100.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975, p. 75.

PIAGET, Jean. **Seis Estudios de Psicología**. Trad. Nuria Petit. México: Ariel Seix Barral, 1980, p. 58.

PIAGET, Jean; INHELDER, B. **Psicología del niño**. Trad. Luis Hernández Alfonso. Madrid: Morata, 1984.

POLIMENI, Florencia. ¿Democracia representativa vs democracia participativa? La falsa disyuntiva. En: **Democracia participativa, una utopía en marcha: Reflexiones y experiencias y un análisis del caso porteño**. Argentina: Ricardo Romero, Comp., Red de Ciencia Política Mariano Moreno, 2005. Disponible en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/libros/gedep/pdf> Consultado el 29 de octubre de 2012.

RAWLS, John. Justicia como equidad. En: **Revista española de control externo**, Vol. 5, Nº 13, 2003, pp. 129-158, [en línea], España. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1069286>. Consultado el 30 de octubre de 2012.

ROLLA, Giancarlo. La actual problemática de los derechos fundamentales. En: **Investigaciones Jurídicas**, Revista del Departamento de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Guanajuato, Vols., XXII y XXIII, Nums., 80-81, Enero-Diciembre 2006, México, p. 32.

ROSENBLUETH, Arturo. **El método científico**. México: Centro de Investigación y de Estudios Avanzados del Instituto Politécnico Nacional, 1976.

ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la justicia**. Argentina: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1994.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. **Elementos para una teoría del Derecho: Introducción al estudio de la ciencia jurídica**. México: Themis, 1996, p. 172.

---

TINOCO, Carmona; ULISES, Jorge. **La interpretación judicial constitucional**. Comisión Nacional de Derechos Humanos-Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1996, P. 36-37.

VERNEGO, Roberto J. **La interpretación literal de la ley**. Argentina: ABELEDO-PERROT, 1994, p. 113.

VILLEGAS FERNÁNDEZ, Jesús Manuel. Qué es el principio de intervención mínima?. En: **Revista Internauta de Práctica Jurídica**, Núm. 23, año 2009, España. Disponible en: [www.ordenjuridico.gob.mx/noticias/noticiasOJN/culturalegalidad/LA%20CULTURA%20DE%20LA%20LEGALIDAD.pdf](http://www.ordenjuridico.gob.mx/noticias/noticiasOJN/culturalegalidad/LA%20CULTURA%20DE%20LA%20LEGALIDAD.pdf) Consultado en: 22 de septiembre de 2012.