

195
2 es.



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

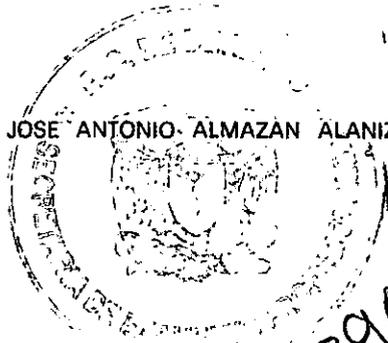
**LA IMPORTANCIA DEL DERECHO COMO
REGULADOR DE LA CONDUCTA EN SOCIEDAD**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
VICTOR DELGADO CORNEJO



ASESOR: JOSE ANTONIO ALMAZAN ALANIZ



MEXICO, D. F.

1998.

263903

**TESIS CON
FALSA FE CRIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Una dedicatoria con toda mi Fe y respeto.

al GRAN ABOGADO DEL UNIVERSO

“DIOS”

... porque me obsequió una estrella en que posarme.

con inmenso amor y agradecimiento a

MIS PADRES

Manuel Delgado Trejo "+"
Francisca Cornejo Aguilar

como un testimonio de eterno agradecimiento
por transmitirme la vida y darme su apoyo
invaluable para labrar mi futuro.

A mi esposa
Yolanda Toledo Juárez

a mis hijos
Yolanda Montserrath y José Manuel

con especial afecto al Ingeniero José Jorge Toledo Juárez
un caballero de la vida

al Licenciado Agustín Gutiérrez Katze
por su valioso apoyo y colaboración
se logró la culminación
del presente trabajo

a mis maestros,
compañeros y
amigos

al Licenciado **Jorge Alfredo Ruíz del Río**
amigo noble y bondadoso
ejemplo a seguir.

VICTOR DELGADO CORNEJO

TEMA

**LA IMPORTANCIA DEL DERECHO COMO
REGULADOR DE LA CONDUCTA EN SOCIEDAD**

NUMERO DE CUENTA 7827298-5

MEXICO, DISTRITO FEDERAL, 1997

INDICE GENERAL

	Página
Indice General.	I
Introducción.	III

CAPITULO PRIMERO

1.- Nociones Generales.	1
1.1 Orden Normativo.	2
1.2 Derecho y Sociología. Conceptos.	4
Derecho Objetivo.	8
Derecho Natural.	9
Derecho Positivo.	11
Sociología.	13
1.3 La Relación entre el Derecho y la Sociología.	16
1.4 Sociología Jurídica.	19
1.5. Las Normas Jurídicas.	23
1.6 Las Normas Morales.	25
1.7. Las Normas Religiosas.	27
1.8. La Ley.	29
1.9 La Costumbre.	33

CAPITULO SEGUNDO

ANTECEDENTES HISTORICOS Y EVOLUCION DEL DERECHO

2.1 Roma y Grecia.	37
2.2 Del Derecho Prehispánico al Derecho Hispánico.	46
2.3 El Derecho en México después de la Independencia.	50
2.4. La Evolución del Derecho hasta el México Moderno.	60

CAPITULO TERCERO

EL DERECHO COMO FORMA DE CONTROL SOCIAL: SU RENOVACIÓN.

3.1 Introducción.	73
3.2 El Derecho como Producto Social.	76
3.3 El Ambito de Aplicación.	79
3.4 Necesidades que el Derecho Satisface.	83
3.5 La Vigencia del Sistema Jurídico.	91
3.6 Normas Obsoletas. La Necesidad de su Renovación.	91
3.7 Las Fuerzas Renovadores del Derecho.	93
3.8 La Actitud del Derecho frente al Cambio Social.	100

CAPITULO CUARTO

ASPECTO SOCIOLOGICO DEL ORDEN NORMATIVO

4.1 La Idea del Derecho Social.	104
4.2 Teoría del Hecho Social.	106
4.3 El Bien Común y la Justicia Social.	108
4.4 El Deseo Social de Seguridad.	112
4.5 Convencionalismos Sociales.	115
Conclusiones.	119
Opinión Personal.	124
Bibliografía.	126

INTRODUCCION.

La finalidad de la ley sea cual fuere la disciplina jurídica a la que pertenezca, es a fin de cuentas coadyuvar a una relación de respeto mutuo entre los miembros de una comunidad social estableciendo normas de conducta que en todo caso deben ser observadas con una acción con respecto a la ley. En esa relación debe ser compatible el elemento legal (ley) con el elemento humano, según el lugar y tiempo en que estas leyes van a regir con validez absoluta.

Es necesario que los legisladores se percaten de la importancia que tiene la idiosincracia de la sociedad para la cual van a elaborar las normas que han de regir a esa sociedad en cuestión.

En todos los países del mundo existen diversas disciplinas jurídicas que regulan la actividad del hombre, en particular, en México, muchas de estas disciplinas jurídicas no corresponden al verdadero sentir de los individuos que forman la Nación. Por lo consiguiente será necesario que los legisladores realicen una actualización de las normas creando un verdadero plan de trabajo que considere nuestra realidad social, que analicen el elemento humano tanto en lo individual como en lo colectivo al cual van dirigidas para la elaboración de las normas legales, y busque hacer compatible la relación de estos dos elementos (el legal y el humano), esto es porque el Derecho no es cosa hecha y acabada y los conceptos que establecieron nuestros legisladores en la época en que vivieron, ya no es posible que se sigan aplicando en la actualidad porque la mentalidad, las ideologías, las posturas, las instituciones nacionales y en general la idiosincracia del actual mexicano, ya no es el mismo que tenían nuestros antecesores.

Todas las ideas, principios e instituciones que se mantienen inmutables, tienden a desaparecer, porque la vida y la actividad del hombre, en un continuo devenir, los hace quedar

Todas las ideas, principios e instituciones que se mantienen inmutables, tienden a desaparecer, porque la vida y la actividad del hombre, en un continuo devenir, los hace quedar obsoletos y parecer que degeneran. La vida y su actividad no perdonan a las actitudes que quieren o pretenden mantener estáticas; o se transforman o se enrolan para coordinarse a su movimiento, o se aniquilan. El pensamiento legislativo deberá observar nuevos derroteros al respecto que se amolden a las circunstancias que rigen los cambios y el progreso de los pueblos.

Por supuesto no es la intención crear la idea de que se abroge todo un ordenamiento jurídico en su contenido pues hay muchas instituciones que tienen plena vigencia y la aplicación de ellas resulta de positiva validez, pero si insisto que se tome en cuenta la necesidad de cambiar algunas instituciones por obsoletas y anacrónicas.

Me parece además, que es importante que para derogar o abrogar una ley, los legisladores deben atender al pensamiento y opiniones de los catedráticos de las diferentes Universidades del país y asimismo de los renombrados litigantes que durante su largo ejercicio profesional, acumulan experiencias basadas en hechos reales y no de inspiración novelística o de ciencia ficción.

Conocer la problemática jurídica es útil para la formación del criterio jurídico, una vez hecho lo cual, los juristas estarán en condiciones de especular con detalle sobre las controversias que se exterioricen en todas las etapas de los problemas prácticos para servir mejor a la sociedad, y ya que está en contacto con los códigos y con todo tipo de leyes y saben de hecho lo que se aplica y lo que ya no se aplica, su opinión debe ser bastante válida para la renovación y avance del Derecho. Ideas que aunque pugnen con las de los pensadores clásicos no obstan para la validez y eficacia del Derecho que de ese pensamiento se derive.

El Derecho Civil prevé de los conceptos y mecanismos fundamentales a las demás ramas del Derecho, y por eso sería importante observar un mayor cuidado en su renovación.

En esencia pugno por la renovación del Derecho que abarque nuevas teorías tanto de catedráticos universitarios así como de abogados litigantes que por su experiencia puedan aportar panoramas diferentes y nuevos derroteros a la Ciencia del Derecho que armónica dinamizará las leyes y despertará las inquietudes críticas de los juristas ya estudiantes ya catedráticos ya litigantes.

CAPITULO I

1. Nociones Generales

En diversos puntos de este trabajo, nos referiremos a las relaciones entre el Derecho y otros medios de control social y entre el Derecho y la estructura social. Estas relaciones han sido muy discutidas y merecen que les dediquemos una gran atención.

El Derecho primitivo no se distingue claramente de los preceptos y doctrinas religiosas y morales. Se habla de una primera etapa de la sociedad en la cual el dominio de la ley no se diferencia todavía del dominio de la religión. Al analizar la regulación de la conducta de las sociedades primitivas europeas, observamos un sistema de Derecho sólo inteligible en relación con las prácticas mudables del pueblo, su sistema ético, su estructura institucional, las ideas de los jueces acerca de lo que es "razonable" y los factores extralegales que impulsan al pueblo a conservar o a cambiar dicho sistema jurídico. Incluso en algunas sociedades más avanzadas, el derecho, la religión y la moral, siguen entremezclados en gran parte; por ejemplo, la sociedad Hindú Clásica representa en forma extrema la penetración de la religión en la esfera del Derecho.

Es sobre todo, entre las sociedades europeas, donde puede observarse la evolución, tanto en el pensamiento como en la práctica social, de aquella distinción tajante entre la religión, la moral y el derecho que ahora nos parece tan natural. Sin embargo, esta distinción no implica una completa autonomía de las tres formas de control. En la mayoría de las sociedades, los preceptos morales están sometidos todavía a una fuerte influencia de las concepciones religiosas, y en todas las sociedades, el Derecho se basa en nociones morales.

Para el estudio del cualquier tema jurídico, es necesario establecer los conceptos generales que señalen la pauta y sirvan de introducción al mismo, así, en el desarrollo de este capítulo vamos a enunciar y glosar esos conceptos para una mejor comprensión del tema.

1.1. Orden Normativo.

El hombre, ser dotado de razón y voluntad propia, actúa en un plano superior, su conducta está dirigida a la realización de los fines que se propone alcanzar, esta conducta humana puede ser conocida mediante un criterio de valor en el sentido que tal finalidad propuesta debe ser o no debe ser., Sólo tiene sentido afirmar que algo debe ser, si lo que postula como debido es valioso; por ejemplo: podemos decir que la justicia, el orden, la paz, deben ser en cuanto valen. De ahí que formando parte de un todo que es el mundo del ser, se hallan insertados en el mundo del deber ser.

El amplio ámbito del debe ser, se expresa por medio de normas, reglas éstas, que suponen un fin valioso que exige, prohíbe o permite la realización o ejecución de ciertos actos. En este orden de ideas, podemos afirmar que el orden normativo predispone a los individuos a someter su conducta a determinados modelos conductuales, lo que se manifiesta exteriormente como una estructuración de la realidad social.

Cuando el sujeto se encuentra ante la situación típica de cierto modelo normativo, se siente constreñido u obligado a responder a la misma, con un conducta específica, determinada, y se comprende que el desacato a esa norma, constituye el incumplimiento de un deber social, lo cual, a su vez provocará una sanción de contenido y aplicación variables, según la simpleza o

gravedad del acto. García Maynez, entiende por orden normativo "La subordinación de la conducta a un sistema de normas cuyo cumplimiento permite realizar valores".¹

En cuanto Orden Normativo, o Uso Normativo como lo describe Luis Recasens Siches, el uso social aparece como una "manifestación de diversos tipos de normas", las cuales pueden referirse tanto a normas morales, a reglas de trato social así como a las normas jurídicas. El uso constituye la dimensión de vigencia efectiva de una norma; y así, puede haber usos sociales de sentido moral, puede haberlo de sentido jurídico, y los hay en inmenso volumen, con sentido de meras reglas de trato (cortesía, decoro, urbanidad, etc.)".²

En cuanto a la norma en su terminología conceptual, suelo usarse en dos sentidos, uno amplio y otro estricto; en el primer caso "Lato Sensu" se aplica a toda regla de comportamiento y sea ésta obligatoria o no, por ejemplo, leyes, moral, etc; en el segundo caso "Stricto Sensu" corresponde a aquellas que imponen deberes o confieren derechos, ejemplo; reglamentos, normas jurídicas individualizadas, etc. Como se desprende, es evidente que las normas tiene la finalidad de regular ciertos comportamientos de orden práctico, conductas éstas, que en todo caso deber ser observadas, aunque de hecho, pueden no llegar a realizarse o no se cumplan de manera ineluctable. Es pues, la norma, una proposición de modo imperativo, pues prescribe el deber de realizar los actos que son conforme al bien moral y de omitir aquellos que le son contrarios.³

Así, las normas expresan de forma imperativa una relación de necesidad moral, y como a esta relación, en cuanto es conocida por el entendimiento humano y se traduce en una exigencia

¹ GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, 37 edición, Editorial Porrúa, México 1985. p.79.

² RECASENS SICHES, Luis. Vida, Sociedad y Derecho. 3a. edición, Editorial Península, Buenos Aires, Argentina. 1978. p. 193.

³ MOTO SALAZAR, Efrain. Elementos de Derecho. 34a. edición, Editorial Porrúa, México 1989. p. 73

racional para la voluntad, la llamamos deber, podemos concluir que el deber constituye la estructura real o el contenido de toda norma.

En estas condiciones, el orden normativo esta fundado en una relación de legalidad, por consiguiente, "el deber ser", que prescribe una norma, se funda en una ley ética que enuncia una relación necesaria moralmente, en una jerarquía ontológica de bienes humanos y, en una adecuación de actos a fines valiosos.

El derecho es el ejemplo clásico de orden de la conducta humana, considerando al orden precisamente como un conjunto de normas, normas que como ya hemos visto, sólo son parte de un todo que en sentido amplio, Lato Sensu, es el orden normativo.

Por su parte, el orden normativo, lo podemos definir como ya hemos visto, de una manera genérica, es decir, referida ésta noción a todas las especies de normas que incluye de manera sólo enunciativa, a las jurídicas, religiosas, morales, etc., como el conjunto de reglas que prescriben modelos de conducta encaminadas a cumplir o realizar valores.

1.2. Derecho y Sociología. Conceptos.

Etimológicamente la palabra Derecho deriva del latín Directum y cuya acepción romana es Jus, significan la representación de alguien que ordena, frente a otro y otros que obedecen. Dentro de éstos vocablos, así como dentro del concepto genérico de Derecho, hay una idea de sujeción a la regla o mandato en que nuestra conducta se desarrolla con relación a los individuos con los cuales convivimos dentro del grupo social.

Ahora bien, el Derecho como conjunto de normas jurídicas obligatorias, es una consecuencia a la vez que exigencia de la vida común entre los miembros de un determinado grupo social.

Asimismo, existen en la actualidad innumerables opiniones acerca de la definición de Derecho, la cual por su ambigüedad se presta a diferentes ideas; por ejemplo; es una facultad reconocida al hombre por la ley para llevar a cabo determinados actos; o bien, como un conjunto de leyes o normas jurídicas, aplicables a la conducta social de los individuos; así mismo, y desde otro punto de vista, con la palabra derecho, se designa a veces lo que es justo y equitativo. Empleando esta última acepción, se alude a un derecho ideal, cuya fuerza de obligar es independiente de la ley positiva. Es el patrón de justicia para juzgar el valor intrínseco de un precepto o conjunto de preceptos legales y concretos.

Ahora bien, el Derecho en un concepto amplio (Lato Sensu) se puede considerar como "El conjunto de normas que regulan la vida de los hombres en la sociedad y, en cumplimiento de las cuales, se puede emplear la fuerza física por parte del estado, mediante la existencia específica y concreta de órganos especiales encargados en un principio, de garantizar su cumplimiento, y que a su vez también se encargan de crear la normatividad jurídica".⁴

El conjunto de normas a que alude el concepto mencionado, está integrado por los preceptos, mandatos, reglas, etc., que nos prohíben, ordenan y que en alguna forma, determinan nuestra actividad. Estas se aplican en una comunidad humana, buscando la armonía entre los integrantes de esa comunidad social. La vida en armonía, no sería posible concebirla sin el Derecho, y en eso estriba la importancia y fundamentación de éste, constituye la nota distintiva

⁴ ENTELMAN, F. Remo. Los Conceptos Generales del Derecho y su Función Clasificatoria. 5a. edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina. 1989 p.242.

entre un estado organizado y regido por un orden jurídico , y un estado anárquico. El Derecho, es la condición de existencia del estado, porque la vida en sociedad postula reglas de conducta, y éstas a su vez, postulan orden.

Un punto básico que ha marcado la decisiva función del Derecho como medio de control social en el mundo moderno, es el Estado de Derecho, es sólo dentro de éste, donde cabe distinguir a la norma jurídica por la forma de su creación, o sea, sólo en cuanto ha sido creada por un órgano competente y mediante un procedimiento previamente establecido para tal efecto, distinto de la moral y de otros tipos de normas que no cuentan con un procedimiento definido para su creación.

En síntesis, y desde ésta perspectiva, el Derecho se muestra como una forma de organización social, una técnica normativa que contribuye a la implantación de un determinado orden, a la realización de un determinado modelo de organización social.

Por supuesto que ese orden instaurado por el Derecho, se apoya siempre sobre una determinada realidad, sobre un determinado sistema de interés. Con la intervención del Derecho, el orden social pasa a ser ya a la vez, orden jurídico que intenta presentarse como legítimo, como justo, según la concepción del mundo en que aquel se inspira.

Otra acepción de la palabra Derecho, la tenemos en el Derecho subjetivo, la misma alude al conjunto de facultades que un individuo tiene y que le permite hacer o dejar de hacer algo frente a los demás y frente al estado mismo. Este, es interpretado como un interés jurídicamente protegido y garantizado por el poder político o como voluntad que éste reconoce y hace efectiva. Mientras el derecho subjetivo no sea protegido ni garantizado por el estado, no es todavía tal Derecho subjetivo, llega a serlo sólo en virtud de la garantía creada por el Estado, lo cual significa

que el Derecho objetivo y el Derecho subjetivo existen concomitantemente, o como señala García Maynez, "los dos conceptos se implican recíprocamente; no hay Derecho objetivo que no conceda facultades, ni Derecho subjetivo que no dependa de una norma".⁵

Asimismo, el derecho postula bilateralidad al entablar relación entre dos o más sujetos que producen consecuencias en el campo de lo jurídico. El Derecho subjetivo establece una libertad de actuar a su titular para moverse a su arbitrio dentro de ciertos límites, para lo cual, cuenta con la protección del Derecho objetivo. Cuando el Derecho de un individuo tiene el carácter subjetivo, es necesariamente un Derecho a la conducta ajena, o sea, la conducta a que otro está jurídicamente obligado. El derecho subjetivo de una persona, presupone el deber jurídico de otra. Es evidente que se trata de un derecho sobre la conducta ajena, ejemplo: El acreedor tiene el Derecho Subjetivo de exigir al deudor el pago de una suma de dinero, y, si el segundo esta jurídicamente obligado, deberá de cumplir, de pagar dicha suma, esta conducta será la de hacer la entrega del dinero al acreedor por parte del deudor.

Windscheid, hace una definición de Derecho subjetivo de la siguiente forma es "Un poder o señorío de la voluntad reconocido por el orden jurídico".⁶ O la facultad que tiene el sujeto de buscar o querer lo que le sirve para la realización de su propio interés.

Este concepto de Windscheid, ha servido como campo fértil para innumerables críticas; en las que se le objeta que: la potestad de querer es una facultad natural que no puede ser atribuida por el orden jurídico; otra objeción es que Windscheid olvida que en muchos casos el titular del Derecho objetivo nada quiere o nada desea y sin embargo, su Derecho subjetivo existe; otra objeción más; esta teoría no explica como tratándose de menores incapacitados que carecen de

⁵ GARCIA MAYNES, Eduardo. Op. Cit. p.37.

⁶ CITADO POR GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Op. Cit. p.187.

una voluntad consciente, gozan de Derechos subjetivos garantizados y reconocidos por el orden jurídico.

Ihering, por su parte, al versar sobre el mismo, formuló su concepto de Derecho subjetivo diciendo que "Es un interés jurídicamente protegido".⁷

Como es natural, no podían faltar las objeciones a este concepto, se le objeta que el interés no es la nota esencial del Derecho Subjetivo, porque puede faltar este en algún caso, así también puede no haber utilidad o beneficio para el sujeto sin que ello impida que la norma jurídica garantice el Derecho subjetivo correspondiente.

Sin embargo se le reconoce entre otros méritos, que su concepto pone en relieve que el ordenamiento jurídico protege intereses, su finalidad no es tutelar la voluntad de los sujetos.

Para Thon, el Derecho Subjetivo, "es el medio de protección de intereses".⁸ Explica que de la norma jurídica emana un Derecho subjetivo cuando su transgresión funda una pretensión del sujeto para realizar coactivamente lo que la ley ordena.

Derecho Objetivo.

Este concepto, junto con el Derecho subjetivo, parece que son dos aspectos de un sólo concepto, que no obstante, no deben confundirse ni subsumirse bajo un término general común.

⁷ Ibidem, p.113.

⁸ SOHM, R. Instituciones de Derecho Privado Romano, 5A. edición, Editorial Panorama, México, 1982, p. 13.

Entiéndase por Derecho objetivo, el conjunto de reglas o preceptos de conducta de observancia obligatoria, que el Estado impone a sus súbditos.

Estos, trátanse de preceptos imperativo-atributivos, es decir, de reglas que además de imponer deberes, conceden facultades.

Esta concepción objetivista busca el fundamento del Derecho en determinados valores objetivos, cuya existencia no depende de los juicios estimativos de los hombres.

En las normas objetivas, frente a los obligados, descubrimos siempre a otra persona o a otro grupo de personas con facultad para exigirle el cumplimiento de lo prescrito por la norma. El pretensor a quién la norma reconoce un determinado derecho subjetivo, es titular de esa facultad de exigencia, en la medida que el Derecho objetivo le faculta para ejercer válidamente tal derecho frente al obligado. Y de hecho es posible conseguir, aun en contra de la voluntad del individuo, la ejecución de un acto conforme a una norma jurídica, pero en contraposición, nunca exista el derecho de reclamar el cumplimiento de un deber moral.

La regulación jurídica, establece relaciones bilaterales entre diversas personas, al obligado suele llamársele sujeto pasivo de la relación jurídica, a la persona o personas autorizadas para exigir de aquel la observancia de la norma, denominásele sujeto activo, facultado pretensor, etcétera. Las normas objetivas establecen la regulación de las relaciones jurídicas entre los sujetos, y estas normas están constituidas por un conjunto de deberes y sujeciones que se corresponden entre sí, con ciertas facultades y pretensiones.

Derecho Natural.

Ha habido múltiples expositores que han escrito sobre las características propias del Derecho Natural, entre los que podemos mencionar a Platón, Aristóteles, Kelsen, Kant, opiniones muy diferentes unas de otras por razón de época y lugar.

Suele darse ésta denominación a un orden intrínsecamente justo, que existe al lado o por encima del Derecho Positivo.

Sobre el Derecho Natural, podemos decir que es el que hace alusión al derecho propio o inherente a la naturaleza humana, algunos lo identifican como el sentimiento innato a la justicia, otros encuentran el fundamento del Derecho Natural, en la mente de la divinidad, y otros estiman que el fundamento de tal Derecho, es un dato de la naturaleza que se funda en la necesidad innata de los hombres de vivir en sociedad.

"En los siglos XVII Y XVIII, las doctrinas del Derecho Natural Clásico, recogen y desenvuelven en múltiples sentidos la antigua idea de que el verdadero Derecho, tiene su fundamento y validez en la naturaleza, por lo cual representa frente a los ordenamientos positivos, un conjunto de principios eternos e inmutables".⁹

En las citadas doctrinas la noción de la naturaleza, es concretamente referida al ser humano como tal.

Esta especie de Derecho, no es creada deliberadamente por ningún órgano estatal, que es al que compete crear la normatividad jurídica. Para su validez, el Derecho Natural no requiere ser producto de un determinado procedimiento previamente establecido, ni el reconocimiento de los gobernantes o de los gobernados, sino a la naturaleza misma del hombre, que lo hace valer por si mismo, en cuanto intrínsecamente justo.

Por ello se dice que el Derecho Natural es en único auténtico, y que el vigente sólo podrá justificarse en la medida en que realice paralelamente los dictados de aquel.

⁹ GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Op. Cit. p. 5

El Derecho natural, como doctrina racionalista, estima que la naturaleza humana es esencial y unilateralmente racional.

Algunos filósofos fundan su concepción del Derecho natural indistintamente en la divinidad o en la razón, entre los mencionados, Platón oponía las leyes divinas no escritas e inmutables, a los decretos de los mortales que no pueden prevalecer sobre aquellas.

Aristóteles, por su parte, apela a la recta razón para fundar su concepto de Derecho natural, él decía que Derecho natural, "es aquello que la recta razón demuestra ser conforme a la naturaleza del hombre". Se trata de un Derecho inmutable que ni la voluntad humana, ni la voluntad divina podrá cambiar.¹⁰

Kelsen niega toda posibilidad de existencia del Derecho natural, y acepta sólo como Derecho válido, el Derecho positivo.

Finalmente, Kant funda el Derecho natural, en el concepto de imperativo categórico "Obra de tal manera, que la norma de tus actos pueda servir como norma de universal observancia".¹¹

Derecho Positivo.

Junto a la corriente del Derecho natural, está la corriente del Derecho positivo.

¹⁰ ARISTÓTELES, Moral o Nicomaco. 7a. edición, Traducción de Patricio de Azcarate, Editorial Espasa Calpe, S.A. Madrid España, 1980. p.114.

¹¹ KANT, Manuel. Crítica de la razón pura, 7a. edición, Editorial Losada. México, 1973. p.17.

De acuerdo con los defensores del positivismo jurídico, sólo existe el Derecho que efectivamente se cumple en la sociedad y en un tiempo determinado. El derecho positivo, está constituido por el conjunto de reglas jurídicas promulgadas por el Estado, cualquiera que sea su carácter particular, y cuyo fundamento de validez es caracterizado atendiendo a su valor formal, sin tomar en consideración la justicia o injusticia de su contenido.

La importancia del Derecho positivo, radica en su influencia como forma predominante de control social, como sistema de seguridad, y también como factor posible de cambio social.

Por ser impuesto por una autoridad competente, es decir, por mandato u orden imperativa del Estado, el Derecho Positivo tiene: a) Eficacia dentro de una realidad social, esto es, que cuenta con un mínimo de aceptación o reconocimiento por parte de sus destinatarios y, b) la posibilidad de ser aplicado coercitivamente a través del proceso judicial.

Du Pasquier, define el Derecho positivo, como "El conjunto de reglas que rigen la conducta humana, impuestas efectivamente por el poder político".¹²

De Vecchio, considera que no es otra cosa que "la mayor o menor eficacia que en cierto momento posee la norma o conjunto de normas".¹³

Ambos autores, aluden al hecho de que las normas que rigen la conducta social, deben ser observadas por los destinatarios de las mismas, ya sea por voluntad propia o por imposición del poder estatal.

¹² Kelsen, Hans. Teoría General del Derecho y del Estado. Traducción de Eduardo García Maynez, 2da. edición, Editorial U.N.A.M., México 1979. p. 218.

¹³ DEL VECCHIO. Giorgio. Teoría del Estado, 5a. edición, editorial Bosh, Barcelona, España. 1956. p.63.

Al hablar del derecho positivo, debe pensarse además de la positividad, también en la racionalidad, como dos dimensiones o notas fundamentales del Derecho. A más que positivo, el Derecho simultáneamente es racional, es siempre positivo y racional. Es positivo porque está dirigido a una conglomeración humana, porque se refiere a un poder constituido que formula las normas y vela su cumplimiento, usando de ser necesario, los medios coercitivos adecuados para poder realizar los fines fundamentales de la convivencia social. Y el Derecho es racional porque consiste en una regla de razón que se ajusta a los datos materiales y espirituales, de éste ajustamiento, deriva su eficacia.

Sociología.

La sociología, es una ciencia que tiene como finalidad estudiar las condiciones de existencia, desenvolvimiento y realidad de las entidades sociales. Es decir, es una ciencia del ser y no una teoría del deber ser.

Esta disciplina científica, se preocupa por describir, analizar e interpretar, la naturaleza y consecuencias derivadas de las relaciones entre los hombres.

La ciencia sociológica, nos muestra que la sociedad es el único medio que posee el hombre para sobrevivir como especie, pues le permite adaptarse y transformar exitosamente la naturaleza a fin de satisfacer sus necesidades básicas; es sólo en convivencia con sus semejantes que el individuo logra desarrollar su personalidad. Las diferencias de una sociedad a otra y los cambios que se presentan en los procesos de cada una, resultan de la multiplicidad de

las relaciones que son posibles entre las personas y con la naturaleza, así como del grado del dominio ejercido sobre la última.

Augusto Comte en 1839 creó y usó por primera vez la expresión "sociología", compuesta por la expresión latina Socius que significa Sociedad; y logia, que fue tomada del griego y que significa Ciencia; y la entendía como ciencia de los hechos humanos, cuyo fin era buscar las leyes que rigen la historia con los métodos de las ciencias naturales.

Según Comte, la sociología estudia los fenómenos por los fenómenos mismos, aunque no tengan aplicación inmediata ni práctica, porque las aplicaciones más importantes derivan constantemente de teorías formadas dentro de una simple intención científica, y que a menudo han sido cultivadas durante varios siglos sin producir ningún resultado práctico".¹⁴

Asimismo fue también en el siglo XIX, cuando se dan los primeros pasos para que se confirme y consolide como ciencia, al asentarse ya, que la sociedad no es un simple agregado de individuos y voluntades cuyas características son innatas, sino que los hechos sociales sobrepasan y resultan de la interacción entre los seres humanos. Desde aquél entonces hasta nuestros días, existen divergencias acerca de la conceptualización de los fenómenos sociales, sobre la científicidad de los diferentes métodos para su análisis y acerca de las implicaciones sociopolíticas del conocimiento social.

Ya a principios del siglo XX, la sociología cuenta con dos direcciones opuestas: el positivismo, que representa (Weber, Durkheim, Pareto) y el materialismo histórico representado por (Lenin, R. Luxemburgo, Gramsci) Posteriormente, en el positivismo surgió el funcionalismo

¹⁴ CASO, Antonio. Sociología, 6a. edición. Editorial Limusa, S.A. México, 1969. p. 19.

(Parson, Merton) y el estructuralismo (Levy Strauss). En el marxismo destacaron (Gurvitch, la escuela de Frankfurt y un movimiento surgido tras la rebelión del "mayo francés de 1968" (Mill, Birbaum, Horowitz).¹⁵

Otro punto importante en la sociología, se basa en que es una ciencia general, porque estudia todos los fenómenos sociales, o sea, que no considera sólo una determinada categoría de fenómenos, si no a todos en conjunto, analizando sus rasgos comunes y sus leyes. Así mismo es una ciencia positiva, Comte comentó en aquellos tiempos que para conocer un fenómeno, hay primero, que observarlo tal como es, puesto que estudia los hechos sociales a posteriori, los constata empleando procedimientos de investigación tan precisos y rigurosos como los de la ciencia físicas, en segundo y tercer lugar, describirlo y compararlo con otros fenómenos; en cuarto término, describir las causas que lo producen, para en quinto y último lugar reducirlo a leyes naturales pero siempre partiendo de la realidad de las cosas tales como suceden.

Littre hace una definición de sociología catalogándola como "La ciencia del desarrollo de las sociedades humana".¹⁶ Otros autores afirman que la Sociología, es la ciencia de las sociedades humanas, y a sus vez, otros dicen que la Sociología es la ciencia de lo social.

Max Weber definió la sociología como una "ciencia que se propone entender el obrar social, interpretando su sentido".¹⁷

Dado que hay grandes diferencias doctrinales, existen quienes se conforman como llamar a la sociología como "una ciencia social, no natural, pero tampoco histórica".

¹⁵ DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO. 1ra. edición. Editorial Océano Uno. Madrid, España 1990. p. 142.

¹⁶ CHINOY, Ely. La Sociedad, una Introducción a la Sociología, 3a. edición. Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1966. p. 142.

¹⁷ WEBER, Max. La Sociología. 1a. edición. Editorial Planeta, México 1985. p. 115.

Las teorías sobre el objeto propio de la Sociología, se multiplican de acuerdo con las distintas concepciones acerca de la naturaleza de la sociedad, y en atención asimismo, con la cual cada autor relaciona a la Sociología. Así, esta ciencia varía en cuanto a su objeto, según que se considere a la sociedad como unidad, sustancia o ser, o como una suma de grupos, o bien como un suceder a base de múltiples procesos.

Recasens Siches, estima que la Sociología debe ocuparse; en primer lugar, de definir esencialmente la sociedad estudiando que clase de ser representa; segundo, de estudiar las condiciones y determinantes que circunscriben la vida social e influyen sobre ella, como son elementos físicos, geográficos, biológicos, psicológicos, etc.; tercero, de conocer las formas fundamentales de la vida social, es decir, las estructuras básicas de las relaciones interhumanas y de lo colectivo; cuarto, de los procesos sociales en su dinamismo; quinto, de los entes sociales, o sea, grupos, comunidades, asociaciones, corporaciones, etc.¹⁸

A pesar de la divergencia de los sociólogos sobre el objeto propio y los métodos adecuados de esta ciencia, es evidente que todos la conciben como una ciencia positiva de la sociedad. La expresión "positiva" significa no lo que se contrapone a lo negativo, sino lo que es definido, la positividad de un fenómeno es el grado en que puede determinarse exactamente.

1.3. La relación entre el Derecho y la Sociología.

Desde el punto de vista sociológico, las normas jurídicas o leyes, quedan encuadradas entre los medios de Control Social. El Derecho, es el medio más formal, aunque no necesariamente, el más eficaz de control social.

¹⁸ RECASENS SICHES, Luis. Op. cit. p. 181.

En las sociedades evolucionadas, heterogéneas, complejas y dinámicas (es decir, en esas estructuras sociales cuyo ejemplo más representativo son las grandes sociedades modernas), no bastan las costumbres populares para el adecuado ejercicio del control social, también son necesarias las leyes, que son expectativas de comportamiento (normas) cuyo contenido es expresado por órganos del Estado especialmente establecidos para ello (los órganos legislativos), y que son sancionados con el auxilio de la coacción física si es necesario, por órganos sociales también especialmente establecidos para ello (los órganos judiciales).

Las leyes pueden ser consuetudinarias (basadas en la costumbre) o promulgadas (consignadas por escrito en códigos sistemáticos, por lo que también se les llama leyes codificadas o leyes escritas).

En el caso de las primeras, la autoridad constituida se limita a declarar el contenido de las costumbres, cuya vigencia se admite como presupuesta, y cuyo cumplimiento las robustece mediante la sanción coactiva.

En el caso de las segundas, la autoridad constituida formula por sí misma las normas (aun cuando muchas de ellas coinciden fundamentalmente con las costumbres) y fortalece su vigencia con la amenaza de la coacción física para los casos de violación.

La diferencia pues, estriba en que, tratándose de leyes consuetudinarias, la autoridad reconoce la existencia y validez de ciertas normas sociales (las costumbres), mientras que,

tratándose de las leyes promulgadas, la autoridad crea normas, inspirándose en gran parte, en las costumbres para determinar el contenido de muchas de ellas.

Todo sistema jurídico, para ser eficaz, requiere y debe de hecho ser obedecido, no debe entrar en contradicción con las costumbres imperantes de la sociedad. Sin embargo, la ley puede y debe actuar al margen de las costumbre cuando tiene que regular situaciones o interacciones sociales que las normas consuetudinarias no regulan. La limitación en la regulación de la conducta, por parte de las normas consuetudinarias, se da sobre todo cuando se verifican cambios sociales demasiado rápidos (que no permiten un lapso de tiempo suficiente para la formación de la costumbre como norma de conducta a seguir) en determinados campos de la interacción social, matizados de implicaciones morales, o cuando surgen nuevas formas de interacción derivadas de las innovaciones tecnológicas, que no tienen implicaciones morales profundas y que comprenden detalles tan minuciosos que escapan a la posibilidad de regulación por parte de las normas morales*.¹⁹

Las leyes consuetudinarias son poco flexibles, debido a su dependencia precisamente de la costumbre, que es esencialmente conservadora. Es por ello que las leyes promulgadas o escritas son más idóneas para una sociedad democrática y cambiante (paradójicamente, Estados Unidos, una de las sociedades más democráticas y cambiantes del mundo, tiene un sistema jurídico predominantemente consuetudinario). Las leyes, una vez promulgadas, en vez de atarse a las costumbres, hacen que éstas cambien rápidamente, en lo que tienen de mutable y se adapten a las nuevas necesidades de la sociedad dinámica.

¹⁹ GONZALEZ ALPUCHE, Juan. Apuntes de Sociología. 2da. edición, Editorial Libros de México. 1984. p. 94.

Contra la creencia vulgar, el individuo disfruta de mayor libertad en las sociedades civilizadas y complejas que en las primitivas, pues en éstas todas sus acciones, casi sin excepción, están controladas por las costumbres populares, ya que desde el nacimiento hasta la muerte, el individuo goza de un amplio campo de actividades normativamente intrascendentes en el que puede hacer lo que le plazca, ya que no son reguladas ni por las costumbres populares, ni por las leyes.

La sanción jurídica, de la que ya hemos hablado líneas arriba, es eminentemente coactiva, lo cual significa que los órganos de autoridad, en caso de ser necesario, pueden hacer uso de la fuerza pública para lograr el cumplimiento forzoso de las leyes, para reprimir o castigar su violación y para lograr el resarcimiento de los daños causados por dicha transgresión. Además de estas funciones, que pueden denominarse represivas, la sanción jurídica tiene una importante función preventiva, en efecto, la amenaza del uso de la coacción, es decir, del uso de la fuerza pública y de la imposición de penas pecuniarias o corporales, produce en la mayoría de los miembros de la sociedad un efecto de intimidación que desalienta la comisión de actos antisociales violatorios de las normas jurídicas.

1.4. Sociología Jurídica.

El derecho aparece como un conjunto de significaciones normativas, y como tal, es estudiado, es stricto sensu por la ciencia jurídica; en cambio, en el aspecto sociológico, se presenta como un hecho social que es efecto de otros hechos sociales, y que se haya en interacción con otras formas colectivas, y, además, una vez ya constituido, el derecho aparece como una fuerza social que produce efectos sobre otras manifestaciones de la vida social.

Haciendo una correlación mutua entre estas dos disciplinas, sociología y Derecho, surge lo que se denomina "Sociología del derecho o sociología jurídica". Esta, de modo semejante a otras disciplinas sociológicas especiales, puede definirse como: "La disciplina que se ocupa del influjo recíproco entre el ordenamiento jurídico y la realidad social. Es así mismo, y en cierto modo el análisis exterior de la norma, el análisis de las interpretaciones entre derecho y sociedad, entre el fenómeno jurídico y los demás factores sociales".²⁰

La sociología del derecho está considerada como una rama de la sociología general o mejor, como una sociología especializada con enfoque especial de la ciencia jurídica que estudia el fenómeno del derecho, no desde la perspectiva del orden normativo-coactivo propio de la ciencia jurídica, sino como fenómeno y producto de las relaciones sociales.

Conforme a esta perspectiva Adam Podgorecki define a la sociología jurídica como "la ciencia que descubre, formula y verifica las relaciones de interdependencia entre el derecho y los otros factores de la vida social y, más precisamente, como la ciencia que explica el modo en que los factores demográficos, religiosos, económicos y políticos influyen sobre los cambios del derecho, y, viceversa, del modo en que el derecho influye sobre el cambio de esos factores".²¹

Al respecto Lagaz y Lacambra, ha definido a la sociología jurídica como, "la rama de la sociología general que estudia el fenómeno jurídico no bajo el punto de vista normativo propio de la ciencia jurídica, sino como fenómeno social".²²

²⁰ LAGAZ Y LACAMBRA, Luis. Concepto y Función de la Sociología Jurídica, 6a. edición. Editorial Aguilar. Madrid España, 1971. p 63.

²¹ BARNES Y BECKER. Historia del Pensamiento Social. T.I., 2da. edición, Editorial Fondo de Cultura Económica, México 1989. p. 209.

²² LAGAZ Y LACAMBRA, Luis. Op. Cit. p. 75.

Emilio Durkheim, establece que la sociología del derecho o jurídica tiene como finalidad, Primero; estudiar las causas que han suscitado las reglas jurídicas y las necesidades que trata de satisfacer y Segundo; la manera como funcionaba en la sociedad.²³

Como investigación sociológica general, la sociología jurídica no versará sobre la sucesión de acontecimientos singulares de un determinado proceso histórico concreto, sino que estudiará en términos generales, la realidad social del derecho analizando la disposición y el funcionamiento de los factores que intervienen en su gestación y evolución, a su vez, también se encarga de poner de manifiesto el tipo de sociedad que de hecho se va configurando desde una determinada legalidad, lo cual implica la consideración del derecho como perspectiva en el factor de cambio social; estudia también las formas y los complejos sociales en los cuales y para los cuales surge el derecho; al igual que la relación en la realidad social entre el derecho y los otros contenidos de la vida (religiosos, científicos, filosóficos, técnicos, económicos, sexuales, etc). La norma jurídica aparece así, en relación con una determinada realidad social que le sirve de base y sobre la cual, a su vez, aquella opera en relación también, con un determinado sistema de valores que orienta a esa normatividad y pretende, en cada caso, servirle como fundamento y razón legitimadora.

Por lo que a la naturaleza de la sociología del derecho se refiere, escribe Renato Treves, Es de orden sociológico y no jurídico a pesar de que sea el derecho su objeto; además, dice Treves, la sociología del derecho se aparta de la ciencia jurídica, en razón del método que viene a aplicar, no el dogmático de los juristas, sino el inductivo propio de la sociología. Las investigaciones de la sociología del derecho dada su naturaleza sociológica, recuerdan a las

²³ DURKEIM, Emile. Educación y Sociología. 4ta. edición, Editorial Colofón. México, 1992. p.79.

técnicas propias de la Sociología, como son; entrevista, documentación, observación, cuestionario, experimentación, etc.²⁴

Lo característico de la Sociología del Derecho es ser, pues, una investigación, aunque de carácter externo, sobre la normatividad jurídica en relación con las amplias zonas de regulación que la actividad humana hace del Derecho; verbigracia, de política, propiedad, economía, de comercio, de los delitos, del trabajo, estos factores sólo enunciativos más no limitativos, se refieren a la Sociología Jurídica desde el momento en que la norma jurídica se encarga de su regulación o, como mínimo, desde el momento en que interfieren de una forma u otra, con una normatividad jurídica.

La Sociología del Derecho siempre exige esa referencia a una normatividad para analizarla en sus interrelaciones sociales. Sin esa referencia, no podría hablarse propiamente de Sociología del Derecho. No se trata a pesar de ello, de una ciencia normativa - la norma se toma como una referencia de hecho - sino de una ciencia de la realidad social, y más en concreto, de la realidad social del Derecho.

La Sociología del Derecho como ciencia social empirico-crítica puede, por su parte, suministrar información y criterios válidos para una mejor comprensión de la realidad social, y también, elementos de base y mediación para una transformación de la misma en un sentido o en otro, según determinación que, en última instancia, supone ya la intervención de factores que pueden y deben reconocerse como de carácter más estrictamente filosófico.

²⁴ TRAVES RENATO. Principios de Sociología. 4a. Edición. Editorial Albatros. Buenos Aires, Argentina. 1989. p. 16

1.5. Las Normas Jurídicas.

El hecho de que la norma jurídica sea en día la más recurrida de entre todo tipo de normas, como medio de ordenación de conductas en todas las sociedades modernas, no es una mera casualidad, ello obedece a que la norma jurídica es la más eficaz y completa y, por lo mismo, la más apropiada para los conglomerados actuales con interrelaciones sociales.

Podemos imaginar el Derecho como un conjunto de normas (mandatos) que se aplican exclusivamente a las relaciones del hombre que vive en sociedad. El hombre al relacionarse con sus semejantes, debe observar para con ellos determinada conducta, dicha conducta es regulada por las normas jurídicas, las cuales contienen siempre mandatos o disposiciones de orden general que determinan lo que debe ser,²⁵ son éstas, entre otras normas, mandamientos dirigidos a los individuos que prescriben lo que cada persona tiene facultad de hacer, o bien, de exigir a los demás bajo la razón formal de deuda, y así mismo, de llevar a cabo en relación con los demás, determinando las formas en que han de contribuir o participar para lograr el bien común.

Así pues, las Normas Jurídicas constituyen un elemento superior del orden que trata de evitar los conflictos, fijando los límites de la conducta individual, consolidando los intereses antagónicos, estas están ordenadas por tanto, al perfeccionamiento de la vida social que se alcanza con la realización del orden, del bien común.

En efecto, la Norma Jurídica, da al comportamiento humano, la seguridad que ningún otro tipo de control social puede alcanzar, esto es debido a la precisión de sus preceptos y sanciones.

²⁵ ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. *Filosofía del Derecho*. 1a. Edición. Editorial Harla. México, 1991. p. 94.

En ciertas épocas históricas las normas jurídicas se confundieron con las normas morales y religiosas, y todavía en la actualidad se confunden entre sí algunos preceptos jurídicos, morales y religiosos, sin embargo, las dos últimas, sólo postulan el orden interior de la persona, su perfeccionamiento, su bien personal, y su quebranto sólo tiene sanción interior, remordimiento, las normas jurídicas en cambio, operan en el campo del orden exterior de las personas, del bien común y del personal y se distinguen, también, en que son impuestas por el Estado y en que éste las hace obligatorias, de ser necesario, coactivamente.

El Estado, a través de sus órganos adecuados y a falta de acatamiento propio, las hace cumplir aun sin el consentimiento de los individuos, mediante medios, formas o sistemas de fuerza.

Por otra parte, las normas jurídicas, como mandatos de carácter obligatorio o atributivas de facultades, crean no sólo deberes sino confieren asimismo derechos, de tal manera, que podemos afirmar que las normas jurídicas son bilaterales, en el sentido de que al lado de un deber crean una facultad o derecho.

Resumiendo lo anterior, diremos que las normas jurídicas difieren de todos los otros medios de control; en primer lugar, por su origen, puesto que son creadas por el Estado, segundo, porque su cumplimiento no se deja a la libertad o voluntad del sujeto, sino que el poder público se encarga de hacerlas cumplir, es decir, poseen coacción, porque cuentan con numerosos y rígidos controles (autoridades legislativas, judiciales y ejecutivas), y las que a su vez dependen de estas, y el control no tolera en principio ninguna rebeldía o incumplimiento y; tercero, porque crean no sólo deberes, sino a la vez pueden conferir derechos y facultades

1. 6. Las Normas Morales.

Dentro de la Etica, considerada ésta como *Lato Sensus* o concepto genérico de norma, caben enunciativamente las normas morales, religiosas, jurídicas, etc, nuestro análisis estará únicamente abocado a las normas morales.

Parte intrínseca en el orden normativo, la moral, como conjunto de reglas de convivencia y de control social, establece directrices a la conducta, a la actividad interna del ser humano, es una especie de autocontrol para regular su propia conducta de acuerdo con una valoración, con una norma, con un propósito o simplemente con un deseo suyo, autocontrol que trata de poner al sujeto de acuerdo consigo mismo, de ayudarle a realizar su propio programa de vida, de ser leal consigo mismo, de conseguir su individual autenticidad.

En su sentido restringido, son aquellas que buscan la superación, el bien personal del hombre considerado en lo individual, esto naturalmente, sujeto al cumplimiento de lo expresado en las normas jurídicas y religiosas como expresión del sentir del grupo social al que pertenecen.

Las normas morales comprenden tanto los principios de la conducta humana como su aplicación práctica a esos actos concretos mediante hábitos del bien obrar que llamamos virtudes morales.

En términos generales, el hombre ha sido siempre considerado como un ser moral, es decir, como sujeto sobre el cual recae la misión de cumplir determinadas normas, o de participar en un reino de valores, o de llevar a cabo la realización de ciertos fines, por su propia cuenta, bajo sus propios riesgos.

El problema de la moral, es un problema de libertad, de libertad de decidir, de voluntad de actuar en un plano de virtud, porque lo que más importa del hombre, es que sea dueño de sí y de

sus acciones en orden a su propio bien, a su propia perfección. La moral no sólo prohíbe hacer el mal, sino que ordena realizar el bien. No basta que un hombre esté dotado de capacidades espirituales del más alto valor; es preciso que su voluntad, que su potencia de querer y de desear se concrete en un obrar, un obrar que este también al servicio del bien, porque inútil o hasta peligroso sería, desarrollar grandes potencias cuando no aprende al mismo tiempo a controlarlas y a servirse útilmente de ellas.

La virtud moral es sensible a los dictámenes de la razón que ordena prudencia, justicia, fortaleza, templanza, y en las cuales se pueden apoyar la vida humana; en realidad como establece Maynez, "la moral no debe considerarse como un conjunto de normas, sino como un conjunto de virtudes que determinan a un estilo de vida".²⁶ Es un estilo de vida que establece reglas para la conducta de los hombres con sus semejantes y para consigo mismo, que aconsejan hacer el bien y que condenan el mal obrar, que tienen sanción aunque esta sólo sea interna, ya sea de remordimiento, de pesadumbre, y que se establecen, en virtud de la naturaleza del hombre, y en última instancia, por la razón divina, de ahí que se considera a la moral como una de las normas éticas de carácter unilateral, toda vez que frente a el sujeto a quién obligan, no hay otra persona autorizada para exigirle el cumplimiento de sus deberes, pues se carece de los mecanismos para garantizar su efectividad; Leson Petrasizky establece que los preceptos de la moral son puramente imperativos porque imponen deberes, más no conceden derechos. Stevenson expresó que "la elección de una conducta es cuestión de gusto personal o de interés individual".

Metafóricamente podemos decir que la conciencia del sujeto es la única instancia autorizada para exigirle el cumplimiento de lo prescrito.

²⁶ GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Diálogos Jurídicos. 20va. edición. Editorial Porrúa, México. 1984. p. 91.

De esta manera, podemos concluir que el derecho y la moral, son ordenamientos que regulan la conducta social de los hombres y entre los hombres, y entre los entes sociales, aunque en planos diferentes, en virtud que el elemento que los separa es el carácter coactivo del derecho.

Asimismo, las normas morales son internas, en virtud que operan en el fuero interno de los hombres, y los actos externos sólo le interesan en cuanto descubren la bondad o la maldad interna.

También tiene la característica de autonomía, porque son imperativos creados por la propia voluntad obligada (autolegislación), porque su fuente está en la voluntad de quienes deben acatarla.

1.7. Las Normas Religiosas.

Las normas religiosas como todos los otros modelos de conciencia social, son un producto de determinadas condiciones del ser social del hombre, estas, consideradas en estricto sensu, comprenden el conjunto de deberes que el hombre tiene para con Dios, éstas, a su vez, incluyen el conjunto de deberes para con el prójimo y deberes para consigo mismo y, por consiguiente, todas las normas que tiene como contenido esos deberes, son asimismo normas éticas.

En la tentativa explicación de la relación existente entre el hombre y su origen primario, se puede reconocer la existencia de Dios, se reconoce también, vinculado a él como su creador y establece lazos que relacionan a ambos, constituyéndose así la religión, de la cual se derivan los

deberes que son para el hombre, el contenido de las normas religiosas, estos deberes, son el eslabón espiritual entre el ser humano y Dios.

Se puede considerar a las normas religiosas desde el punto de vista positivo, en el sentido de que han sido creadas por el hombre, en este entendido, debemos considerar a las normas religiosas positivas, como un conjunto de normas que establecen deberes intrínsecos creados a partir de un acontecimiento histórico denominado revelación, considerando como asomo a la existencia divina.

Y si bien, esta creación humana, ese conjunto de normas, modelos de conducta, reglas, que señalan el camino para el culto, para la vida religiosa, para la interpretación de la palabra revelada, no tiene un modo de manifestación clara, objetiva y externa, como el arte, la ciencia, el derecho, etc., si tiene una vida interna, una relación intrínseca, un sentimiento en los estratos más profundos de la subjetividad, en la fe, en la creencia de algo místico, espiritual, divino, muy divino.

Los deberes que establece una norma religiosa, son asimismo deberes éticos, dentro de los que se incluyen también los deberes morales y jurídicos. Y si se hace una distinción de deberes, es porque el bien que los funda, no es todos los casos es el mismo, sólo es análogo, así, los deberes religiosos tienen como objeto a Dios, el soberano, el bien supremo, los morales buscan la superación, el perfeccionamiento, el bien personal en suma y, los jurídicos, están ordenados al bien común, a la justicia social, a la seguridad".²⁷

Sin embargo, la diferencia específica entre las normas religiosas, las normas morales y las normas jurídicas, la encontramos en que las primeras sancionan, pero no coactivamente como las

²⁷ GARCIA LOPEZ, José Felix. El Estado , Estudio Justifilosófico, Teológico y Político. 1a. edición. Editorial López, México, 1986. p. 27.

jurídicas que además son verificables en el campo de los comportamientos humanos, no así la sanción de carácter religioso que nos envía al infierno, o la sanción de carácter moral que nos produce sanción interna, de remordimiento, de autocastigo.

En cuanto a su carácter normativo, la filosofía tradicional considera a la religión como un conjunto de normas, porque expresan un deber intrínseco, realizan un valor esencial de la persona que se desprende de una exigencia racional, de ahí que se estima que la religión necesariamente requiere de formas normativas, que determinan el obrar humano.

Originariamente, la religión surge de la mente humana al reunir todas las capacidades del espíritu y darles peculiar unidad con ideal de perfección, en ella el hombre se sitúa frente a un ser o seres idealizados distintos a él; esos son los dioses o el Dios, según el tipo de religión de que se trate.²⁸

La divinidad es bella, bondadosa, omnipotente, de valor absoluto. De ésta suerte, que la actitud religiosa se origina en lo que se denomina fe y creencia, creencia y fe por un ideal de virtud absoluto que abarca todos los aspectos de la vida.

1.8. La Ley.

La palabra Ley, en su significación más amplia, es el conjunto de relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas y de la naturaleza de los seres, y enuncia que en presencia de una cierta causa se producirán determinados efectos, siempre que se presente el conjunto de condiciones para que estos efectos tengan lugar. La ley natural expresa una relación

²⁸ Ibidem. p.31

necesaria entre el efecto y la causa. Nuestra discreción al respecto, no está abocada a la ley en ese entendido, sino en el que corresponde al ámbito de lo jurídico".²⁹

El concepto de ley propio del constitucionalismo, fue producto de una vieja tradición europea que pasó desde la filosofía griega a la edad moderna a través de la escolástica, misma que estima que la ley no es voluntad de muchos hombres, sino más bien algo racional en sí, y por lo tanto general.

Etimológicamente la voz "lex" deriva de ligare entendiéndose como aquello que liga y obliga.³⁰

En un sentido amplio, se entiende como el conjunto de reglas, imposiciones, mandatos, etc., de carácter obligatorio que proviene de una autoridad investida de poder suficiente para hacer efectiva esa orden imperativamente formulada.³¹

En México, la doctrina califica a la ley como una de las fuentes formales del Derecho, y la define como "una regla social obligatoria establecida con carácter permanente por la autoridad pública, sancionada por la fuerza". Sólo en virtud de un tipo específico de forma de manifestación de proposiciones normativas "LEY" es posible la existencia y funcionamiento del Estado de Derecho.³²

Sin seguir un orden de importancia podemos establecer que la ley reúne determinados requisitos, a saber;

²⁹ MONTESQUIEU. El Espíritu de las Leyes. T.I., 5a. edición, Editorial Albatros, Buenos Aires, Argentina 1976. p. 29

³⁰ Diccionario Enciclopédico. BRUGUER. 6a. edición, Editorial Juan Bruguer. Madrid España, 1985. p. 156

³¹ CLEMENTE DE DIEGO, Felipe. Instituciones de Derecho Civil, T.I. 4a. edición, Editorial Cajica, Puebla México, 1956. p. 210.

³² BAUTISTA FERNANDEZ MONTER, Arturo. El Hombre, El Estado y El Derecho. 1a. edición. Editorial Mexicana, Colección Pensamiento Actual. México, 1975. p. 315.

- a) Debe ser legítima,
- b) impone orden,
- c) surge de un poder soberano, y
- d) crea organización.

Desglosando los puntos señalados con anterioridad, consideramos que la ley posee legitimidad, pues quién la promulga o impone, debe tener potestad legítima, es decir, competencia para hacerlo.

Además es una orden o mandato, no una petición o consejo de buena intención.

Consideramos además, que proviene de un poder soberano, porque tiene su origen en el más alto poder de gobierno.

Y por último, su finalidad es la de proporcionarle una adecuada organización a la comunidad en que ésta se aplica.

Ciertamente que la fuente del Derecho legislado no es la ley, en esencia, es la voluntad del legislador, de la autoridad pública con estricta sujeción a los preceptos emanados de la constitución, y de acuerdo con ésta, el órgano del Estado con potestad legítima para crear leyes, es el Poder Legislativo, representado por el Congreso de la Unión, integrado éste, por las Cámaras de Diputados y Senadores.

De acuerdo con ésta idea, se puede considerar que la ley, en Derecho escrito, es el fruto de la reflexión intelectual del legislador, distinción que se hace en contraposición al Derecho Consuetudinario.

Los Carácteres de la Ley.

La ley tiene diversas características que lo distinguen de entre otros tipos de normas que al igual, regulan la conducta del hombre dentro del conglomerado social al que pertenece, y que por lo tanto, le dan una nota de especialidad en su forma de expresión y aplicación práctica, a saber;

General: La ley es de carácter general, porque se elabora por la necesidad de regular la conducta de un número indeterminado de personas, tanto de gobernantes como de gobernados que se encuentran en la situación prevista por la ley.

Abstracta: Los mandatos de la norma se aplican a todos los casos en que se realizan los supuestos previstos contenidos en la hipótesis normativa, implica indeterminación objetiva. Todas las disposiciones del poder soberano que presenten dichas características, son leyes en sentido material.

Obligatoria: Tal afirmación, se hace en virtud de que el poder público puede llegar a imponerse coactivamente, es decir, por medio de la aplicación de la sanción prevista para el caso concreto y en la forma determinada, a quienes no acaten voluntariamente sus mandatos.

Impersonal: La impersonalización de la ley implica el principio de igualdad ante la misma, de todas las personas a las cuales va dirigida, esto es, que no sólo aplicación igual de la ley emitida, sino protección a todos contra quebrantamientos, dispensas y privilegios cualesquiera que sea la forma en que surjan.

Intemporal: Todas las resoluciones del poder legislativo no pueden ser derogadas, modificadas o aclaradas, más que por otra resolución del mismo poder, y siguiendo los mismos procedimientos que determinaron la formación de la resolución primitiva.

En un sistema de Estado de derecho, las facultades de establecer, modificar o derogar las normas jurídicas, se atribuye a un órgano denominado Legislativo. El acto jurídico a través del cual se concretan las funciones legislativas es la Ley, y gracias a esta forma de manifestación normativa, es posible la existencia del estado de derecho.

1.9. La Costumbre.

La palabra costumbre, se deriva del latín consuetudine, ablativo de consuetudo, inis, hábito, práctica, se puede considerar como fuerza reguladora de conductas sociales por haber repetido constante y reiteradamente hábitos o actos colectivo de la misma naturaleza o especie. Jurídicamente la costumbre ha adquirido fuerza de precepto.

García Maynez la define como "un uso o hábito implantado de una colectividad y considerando por ésta como jurídicamente obligatoria; es el derecho nacido consuetudinariamente, el *jus moribus constitutum*".³³

Para Francois Geny, la costumbre es "un uso existente en un grupo social que expresa un sentimiento jurídico de los individuos que componen dicho grupo".³⁴

³³ GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Est. Op. Cit. p.61

³⁴ GENY, Francois. Cit. Por García Maynez, Eduardo. Int. al Est. del Derecho. Op. Cit. p. 64.

Según la teoría Romano-Canónica, para que surja la costumbre, es indispensable que a un práctica social más o menos constante, se una la convicción de que dicha práctica es obligatoria, pero la presencia de estos elementos no implica el reconocimiento del derecho consuetudinario por parte de la autoridad pública. Esta doctrina tenía un concepto más preciso; se requería la repetición inveterada de un hábito social por un término más o menos largo (40 años), si además la creencia de que acudiendo a ese hábito constante, se creaba una norma obligatoria nacían de esa manera derechos y obligaciones entre las partes.

Actualmente en México existe una idea similar, pues la costumbre también la constituyen la repetición constante y espontánea de hábitos y actos semejantes realizados por los miembros de una colectividad, y se emplea como sinónimo de derecho no escrito, en contraposición al derecho legislado.

Debemos distinguir entre hábito y costumbre; esta es social, aquél es individual. Ni el hábito que es la reproducción de un acto exclusivamente personal, ni el uso, que es la reproducción colectiva de ciertos actos ajenos a toda sanción especial, constituyen costumbre; el hábito es debido a la facilidad de la repetición de las ideas, volaciones o actos; la costumbre es debida a un uso colectivo consagrado por la sanción interna de un deber, o por la sanción externa de la aprobación o reprobación de los demás. Las costumbres efectuadas por temor a la sanción interna llegan a convertirse en moral, las costumbres efectuadas por temor a la reprobación de la colectividad llegan a ser derecho. Esto es que, cuando a la costumbre se le considera como una práctica jurídica, se transforma en derecho consuetudinario, así, la práctica constante da lugar al nacimiento de una regla de conducta que a pesar de que no ha sido sancionada en forma expresa por el poder público, adquiere fuerza jurídica obligatoria.

La costumbre tiene dos características esenciales. Primera: está integrada por un conjunto de reglas sociales derivadas de un uso más o menos largo; y Segunda: tales reglas transformase en derecho positivo, cuando los individuos que las practican les reconocen la obligatoriedad tal cual si se tratase de una ley, Así pues, la costumbre es un uso del que se predica validez, normatividad y por consiguiente obligatoriedad.

Para que en la sociedad exista convicción de la obligatoriedad de la costumbre, esta ha de recaer sobre prácticas o hábitos lícitos, justos y útiles a la comunidad, lo cual implica que el poder público pueda aplicarla, inclusive de manera coactiva, lo cual ocurre con los preceptos formulados por el legislador.

Según Jellinek en su teoría general del Estado, "los hechos tiene fuerza normativa, cuando un hábito social que se prolonga, produce en la conciencia de los individuos que lo practican, la creencia de que es obligatorio, adquiriendo, de ésta manera, rango jurídico, y lo que originalmente era sólo un producto de la voluntad, del libre albedrío, conviértese en un deber".³⁵ Sin embargo para que una costumbre tenga carácter obligatorio, deberá, como ya dijimos, ser reconocida expresa o tácitamente por el estado, convertirla en ley, sería en este caso, el reconocimiento expreso por parte del poder público.

En derecho mexicano, el reconocimiento expreso lo fundamenta el artículo 10 del Código Civil para el Distrito Federal y, por lo que concierne al reconocimiento tácito, consiste en la aplicación de una costumbre a la solución de un caso concreto.

³⁵ JELLINEK, Jorge. Teoría General del Estado. 8a. edición, Editorial Cajica, Puebla, México, 1978. p. 93

Según numerosos juristas, la falta de reconocimiento legal a la obligatoriedad de la costumbre, impide que esta surja independientemente de su aceptación judicial, entre ellos citados a Kelsen y a Djuvara.

Kelsen corrobora esta cuestión partiendo del principio de la estatalidad del derecho y estima que "Una regla de conducta sólo asume carácter obligatorio cuando representa una manifestación de la voluntad del Estado".³⁶

Acorde con esta idea el jurista Timasheff dice que "la costumbre no podrá ser fuente de derecho positivo si no fuese aplicada por los órganos estatales a los casos concretos".³⁷ Estos tratadistas encuentran una fuerza opoñtor en Francois Geny que señala que "la tesis anterior es falsa y que la costumbre jurídica no nace de la práctica de los tribunales, aún cuando reconoce que la aplicación de aquella por los jueces es manifestación indudable de la opinio necessitatis. Si los tribunales aplican la costumbre, es precisamente porque en su concepto, corresponde a una verdadera regla de derecho, es decir, a un precepto nacido consuetudinariamente, y anterior, por tanto, a las decisiones que le reconocen validez".³⁸ La aplicación no constituye un acto de creación, sino reconocimiento de la norma. Por ello estimamos que la costumbre sólo se convierte en normas de rango jurídico (Derecho), cuando es reconocida expresamente por el poder público (Estado).

Por lo demás en la mayoría de las sociedades políticas organizadas, el poder soberano reclama para sí la facultad de dictar las reglas o normas que habrán de regir la conducta del grupo social, constituyéndose en el órgano de expresión de esa supuesta voluntad colectiva, que juega el papel primordial en la constitución de la costumbre.

³⁶ KELSEN, Hans. Op. Cit. p. 301.

³⁷ TIMASHEFF, Nicolás. La Teoría Sociológica, 3a. edición, Editorial Fondo de Cultura Económica, México 1961. 133.

³⁸ GENY, Francois. Op. Cit. p. 176.

CAPITULO II

ANTECEDENTES HISTORICOS Y EVOLUCION DEL DERECHO

El tema del capítulo a exponer, comprende el conocimiento histórico del Derecho así como el desarrollo y evolución del mismo, es necesario por lo tanto y para el mejor entendimiento y comprensión del mismo, hacer hincapié que nuestro trabajo de tesis descansa básicamente en el aspecto sociológico del Derecho como regulador de la conducta del hombre en la sociedad. Sin duda ninguna que todos los cambios, evoluciones o movimientos que se dan en la sociedad, responden a la propia naturaleza transformable de la misma, cambios estos, que se apoyan o son propiciados por determinados factores, ya sean estos naturales, humanos, económicos, científicos, inventos técnicos, etcétera, los cuales a su vez, inciden e influyen de manera determinante en la reforma del orden legal, así tenemos que, respecto a los antecedentes históricos, aludiremos a la cuna de nuestro Derecho Positivo para entender adecuadamente el origen y evolución del mismo.

2.1 Roma y Grecia.

Para poder realizar adecuadamente un minucioso estudio de la historia del Derecho o de cualquier figura jurídica en estos días, sobre todo en países de raíces latinas, es necesario hacer una regresión a los orígenes, a la cuna del Derecho Moderno, en particular, retroceder al Derecho Romano.

No sería completo hablar del aspecto histórico del Derecho Romano sin hacer mención de los Griegos, ya que los primeros fueron los conquistadores de los segundos absorbiendo su cultura y filosofía, ahora bien, respecto a Grecia, es un archipiélago pequeño que tiene costas muy extensas cuyas islas se ubican sobre todo al oriente (Lesbos, Samos, Quíos y muchas otras), las cuales formaban parte de la Hélade o tierras habitadas por los antiguos Helenos, que incluían

no sólo al territorio de Grecia en sí, sino también a todos los demás países o áreas donde los Griegos se habían establecido.

Entre estos territorios están comprendidas; las islas del mar Egeo, las ciudades Griegas del Asia Menor y las colonias establecidas en Sicilia y en las costas del Mar Negro. Hubo una Grecia Continental y una Grecia Marítima.

Se tiene conocimiento de que los Griegos procedían de la raza Aria o Indoeuropea (en las antiguas pinturas y dibujos, así como en las estatuas, están estilizados con cuerpos corpulentos, musculosos, estéticamente proporcionados, frente estrecha, abundante cabellera rubia y rizada que caía sobre sus hombros, barbados, con grandes y brillantes ojos, labios finos y la nariz recta, dechados de virtud estética característica de la raza Griega), un verdadero prototipo de belleza masculina.

"A los primeros habitantes les llamaron Pelasgos, los cuales se dedicaban a cultivar la tierra y se les atribuyó como fundadores de las ciudades más antiguas. Paulatinamente se aplicó el nombre de Pelasgos a todos los habitantes de los pueblos que habitaron la Grecia anterior a los Helenos".

Los antecedentes históricos de los Griegos se remontan al siglo VII A. C. , su organización política la basaron en las llamadas "Polis" Ciudades-Estado, independientes unas de otras que nunca lograron fusionarse en una verdadera nación, una de las circunstancias para que no se lograra dicha unión, fue la diversidad racial entre los pueblos que se sobrepusieron unos a otros,

otra fue su escasa permeabilidad que impedía la libre penetración de ideas, hábitos, costumbres, etcétera, de otros pueblos.³⁹

Del conjunto de ciudades Griegas, dos de las más importantes fueron Esparta y Atenas.

En Atenas el hombre fue un ferviente y apasionado impulsor de la libertad política, del comercio, del arte y la filosofía, así como de la literatura. En contraposición, Esparta fue sólo un valiente y fiero soldado que se ejercitó y capacitó incansable en el aspecto militar, y siempre estuvo dispuesto a dar valerosamente su vida por la patria.

Esparta o Lacedemonia capital de Laconia, era una gran ciudad-cuartel, que estaba integrada por cinco aldeas ubicadas en las pantanosas aguas del Eurotas que baja de la meseta de Arcadia.

Establecidos en el Peloponeso, y quitando a los Aqueos sus ciudades a base de invasiones, los Espartanos, cuyo oficio era la guerra, vivían del trabajo de los vencidos.

En la democrática Atenas los poderes del rey se ven restringidos por la institución del comandante militar. El rey aunque conserva su título, se convierte en magistrado, después el Arconte, otro funcionario completa el gobierno. Eran tres los jefes electos de por vida en un principio, más tarde ese cargo vitalicio sufrió severas modificaciones, pues se acordó reducirlo sólo diez años y en 680, se crea la comisión de los "Tesmotetes" que eran los encargados de vigilar el cumplimiento de las leyes, completando el Colegio de los Nueve Arcontes y aparejado a

³⁹ VARGAS GOMEZ, Esperanza Yolanda. Apuntes de la Cultura Griega. 1ª Edición. Editorial U. N. A. M., México 1984, P. 23.

ellos, estaba en función el Consejo del Areópago que al igual que los "Tesmotetes", vigilaban el cumplimiento de las leyes.

La población primitiva de Atenas estaba dividida en:

- Eupátridas o nobles.
- Agricultores terratenientes.
- Demiurgos u obreros públicos (trabajaban el comercio y los negocios).

En los albores del siglo VII, la República de Atenas constituía ya una consumada aristocracia. En el año 630 Silón, un noble, se apoderó de la Acrópolis aunque por muy poco tiempo, porque después fracasaría.

Por otra parte los Pártanos exigieron a Licurgo que estableciera leyes que los gobernarán y éstas, una vez cumplimentadas, formaron en su conjunto la Constitución de Esparta.

Dichas leyes que Licurgo estableció, constituían escritos minuciosamente estudiados que no sólo estaban dirigidos al ámbito gubernativo y administrativo del estado sino también, influían en la vida de los particulares y educación de los niños.

El principal objetivo de dichas leyes fue:

- A). Establecer formalmente en Esparta la autoridad de la aristocracia.
- B). Asegurar plenamente a los espartanos, la posesión de lo logrado en sus conquistas imponiéndoles a la vez una vida exclusivamente militar.

ellos, estaba en función el Consejo del Areópago que al igual que los "Tesmotetes", vigilaban el cumplimiento de las leyes.

La población primitiva de Atenas estaba dividida en:

- Eupátridas o nobles.
- Agricultores terratenientes.
- Demiurgos u obreros públicos (trabajaban el comercio y los negocios).

En los albores del siglo VII, la República de Atenas constituía ya una consumada aristocracia. En el año 630 Silón, un noble, se apoderó de la Acrópolis aunque por muy poco tiempo, porque después fracasaría.

Por otra parte los Pártanos exigieron a Licurgo que estableciera leyes que los gobernarán y éstas, una vez cumplimentadas, formaron en su conjunto la Constitución de Esparta.

Dichas leyes que Licurgo estableció, constituían escritos minuciosamente estudiados que no sólo estaban dirigidos al ámbito gubernativo y administrativo del estado sino también, influían en la vida de los particulares y educación de los niños.

El principal objetivo de dichas leyes fue:

- A). Establecer formalmente en Esparta la autoridad de la aristocracia.
- B). Asegurar plenamente a los espartanos, la posesión de lo logrado en sus conquistas imponiéndoles a la vez una vida exclusivamente militar.

Así entonces, la Constitución Espartana se compone de cuatro elementos:

- 1.- Dos reyes (de cargos hereditarios, con carácter sacerdotal y supremos jefes militares;
- 2.- Un consejo o "Gerusia" compuesto de veintiocho miembros;
- 3.- Una asamblea del pueblo "Apella" (todos los Espartanos con edad mínima de treinta años de edad en adelante se reúnen, una vez por mes ante los Aforos. No proponen, ni discuten, sólo por aclamación aprueban o reprueban).⁴⁰
- 4.- Los Aforos o Sobreveedores (se componía de cinco miembros y son los verdaderos gobernantes de Esparta, eran electos por el pueblo, y su duración en el cargo conferido constaba de un año).

Antes de Licurgo, a Esparta la gobernaban dos reyes a quienes Licurgo conservo como figuras decorativas, representativas, sin mayor influencia, sin otorgarles una real, una verdadera autoridad, esto significa que reinaban pero no gobernaban, no decidían.

El gobierno lo detentaba y absorbía el Senado, integrado por un consejo de veintiocho miembros nobles y de sesenta años de edad. El Senado proponía y redactaba las leyes para posteriormente someterlas a la Asamblea del Pueblo, que se reunía una vez por mes. El pueblo después nombró cada cinco años Aforos o vigilantes cuya función consistía en intervenir en la función de los reyes y demás magistrados, acompañaban también al ejército en campaña, de ahí que en Esparta el poder no pertenecía, ni pueblo ni a los reyes sino a la aristocracia.

Teóricamente todos los ciudadanos eran considerados en iguales condiciones. Licurgo no distinguió ricos ni pobres, distribuyó las tierras por lotes para todos sin que tuvieran facultad para

⁴⁰ Ibidem p. 29.

poder venderías. Los ilotas las cultivaban sin tener derecho de cualquier otra especie. Sin embargo paulatinamente se fue generando en Esparta una aristocracia rica.

Así pues, mientras que Esparta era por un lado un Estado continental militar, gobernado por una aristocracia conservadora, obstinada sobre manera en las viejas leyes y antiguas costumbres que mantenían sus privilegios, Atenas era por otro lado un Estado marítimo, era el país de las empresas comerciales, de la cultura intelectual, de las revoluciones.

Asimismo en Atenas existieron dos grandes hechos:

A) El establecimiento de un gran imperio marítimo.

B) La organización de la democracia o sistema de gobierno en el que la soberanía pertenece al pueblo el cual ejerce el poder por sí mismo y para él mismo o bien por medio de sus representantes .

Fue fundamental el primer hecho, porque con el tiempo creó una clase de ciudadanos ricos y activos que se rehusaron a ser gobernados por los nobles a los que más tarde arrebataron el poder.

En Ática, los habitantes vivieron sujetos a la organización social del Patriarcado. Cada familia era gobernada y dirigida por el padre, sacerdote, juez y jefe de guerra todos al mismo tiempo. Esas familias se agruparían después en tribus (Demos) hubo doce, las que más tarde formarían lo que se conoce como las doce tribus, y del predominio de una de ellas, surgió el primer rey de Atenas llamado Teseo.

/

La aristocracia echó por tierra la autoridad del rey, y el Ática fue entonces gobernada por magistrados, que los Eupátridas (los bien nacidos), elegían todos los años y eran llamados Arcontes. Los Eupátridas fueron unos nefastos gobernantes que perjudicaron al pueblo porque los labriegos y artesanos para poder sobrevivir, necesitaban pedir prestado a los nobles y cuando estos no liquidaban las deudas, como castigo eran enviados a prisión o tomados como esclavos y hasta humillantemente vendidos.

Como consecuencia derivada de estos acontecimientos, se dictan las leyes de "Dacrón" que profundizaron más los problemas, y para evitar una cruenta guerra civil entre los nobles y el pueblo, confían a Silón, el establecimiento de una nueva organización política

Solón empezó por dejar en libertad a los que tomaron como esclavos por créditos no pagados, y asimismo, prohibió que los acreedores se apoderaran de la persona y bienes de los deudores, cedió también a los campesinos una porción de la tierra, que pertenecía a los nobles y dio una constitución.

Lo más relevante de la Constitución encomendada a Silón, era que en lo sucesivo, nada se haría en Atenas que no emanara de la voluntad de todos, expresada en la Asamblea Popular, expresión auténtica de la más pura democracia

Esta asamblea popular estaba compuesta por todos los ciudadanos que se reunían en la plaza pública llamada AGORA. En esta, se elegía, a los magistrados, los Arcontes y a los miembros del Consejo de cuatrocientos o Senado, por último votaba las leyes propuestas por el Senado.

Solón procuró también los recursos naturales suficientes para que el país, poco fértil, produjera más, previniendo así épocas de hambre, impidió la exportación de todos los productos con excepción del aceite, prohibió asimismo que se mataran los bueyes y los corderos así como el caballo que era considerado un animal de lujo, de ahí que los que poseían caballos formaban la segunda clase de ciudadanos. Pronto Atenas tuvo un desarrollo progresivo en la industria, en el comercio y la marina, se establecieron fábricas de muebles, armas y tejidos y sobre todo de alfarería, toda una manufactura elegante por la calidad de sus productos.

Contemporáneo a Solón surgió el temido Pisistrato quién se autoproclamó "Tirano" y quién por medio de engaños, se apoderó de la Ciudadela y se convirtió en rey. Sin embargo respetó la Constitución de Solón, abrió caminos nuevos en Atenas, creó una biblioteca reuniendo por primera vez los famosos poemas Homéricos.⁴¹

Poco después de la tiranía de Pisistrato, Clístenes completó aun más esta constitución y estableció el OSTRACISMO que consistía, básicamente en el destierro de los ciudadanos durante un periodo de diez años, cuando éstos buscaban acaparar demasiado poder o perturbaban el orden y la paz de la ciudad. La Asamblea del Pueblo votaba escribiendo su voto en una concha (Ostracismo o voto de las conchas) para alejarlo de Atenas.

Entre las causas que influyeron para que la supremacía de Esparta no durara mucho tiempo, podemos contar el rompimiento de la alianza entre Esparta y Persia que ambas habían celebrado con motivo de las guerras pasadas, pero sólo por conveniencia, también influyó la formación de una fuerte coalición entre Tebas, Atenas, Corinto y Argos, cuya finalidad consistía predominantemente en luchar contra Esparta "La guerra Corinta" y Esparta queda minimizada, reducida solamente al Peloponeso.

⁴¹ Ibidem. p. 32.

Con este hecho, Atenas recobra aunque sea por un instante, efímeramente, su poder, y sus murallas fueron reconstruidas. La fortaleza Espartana le permite recuperarse para triunfar nuevamente sobre Atenas y ésta, se ve obligada a organizar una nueva liga, una nueva alianza con 70 miembros una "Segunda Confederación".

Y así consecutivamente, una larga cadena de enfrentamientos se sigue dando hasta llegar a debilitar a Grecia de tal manera que, al final, la hacen presa fácil de los ejércitos romanos, que al invadirlos, pasó a ser una más de las provincias de los conquistadores romanos en el año de 146 A. C.

En lo concerniente al Derecho Romano, y al mismo tiempo que el pensamiento Helenístico penetra en Roma con la filosofía Griega, se da la combinación del antiguo Derecho campesino de Roma, sólido, tosco un poco rudo, con el refinado pensamiento Griego, naciendo entonces la famosa literatura jurídica clásica, tras un periodo de incubación que dura dos siglos más.

El encuentro de estas dos culturas ocurrió en el momento oportuno para poder ajustarse adecuadamente, pues por una parte, el Derecho Romano se había desarrollado ya de una manera autónoma y suficiente para poder absorber las influencias extranjeras sin perder su propia esencia, su propio estilo, mientras que por otra parte, no se había petrificado ni fortalecido todavía y, por consecuencia, aun podía recibir positivamente la influencia de la filosofía Griega.

Así, desde el siglo II a. c., lo que los Griegos no habían logrado, aunque poseían mentalidad superior a la romana, es decir, forjar una ciencia del Derecho, lo hicieron los Romanos.

2.2. Del Derecho Prehispánico al Derecho Hispánico.

En numerosos grupos sociales de los que conforman la población actual de nuestro México moderno, aun perduran en mayor o menor grado las características naturales de origen precolonial, tanto en su aspecto material como en lo que concierne a su aspecto espiritual y antropomórfico, según puede comprobarse con la simple observación de sus ideas, conceptos, modos, actitudes, así como sus habitaciones, vestidos, herramientas, etc, otros grupos en contraposición, poseen características culturales marcadamente occidentales o europeas. Así también, entre ambos existen diferenciaciones respecto de sus antecedentes históricos y condiciones etno-biológicas, de todo lo cual se deduce como consecuencia lógica, que las necesidades y aspiraciones de tales grupos, difieren unas de otras y en ocasiones sean hasta contradictorias. Por esa heterogénea situación social, se ha podido afirmar que el Derecho Mexicano actual es unilateral, pues habiéndose derivado casi en su totalidad de leyes de origen occidental o europeo, sólo puede ser eficaz para satisfacer las aspiraciones y necesidades de los grupos cuyas características de cultura o civilización son de procedencia occidental, pero no así para los grupos indo-mestizos cuyas características culturales son predominantemente prehispánicas, pues las aspiraciones de éstas deberán ser satisfechas por medio de una legislación que se derive de la indígena que regía en tiempos prehispánicos.

De entre ambos Derechos sustancialmente alejados entre sí, por tiempo y espacio, existe una marcada predominancia del Derecho de raíz europea, pues contiene prescripciones que favorecen a grupos de origen europeo, y por otro lado, aleja más a los grupos indígenas de la realidad social en que viven.

Para la cumplimentación de éste tema, se ha de estudiar haciendo una comparación entre las similitudes y diferencias de la legislación actual y la prehispánica. Como resultado de éstas

investigaciones llegamos a la conclusión de que, aun cuando el Derecho Mexicano no fué directamente derivado de la legislación indígena prehispánica y de que en muchos casos no puede regir eficazmente la vida social de los grupos indígenas por no estar inspirado en las necesidades de esta, "existen sin embargo diversas prescripciones legales que son por esencia similares entre el Derecho Mexicano actual y el Derecho en México hasta antes de la llegada de los españoles, prescripciones que por sí mismas satisfacen conjuntamente las aspiraciones de los grupos de cultura indígena a la par que las necesidades de los grupos de cultura occidental por más que sean distintos sus orígenes".⁴²

Los diversos grupos sociales que vivían en los territorios de la América prehispánica, se gobernaban cada uno con sus propias leyes, pues no existía una sola legislación que rigiera a todos los habitantes como sucede en estos tiempos en todo el mundo, en lo que respecta al Derecho de los diversos grupos que convivían en el territorio que hoy es México el más importante y representativo era el de los aztecas o mexicanos por lo que fueron los elegidos como objeto de nuestro estudio.

Así como en todos los pueblos que integraban en la antigüedad el continente americano, también en el imperio azteca, el Derecho tuvo como su fuente principal, la costumbre, fuente de la que partió el gran Netzahualcoyotl para formular sus leyes e instituciones jurídicas, que en tiempos de Moctezuma II, lograron un amplio desarrollo hasta llegar su máximo esplendor, eran las leyes más adelantadas de su época si las comparamos con el Derecho que en otras partes regía en la época.

⁴² FLORIS MARGADANT, Guillermo. Introducción a la Historia del Derecho Mexicano, 10a. edición, Editorial Esfinge, México 1993, p.13.

Con la incursión española en América y la fusión de parte de sus normas jurídicas con el Derecho Azteca, se dio el surgimiento de un nuevo Derecho, conocido con el nombre de "Leyes de Indias" con el que el pueblo fue gobernado con un orden jurídico conformado por tres diferentes clases de leyes; a) un primer grupo integrado con leyes exclusivamente españolas, dictadas en España y para los españoles y que por extensión, se incluyó su aplicación en los territorios ocupados que formaron la Nueva España; b) un segundo grupo integrado con leyes dictadas para todas las colonias españolas establecidas en América, y por tanto, se aplicaron en México como Colonia que era, y un tercer y último grupo compuesto por leyes expedidas y destinadas a regir directa y exclusivamente a la Nueva España".⁴³

Refiriéndonos única y exclusivamente al Derecho Azteca que existía antes de la llegada de Cortés, se dice que este estaba claramente diferenciado y distinguido en lo que se refiere al Derecho Público o externo y al Derecho Privado, dentro del primero, ellos ubicaban al Derecho Real, el cual abarcaba todo lo relacionado con la elección y nombramiento de los reyes, así como sus facultades, derechos y atribuciones y la sucesión por el gobierno, etc., trataron también el Derecho Penal, que tipificaba los delitos y establecía las penas, así como el procedimiento para reprimirlos y castigarlos; formularon así también, reglas de Derecho Procesal tanto en el ámbito Penal como en el ámbito Civil, que señalaban la forma de como celebrar los juicios, la organización de los tribunales y su competencia y, en general, de la administración de justicia. De igual manera, establecieron instituciones jurídicas de Derecho Internacional Público o Externo, entre las que por su importancia y trascendencia intersocial, destacaba la figura del consulado o embajada, formularon reglas relativas al comercio, de uniones o alianzas bélicas, del derecho y declaración de guerra entre otras.

⁴³ Ibidem. p. 18.

Dentro del Derecho Privado, hicieron importantes aportaciones tanto en lo referente al Derecho Civil como en el Mercantil.

Producto de los acontecimientos que marcaron su historia, en especial durante la época colonial, el sistema jurídico hispánico, muy en particular el Derecho castellano, entre los múltiples Derechos territoriales Españoles, ha sido el Derecho subsidiario de la América Latina, ya que dependiendo esta del imperio ultramarino de la corona de Castilla, fue el que más influencia dejó sentir en la Nueva España.

Al despunte del siglo XVI, dos importantes corrientes del conocimiento se encontraron en México, y se conjugaron con fuerte predominio de la corriente más avanzada, más desarrollada culturalmente. La primera era una civilización neolítica en su aspecto jurídico, de carácter predominantemente Aztaca; y la segunda, la civilización hispánica, cuyo Derecho contenía influencias Romanas que a su vez se mezclaban con restos de Derechos germánicos, normas canónicas, mucha reglamentación monárquica e inclusive (cuando menos en la terminología) rasgos arábigos.

El territorio de la Nueva España no era lo que realmente entendemos como una típica "colonia", sino más bien era un verdadero reino que tuvo su respectivo rey, coincidente con el rey de Castilla, representado aquí por un virrey y auxiliado en sus funciones por órganos locales con autonomía limitada, y viviendo entre súbditos de la corona que, aunque a menudo de origen peninsular, habían desarrollado un auténtico amor a su patria ultramarina, y por regla general, (desde luego con sus respectivas excepciones), no estuvieron animados por el deseo de saquear aquí para luego regresar a tierras Españolas cargados de riquezas. También la preocupación de la corona europea por los intereses espirituales y materiales de los indios se destaca favorablemente del espíritu "colonial" que observamos en otras empresas colonizadoras europeas

efectuadas por países sobre todo de la Europa occidental como Inglaterra y Francia en aquellos mismos siglos⁴⁴

2.3. El Derecho en México después de la Independencia.

El Derecho Castellano, aplicable subsidiariamente en los territorios ultramarinos, encuentra su principal origen, según su orden de importancia, en las Leyes de Toro (1505), estas leyes a su vez, se derivan del Ordenamiento de Alcalá de 1348, que establece en cuanto al orden de importancia, los siguientes estatutos:

Primero, El Ordenamiento de Alcalá; Segundo, Los Fueros Municipales y el Fuero Real y; Tercero, Las Partidas. Sin embargo, en caso de controversias surgidas en la Nueva España, es probable que ante todo, se haya recurrido entre 1805 y 1821, a la Novísima Recopilación.

Ahora examinaremos el Derecho Mexicano posterior a la etapa de la Independencia: En los albores del siglo XIX, los criollos pensaron que era el momento oportuno para obtener la independencia de la Corona Española para evitar seguir siendo objeto de la fuerte discriminación por parte de los peninsulares o "gachupines".

El ayuntamiento de México tomó la iniciativa, disfrutando sus ideas como manifestación de lealtad al rey Fernando VII y alegando que éste había abdicado bajo la presión "algo que México no debía reconocer como válido", pero otros se consideraron amenazados por la idea de una independencia criolla antipeninsular, e hicieron fracasar el plan del ayuntamiento.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 42.

Meses después de abanderarse con un estandarte de la Virgen de Guadalupe con motivo del inicio de la guerra de independencia, Miguel Hidalgo, el proclamado líder de los oprimidos, fue reemplazado por Allende posterior a la sangrienta batalla escenificada en el puente de Calderón el 17 de enero de 1811, con lo que renacieron las fuerzas en la lucha para salvar la causa de los Insurgentes.⁴⁵

Ya sin Hidalgo ni Allende en la lucha por la Independencia, los Insurgentes continuaron la misma encabezados por José María Morelos. El 13 de septiembre de 1813, en plena lucha independentista, se reunió en Chilpancingo, Guerrero, el primer congreso de Anahuac convocado por el Generalísimo José María Morelos y Pavón para iniciar la obra de organización jurídica de la nación mexicana. Provisionalmente se elaboró el reglamento a que se sujetaría la elección de diputados que integrarían aquella asamblea, pero sus 59 artículos también contienen normas constitucionales que van más allá de dicha finalidad.

Este documento es notable por muchos conceptos y debe considerarse como el primer ordenamiento electoral del México independiente, pues no sólo contiene la reglamentación interior para esa reunión, sino que estableció las bases que regirían la elección de diputados al congreso de Anahuac.

Posteriormente, en la ciudad de Chilpancingo, al reunirse el primer congreso de Anahuac el 14 de septiembre de 1813, el generalísimo Don José María Morelos y Pavón formuló los "Sentimientos de la Nación" integrado por un conjunto de postulados políticos y sociales que fueron inspiración bandera y ruta de la Revolución de Independencia. Este documento constante de 22 artículos con añadidura de un artículo 23, fue de excepcional importancia e interés para

⁴⁵ RIVA PALACIO, Vicente. México a través de su Historia, tomo II, 2a. edición, Editorial Planeta, México 1991, p. 235.

nuestra historia, ya que contiene orientaciones y normas que revelan el avanzado pensamiento del caudillo insurgente.

Entre sus artículos más trascendentales establece:

1.- Que la América es libre e independiente de España y de toda otra nación, gobierno o monarquía y que así se sancione dando al mundo sus razones;

2.- Que la religión católica sea la única, sin tolerancia de otras;

3.- Que la soberanía dimana inmediatamente del pueblo, la cual era depositada en los tres poderes, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial;

9.- Que la obtención de empleos sea concesión exclusiva de los ciudadanos americanos;

12.- Manifestaba en este artículo la imperiosa necesidad de moderar la opulencia y la indigencia, alejando la ignorancia, la rapiña y el hurto;

15.- Que la esclavitud se proscriba por asimpres, y lo mismo la distinción de castas, quedando todos iguales, y sólo distinguirá a un americano de otro el vicio y la virtud;

17.- Que a cada uno se les guarden sus propiedades y respete en su casa como en un asilo sagrado, señalando penas a los infractores;

18.- Que en la nueva legislación no se admita la tortura;

19.- Que se establece constitucionalmente el día 12 de diciembre en todos los pueblos, la celebración dedicada a la patrona de nuestra libertad María Santísima de Guadalupe, y;

23.- Esta, establecía que igualmente se solemnice el día 16 de septiembre de todos los años, como el día aniversario en que se levantó la voz de independencia, y nuestra santa libertad comenzó, pues en ese día fue en el que se abrieron los labios de la nación, para reclamar sus derechos, y empuñó la espada para ser oída, recordando siempre el mérito del grande héroe, el señor Don Miguel Hidalgo y su compañero Don Ignacio Allende. Sin embargo, su principal logro fue el decreto constitucional para la libertad de la América Mexicana (Constitución de Apatzingán)

de 242 artículos, sancionado el 22 de octubre de 1814, ya no en Chilpancingo, sino en Apatzingán. Esta constitución que nunca tuvo vigencia, pero que no merece ser archivada entre los múltiples planes, sin eficacia, con que la historia latinoamericana está plagada, ya no muestra la tendencia de continuar la monarquía con Fernando VII soberano de México. Sus autores son, además de Morelos, Quintana Roo, López Rayón, Cos y varios otros.⁴⁶

El decreto constitucional de Apatzingán establece en su primer artículo, el monopolio de la religión católica apostólica romana, relegando a la herejía y a la apostasía como causales de pérdida de la ciudadanía (art.15). Otros rasgos interesantes de esta constitución son: la soberanía popular (art.5) que permite alterar la forma de gobierno cuando la felicidad del pueblo lo requiera (art.4); el establecimiento y la separación de los tres poderes (art.12); la igualdad de la ley para todos (mejor dicho: la igualdad de todos ante la ley (art.19) y los interesantes artículos 20 y 23 que respectivamente rezan: "La sumisión de un ciudadano a una ley que no aprueba, no es un comprometimiento de su razón, ni de su libertad: es un sacrificio de la inteligencia particular a la voluntad general "y" la ley sólo debe decretar penas muy necesarias, proporcionadas a los delitos y útiles a la sociedad" (influencia de Becharia).

Es fundamental también el principio general del Derecho que establecía que *nullum crimen sine lege* (sin ley no hay pena, artículo 21), y que la pena debe ser personal contra el reo (este parece ser el sentido del (art.22). De muy especial interés son los artículos 24 o 40, que integran el capítulo quinto de la Constitución, dedicado a los derechos individuales, capítulo especial que falta en la Constitución de Cádiz. Es actualmente muy importante, la opinión de que el respeto y la íntegra conservación de los derechos constitucionales de igualdad, seguridad, propiedad y libertad, constituyen el objeto de la institución de los gobiernos (art.24). Además, la constitución declara; que son tiránicos y arbitrarios los actos ejercidos contra un ciudadano sin las

⁴⁶ Ibidem. p. 239.

formalidades de la ley (28); y que todo ciudadano se presume inocente mientras no se le declare culpable (art.30). Establece el derecho a audiencia (art.31, que nos llegó desde la Constitución Inglesa (art.39), y la enmienda V de la Constitución Americana). También contiene la inviolabilidad del hogar (art.32); reglas sobre visitas domiciliarias y "ejecuciones civiles"; el principio de que una expropiación sólo debe hacerse por causa de utilidad pública y previa indemnización; la libertad de actividades culturales y económicas (art.38) y la libertad de expresión y de prensa, a menos que se ataque "el dogma", se turbe la tranquilidad pública u ofenda o demerite la integridad moral y el honor de los ciudadanos (art.40). Sin embargo, la "garantía" de estos derechos no está debidamente reglamentada.

Para responsabilizar a los "individuos del gobierno" subsiste el Juicio de Residencia, de la fase virreinal (art.150). Es prolífica esta Constitución en cuanto a la organización de la justicia (arts. 181 a 231).

La controversia entre el federalismo y el centralismo fue satisfactoriamente dirimida por el Primer Congreso Constituyente y el plan de la constitución política de la nación mexicana del 16 de mayo de 1823 prevé un sistema federal, y un congreso bicameral.

Políticamente, el Segundo Congreso Constituyente expresó básicamente tres etapas. En primer lugar, confirmó la idea de implantar el sistema de gobierno federal "Voto por la Forma de República Federal", 12 de junio de 1823; segundo, expidió el 31 de enero de 1824 el Acta Constitutiva, que constaba de 36 artículos, reconfirmando de nuevo el sistema federalista, y añadiendo además otro principio básico, el bicameralismo y finalmente en la tercera y última etapa, expidió, el 4 de octubre de 1824, la Constitución Federal".⁴⁷

⁴⁷ FLORIS MARGADANT, Guillermo. Op.Cit. p. 42.

Resaltaba dentro de esta constitución, su aspecto dogmático claramente apegado al principio de la igualdad, llegándose al extremo de no exigir un mínimo de propiedad o una cantidad mínima de contribuciones al erario para poder ejercer el derecho de voto.

En la Constitución de 1824 reinaba un marcado y claro dominio del espíritu liberalista de Don Miguel Ramos Arizpe y principalmente, de Don Valentín Gómez Fariás; quienes se inspiraron tanto en la Constitución de Cádiz, como en la Constitución de los Estados Unidos de América, sin embargo, esta Constitución, no pudo copiar de la Constitución de Norteamérica, la libertad de religión: la iglesia, dominando gran parte de la riqueza nacional, como hechos visto, era demasiado fuerte. No contento con esta victoria, el clero también supo conservar su propio fuero (concesión que esta constitución también tuvo que hacer a los militares) como señala el artículo 154 de la Constitución de 1824.

Y así como en materia religiosa, también en otras materias, el defecto de esta constitución era precisamente el de inspirarse demasiado en los modelos extranjeros que no encajaban coherentemente y de manera suficientemente, en los problemas particulares y de idiosincrasia de México, por ejemplo, el problema indigenista, tanto en su aspecto de la tenencia de la tierra, como en el de la educación de los indios y su incorporación a la Nación, no fue mencionado; se olvidó que los problemas económicos, educativos y sociales, no sólo los políticos, eran los más importantes para el México de entonces.

Tiempo más adelante, comienzan a formarse los dos grandes partidos mexicanos que dominaron en el siglo pasado: uno, surge de la tradición de los insurgentes, así como de los republicanos (antimonarquistas) y los federalistas, fuertemente apoyados en las masas populares; otro tiene sus orígenes en el ambiente de los antiguos monarquistas y los centralistas (y absorbe

en gran parte a los iturbidistas); ahí encontramos a la élite económica y al alto clero. Finalmente estos grupos se llamaron respectivamente liberales (progresistas) y conservadores.

El congreso instituido el 4 de enero de 1835 después de algunos meses, se declaró en Tercer Congreso Constituyente, estableciendo al efecto en primer lugar, las bases para la nueva constitución (23 de octubre de 1835) y luego del 15 de diciembre de 1835 al 6 de diciembre de 1836 las Siete Leyes Constitucionales, las que además de contener importantes "Derechos del Hombre" establecen los principios del centralismo, evadiendo tocar por consecuencia, las diferencias en ideas y cultura de los pueblos coexistentes; el principio plutocrático, predominando por definición, las clases ricas sobre las menos afortunadas; el principio de la intolerancia religiosa, creando además el Supremo Poder Conservador contrario a los cambios tanto políticos como sociales, formado por una comisión de cinco personas que deben guardar el estado de la constitución para mantener el equilibrio constitucional entre los poderes, comisión sólo responsable ante Dios y ante la opinión pública, entre otros principios. Las principales facultades de este supremo poder eran:

- 1.- Solucionar sobre la nulidad de leyes o decretos anticonstitucionales a requerimiento del poder ejecutivo, la Suprema Corte de Justicia o cuando menos dieciocho miembros del poder legislativo.
- 2.- Juzgar sobre la nulidad de actos anticonstitucionales realizados por el poder ejecutivo en función de su representación a petición del poder legislativo o de la Suprema Corte.
- 3.- Optar sobre la nulidad de actos ejecutados por la Suprema Corte en ejercicio de sus facultades, a demanda de uno de los otros poderes. Así, en forma muy imperfecta, se inició lo que tiempo más tarde, se convertiría en el juicio de Amparo.⁴⁶

⁴⁶ Ibidem. p.43.

Paralelamente a los acontecimientos de estos tiempos, México obtuvo importantes victorias en relación con su posición a nivel internacional. Entre ellas sobresale principalmente, el reconocimiento como estado independiente, los primeros países que habían reconocido la reciente independencia mexicana habían sido Estados Unidos, Inglaterra (1825), así como Francia y Prusia. Con el Vaticano, las relaciones diplomáticas eran bastante rígidas y, desde luego lógicamente también con la recién rechazada España. La situación internacional de México se recuperó considerablemente en 1836, cuando el Vaticano hizo de lado su obstinada actitud y por fin reconoció la libertad e independencia mexicana, y cuando también España estableció relaciones diplomáticas con su ex colonia.

Los innumerables y severos reveses en los campos de batalla característicos del Santeísmo, aunado al exagerado desprestigio internacional que a México le acompañaba, parece ser causa suficiente para olvidar que, en los mismos años, México también produjo una muy meritoria serie de leyes. Así también, fueron publicadas, en esta misma época, famosas colecciones de leyes y decretos mexicanos, como las de Basilio José Arrillaga, Galván (el constitucional), Juan R. Navarro, Vicente García Torres y otros.⁴⁹

En cuanto a los avances en otras ramas del Derecho, en particular el derecho privado, fue evidente el progreso del Código de comercio, elaborado por el ministro del Justicia de Santa Anna, Teodoro Torres, y cuya vigencia comprendió un lapso entre mayo de 1854 y noviembre de 1855, concluyendo su periodo en 1856, este Código fue derogado más bien por resentimiento político, respecto de todo lo que les trajera a la mente el recuerdo de Santa Anna, que por defectos

⁴⁹ HERRERA, Raúl, Juárez y su México, 1a. edición. Editorial fondo de Cultura Económica, México, 1972, p. 112.

de calidad, esta laguna en materia comercial, orilló a algunos de los estados a promulgar códigos de comercio locales, inspirados en el Código de Laredo.

Se alcanzaron de igual manera, trascendentales medidas relativas a la organización y funcionamiento de los tribunales, y al procedimiento de aplicación de la ley para el arreglo provisional de la administración de justicia en los tribunales y juzgados del fuero común durante la gestión de este mismo congreso, y que le dan un aire o espíritu de mexicanidad a las leyes inspiradas en codificaciones de otros países y que estuvieron aquí en vigor antes de 1824 en todo lo que no conciliaba o compaña armónica o idealmente con las normas expedidas por el gobierno del México independiente; se lograron también importantes aportaciones en diversos ordenamientos como la ley procesal de 18 de marzo de 1840, en las normas expedidas el 30 de noviembre de 1846, 30 de mayo de 1853 y 16 de diciembre de 1853, así como la reglamentación de la formación y administración del "fondo judicial", del 30 de noviembre de 1846 y 20 de abril de 1854. Al llegar el término del gobierno de Santa Anna, se lograron importantes avances en la impartición de justicia en materia administrativa: de entre esos avances destacan la Ley para el Arreglo de lo Contencioso Administrativo, así como también la ley del 7 de julio de 1853 que reglamentó sobre las condiciones para la expropiación; la ley del 20 de septiembre de 1853 que reglamentó los juzgados especiales de hacienda y la justicia minera. Desafortunadamente la disposición para estructurar integralmente los preceptos legales de una justicia administrativa en México, quedó materialmente interrumpida a causa de la Revolución de Ayutla.

El remolino formado por las diferencias ideológicas de aquellos años estimuló la creciente inestabilidad en materia educativa. Sabemos que en 1843 hubo una centralización de la política respectiva; luego, el 23 de octubre de 1846, la organización de la educación pública, fue nuevamente confiada a los estados, pero el 19 de diciembre de 1854, el centralismo regresó con nuevos ímpetus y elaboró un detallado plan nacional para la instrucción

La educación también manifiesta una importante influencia negativa ocasionada por el desmedido influjo del clero en la misma, pues en el artículo 60 de las bases orgánicas de 1843 estipula que la educación debe tener una orientación religiosa, pero ya en 1856 se regresó formalmente a la libertad de educación. Continuando con el tema de la educación, añadiremos que en 1843 se creó la escuela de Artes y Oficios, ya a finales de la era Santanista se sumó al aparato educativo la Escuela Nacional de Agricultura, y cuando el 19 de septiembre de 1853 fue nuevamente introducido en México la Compañía de Jesús, las perspectivas para la educación mexicana se exponían favorables para su desarrollo. A la caída del Santanismo en agosto de 1855 y durante los próximos decenios tan turbulentos, poco pudo hacerse al respecto.⁵⁰

Entre otras leyes importantes a que el legislador dedicó su atención durante el Santanismo podemos mencionar la reorganización legal de la profesión notarial, las leyes dirigidas contra el denigrante comercio de esclavos, normas de Derecho Fiscal, también sobre la expropiación (ley del 7 de julio de 1853, de aplicación supletoria en esta importante materia durante todo el Porfiriato), así también en lo referente a la Ley de Población, en esta se definía la condición jurídica de los extranjeros y de manera muy especial, el decretó el 16 de mayo de 1823 que autoriza al ejecutivo para expedir cartas de naturalización, sin embargo el decreto del 12 de marzo de 1828, sólo permitía a los mexicanos por nacimiento o naturalización, la adquisición de bienes inmuebles en el territorio nacional con exclusión de los extranjeros, salvo el caso como lo estableció la Constitución de 1836, de que estos se casaran con una mujer mexicana.

En Derecho Marcial, se continuó con las reglas de Derecho Militar Novohispánico, cuya única modificación importante, fue la supresión por Iturbide de las milicias locales, que levantándose de sus cenizas, regresaron en 1827 enarbolando una nueva bandera, pues

⁵⁰ *Ibidem.* p. 322.

proyectaba una imagen diferente en forma de "milicia cívica" o guardia nacional dirigida por los gobiernos locales (y bajo ciertas circunstancias y condiciones, por el Presidente de la República).

2.4.- La Evolución del Derecho hasta el México Moderno.

Durante el transcurso del siglo pasado, México experimentó radicales conversiones en la actitud, mentalidad, idiosincrasia y sentido nacional, rompió las duras cadenas de importantes, pero ya opresivas tradiciones, e introdujo importantes pautas que sirvieron de base para el establecimiento de una moderna administración, en todo el país. Es en aquellos decenios que en México comienzan a despuntar las causas que habrán de apresurar su evolución histórica.

Para poder ajustar adecuadamente el estudio del aspecto jurídico de una comunidad, debe del mismo modo, estudiarse paralelamente el fondo de los hechos económicos y sociales. Hemos de examinar brevemente las referencias históricas, económico-sociales del México del siglo XIX, que constituye a fin de cuentas, el antecedente de las principales causas que influyeron y dieron paso al principio de una serie de reformas que componen el actual ordenamiento jurídico mexicano.

Y los puntos a tratar los clasificamos de la siguiente manera:

- A) Aspecto social.
- B) Aspecto económico.
- C) Aspecto político.
- D) Aspectos diversos.

A).- La onda expansiva de la explosión demográfica ocupa uno de los principales lugares como causal de los cambios jurídicos a través del curso histórico de nuestro país, los estudios estadísticos así lo revelan, en 1793 las cifras arrojan un resultado cuantitativo de la población de 4.5 millones de habitantes, hasta 1840 México ya acusaba un sistemático incremento poblacional y para 1880 ya las cifras contabilizaban 8.5 millones de habitantes y posterior a la conclusión de la segunda guerra mundial, la demografía pasa a ocupar el primer plano.

Para los efectos de este estudio, no debemos hacer de lado que en los dos siglos anteriores, la influencia de los países europeos fue determinante, pues en gran número contribuyeron para el desmedido aumento poblacional. De los grupos de ciudadanos extranjeros residentes en el país, resaltaban naturalmente, por efecto de la colonización, los españoles, después destacaron los ingleses y los franceses entre otros.

En lo que cabe al aspecto social de la población de origen y sangre mexicana, especialmente el indio, durante el siglo XIX, era considerado como un acerrimo enemigo de los blancos, salvaje, incivilizado inculto, que sólo podía ser utilizado para servir en el campo o en las grandes haciendas como criado o siervo, al que le podían arrebatar las tierras y humillarlo, a lo más que podían aspirar, era a ocupar pequeñas tierras comunales, en general, su contacto con el blanco nunca había sido favorable, por esta razón y cansados de tantos aprobios, se desataron varias revoluciones de campesinos especialmente en los estados de Yucatán, Sierra Gorda, San Luis Potosí y Guerrero entre otros de menor importancia y que se pueden considerar como punto de partida de las causas que dieron origen a la revolución de 1910.⁵¹

B).- La economía del país se vio fuertemente afectada por la lucha independentista, pues la inseguridad por las continuas luchas armadas paralizaba o hacía más difícil la previsión de

⁵¹ TRAVEN Bruno. La Rebelión de los Colgados. 19 a. Edición. Editorial Diana. México 1989. P. 269.

negocios y del libre comercio, el país también vivió crisis en la actividad minera y en el comercio exterior, así también los gobernantes debían someterse a los abusos de la clase adinerada, pues de no doblegarse serían substituidos con ayuda de las armas, también afectó el bloqueo del capital por agiotistas que bien hubieran hecho a la industria y al comercio.

Al término de la guerra por la independencia, dio un vuelco positivo la economía del país, a pesar de que las más importantes actividades comerciales estaban en gran parte en manos de los extranjeros, era la fuente más segura de riquezas, también la agricultura la minería y la industrias empezaron a generar a pesar de la falta de vías de comunicación que era una de las grandes desventajas del México independiente, pues la inseguridad y el temor a los asaltos, obligaba a los comerciantes a formar caravanas; a pesar también de las fuertes tarifas de importación que en gran parte se orientaba a artículos de lujo, como vinos españoles y franceses, finas telas inglesas y estadounidenses y a pesar sobre todo, del defectuoso sistema monetario.

C).- La gran influencia política que ejercían los extranjeros, igual era determinante para la reglamentación de la estructura legal, en materia de importación, presionaban para fijar tarifas aduanales demasiado bajas y exigían un mayor orden administrativo aun fuese a costa o en perjuicio de la independencia nacional.

En el siglo XIX, la iglesia, dividida en facciones, a menudo expresaban sentimientos sociales y progresistas y más por interés que por convicción, se autoconsideraba nacionalista pues temía el protestantismo norteamericano, ofrecía también condiciones sociales favorables a sus siervos y peones, controlaba con sus propias reglas los contratos hipotecarios y los prestamos en numerario

fijando las tasas de interés al 4.5 por ciento en contraposición al 12 o 18 por ciento normal, lo cual aumentaba su prestigio y poder y sobre todo, su creciente influencia política en esa época.⁵²

D).- Aspectos diversos; aunque en menor medida, también ejercían cierta influencia en los cambios y evolución jurídica del país, entre otros factores, los militares que insistentes, exigían su propio fuero no legitimado ni legalizado por autoridad alguna pues surgió como resultado de las revoluciones,⁵³ también ejercieron cierta influencia los terratenientes, el clásico status symbols que favorecieron la confiscación de los bienes eclesiásticos para la solución de la excesiva deuda interior y exterior, así como los burócratas, producto del gobierno que dio puestos a sus adictos en recompensa por su fidelidad.

Para finalizar el estudio de los antecedentes históricos que tratamos de encuadrar de manera muy genérica dentro de los aspectos sociales, económicos y político entre otros, y de como influyeron estos si no de manera fundamental, si como parte importante en la evolución de nuestro Derecho, que más particularmente, encuentra la corriente impulsora de los grandes Códigos mexicanos, en el cambio de las condiciones sociales que han influido en la vida moderna, hemos de analizar brevemente, algunas de las disposiciones contenidas en diversas codificaciones y como han ido estas reformándose conforme a los cambios generados en el seno de la sociedad.

CODIGO CIVIL.- El cambio de las condiciones sociales de la vida moderna, impone la necesidad de renovar la legislación, y el Código civil, como parte integral del sistema jurídico nacional, no debe, por tanto, permanecer ajeno al movimiento y transformación de las sociedades actuales.

⁵² GARCIA LOPEZ, José Felix. El Estado, Estudio Teológico y Político. 1a. edición. Editorial UNAM. México, 1986.p.59.

⁵³ MADERO, Francisco. Op. Cit. 153.

Ya durante en el siglo XIX en Europa, después de la codificación del Derecho civil, se fortalece el concepto de estado como órgano de gobierno y empieza la gran distinción entre Derecho público y Derecho privado, los autores italianos del Código civil, afirmaron que los derechos civiles son aquellos de carácter meramente privado, individual y relativos exclusivamente a la propiedad y a la familia.

En el siglo XX, las revoluciones sociales han provocado una aguda crisis, tanto en las disciplinas sociales, como en las disciplinas jurídicas que han hecho necesaria una revisión completa de los principios básicos de la organización social, echando por tierra las viejas tradiciones seculares y legislativas del siglo pasado.

Consumada la independencia mexicana y por carecer de una propia, continua en vigor la legislación española hasta la promulgación del primer Código civil mexicano del 13 de diciembre de 1870. Fue uno de los más avanzados y mejor redactados de su tiempo, constaba de 4126 artículos.

Pero los tiempos cambian, el inexorable paso del tiempo, determinó las circunstancias que hacían necesaria una nueva revisión legislativa, para ello, se integró una comisión, que partió del estudio de este código para redactar uno nuevo, el de 1884, en este, se expresaban ideas individualistas en materia económica, así como el principio de la propiedad como un derecho absoluto, exclusivo e irrestricto, introdujo la libre voluntad de testar que el código anterior desconocía absolutamente, en el área familiar, este Código al igual que el de 1870 y los Códigos de los estados inspirados en ellos, estableció reglas sobre la indisolubilidad del matrimonio por medio del divorcio, pero sí autorizó la separación de cuerpos, sin embargo, más tarde, Venustiano Carranza derogó esta disposición al promulgar "La ley de Divorcios" del 29 de diciembre de 1914.

El Código Civil que nos rige actualmente, se promulgó en 1928, en gran parte, inspirado en el código de 1884 y en los códigos alemán, suizo, argentino y chileno, este, se encuentra influido por la idea de socialización del Derecho que arraiga cada vez más en las conciencias el concepto de libertad e igualdad, moldeando o de alguna manera armonizando los intereses individuales con los sociales, corrigiendo el exagerado individualismo que imperaba el código civil de 1884.

Haciendo eco del principio de igualdad, en su artículo segundo, establece a mi juicio una de las reglas moralmente más justa en la historia ya no sólo del Derecho en el mundo, sino en la historia de la humanidad entera "el equiparamiento o igualdad de capacidad jurídica entre el hombre y la mujer".

Acorde a esta innovación, en el artículo 168, se declara expresamente que en el hogar el marido y la mujer tendrán autoridad y consideraciones iguales, tanto en lo referente al manejo del hogar, como al cuidado y educación de los hijos, intrínsecamente, también faculta a la mujer para desempeñar cualquier actividad remunerada con excepción de las que dañen la moral y la estructura de la familia; establece la administración de los bienes bajo dos regímenes tal como lo señala en el artículo 178 (Sociedad Conyugal y Separación de Bienes); se reconocen ciertos derechos Jurídicos al concubinato después de cinco años o si hubo hijos; hay una reconfirmación de la libre y de la legítima testamentaria tal y como lo señala el artículo 1368 fracción V y 1374.

Código de Comercio.- El Derecho de Comercio de origen consuetudinario, fue gestándose dentro del seno de los grandes gremios y asociaciones de comerciantes que para dar seguridad a sus operaciones, fueron formulando un conjunto de normas sobre sus actos de comercio y sobre los mismos comerciantes.

Después de la formación de los estados nacionales en la edad moderna, se dispuso una serie de concentraciones legislativas, que marcaron las reglas que habrían de regir más formalmente las actividades de comercio.

En España el Código de comercio de 1829 fue cambiado por el de 1885 que no es superior a su antecesor.

Después de la revolución francesa, se rompieron los moldes tradicionales y se inició la época de la codificación, teniendo en el Código de comercio de 1808, el proyecto a seguir para casi todos los países civilizados de Europa.

En Italia, entraron en vigor los Códigos de comercio de 1885, 1882 y el Código civil de 1942 en el que se refunde casi todo el Derecho mercantil.

En México la formulación del primer Código de comercio, tuvo una gran influencia del Código español de 1829, que rigió hasta que una enmienda constitucional, otorgó a la federación en 1883, la facultad de legislar en esta materia (incluyendo las instituciones bancarias y al área minera) y ya en 1884, México recibió su primer Código de comercio federal (Código de Barranda) inspirado en el Código italiano de 1882, también se elaboró poco después, en abril de 1888 una ley especial para reglamentar las Sociedades Anónimas. Posteriormente, en 1889, México recibió un nuevo Código en esta materia, que tomó en cuenta algunas soluciones españolas (este Código entró en vigor el 1 de enero de 1890) este Código todavía es vigente.

Entre algunas de las disposiciones que en esta materia se recibieron más adelante, podemos enumerar las del 7 de junio de 1890 sobre patentes, inspirada en los Derechos belga y francés. Para hacer el ambiente más atractivo, se suprimió el 2 de junio de 1896, el principio de la

explotación forzosa, necesaria para conservar una patente. En 1903, las leyes anteriores fueron sustituidas por una de marcas industriales y de comercio y otra de patentes. El 7 de septiembre de 1903, México se adhirió a la convención de París de 1883 para la protección de la propiedad industrial.

En 1929, hubo varios proyectos para un nuevo Código de Comercio, sin que ninguno fuese puesto en vigor.

En la actualidad la Comisión de Leyes de la Secretaría de Economía, publicó un anteproyecto para un nuevo Código de Comercio Mexicano, en el que se incluyen reglas del comerciante individual y comerciante social, así como reglas para la publicidad y registro, títulos, empresas, quiebras y suspensión de pagos.

Código Penal.- El Derecho de los pueblos indígenas, después de la incursión europea, fue materialmente barrido, borrado de la faz del continente, en lo que respecta al territorio mexicano, fueron los españoles los que nos dejaron desprendidos históricamente de toda idea jurídica propiamente indígena, nuestro Derecho fue transplantado principalmente por dos tipos de leyes, en primer lugar, por el Derecho colonial mediante las leyes del Reino de las Indias, y en segundo lugar, en lo que no estuviere decidido ni declarado por esa recopilación, leyes u ordenanzas, por las leyes del reino de Castilla.

Una vez que concluyó el dominio hispano en tierras de México, en 1821 y en cuanto no tengásemos una legislación que regule nuestro propio estilo de ser, esencia y funciones, se hubo de continuar con la aplicación de las leyes españolas, principalmente la recopilación de Indias, complementada esta supletoriamente, con la Novísima recopilación, las partidas y las ordenanzas de Bilbao de 1737.

La escasa reglamentación penal existente en ese tiempo, sólo encontró cause legal en los textos coloniales no obstante la independencia política.

En la historia de la legislación penal codificada para el Distrito y territorios Federales, se cuentan tres códigos, el promulgado el 7 de diciembre de 1871 en vigor desde el primero de abril de 1872, conocido como el "Código Martínez de Castro", el código del 30 de septiembre de 1929, en vigor desde el 15 de diciembre de 1929, expedido por el entonces Presidente Don Emilio Portes Gil, y conocido como el "Código Almaraz", y el de 1931 hasta ahora vigente con sus respectivas reformas.

En cuanto al Código de 1871, fueron, integrando una primera comisión, los constituyentes de 1857, los que sentaron las bases de nuestro propio Derecho Penal, después, una segunda comisión, al deliberar sobre sus disposiciones por espacio de dos años, hubieron de promulgar el 7 de diciembre de 1871 una nueva legislación, para comenzar a regir el primero de abril de 1872.

El Código Penal del Distrito Federal de 1871, fue modificado varias veces bajo el Porfiriato (26 de mayo de 1884; 22 de mayo de 1894; 6 de junio de 1896; 5 de septiembre de 1896; 8 de diciembre de 1897). Además, el 20 de junio de 1908 se estableció la pena de relegación en el derecho penal distrital. Una comisión, presidida por Miguel S. Macedo, que debía elaborar un amplio proyecto de reformas, no tuvo resultado práctico inmediato; cuando en 1912, el proyecto estaba listo, la revolución ya había comenzado. Sin embargo el proyecto influyó en el Código Penal de 1929.

Las evidentes dolencias que acosaron al Código Penal de 1929, determinó la inmediata designación por el Licenciado Portes Gil, de una nueva comisión redactora, que elaboró el hoy

vigente Código Penal de 1931, para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la república en materia federal.

Este Código desarrolla con buen tino los ideales de la sociedad mexicana de esos tiempos, recoge, organiza y equilibra la realidad misma, fijando direcciones en política criminal, en jurisprudencia, etc, que obedecen a los anhelos e inquietudes de la causa revolucionaria.

Presenta el vigente código, novedades importantes respecto de los anteriores, entre otras: la extensión del arbitrio judicial, por medio de los amplios mínimos y máximos para todas las sanciones y la consiguiente regulación legal de dicho arbitrio para fijarlas individualizadamente (art. 51 y 52); el perfeccionamiento de la condena condicional (art. 90); de la formula de la tentativa (art. 12); del encubrimiento (art. 40); de la participación (art. 13); de algunas excluyentes (art. 15)); el uniforme carácter de la pena pública de la reparación del daño (art. 29).

Materia Procesal Civil.- Como ya lo hemos visto, la organización jurídica que funcionó en las colonias de América, fue una reproducción del ordenamiento español, en materia procesal, la legislación española tuvo vigencia supletoria en lo que toca sólo a las lagunas del Derecho aplicado en las colonias americanas dependientes de la corona española.

La recopilación de las Leyes de Indias de 1680, contiene, entre otras, normas sobre procedimientos, recursos, ejecución de sentencias, etcétera, pero con tales faltas, que de ordinario se seguían aplicando leyes españolas.

En esta materia, se dio un importante acontecimiento reflejado en el mundo hispánico, la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855, a su vez basada en la tercera partida. Esta obra influyó en el Código de Procedimientos Civiles del Distrito y territorios Federales

del 9 de diciembre de 1871, totalmente reformado el 15 de septiembre de 1880, y también en el Código Béistegui de Puebla del 10 de septiembre de 1880.

Aun después de la independencia, la enorme influencia de las Leyes españolas siguió notándose en México.

La primera Ley que tuvo carácter de Código de Procedimientos, fue el de 1872, tomado en gran parte de la Ley española de 1855, este Código fue sustituido por el de 1880 y estuvo vigente hasta que se publicó otro nuevo en 1884.

El Código de 1884, mantuvo una fuerte tendencia a continuar con las características de la legislación civil española.

Más tarde, en 1932, se elaboró otro Código Procesal Civil, muy superior al de 1884, porque perfila la tendencia hacia la realización del ideal social, o sea el juicio oral y por que pugna por desterrar el espíritu individualista del Código anterior y también porque clasifica al Derecho Procesal Civil entre las ramas del Derecho Público

En ésta se dio un importante acontecimiento reflejado en el mundo hispánico: la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, de 1855, a su vez basada en la tercera Partida. Esta obra - en realidad un código - influyó en el Código de procedimientos civiles del Distrito y Territorios Federales del 9 de diciembre de 1871, totalmente reformado el 15 de septiembre de 1880, y también en el interesante Código Béistegui de Puebla, del 10 de septiembre de 1880.

Organización Judicial.- En cuanto a esta, debemos mencionar por ser sobremanera importante, la reglamentación de los juzgados (federales) de Distrito y de los Tribunales de Circuito en 1896.

También a la materia de justicia administrativa le tocó su turno dentro de los cambios y reglamentaciones acordes a este enorme movimiento evolutivo y de organización y modernización del ordenamiento legal mexicano, en 1898, después de un riguroso estudio, se promulgó la Ley sobre lo Contencioso-Administrativo.

Importante es también, la reglamentación del Juicio de Amparo, mediante la tercera Ley de Amparo del 14 de diciembre de 1883, que ya entonces admite el Amparo contra sentencias civiles.

Desde el 6 de octubre de 1897, esta materia queda absorbida en su totalidad, por el Código de Procedimientos Civiles Federales de esta misma fecha, posteriormente, se refiere a ella la modificación del artículo 102 de nuestra Constitución Política del 12 de noviembre de 1908, y el Código de Procedimientos Civiles Federal del 5 de febrero de 1909.

Sólo en el año de 1919, el juicio de Amparo llegaría de nuevo a ser objeto de una legislación independiente de las que hasta entonces estaba integrada.

Asimismo, durante la revolución mexicana, observamos una fuerte e interesante intensión legislativa con ideas progresistas, y así, en estas circunstancias, tenemos que a partir de 1914, varias leyes impusieron nuevas reformas en materia laboral, estipulando salarios mínimos base, cancelando deudas de obreros, como por ejemplo, en Tabasco, y fijando jornadas máximas de labores. También son de especial interés las leyes respectivas de los estados de Jalisco y de Veracruz del 4 de octubre de 1914 y 9 de octubre de 1914 respectivamente.

Trascendente fue desde luego, la ley del 6 de enero de 1915, obra de Luis Cabrera, que prevé restituciones de tierras ilegalmente arrebatadas a comunidades de campesinos (sin que procediera el argumento de prescripción) y también dotaciones mediante la expropiación de haciendas colindantes con grupos de campesinos que no tuviesen tierras suficientes. Esta ley fue el punto de partida para gran parte del artículo 27 de la Constitución de 1917.

Hemos de referir, que de manera afortunada, las reformas durante y a través de nuestra historia legislativa, no se han limitado sólo a las materias mencionadas, sino a todo el conjunto de leyes que conforman nuestro propio sistema jurídico mexicano, lo cual ha dado una impresión de la ambiciosa actividad legislativa durante la marcha de estos turbulentos años por parte de nuestros juristas, quiénes paulatinamente han logrado entender el verdadero espíritu de nuestro ser, de nuestra esencia, para darle un cause adecuado y propio a la forma en que expresamos o manifestamos nuestras actitudes y nuestras conductas en relación a nosotros mismos como personas, en relación también, con los miembros de nuestro seno familiar y en general, con todas las personas que tratamos y con quienes compartimos nuestra vida en común dentro de nuestra sociedad y, por extensión, a su vez, con la sociedad mundial.

CAPITULO III

EL DERECHO COMO FORMA DE CONTROL SOCIAL: SU RENOVACIÓN

3.1. Introducción.

Siguiendo sistemáticamente nuestro tema de estudio, hemos de analizar diversos aspectos que naturalmente encuadraremos dentro del aspecto jurídico-sociológico tal y como corresponde al sentido original de nuestro trabajo y dándole al derecho una línea distintiva dentro del mismo que le da su razón de ser.

Entre los diferentes sentidos o significados que se le dan al Derecho, aludiremos sólo a dos que ontológicamente lo relacionan como medio de control social; en este sentido, el control social lo entendemos como:

"La actividad encaminada a lograr el cumplimiento de las normas sociales de comportamiento por los miembros del grupo".

Otro sentido, quizá más completo, es el que lo conceptúa como:

"Una expresión dentro de la cual se trata de designar, en conjunto, todos los medios colectivos o actividades con repercusión social que de diversas maneras y en diferentes niveles ordenan el comportamiento humano en sus aspectos y resultados externos a fin de preservar el orden social interno existente dentro de determinado grupo social".

Dentro de ese concepto se incluyen realidades sociales muy diferentes entre si pero todas tendientes a normar la conducta humana en su parte externa.

En toda sociedad existe una amplia gama de formas de control social; las informales como las costumbres, los convencionalismos sociales, los usos etcétera; otras más formales como algunos preceptos religiosos; y finalmente, el más importante de los medios de control social, es por institucionalizado, el Derecho, que se caracteriza por la aparente inexorabilidad impositiva de sus sanciones que salvaguarda los aspectos sociales considerados como fundamentales por el sistema cultural determinado.⁵⁴

En todos estos tipos de control social, existe siempre una autoridad que influye frente a los otros, que interviene, que presiona o estimula, que sanciona, tendiente a regular la personalidad y la conducta del sujeto en concordancia con las convicciones vigentes, con lo ordenado a los modos colectivos o con lo dispuesto por las autoridades sociales, consecuentemente, tiene una pretensión normativa, es decir, no son solamente hábitos de hecho, sino que prescriben deberes, cada grupo por ejemplo, la familia, la clase social, el círculo profesional, la comunidad, la fe religiosa, el equipo de juegos, la nación, el estado, etcétera, tienen sus propios medios de control.

Dentro de estos medios de control social y las diversas formas que presentan, nos limitaremos únicamente a analizar al Derecho como regulador de la conducta social.

El Derecho, cual forma de intimidación justificada, legítima, esta caracterizada principalmente por las normas jurídicas, cuyo rasgo principal es la nota de coactividad, esto es, de poder ser aplicadas mediante el uso de la fuerza. Contienen pues estas, la posibilidad de aplicar medidas violentas para el caso de transgresión o incumplimiento de las mismas; por ejemplo, la

⁵⁴ MEZA Virginia, DAVALOS Federico. Glosario de Ciencias Histórico Sociales. Parte 1. 1a. edición, Editorial Anuiés, México 1977. p. 33.

amenaza de la ejecución forzosa en la vía civil, o el apremio en la vía administrativa, la amenaza de una sanción penal en el caso de la comisión de algún delito.

Por causa del Derecho sentimos la presencia de otras personas que nos inducen al control, a la limitación, las sentimos como una barrera para determinados comportamientos que aparecen prohibidos, como una presión para obrar de determinada manera ya sea sólo sugerida u ordenada.

Por el Derecho, nuestro cotidiano actuar lo encontramos supeditado a ciertas normas predeterminadas por otros individuos y por autoridades estatuidas por esas mismas normas, autoridades que regulan, que controlan nuestra forma de actuar, que nos dirigen mandatos, así, nos encontramos con que una gran parte de nuestro proceder esta por causa y efecto del Derecho, socialmente controlada.

Las normas no son la enunciación de lo que ha sucedido, sucede o sucederá forzosamente, sino de lo que debe ser cumplido por el hombre para mantener el orden, la concordia, la seguridad en la sociedad y precisamente por que exista la posibilidad de que no se cumpla de hecho lo que la norma estatuye, tiene sentido como tal, porque si lo que expresa siempre se realice, entonces la norma perdería su carácter de "deber ser" y se convertiría en una ley fenoménica, esto es, en la enunciación de una concatenación causal constante de hechos.

Si bien es cierto que el Derecho constituye una forma de control de la conducta social, también cierto es que muchas normas sociales tienen sus raíces u origen en la condición misma del hombre como ser político, en la repetición de conductas durante largo tiempo, en las mismas necesidades humanas, son causa y efecto a la vez y en si mismas.

Las normas no operan directamente como causas inexorables sobre los hechos del comportamiento, sino que están dirigidas al pensamiento, a la mente, a los sentimientos de las personas a quienes gobiernan dentro de determinada sociedad y llevan consigo un sentido, una idea intrínseca de obligación que ejerce sobre los sujetos una cierta presión.

A veces los sistemas de control social no constituyen un mecanismo para velar por su cumplimiento, ni para imponer sanciones en caso de su incumplimiento, tal pasa verbigracia, con la mayor parte de las costumbres que rigen muchos grupos sociales. Pero otras veces, las normas sociales si instituyen vía su poder público autoridades específicas para velar por su cumplimiento, para especificar mandatos individualizados, y naturalmente, para imponer sanciones en caso de su incumplimiento.

Derecho y autoridades en sus diferentes aspectos y clases, constituyen, pues, experiencias de regulación y control de la conducta social, esto es, experiencias de presiones sobre nuestras actitudes y obrares, presiones estas, que tienden a lograr que nuestro comportamiento se acomode a determinados tipos adoptados por el grupo, por lo tanto, experiencias de freno y estímulos para nuestro comportamiento.

3.2 El Derecho como Producto Social.

Se comprenden dentro de los productos sociales a aquellas realidades que se originan como efectos de la vida en sociedad, En conjunto, todos los procesos sociales pueden reducirse a una sólo categoría, a saber: la cultura en su doble acepción de cultura inmaterial o subjetiva y cultura material u objetiva.

La cultura inmaterial o cultura propiamente dicha, es el conjunto de pautas o patrones de comprensión y de conducta compartidos por los miembros de la sociedad. Dentro de la cultura inmaterial quedan comprendidos, por lo tanto entre otros, los valores, las costumbres, la moral, las tradiciones orales, las creencias populares, la religión, los sistemas económico y político, las reglas de arte, la filosofía, las ciencias, la tecnología, las normas organizativas y funcionales de las asociaciones voluntarias y de las instituciones y, naturalmente, el Derecho como parte integrante de la cultura, entre otros.

Dentro de la cultura material se comprenden el conjunto de las cosas (realidades objetivas y tangibles) producidas - de acuerdo con los valores, principios y normas de la cultura inmaterial - por los hombres que forman parte de una sociedad. Constituyen la cultura material, por lo tanto, objetos tan variados como las prendas de vestir, joyas y otros adornos, las herramientas, las armas, los muebles y otros enseres domésticos, los diferentes medios de transporte y maquinaria de todo tipo, las obras de arte como la pintura y la escultura, los libros, los instrumentos musicales, los caminos, las calles, las plazas, los puentes, las obras de irrigación, la arquitectura, etcétera, producidos por el hombre como resultado de su vida social y como producto también, de la transformación de la naturaleza.

La cultura material, a pesar de que esta básicamente constituida por una serie de objetos aparentemente inertes, inanimados, tiene en esencia, el gran valor de proporcionar a los sociólogos, historiadores y juristas, importantes indicios para el conocimiento, interpretación y organización de la realidad social y la interpretación de la cultura inmaterial (conocimientos, creencias, valores, formas de vida) de un grupo humano particular.⁵⁵

Asimismo ahí donde las dos realidades se superponen, el Derecho aparece más bien determinado que determinante: sirve para consolidar un orden social y un modo de vida impuesto

⁵⁵ LOMBERA PALLARES, Enrique. Lecciones de Introducción al Estudio del Derecho. 1a. edición. Editorial FEM. México 1973. p. 33.

por doctrinas morales, económicas o políticas, y por todo tipo de cambios, ya sean voluntarios o involuntarios en la estructura interna de la sociedad.

El Derecho como cultura inmaterial es producto y forma necesaria del vivir social, lo mismo que el vivir social es una forma ineliminable de la existencia humana.⁵⁶

Es en este sentido y desde el punto de vista social, que el Derecho garantiza al hombre las condiciones de vida que le permitan su desarrollo y se reconoce que éste tiene un mínimo ético que permite la existencia de las condiciones de conservación de la sociedad.

En efecto, el Derecho producto de la sociedad y para la sociedad coadyuva a ser posible la solidaridad aún entre los diferentes grupos o clases que existen, y es pues, desde el punto de vista social una estructura formal de la vida de relación, un orden preestablecido al cual ha de sujetarse la conducta del hombre y la organización del grupo mismo; sin el cual no sería posible una pacífica comunidad de vida.⁵⁷

Este producto social, aparato estructural que garantiza el orden social, constituye la espina dorsal del grupo, proporciona cohesión y fuerza, y sin el cual perecería víctima del desorden y del anarquismo, su efectividad depende de la amenaza de la aplicación de sanciones económicas o físicas según sea la falta, pero depende en mayor medida de la actitud generalizada de respeto por el Derecho y por un orden legal particular, y esa actitud viene determinada a su vez por la aprobación moral del derecho como encarnación de la justicia social, la violación a sus preceptos es un acto lesivo a los intereses de todo el grupo social, aunque sólo lastime intereses particulares.

⁵⁶ LAGAZ LACAMBRA, Luis. Filosofía del Derecho. Barcelona 1953. p. 184.

⁵⁷ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. 7a. edición. Editorial Porrúa. México 1985. p. 25.

Cuando se alude al Derecho como producto social, se ha de entender que éste, sólo es concebible dentro de un grupo humano, que requiere una organización de cierto grado elaborada, que permita al grupo y a sus miembros, la unión y solidaridad necesaria para su subsistencia y desarrollo.

Por nacer el Derecho de la sociedad y porque la vida del grupo requiere de normas jurídicas, el Derecho debe ser la expresión formal normativa de la convivencia efectiva del grupo, y de la cual a su vez, en una de sus más claras manifestaciones.⁵⁸

3.3. El ámbito de aplicación.

Como ya antes lo hemos visto, la normatividad, uno de los caracteres esenciales del Derecho, no existe más allá de los límites territoriales del Estado que crea la norma. Fuera de sus límites geográficos, el Derecho de un Estado deja de tener validez como tal, llegando así a la conclusión de la absoluta territorialidad del mismo. El territorio es siempre el ámbito espacial dentro del cual un Estado de Derecho puede ejercer válida y formalmente la coacción de que esta facultado, excluyendo la posibilidad de ejercer coacción en otros Estados por medio de sus órganos de aplicación. Dentro de ese espacio geográfico puede el Estado hacer valer coactivamente sus normas, pero sólo dentro de sus límites. Así, el Derecho dimanado de un Estado pierde su normatividad y consecuentemente su posibilidad coactiva fuera de su mismo territorio, esto es, su aplicación forzada, que es otro de sus caracteres esenciales, y por lo mismo deja de tener validez, deja de ser Derecho.

Por lo tanto puede afirmarse que el Derecho, tanto en su carácter normativo, como por su necesaria coercibilidad, es exclusivamente territorial. En consecuencia, es necesario aceptar que

⁵⁸ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Opus. Cit. p.25.

el Derecho, fuera del territorio del Estado que lo dicta, no tiene el carácter imperativo, ni puede en consecuencia, hacerse valer coactivamente, esto es, el Derecho puede normar la conducta humana que se realice dentro de su propio territorio y a la inversa, no puede normar jurídicamente, la actividad humana fuera del territorio, ni puede admitirse en un territorio la validez jurídica de normas dimanadas de Estados extranjeros.

Ahora bien, a primera vista parece presentarse como una conclusión indubitable, que en ningún caso y bajo ningún concepto podrá un Estado invocar una situación jurídica nacida al amparo de un ordenamiento normativo creado más allá de los límites territoriales de vigencia del mismo, en tanto que al salir el orden jurídico de su ámbito de aplicación, sus normas dejan de valer y, necesariamente de existir en el campo del Derecho, todas sus consecuencias. Por otra parte y también como una consecuencia de la territorialidad jurídica, ningún Estado puede ligar consecuencias de Derecho a actividades humanas realizadas fuera de su territorio ni de su ámbito de aplicación ultramarino, ya que tal actividad sólo puede ser jurídicamente apreciada por el Derecho del Estado que puede normar esa conducta, esto es, por el Derecho que vale en el lugar en que el acto humano tiene efecto.

Las normas de Derecho, limitadas sólo al ámbito territorial del Estado que lo dicta, parecen imposibilitadas para dar la protección indispensable a los ciudadanos fuera de los límites del Estado que lo dicta. Resolver esta aparente imposibilidad es un problema básico, medular de la aplicación de leyes extrañas, o si se quiere usar la designación en un sentido restringido, del Derecho Internacional Privado.⁵⁹

Con objetivos mucho más reducidos que la tesis anterior, pero con una lógica más cercana a la realidad, la tesis internacionalista presenta soluciones diversas que tienen todas de común la

⁵⁹ Normas de Conflicto o de Derecho Internacional Privado. Ibidem. pag. 146.

idea de hacer depender las soluciones de los conflictos de leyes de cada país integrada en este punto, por normas de conflicto o de Derecho Internacional Privado.

Invirtiendo la posición adoptada por la tesis internacionalista, sus detractores afirman que el conflicto que presenta la absoluta territorialidad del Derecho, frente al comercio y a la vida humana que rebasa las fronteras, debe plantearse y resolverse internamente, esto es, cada Estado deberá proveer en la esfera de su poder jurídico, a la solución de los problemas que ante sus órganos se presenten originados fuera del territorio propio, acudiendo al medio específico de que el Estado dispone, es decir, a su propio ordenamiento jurídico.

"La tesis internacionalista contemporánea acepta, desde luego, la territorialidad absoluta de todas las leyes, pero señala como objeto del Derecho Internacional Privado, la debida regulación interna de las relaciones de naturaleza internacional, en cuanto por su especial naturaleza no pueden ser disciplinadas de modo conveniente por la legislación sustantiva interna del Estado. Así llega la doctrina a considerar las normas de Derecho Internacional Privado como normas que incorporan al sistema jurídico de un Estado, las normas o grupos de normas de otro Estado".

En este caso la tesis de incorporación apoya la validez del Derecho incorporado en el propio valor del sistema jurídico incorporante ya que este en vez de regular por medio de normas sustantivas directas una determinada relación, recurre a un Derecho extraño, como puede en todo caso hacerlo, y como de hecho se verifica continuamente en la referencia a leyes emanadas de fuentes diversas de producción de normas en el Derecho de todos los países disponibles de este tipo.

Para los defensores de esta tesis, el Derecho extraño no puede valer por sí mismo fuera de su territorio, en consecuencia, nunca puede presentarse un "conflicto" entre varias leyes. Para

el órgano de un Estado, sólo hay una ley aplicable y es la que deriva del Estado mismo incluyendo en ellas las normas extrañas incorporadas.⁶⁰

Hemos visto como es técnicamente posible a un orden jurídico determinado, incorporar normas jurídicas que integran un sistema extraño. Hasta ahora la exposición se ha limitado a pensar en la incorporación de la norma abstracta o genérica: se habla siempre de la incorporación de leyes que integran un sistema jurídico extraño sin pensar para nada en que de estas leyes surge, al realizarse su hipótesis, una norma jurídica integrante también del sistema extraño que es la norma individual o norma concreta. En la teoría del derecho la posición de unas y otras es distinta sólo en el orden escalonado de la construcción jurídica, pero técnicamente son de una esencia jurídica igual y por lo menos si es posible en la técnica jurídica aceptar la incorporación de las normas jurídicas abstractas, así también es posible aceptar la incorporación de la norma jurídica individual.

Vamos así a una solución técnicamente idéntica a la propuesta por la teoría internista de la incorporación, con la única diferencia de mostrar dos tipos diversos de incorporación coexistentes, que aunque no han sido doctrinalmente expuestos con la debida separación, han sido continuamente aceptados no sólo por la jurisprudencia, sino también por la doctrina misma en soluciones forzadas e ilógicas.

Por el momento lo expuesto hasta ahora es suficiente para poder concluir que el problema fundamental que presenta la territorialidad de la Ley frente al comercio y a la vida internacional de los hombres, es un problema cuya resolución compete de manera exclusiva a cada Estado. Es decir, cada Estado debe proveer en la esfera de su legislación interna, a la resolución de los problemas que de este tipo se le presentan por medio de la aplicación de normas extrañas. La aplicación de estas normas tienen como efecto primordial la incorporación al derecho propio de

⁶⁰ Ibidem. p. 148.

normas integrantes de un sistema jurídico extraño. Esta incorporación se realiza paralelamente en dos formas diversas; por la incorporación de las normas generales o abstractas del sistema declarado aplicable cuando la actividad humana que va a apreciarse se realiza dentro del ámbito de vigencias del sistema que contiene la norma incorporante; o bien incorporando la norma jurídica concreta formada por la realización de la hipótesis de una norma extraña cuando se trata de apreciar al efecto que en el sistema jurídico incorporante tendrá una actividad humana realizada fuera de su ámbito de vigencia.

3.4. Necesidades que el Derecho satisface.

El Derecho, suma y conjunto de modos, estilos, formas que coadyuvan a la existencia humana, a la vida en colectividad, regula solamente aspectos externos de la conducta, garantiza la autonomía de la persona, defiende la libertad de los individuos, estimula y promueve por diversos medios las relaciones entre los miembros de la sociedad, para lo cual es preciso asegurar una dosis de orden, de organización, de satisfacción de necesidades, condiciones indispensables para una vida social estable.

Valiéndose del Derecho, los seres humanos intentan configurar la realidad social, es decir, estructurar firmemente la vida de la colectividad para conseguir mediante esto, la satisfacción de ciertas necesidades básicas. Desde luego, el fin último del Derecho, consiste en la satisfacción de ciertas necesidades básicas de acuerdo con la justicia y demás valores jurídicos implicados en la misma, buscando para esto, los tipos generales de necesidades humanas sociales que el Derecho debe satisfacer.

Entre las necesidades que el Derecho satisface, o debe satisfacer, se encuentran:⁶¹

⁶¹ RECASENS SICHES, Luis. Sociología. 17 edición. México 1979.

- 1). Resolución de los conflictos de intereses;
- 2). Organización del poder político;
- 3). Legitimación del poder político;
- 4). Limita el poder político.

En cuanto al primero de los puntos mencionados, la resolución de los conflictos de intereses, cabe señalar que todas las personas tienen deseos que les conviene o interesa satisfacer, los intereses de cada uno, de cada cual, frecuentemente incurren en contradicciones a la vez que en conflictos con los deseos de los demás.

Suele suceder que la cumplimentación de los intereses de todos los hombres no sea posible o realizable en su conjunto por la competencia entre ellos mismos, esa misma competencia en numerosas ocasiones da como resultado el surgimiento de ciertos conflictos, es entonces cuando surge la potestad del Estado, que mediante la regulación objetiva impuesta a ellos por igual, zanja los conflictos de intereses, dicha regulación se configura o constituye básicamente por un conjunto de normas, a cuyos mandatos, deben forzosamente someterse los hombres, el conjunto de normas entendidas así, constituyen el Derecho, este expresa sólo lo que es correcto realizar, es decir, está inmerso dentro del mundo del "deber ser" y como tal, debe ser cumplido inexorablemente, lo cual le atribuye el carácter de obligatorio.

Los ordenamientos legales entonces, implican el medio apropiado y necesario socialmente para resolver la antagonía de intereses, es decir, constituyen una regulación objetiva que se aplica imparcialmente a las partes en contradicción, con el fin de evitar que sea la fuerza la que decida tales trances.

Para encontrar esta satisfactoria solución a las desavenencias que se presentan entre los miembros de la sociedad, el Derecho instituye una primacía de valores e intereses y una viable armonización o compromiso entre esos valores e intereses parcialmente opuestos; define ámbitos competenciales dentro de los cuales esos intereses deben ser reconocidos y protegidos por las autoridades configurando una serie de órganos y corporaciones encargadas de la creación de normas jurídicas que los resguarden y respalden designando a su vez, funcionarios para la aplicación de estas normas, individualizándolas, verbigracia (sentencias, resoluciones, etcétera).

En la ordenación de intereses que requieren especial atención y la determinación de las prioridades y preferencias de unos valores sobre otros y la armonización entre estos, operan muchos y variados factores sociales.

Así, la inmediata solución a los conflictos o choques de intereses, depende de las circunstancias en que se encuentra la realidad social en que tales contraposiciones se originan, de los requerimientos que las personas invariablemente necesitan cumplir, de lo que representa para la sociedad el sentido y la trascendencia sobre lo que es recto, justo o injusto, decente, honrado, de sentimientos religiosos, etcétera, en suma las pautas de solución de los conflictos de intereses dependen de un sinnúmero de circunstancias sociales, entre otros ejemplos, de factores naturales, religiosos, económicos, políticos, etcétera.

Todos estos factores y otros tantos, operan sobre la mente y voluntad de quienes hacen y aplican las normas jurídicas, legislador, funcionario, entes colectivos, jueces, así como también influyen sobre los particulares en la elaboración de normas contractuales.

La tarea del orden jurídico de reconocer, proteger, delimitar los intereses, no es tarea ya elaborada en su totalidad, sino que esta en una constante reelaboración, reelaboración que es una necesidad, una necesidad que el Derecho satisface, tal idea tiene valor, pues viejos intereses

reconocidos en el pretérito, al cambiar las circunstancias, al modificarse las realidades sociales, pierden título razonable para seguir siendo protegido. Los intereses hoy reconocidos sólo parcialmente, se esfuerzan considerablemente por ampliar el campo de su protección, los intereses hoy no reconocidos, ejercen una constante y tenaz presión para obtener en la medida de lo posible, el reconocimiento que aun no consiguen.

Por otra parte, los órganos de aplicación del Derecho (legislador, magistrados, jueces, etcétera), se encuentran ante el choque entre la fuerzas sociales que desean lo que ellas llaman el orden social, el cual suele ser una especie de cuadro idealizado del orden pretérito por una parte, y por otra, las fuerzas que luchan por implantar un orden social más de acuerdo con los requerimientos del presente, con las exigencias de la justicia. Hágase hincapié, que el Derecho intenta solventar una necesidad social, la necesidad de zanjar los conflictos de intereses, no de un modo ideal, sino de una manera real, de tal manera que la solución que él da a tales conflictos, sea cumplida de manera inexorable, ya sea por medio de la coacción, es decir, por medio de la fuerza. Por esta causa, el Derecho es dictado y aplicado por medio de una organización social que quiere y requiere por necesidad, ser más fuerte que otras formas, toda vez que sus decisiones deben ser impuestas, no sólo a los débiles, sino incluso a los más fuertes, es decir, a todos por igual sin distinción de ningún tipo o especie.

En cuanto al análisis del segundo punto, veremos que, entre otra de las importantes necesidades que satisface el Derecho, se encuentra el factor del poder político, el cual da validez formal, efectiva realidad y vigencia al orden jurídico y que funciona como mecanismo de apoyo para que el Derecho logre subsanar los conflictos de intereses que se presentan entre los miembros de la sociedad, disponiendo para ese efecto de toda la fuerza para imponer sus normas, decisiones y sanciones a los infractores sin que consistan en una mera relación de fuerza bruta, sino en la resultante de las voluntades que forman la textura social, precisando además, que dichas normas en su conjunto traduzcan una situación de normalidad, de habitualidad, son pues,

sin más, las normas jurídicas las que controlan a los órganos competenciales que hablan y actúan en su nombre.

Sociológicamente, el Estado implica una dualidad entre los que ejercen don de mando y quienes están obligados a cumplir sus determinaciones. Si el Derecho positivo vigente tiene esta distinción es invariablemente porque lo sustenta el poder estatal, a la par que el Estado se encuentra estructurado políticamente por el derecho, es decir, lo mismo el derecho confiere al poder estatal su título de legitimidad a la vez que determina su organización. Para que el estado tenga poder, es requisito indispensable el acatamiento de sus determinaciones por parte de sus súbditos, y esa obediencia se lleva a cabo de ser necesario por virtud de la coacción que detenta el derecho, porque el derecho es lo legítimo, es la forma de poder estatal, es su organización, su estabilidad, regularidad y permanencia, y sin éste, el poder estatal sería inconcebible, algo casual, fortuito. El poder de Estado, es precisamente poder de Estado, porque está organizado y respaldado por la Ley, es decir, es la máxima expresión del derecho.

En el desarrollo del punto tercero, señalaremos que es necesario para la sociedad, que el poder político esté normado, es decir, que cumpla con los requisitos que establecen las normas legales, las normas del Derecho, pues el da vigencia y legitimidad al poder político en tanto que lo organiza según criterios de justicia y demás valores superiores, como la dignidad, libertad, autonomía, etc., lo que hace de él un orden jurídico. Así los principios de legitimación del poder surgen y actúan al mismo tiempo, como principios de justicia y este a su vez, como principios inmediatos de la organización del Derecho.

Cuarto Punto. La organización del poder por virtud del Derecho, conlleva en sí mismo una limitación que evita que se convierta en algo desmesurado. La organización jurídica del poder proporciona a este un más amplio equilibrio y una mayor regularidad, delimitando a su vez el alcance de ese poder, porque tal alcance esta definido, determinado por el Derecho, y por lo

mismo no puede rebasar los causes, las directrices marcadas por el mismo en tanto que quiera permanecer como poder jurídico autentico, legal, legitimo y no pretenda ser anárquico o arbitrario, pues de ser así, de desligarse del Derecho o de otras limitaciones establecidas por factores de poder social, provocaría a corto o largo plazo, reacciones que contrapesarían o atacarían aquella extralimitación.

La delimitación del poder público es una necesidad imprescindible que el Derecho satisface y que constituye a la vez, el reconocimiento y la protección de la libertad tanto de los individuos como de la colectividad.

Donde quiera que el poder del Estado este organizado y avalado jurídicamente, existe ya implícitamente ya explícitamente, un ámbito de libertad de respeto y protección.

Ahora bien, desde el punto de vista sociológico, el control social, es como ya lo hemos visto en la primera parte de este capítulo, una de las necesidades que el Derecho precisamente satisface, las normas jurídicas son el medio más formal, aunque no necesariamente el más eficaz, de control social.

Sin embargo no basta para satisfacer un adecuado ejercicio del control social las normas jurídicas, a este respecto, en las sociedades más evolucionadas, heterogéneas, complejas y dinámicas, es decir, en esas estructuras sociales cuyo ejemplo más representativo son las grandes sociedades modernas, también son necesarias las costumbres, que una vez adoptadas por el poder político como obligatorias, adquieren rango de ley y se transforman en expectativas de comportamiento (normas) cuyo contenido se expresa públicamente por los órganos sociales especialmente establecidos para ello (poder legislativo) y que consecuentemente son sancionados de ser preciso, con el auxilio de la fuerza pública por órganos sociales también especialmente establecidos para ello (órganos judiciales).

A mayor abundamiento acerca de la costumbre, señalaremos que las leyes pueden ser de dos tipos; las consuetudinarias (basadas en la costumbre) o las promulgadas (consignadas por escrito en códigos sistemáticos, por lo que también se les llama leyes codificadas o leyes escritas.

En el caso de las primeras, la autoridad constituida se limita a declarar validez jurídica al contenido de las costumbres, cuya vigencia se admite como presupuesta y las robustece mediante la sanción coactiva.

En el caso de las segundas, la autoridad constituida formula por sí misma las normas (aun cuando muchas de ellas coincidan fundamentalmente con las costumbres) y fortalece su vigencia con la amenaza de la coacción física para los casos de violación.

La diferencia, pues, estiba en que, tratándose de leyes consuetudinarias, la autoridad reconoce la existencia y validez de ciertos modos de comportamiento (las costumbres), mientras que, tratándose de leyes promulgadas, la autoridad crea normas, inspirándose de gran manera, en las costumbres para determinar el contenido de muchas de ellas.

“Todo sistema jurídico promulgado o escrito, si aspira a ser eficaz, es decir, a ser obedecido de hecho, no debe entrar en contradicción con las costumbres imperantes en la sociedad. Sin embargo, la ley promulgada debe y puede actuar al margen de las mismas cuando tiene que regular situaciones o interacciones sociales que las anteriores no regulan. Estas lagunas o falta de regulación por las costumbres, se dan sobre todo cuando se verifican cambios sociales demasiado rápidos que no permiten un lapso de tiempo suficiente para la formación de costumbres en determinados campos de la interacción matizados de implicaciones morales, o cuando surgen nuevas formas de interacción derivadas de las innovaciones tecnológicas, que no

tienen implicaciones morales profundas y que comprenden detalles tan minuciosos que escapan a la posibilidad de regulación por parte de las costumbres".⁶²

Las leyes consuetudinarias son poco flexibles, debido a la dependencia de las costumbres que son esencialmente conservadoras. Es por ello que las leyes promulgadas o escritas son más idóneas para una sociedad democrática y cambiante (paradójicamente, Estados Unidos, una de las sociedades más democráticas y cambiantes del mundo entero, tiene un sistema jurídico predominantemente consuetudinario). Las leyes promulgadas progresistas, en vez de atarse o someterse a las costumbres, hacen que estas cambien rápidamente, en lo que tienen de mutable, y se adapten a las nuevas necesidades de la sociedad dinámica.

Contra la creencia vulgar, el individuo disfruta de mayor libertad en la sociedad civilizada y compleja que en la primitiva, pues en esta todas sus acciones, casi sin excepción, están controladas por las costumbres populares, desde el nacimiento hasta la muerte, mientras que en la primera, el individuo goza de un amplio campo de actividades normativamente intrascendentes en el que puede hacer lo que le plazca, ya que no son reguladas ni por las costumbres populares ni por las leyes.

La sanción jurídica de la que ya hemos hablado líneas arriba, es eminentemente coactiva, lo cual significa que los órganos de autoridad, en caso necesario, pueden hacer uso de la fuerza pública para lograr el cumplimiento forzoso de las leyes, para reprimir o castigar su violación y para lograr el resarcimiento de los daños causados por su violación. Además de estas funciones, que pueden denominarse represivas, la sanción jurídica tiene una importante función preventiva, en efecto, la amenaza del uso de la coacción y de la imposición de penas pecuniaras o corporales, produce en la mayoría de los miembros de la sociedad, un efecto psicológico de intimidación que desalienta la comisión de actos antisociales violatorios de las normas jurídicas.

⁶² SEPULVEDA, Cesar. Curso de Derecho Internacional Público. 3ra. edición. Editorial Porrúa. México 1964. p. 318.

3.5. La vigencia del sistema jurídico.

Llamamos sistema jurídico vigente al conjunto de normas imperativas atributivas que en una cierta época y un lugar determinado, la autoridad política declara obligatoria, la vigencia es atributo puramente formal, es el sello que la autoridad estatal impone a las reglas jurídico consuetudinarias, jurisprudencias o legislativas sancionadas por el Derecho, es el poder políticamente reconocido, es decir, el que el Estado crea o aplica por medio de sus órganos, por otro lado los defensores del positivismo jurídico, afirman que sólo existe el Derecho que efectivamente se cumple en una determinada sociedad en cierta época, así, la positividad, es un hecho que estiba en la observancia de cualquier precepto vigente o no vigente.

3.6. Normas obsoletas. la necesidad de su renovación.

Los cambios que sufre una sociedad, influyen en todos los aspectos culturales en cuya situación, naturalmente, esta el Derecho, que siendo una ciencia de carácter social que se da en un conglomerado humano, queda sujeto y sufre transformaciones a medida que se suscitan dichos cambios en la sociedad.

El cambio social se produce como efecto ineludible del modo de ser del hombre. El cambio cultural, consecuencia del cambio social, origina también un cambio en el orden jurídico vigente, estos, están unos y otros conectados de manera recíproca, es decir, un cambio social implica siempre un cambio cultural y ambos a la vez implican un cambio en el orden jurídico correspondiente.

En efecto, el Derecho a la vez que sirve a las necesidades del cambio social, también a su vez debe esta ir cambiando al compás de esos cambios sociales. Así pues, el Derecho por una

parte pretende ser estable, más por otra no puede permanecer estático, porque no debe sustraerse a las necesidades de cambio suscitadas por el avance social, por el nacimiento de nuevas necesidades, por la modificación de antiguos menesteres, por la aparición de nuevas circunstancias.⁶³

Entre los diferentes cambios efectuados en la historia de la humanidad, la mayoría de estos han tenido lugar en la época contemporánea, han influido un sinnúmero de causas, podemos mencionar por ser más importantes, los avances tecnológicos y la facilidad de las comunicaciones entre las distintas civilizaciones, que han aprovechado los resultados obtenidos en diferentes lugares para ampliar sus propias experiencias.

Así como la cultura se transforma como consecuencia de los cambios sociales, también del Derecho como parte de esa cultura, sufre asimismo las consecuencias de esas modificaciones.

En esta época de grandes cambios y conmociones sociales, presenciamos una transformación radical de las instituciones jurídicas, que se inició desde la primera guerra mundial en 1918. Desde entonces han aparecido nuevas disciplinas jurídicas y se han modificado las ya existentes. Las dos grandes guerras mundiales de este siglo han cambiado substancialmente la configuración del Derecho.⁶⁴

Uno de los factores que han impulsado las reformas del orden jurídico, es la enorme influencia ideológica. Las tendencias dominantes en esta transformación, se refieren a los conceptos de socialización del Derecho y al Derecho Social.

⁶³ RECASENS SICHES, Luis. Opus. Cit.

⁶⁴ DUGUIT, León. Las Transformaciones del Derecho. 1ra. edición. Editorial Heliasta, S.R.L. Buenos Aires, Argentina 1975. p. 173.

La socialización del Derecho consiste en una renovación de las ramas del Derecho, debido a la presión de los grupos sociales que intervienen cada vez con mayor fuerza en la vida social y política de nuestra época.

El Derecho Social se integra por un conjunto de normas jurídicas nacidas para proteger y organizar a los grupos más débiles de la sociedad. Este Derecho surgió como consecuencia de las desigualdades humanas, de la conceptualización del hombre como ser social en tanto es miembro de una colectividad, es un Derecho igualador y nivelador de desigualdades y desproporciones.

Debemos concluir, que los factores de cambio en el mundo del Derecho, son múltiples y complejos, que repercuten hondamente en la evolución de las instituciones jurídicas.

No es remoto que el Derecho sufra grandes transformaciones cuando se encuentre más vinculado al cambio que esta viviendo el mundo contemporáneo, por lo que respeta a los insospechados descubrimientos científicos. Y, aunque el avance de las ciencias sociales es lento, en ninguna forma habrá de desvincularse del cambio social que día a día apunta no obstante la enajenación creciente del hombre a vislumbrar un mundo más justo, en el que la distribución de la riqueza y de las oportunidades sea más efectiva y concreta. En esta delicada tarea, el jurista debe estar inmerso en el cambio cultural de los pueblos, porque de otra suerte las normas jurídicas podrían no estar ajustadas al avance apuntado.

3.7. Las fuerzas renovadoras del Derecho.

El Derecho aparece y se elabora por los hombres y para los hombres en virtud de una serie de circunstancias o necesidades que originan la creación del mismo, por ejemplo; justicia,

bienestar, orden social, el creciente comercio, progreso, entre otras causas. La satisfacción de estas necesidades, varía y se distingue de lugar en lugar y de tiempo en tiempo, en los procesos históricos, tecnológicos, científicos y sociales que sufre la humanidad.

Una vez ya hecho, ya establecido el Derecho en determinada sociedad, cual fuere su contenido, representa una función de orden, de certeza en las relaciones entre los miembros de esa colectividad, y de seguridad de que estará poderosamente garantizado el cumplimiento inexorable de lo establecido por el mismo en beneficio de la colectividad, imponiendo incluso el uso de la fuerza, de la coacción física en tanto conserve su obligatoriedad, este es el motivo que impulsa su creación, su perfeccionamiento y renovación, pues no hay norma jurídica cuyo orden no implique tal fin.

Pero suele suceder que al correr del tiempo, los avances del progreso, las condiciones, la mentalidad, los argumentos ideológicos y en general las circunstancias en la vida de los miembros de la sociedad, sufran paulatinamente procesos de reelaboración, procesos de cambio que conlleven al surgimiento de nuevos intereses, de nuevas demandas e ideas, las cuales inducen a la comunidad a tomar nuevas posturas y nuevas posiciones, que estimulan a realizar nuevos actos que a la postre originan o van cambiando o transformando las realidades sociales y que constituyen en conjunto, una serie de fuerzas sociales que presionan al legislador, al poder político y al gobierno a modificar continuamente las normas jurídicas, de modo que cumpla cada vez mejor las exigencias sociales y colme más satisfactoriamente las necesidades humanas.

En efecto, el Derecho por una parte, coadyuva para la satisfacción de las necesidades sociales y a estabilizar las relaciones entre los miembros de la sociedad, y por otra parte, no puede permanecer invariable, por el contrario, también a su vez debe este ir modificándose al compás de los cambios, de las nuevas circunstancias y necesidades que se van generando dentro del contexto social, pues la estabilidad jurídica inmutable, acarrearía la inamovilidad de la vida

social y como consecuencia de ello se coartarían los avances, el progreso y la prosperidad en todas las ramas de la vida social.⁶⁵

Dentro de la diversidad de circunstancias que originan los cambios o modificación de el ordenamiento jurídico en determinado tiempo y en determinado lugar y ante la imposibilidad de aludir a todas en su conjunto, ejemplificaremos sólo algunas de ellas.

En la actualidad, el hombre se encuentra en la posibilidad de modificar las condiciones de la naturaleza, los avances técnicos le ha permitido eludir su dependencia, sin embargo aun no ha podido controlar los efectos de ciertos fenómenos naturales tales como terremotos, erupciones volcánicas, inundaciones, etcétera, que han originado cambios si no visiblemente en su aspecto físico , si en lo que respeta al ámbito de las reglamentaciones jurídicas.

Como dato ilustrativo de ciertos hechos que han originado diversos cambios en cuanto a reglamentación jurídica se refiere, están las múltiples transformaciones sufridas por ejemplo en Guatemala a principios de este siglo, en virtud de los terremotos que casi sepultaron su capital, obligando a su reconstrucción en otro lugar,⁶⁶ la erupción volcánica que hizo surgir el volcán Parícutín, en el Estado de Michoacán, afectó a una comunidad entera, por lo que sus habitantes tuvieron que emigrar en busca de nuevos centros de trabajo.

Los trastornos que una sociedad sufre como consecuencia de algunos factores como los enunciados y otros, implica la adopción de las medidas legales adecuadas a la nueva situación, o a la solución jurídica de los problemas que a consecuencia de aquellos se hubieren suscitado.

En cuanto a factores sociales transformadores del Derecho, mencionaremos; el aumento o disminución de la población, las guerras y las conquistas, el nacimiento de nuevas corrientes

⁶⁵ Ibidem. p. 280.

⁶⁶ Ibidem. p. 179.

ideológicas, las cada vez más crecientes relaciones entre los pueblos y las diferentes culturas, los nuevos avances tecnológicos, etcétera.

Respecto a la disminución de la población, cuando su origen se debe a la falta de empleos, ocasiona el traslado, generalmente del campo o de otros estados de nuestro país, de un gran número de personas que han optado por radicarse en las grandes ciudades, especialmente en el Distrito Federal, en busca de nuevas y mejores fuentes de trabajo y el que, al aumentar considerablemente su población, causa continuos cambios económicos, de servicios públicos, de reglamentación jurídica entre otros, cambios estos que intentan adecuar las nuevas circunstancias de exceso de población, siendo necesario por ende, del trabajo legislativo correspondiente.

En cuanto a las guerras y conquistas, estas suscitan cambios tanto para los vencedores como para los vencidos, en muchas ocasiones para los vencidos, significa el definitivo rompimiento de su orden social, económico y jurídico, lo cuál significa el total sojuzgamiento de los vencidos y una situación de superioridad para los conquistadores.⁶⁷

Como ejemplo de las modificaciones sociales derivadas de las guerras, podemos citar la intervención de los Estados Unidos de Norteamérica en el territorio Japonés, como consecuencia de la segunda guerra mundial, lo que provocó un cambio radical en la manera de ser del pueblo japonés, cambio tal, que repercutió en el Derecho de este país, al contemplar instituciones jurídicas netamente americanas.

Respecto a las corrientes ideológicas, estas ocasionan nuevas perspectivas en las ciencias que se proyectan en los idearios sociales, políticos y jurídicos surgiendo una reciprocidad entre estas y los problemas existentes en la sociedad. Los Derechos sociales reconocidos en la

⁶⁷ TENA RAMÍREZ, Felipe. Leyes Fundamentales de México. 18 edición. Editorial Porrúa. México 1979. p. 163.

actualidad en la mayor parte de los sistemas jurídicos, tienen su origen en lo que respecta a la competencia en materia laboral, a los idearios expuestos por Radberthur, Lasalle, Marx, Engels.

En lo que se refiere a las culturas, hemos visto como estas son producto de todo lo que el hombre hace y como puede esta influir en la de otros pueblos. La mayor parte de la herencia de la América actual, proviene de España, Inglaterra, Francia y otras regiones europeas.

En materia jurídica, la influencia de una cultura sobre otra es decisiva. "En México tenemos instituciones como el Federalismo, adoptado por primera vez en la Constitución de 1824 y que según algunos autores se inspira en el sistema Norteamericano."⁶⁸

En seguida analizaremos sólo algunos de los factores económicos que han ocasionado diversas transformaciones en el ámbito jurídico mexicano, y en cuanto a estos, diversos aspectos tales como la agricultura, la industria petrolera, también en cuanto a las comunicaciones y transportes, etcétera, que influyen en los cambios sociales y por lo tanto, como ya lo señalamos, en las medidas jurídicas que al respecto determinan su mejor desarrollo.

En nuestro país es actividad primordial la agricultura, a la que se dedica la mayor parte de la población económicamente activa, a este renglón se ha dedicado cierta preferencia a raíz de la revolución de 1910, fundamentalmente para proteger el ejido y la pequeña propiedad, dictándose leyes y disposiciones para lograr en forma efectiva esa protección.

Siendo México uno de los países eminentemente agrícola, surge en él la necesidad de su industrialización; una de las más grandes aspiraciones de los mexicanos, es lograr la industrialización de sus recursos minerales, vegetales y minerales. México ha pensado en la industria como el medio de elevar el nivel e vida de la población, beneficiando a las grandes

⁶⁸ Ibidem. p. 164.

masas que conforman la gran mayoría de la población. Los países altamente industrializados registran una situación económica más favorable que aquellos que se dedican simplemente a la exportación de materias primas.

El Estado trata de establecer las bases del desarrollo industrial mediante diferentes disposiciones oficiales, que en su forma incipiente datan de los años de 1926 y 1939, casi todos ellos de tipo experimental.

En los años de 1941 y 1945 se expiden las leyes de "Industria de Transformación" y de "Fomento de Industrias de Transformación" respectivamente, las cuales trataban de guiar la actividad manufacturera y también eliminar defectos y subterfugios utilizados por algunas empresas que se acogían a disposiciones anteriores y que se traducían en fraudes al Fisco. Estas leyes trajeron como consecuencia una tendencia a dar más énfasis a la fabricación de bienes de capital más que a los de consumo.⁶⁹

El Decreto de Expropiación Petrolera dictado por el Presidente Lázaro Cárdenas el 18 de marzo de 1938 fue consecuencia de la situación económica negativa para el país y para los trabajadores de la industria petrolera, quienes de la inmensa riqueza que en petróleo se había extraído de los años de 1901 a 1938, no habían obtenido ningún beneficio, ya que las utilidades de las compañías eran enviadas a Holanda, Inglaterra y Estados Unidos de Norteamérica. Como consecuencia del mencionado decreto, la industria petrolera es controlada totalmente por el Estado, disfrutando sus trabajadores de salarios y prestaciones superiores a las de otras ramas de la industria.

Finalmente para concluir el inciso relacionado con las fuerzas renovadoras del Derecho, nos corresponde hablar de los avances tecnológicos, y al respecto consideramos que se llama

⁶⁹ SEPULVEDA, Cesar. Op. Cit. p. 216.

invento al nuevo elemento que se añade a la cultura cuando aparece por primera vez, este puede referirse a invenciones que influyen sobremedida en la vida social provocando cambios en diversos ámbitos, en lo que respecta al ámbito jurídico, puede originar por ejemplo, una nueva organización como el Consejo Tutelar de Menores, o una nueva forma de regular el comercio internacional como el Tratado de Libre Comercio, hay otras invenciones en la cultura material, tales como los nuevos elementos o sistemas de construcción que orillaron a la creación de nuevos reglamentos tendientes a evitar daños a grandes edificios en caso de sismos, etcétera.

Cuando se hace referencia a un invento mecánico, este se considera como invento técnico. Los inventos técnicos producen cambios sociales que transforman viejas costumbres e instituciones, cambiando regímenes políticos y antiguas creencias, como las que se suscitaron en Inglaterra a consecuencia de la llamada "Revolución Industrial" que trajo aparejada una radical transformación en las esferas sociales y consecuentemente en las instituciones jurídicas. Los cuatro inventos que mayor influencia produjeron en la edad media fueron: la pólvora, la brújula, la imprenta y el compás. Un invento técnico importante no se limita a un sólo efecto social, sino que afecta todos los ámbitos culturales del país. La aparición del automóvil ocasionó una serie de efectos sociales, tales como la creación de nuevas zonas suburbanas, el nacimiento de nuevas industrias, la aparición de reglamentos de tránsito, etcétera.

La regulación jurídica puede y debe ser adecuada a los nuevos aspectos sociales y a los problemas surgidos en la misma, por el uso de los inventos técnicos, naciendo nuevas disciplinas del Derecho o incluyéndose en las ya existentes.

Es indudable que al surgir un nuevo invento técnico, este produzca innovaciones en todos los aspectos culturales, ejemplo de esto sucedió en 1910 a raíz del invento del aeroplano por los hermanos Wright, que trajo consigo el nacimiento de una de las ramas del Derecho, el Derecho Aéreo; a nuevos hechos, nuevo Derecho.

3.8. La actitud del Derecho frente al cambio social

Hablar de las transformaciones del Derecho, significa entrar en el detalle de leyes positivas nuevas, desde la Declaración de los Derechos del Hombre y el Código de Napoleón, en los países cuya legislación positiva se compone todavía de textos que se inspiran en principios formulados en estos dos actos, y creemos poder decir que, a pesar de las diferencias de detalle y de las divergencias de redacción, todos los países americanos y europeos han llegado al mismo grado de civilización, y en todo caso, todos los países de origen latino.

Seguramente en la realidad de las cosas hay una transformación continua y perpetua de las ideas y de las instituciones. Pero es preciso, para facilitar la exposición, crear cuadros, distinguir periodos, distinción tal vez artificial, pero indispensable. Por otra parte, estimamos que hay realmente, en la evolución general de los pueblos, cierto periodo cuyo comienzo y fin, están señalados por grandes hechos, que no pueden ocultarse a la atención del observador, sería un grave error sociológico desconocerlo, y que es preciso, en fin, señalar esos diferentes periodos y determinar las grandes corrientes que se manifiestan en cada uno de ellos.

Ahora bien, parece imposible discutir que en las sociedades de cultura americano-europea, el Código de Napoleón y la declaración Francesa de los Derechos del Hombre de 1789, señalan el término de una larga evolución del orden jurídico, el coronamiento de una construcción jurídica, no desprovista por otra parte, de grandeza y de fuerza. "Los hombres de 1789 y los autores del Código de Napoleón, y también preciso es decirlo, la gran mayoría de los jurisconsultos franceses y extranjeros de la primera mitad del siglo XIX, salvo la escuela de Savigny, estimaban que había ahí un sistema de Derecho definitivo, que se imponía con el rigor y la evidencia de un sistema de geometría, y así como la geometría moderna descansa todavía

sobre los principios formulados por Euclides, del mismo modo en todos los tiempos, en todos los países, el Derecho de todos los pueblos civilizados no podrá ser más que el desenvolvimiento normal y racional de los principios inmortales y definitivos formulados en esos textos".⁷⁰

Pues bien, se ha encontrado que apenas la construcción ha sido terminada, las grietas han aparecido, la destrucción del sistema jurídico también se ha iniciado. El siglo XIX fue un periodo particularmente fecundo en todos los ordenes de la actividad humana. Un movimiento considerable se ha realizado en el dominio social. Pero este movimiento, en lugar de ser, como pensaban los hombres de la revolución francesa y la primera generación del siglo último, el desenvolvimiento normal de los principios formulados en 1789, ha sido una reacción formidable contra ellos.

Durante los cien últimos años a continuado la obra destructora, aun continúa todavía. Pero con el siglo XX aparecen con entera claridad los elementos de la construcción jurídica nueva, que por lo demás tampoco será definitiva. Nada hay definitivo en el mundo, todo pasa todo cambia, y el sistema jurídico, que continuamente esta en proceso de reelaboración, dejará un día a otro que los juristas sociólogos del porvenir habrán de determinar.

Ahora bien, al mismo tiempo que se elabora sobre otras bases un nuevo sistema jurídico en todas las sociedades, así también al mismo tiempo ya se va generando otro sistema cuya formación estará más adelantada a la anterior, y cuyo grado de avance será determinado según los países en que este se vaya generando, un sistema jurídico que lentamente, bajo la presión de los hechos, viene a reemplazar al antiguo sistema, y esto fuera de la intervención del legislador, a pesar de su silencio, y podría decirse, a pesar algunas veces de su intervención en sentido contrario.

⁷⁰ LAUTMAN, Rüdiger. Sociología y Jurisprudencia. 2da. Edición. Editorial Fontamara. México 1993. p. 71.

Esta idea descansa en una concepción exclusivamente realista y objetiva, totalmente ajena a la concepción metafísica del Derecho subjetivo, esta idea es la de la concepción de la función social que como tal, debe ir cambiando continuamente para mantenerse acorde y funcional a la realidad en que se vive.

Todo individuo tiene en la sociedad una cierta función que cumplir, una cierta tarea que ejecutar y su regulación, es precisamente la función de las normas de Derecho que se impone a todos por igual, grandes y pequeños, débiles y fuertes, gobernantes y gobernados.

Es esta también propiamente una concepción de orden realista y socialista, que transforma profundamente todas las concepciones jurídicas anteriores, esto es lo que nos proponemos demostrar en los siguientes renglones. Pero desde luego vamos a tomar dos ejemplos para señalar de una manera concreta, como la transformación se realiza y en que consiste. Son estos la libertad y la propiedad.

Hablemos primero de la libertad, se la define en el sistema individualista, como el derecho de hacer todo lo que no daña a otro, o más, se le entiende con la errónea idea de, el Derecho a no hacer nada. En la concepción moderna, la libertad no es eso. En esta, todo hombre tiene una función social que llenar, que cumplir y por consecuencia tiene el deber social de desempeñarla, tiene el deber de realizar tan completamente como le sea posible, su individualidad física, intelectual y moral para cumplir esa función de la mejor manera y nadie puede entorpecer ese libre desenvolvimiento. En esta concepción, el hombre no tiene el poder de permanecer inactivo, tampoco de entorpecer a si mismo ni de entorpecer a nadie, el libre desenvolvimiento de su individualidad, es decir, no tiene derecho a la inactividad, a la pereza a la apatía. Los gobernantes pueden intervenir para imponerle el trabajo, pueden incluso reglamentárselo, en este caso los gobernantes no hacen entonces más que imponerle la obligación de realizar la función social que le incumbe.

En cuanto a la propiedad, no es ya en el Derecho moderno, el Derecho intangible que el hombre que posee riquezas tiene sobre ella. Ahora, la riqueza es y ella debe ser, es la condición indispensable de la prosperidad y la grandeza de las sociedades y las doctrinas colectivistas, lo contrario sería una vuelta a la barbarie. Pero la propiedad no es un Derecho, es una función social. El propietario, es decir, el poseedor de una riqueza tiene, por el hecho de poseer esta riqueza, una función social que cumplir, mientras cumple esta misión, sus actos de propietario están protegidos. Si no la cumple o la cumple mal, si por ejemplo no cultiva la tierra o deja arruinarse su casa, la intervención de los gobernantes es legítima para obligarle a cumplir su función social de propietario, que consiste en asegurar el empleo de la riqueza que posee conforme a su destino.

CAPITULO IV

ASPECTO SOCIOLOGICO DEL ORDEN NORMATIVO

Para finalizar sobre el estudio de los diversos elementos que norman la conducta de los individuos del grupo social dentro del cual están inmersos tal y como corresponde al tema central de nuestro trabajo, hemos de hablar de algunos aspectos que coadyuvan e impulsan al orden tanto de los individuos en lo particular, como en lo relacionado al grupo en general, dentro de su ámbito meramente sociológico.

4.1. La Idea del Derecho Social.

La idea de la Seguridad Social, históricamente tuvo sus inicios en el siglo XIX en Alemania, sin embargo fue en el siglo XX que cobró fuerza y luchó arduamente por pasar de idea a realidad en beneficio de los hombres.

El paso decisivo para su perfeccionamiento se dio en la década de los cuarentas cuando Churchill y Roosevelt suscribieron la Carta del Atlántico, cuyos puntos cinco y seis, constituyen un magnífico programa de Seguridad Social, tendiente a garantizar que cada ser humano contara con los medios bastantes y suficientes para satisfacer sus necesidades en un nivel adecuado a su dignidad. En este contexto, Seguridad y Derecho o Derecho y Seguridad igual que sea su orden, se conjugan y entienden como uno sólo, como una unidad.

Desde esta perspectiva, existe una teoría minuciosamente detallada sobre la fuerte relación existente entre sociedad y Derecho y que coincide en muchos aspectos con la concepción

institucional, es la del Derecho Social sustentada por Gurvitch, antiguo profesor de la Universidad Rusa de Praga.

Según Gurvitch:⁷¹ El Derecho Social es un Derecho de integración, de comunión entre los miembros que constituyen una colectividad o grupo humano, una "Totalidad" o asociación de colaboración. La unidad que encarna todo grupo o asociación encausando y equilibrando múltiples intereses, postula la existencia de ese Derecho de integración, sin el cual no podría existir la unidad, es este proceso de integración de la unidad lo que constituye propiamente el Derecho Social, el cual se impone mediante una coacción condicional, ya que le basta a cualquier miembro del grupo separarse para eludir sus acuerdos y sanciones.

Para Gurvitch, el Derecho Social se define como "El Derecho autónomo de comunión, por el cual se integra de una manera objetiva cada totalidad activa, concreta y real y que encarna un valor positivo".

Debemos hacer incapié en que de la totalidad de que habla esta definición que establece Gurvitch, no coincide con la concepción genérica de persona moral o colectiva, pues la idea del Derecho Social establece una asociación de colaboración, una relación de persona colectiva, compleja con multiplicidad de intereses entre los miembros que integran dicha relación tendiente a lograr su unificación, es este proceso de unión o mejor de integración de la totalidad, lo que materializa o constituye el Derecho Social.

Así, el Derecho Social exige un avance a la par en sus transformaciones producto de las exigencias de seguridad con la totalidad que el integra, exige también que evolucione que se elabore constantemente como la comunidad de que emana, condensándolo en un cuadro racional que a la vez se continúa reelaborando en la medida que continúa integrándose el Derecho Social.

⁷¹ PRECIADO HERNANDEZ, Rafael, Lecciones de Filosofía del Derecho. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 1986 p. 143

El Derecho Social, como todas las ramas del Derecho, suele relacionarse con la idea de subordinación, con la idea de poder de Estado, pero no desde el punto de vista de idea de poder de dominación, sino como una idea de integración de la comunidad política subyacente.

Desde este punto de vista, el hecho de que el Derecho Social tenga en principio una idea de coacción, no lo transforma en un Derecho de subordinación, sino que solamente constituye una justificación de que el Derecho Social tiene lugar de una manera directa por la misma totalidad que él integra para reglamentar la vida interior de esa totalidad, es decir, la relación jurídica que establece, se manifiesta exteriormente por un poder social que regularmente se ejerce por la coacción condicional obligando precisamente a la persona colectiva compleja a la que va dirigido.

4.2. Teoría del Hecho Social.

Existen en toda sociedad una serie de objetos o hechos creados por el hombre, cuyo ser especial se justifica en la medida en que poseen un sentido, una significación, una intencionalidad o un propósito, ejemplo de esto lo tenemos en los libros, máquinas, leyendas, reglas de conducta o modos consuetudinarios de comportamiento como los morales, sociales, religiosos, jurídicos, etcétera.

Tales circunstancias constituyen rastros, señales, resultados o productos del obrar humano en general, que ya hechos, ya realizados y pasados por el proceso subjetivo creador, aparecen ahora como vida humana objetivada, como pensamientos convertidos en obras tangibles, a la disposición de todos para aprovecharlos como bienes de uso comunal. Así resulta que los haceres humanos, una vez ya realizados, perduran como formas de vida, que dejan

profundas y enormes huellas en esa gran realidad, que cristaliza la conciencia histórica del hombre.⁷²

Es precisamente en este ámbito de la vida humana donde aparece el Derecho como un conjunto de significaciones normativas, que se considera desde el punto de vista sociológico como un hecho social que es efecto de otros hechos sociales, que se halla en interacción con otras formas colectivas y, además una vez ya constituido, aparece como una fuerza social que produce efectos sobre otras manifestaciones de la existencia humana.

El Derecho en su producción, en su desenvolvimiento, en su cumplimiento e incumplimiento, en su aplicación forzada, se muestra como un conjunto de fenómenos que se dan en la realidad, y en tanto que producto humano, esta lleno de sentido, de trascendencia, es algo significativo que los hombres hacen en su vida social, es pues algo que configura su conducta, es decir, es un conjunto de hechos sociales cuya motivación es la satisfacción de determinadas necesidades y que se manifiesta a través de actos que reglamentan, norman, etcétera, la actividad del hombre y que constituyen la reacción frente al obrar de otras personas con quienes se entra en trato.⁷³

Toda vez que la sociedad no tiene una realidad ya hecha, el hombre debe buscar la realización de la misma y en relación a su aspecto jurídico debe tomarlo como una tarea para la cual será necesario que se configure un cuadro estatal encargado de dictar leyes, reglamentos, normas, sentencias, etcétera, que influyan y trasciendan la esfera de la vida individual y de grupo, y penetren de lleno al plano de lo social, todo esto, en concreto, son hechos sociales.

⁷² RECASENS SICHES, Luis. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa, 6ta. Edición, México 1981, p. 25.

⁷³ Ibidem. p. 136.

Gracias al Derecho, aun con toda su compleja estructura, con todo cuanto en él se encierra, con todo su sentido, posiciones ideológicas, matices o circunstancias que lo condicionan, es imprescindible en la vida en sociedad, pues gracias al él, todas las personas pueden realizar actos que serían incapaces de cumplir satisfactoriamente sin los lineamientos y directrices que las reglas jurídicas establecen .

Esos innumerables actos o hechos humanos, producen a su vez determinados efectos, no por si mismos sino en virtud de una organización jurídica.

Encontramos también el hecho social, en la aplicación efectiva del Derecho en contra de aquellas conductas ilegales, cuyos autores son castigados con las penas que para tal transgresión establece la ley ya sean estas del ámbito civil, penal, administrativo, etcétera.

Por virtud de las consideraciones anteriores, quedan claras dos cosas. La primera, que el Derecho constituye el resultado de un complejo de factores sociales y, segundo, que el Derecho desde un punto de vista sociológico, es un tipo de hecho social que actúa como una fuerza configurante de las conductas, bien moldeándolas o bien interviniendo en ellas como auxiliar.

4.3 El Bien Común y la Justicia Social.

La justicia como término, es bastante disímulo, su concepto depende del sujeto que la juzgue y es válida sólo para él, viene determinada por sus propios factores emocionales, es decir, tiene un gran carácter subjetivo y relativo, pues va de idea en idea y de persona en persona, para cada una de ellas posee un significado, un sentimiento muy diferente de lo que es justo o injusto.

La idea de justicia como una pauta o medio armónico de cambio y distribución en las relaciones interhumanas, se expresa también como una dar o atribuir a cada uno lo suyo o lo que se le debe o corresponde, entraña también la idea de que debe existir la igualdad entre los hombres.

La justicia en la esfera del Derecho tiene un sentido de totalidad que le lleva a ser no sólo valor en sí mismo, sino también medida de los demás valores sociales, también en ella encuentra lo jurídico su ser específico a la vez que su propia justificación.

A este respecto y en opinión de Niccolò Abbagnano hemos de considerar a la justicia desde el punto de vista de dos acepciones o tendencias:

1). Se considera a la justicia como la conformidad de determinado comportamiento a una determinada norma. Aquí el problema consiste en determinar la naturaleza de la norma en cuestión, esta puede ser natural, divina o humana y;

2). Como la capacidad de una norma para hacer posibles las relaciones humanas. Platón consideró a la justicia como instrumento en su forma más sencilla, o sea como creadora de condiciones de vida y del interactuar del hombre en la sociedad.⁷⁴

En España Luis Lagaz Lacambra hace una brillante deducción de la justicia partiendo del concepto del Derecho resaltando ante todo su dimensión ontológica y escribió; el Derecho es siempre alteridad y es siempre una cierta proporcionalidad y una cierta igualdad, por eso es ontológicamente una cierta justicia, está a la par de esta faceta ontológica, la faceta lógica que denota que "La justicia es lógica en el Derecho y, como esquema lógico, forma una misma cosa con este".

⁷⁴ HERNANDEZ GIL, Antonio. Conceptos Jurídicos Fundamentales. Tomo I. Editorial Espasa Calpe. Madrid 1987. p. 793.

Hobbes, uno de los teóricos más prominentes, sostuvo que "La justicia Social consiste simplemente en el mantenimiento de los pactos y, que por lo tanto, donde no hay un Estado o sea un poder coercitivo que asegure la observancia de pactos válidos, no hay justicia ni injusticia". Así también sostuvo este autor, que la utilidad y el fin de la justicia es procurar la felicidad y la seguridad social conservando el orden en la comunidad.

Para Kelsen, la justicia implica una conducta conforme a la norma; estima que la proposición que enuncia el comportamiento del hombre es justo o injusto en el sentido de ser jurídico o antijurídico, significa que su comportamiento corresponde a la norma jurídica que el sujeto juzgador presupone válida porque tal norma pertenece a un orden jurídico positivo. La justicia queda por tanto, relativizada y subordinada a lo que el reglamento establezca, así, la justicia no radica tanto en el contenido de las normas como en el cumplimiento de las mismas, es decir, son justos el comportamiento, la conducta o la acción cuando se atienen al modelo legalmente establecido.⁷⁵

La justicia es un anhelo de felicidad social que implica la idea de libertad y sobre todo de igualdad, que está inmerso o forma parte del contenido de los Derechos individuales inherentes al hombre, que deben encontrar realización en las diferentes relaciones sociales que el individuo entabla, (tratar a hombres iguales, en circunstancias iguales, de modo igual), constituye el primero y más importante principio de la justicia, pues sería no justo que se discrimine entre casos iguales; esta exigencia de que hombres iguales, grupos iguales y situaciones iguales deben ser tratados de modo igual, implica además la importantísima prohibición de la arbitrariedad.

Cual fuere la norma que la conducta siga, en el fondo, la causa primera debe ser la igualdad, la que justifica su razón de ser y de existir.⁷⁶

⁷⁵ ABBGANANO NICCOLA, Diccionario de Filosofía. Traducido por Alfredo N. Galletti. F.C.E. México 1989, p. 713.

⁷⁶ BODENHEIMER, Edgar. Teoría del Derecho. Traducido por F.C.E. México 1988, p.54.

El bien común, por su parte, a diferencia de la justicia social, creación subjetiva del hombre, constituye una obra o creación humana, es decir, una creación objetiva, que se refiere a la realización del bienestar del individuo, a su seguridad, felicidad y realización personal en general, este está constituido por conocimientos científicos, técnicos, hábitos de vida, medios de transporte, etcétera. Para disponer en nuestro beneficio de esos elementos que integran el bien común, debemos realizar un esfuerzo constante, permanente, o como ya señalamos, una actividad objetiva encaminada al logro, al cumplimiento de los fines que buscamos; en ocasiones un individuo debe realizar un fin específico que se encuentra previo a su existencia, en ese caso se ha entendido que el bien común constituye un conjunto de condiciones sociales que permiten que él mismo desarrolle las capacidades necesarias para alcanzar ese fin que le es propio.

El bien común implica por una parte, la aportación que realizan los individuos al patrimonio social heredado por la civilización, y por otra, la retribución que obtienen los mismos para su beneficio personal, la cual debe ser equivalente a la aportación que efectúa para que se le considere como bien común.⁷⁷

Precisamente la organización de esas relaciones interdependientes que lleva implícito el bien común, y el logro de los ideales a que da lugar el mismo, se aseguran y con esto se contribuye a crear las condiciones necesarias para su materialización, mediante el Derecho. De esta forma, cuando se afirma que el fin del Derecho lo constituye el bien común, se quiere decir con ello que su objetivo consiste en organizar la interrelación social, no de cualquier manera sino de acuerdo con las relaciones que le son propias a la estructura del bien común de la época y del lugar de que se trate y de crear las condiciones necesarias a efecto de que los ideales a que da lugar el bien común, irrealizables por el momento, sean posibles y reales en el futuro, creando un

⁷⁷ PRECIADO HERNANDEZ, Rafael. Lecciones de Filosofía del Derecho. Editorial UNAM. México 1986. p. 199.

ámbito de equidad y de justicia entre todos los hombres que luchan por el cumplimiento de esos ideales dentro de su propio lugar y dentro de su propio tiempo en que están integrados.

El bien común y la justicia social o la justicia social y el bien común, no importa ni orden ni prioridad, pues ambos se coadyuvan para cumplir los fines últimos de las relaciones intersociales o relaciones de grupo que procuran un criterio que permite distribuir equitativa y racionalmente las cargas y beneficios producto del esfuerzo del grupo, pues por una parte el bien común postula la justicia y gracias a esta se asigna a cada hombre de acuerdo al resultado y según la participación y el esfuerzo de cada quién. Es en este sentido que se considera a la justicia como un principio formal y rector en relación con el bien común.

Ambos conceptos se conjugan y se aprovechan a todos por igual, de ahí surge lo justo que a la vez, esta es extensiva del bien común.

4.4. El Deseo Social de Seguridad.

El hombre habido de seguridad, siente la urgencia de saber a que atenerse en relación con sus prójimos, de saber como se comportan ellos respecto de él, y de saber que es lo que él debe y puede hacer frente a ellos, es decir, necesita la seguridad de que el orden que debe imperar en toda comunidad, en toda sociedad se cumplirá a todo trance, de saber que de ser necesario, se aplicará la fuerza inexorablemente por algún mecanismo dotado de fuerza, de poder y competencia creado por la misma sociedad.

Es por eso que la búsqueda de seguridad social, sólo se ha podido concebir hasta en tanto la organización de las comunidades pudo alcanzar la forma de Estado conforme a Derecho. Y es en estas condiciones, que por causa y efecto del Derecho que en la sociedad se asegura el

cumplimiento, la realización de ese orden, de esos valores establecidos que se consideran indispensables en la vida social.⁷⁸

La seguridad entraña un conocimiento certero y claro de que los sujetos en el ámbito social, se encuentran bajo el imperio del Derecho.

Por esa protección que el Derecho da a los valores (justicia, bien común, orden, entre otros), se concreta el deseo social de seguridad a que tanto aspira toda sociedad bien organizada, para lograr esto, se requiere con el Derecho como presupuesto y respaldado y organizado por él, la existencia de un poder político institucionalizado en forma de órgano estatal, en donde el Derecho represente la única manera posible de manifestación de poder.

Formalmente, el Derecho es un medio del que se sirven los hombres para asegurar la realización de ciertos fines, unos de urgente e indispensable cumplimiento, otros aunque sean considerados como importantes, son dejados al libre albedrío ya en lo individual, ya en lo colectivo. Los primeros, los valores indispensables, se aseguran mediante el Derecho, mediante la norma coercitiva para asegurar efectivamente su cumplimiento.

La regulación jurídica es el medio especial con el cual se pretende dar cumplimiento, certeza y seguridad a la realización de unos determinados fines, su nota de impositividad inexorable es lo que tiene de orden seguro, esto es, de cumplimiento garantizado.

Debe expresarse que la seguridad no debe entenderse en términos absolutos, sino de una manera limitada, es decir, sólo la seguridad en lo que se entiende como pauta de justicia.

⁷⁸ Ibidem. p. 340.

Siendo que el Derecho intenta crear un orden seguro, hay un cierto margen de inseguridad, para que pueda irse adaptando a los cambios sociales, a los cambios del progreso. Así pues, el Derecho que por una parte pretende ser estable, por otra parte no puede permanecer estático, invariable, sino que debe ir cambiando a la par de las nuevas circunstancias, a las nuevas necesidades sociales. En este orden de ideas, la seguridad perfecta equivaldría a la absoluta inamovilidad de la sociedad, así como el cambio constante sin ningún elemento ni formas razonables, haría imposible la vida social.

Las normas jurídicas como presupuesto indispensable para la seguridad social, al decir de Theodor Geiger, se manifiesta en dos dimensiones:

- 1).- Seguridad o certeza del ordenamiento y;
- 2).- Seguridad de realización o confianza en el ordenamiento.

De la primera de estas, se puede decir que existe cuando se conoce el significado y sentido de lo que establece la proposición normativa y cuales son las consecuencias que la materialización de la hipótesis prevista traerá como consecuencia; esto halla su fundamento en que el sistema jurídico, como sistema normativo, se integra por un conjunto de modelos de conducta a seguir según ciertas situaciones o circunstancias, por lo que los sujetos obligados por la norma, previamente deben conocerla y conocer asimismo sus consecuencias para que sepan a que atenerse, entonces la seguridad o certeza del ordenamiento jurídico es " la circunstancia de que se conozca lo que está en el ordenamiento, es decir, el saber acerca del contenido de las normas ".

Por lo que respecta a la segunda dimensión, hace referencia a la certidumbre de que lo dispuesto en la proposición normativa se habrá de cumplir aun en contra de la voluntad del o de los sujetos obligados. Estar seguro en este sentido significa que es real y sería la probabilidad de

que en cuanto el obligado por la norma no se comporte conforme a la misma, la autoridad le aplicará la sanción correspondiente.⁷⁹

En contraposición a este deseo de la sociedad, de encontrar la seguridad en su actuar dentro de determinada comunidad, existe siempre un margen de inseguridad, la cual puede surgir por varias causas, a saber: cuando por cualquier circunstancia no es posible conocer lo que se puede o debe realizar conforme a Derecho, o bien, no exista certeza de que en caso de incumplimiento de lo prescrito por la ley, la autoridad aplicará la sanción que establece para ese caso concreto y determinado, o cuando las facultades de la autoridad no son suficientemente precisas, o son demasiado amplias para resolver el caso en cuestión, de tal modo que no es posible prever la decisión que se tomará. También dicha inseguridad surge si se acumulan demasiadas y complicadas disposiciones legales respecto de un sólo hecho, de tal manera que nadie las conozca a fondo, o si tales disposiciones son modificadas rápidamente varias veces, de modo que los ciudadanos no tienen tiempo de acostumbrarse a una situación jurídica y de ser versados en ella.⁸⁰

4.5. Convencionalismos Sociales.

Estos, indudablemente se encuadran dentro de los comportamientos que no se sujetan a las sanciones establecidas por el aparato coercitivo impuesto por el Estado o con disposiciones que fueren inexorablemente a su cumplimiento, pues siendo estas relaciones sociales no son necesariamente relaciones jurídicas, al efecto, hemos de señalar que todas las relaciones jurídicas si son relaciones sociales, aunque las relaciones jurídicas⁸¹ poseen la amenaza de una especie de

⁷⁹ GEIGER Theodor. Estudios de Sociología del Derecho. Traducción Arturo Camacho, Hirata Guillermo y Orozco Ricardo. F.C.E. México 1983. p. 92.

⁸⁰ Op. cit. p. 132.

⁸¹ Op. cit. p. 163

sanción encaminada a opinar censura o repudio por parte del círculo social en que los sujetos que infringen están inmersos, toda vez que constituyen reglas que afectan o influyen a toda persona que viven en dicho círculo social en un tiempo y un lugar determinado y que de ellos se exige determinada conducta. Ese tenue carácter coactivo es capaz de constreñir a su obediencia, a comportarse de la forma prevista por el grupo, a realizar ciertas prácticas de orden superior.

Siendo estas, formas habituales de comportamiento y por realizarse dentro del grupo social, son consideradas como necesarias y convenientes para la armónica convivencia del referido círculo social; estas se refieren de manera sólo enunciativa más no limitativa a: la decencia, al decoro, a las reglas de urbanidad, a la cortesía, al buen trato recíproco, las exigencias de la etiqueta y la moda y, en general todas las normas de origen consuetudinario y estructura unilateral, estos preceptos suelen confundirse con los del Derecho, porque rigen la conducta objetiva del hombre en su aspecto exterior, de ahí que los convencionalismos sociales pueden ser encuadrados a la luz de la moral, toda vez que prescriben conductas que son determinadas como debidas para los miembros de la comunidad, conductas que cuando alcanzan cierto grado de necesidad moral, rebasan el contenido de los convencionalismos sociales y se encuadran por lo mismo, dentro de los aspectos normativos jurídicos, morales o religiosos por imperar o prohibir la conducta a fines o criterios fundamentales que rigen el obrar humano, formando prescripciones de fundamento necesario, y por lo mismo previstas de obligatoriedad.

Los convencionalismos sociales, reglas de comportamiento de grupo, suelen considerarse como "Normas emanadas de mandatos colectivos anónimos".⁸²

En este sentido, se entienden como convencionalismos sociales "Aquellas normas o reglas de comportamiento que determinan al hombre a ajustarse en su obrar a aquel conjunto de prácticas generalmente admitidas dentro de una sociedad".

⁸² GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Editorial Porrúa. México 1985. p. 18

Los convencionalismos sociales a través de su reconocimiento colectivo han sido llamadas de diversas maneras tales como: Usos sociales, Normas Convencionales, Reglas de Trato Social y de algunas otras maneras.

Son indubitablemente creados por la sociedad y exigidos por esta de una manera más o menos directa o rigurosa y esta, a su vez, exige su aceptación como necesaria para el desarrollo de las relaciones entre los hombres que la integran.

El aparato estatal no la niega ni la afirma en tanto no afecten en esencia el Derecho, la moral ni las buenas costumbres.⁸³

Al tenor de esta idea, el ilustre Luis Recasens Siches los semeja al Derecho en tanto carácter social por su exterioridad y heteronomía, pues la sanción por la contravención de los convencionalismos sociales, se dirige al castigo moral en perjuicio del infractor no al cumplimiento forzoso de los mismos, mientras que la sanción del Derecho, tiene como finalidad el logro de la observancia efectiva del precepto infringido, es decir, la "forma del imperio entre unas y otras".

Dice a este respecto Recasens Siches "la sanción por el incumplimiento de los convencionalismos sociales sólo expresa una censura que puede hasta llegar a excluir del grupo social al transgresor, más nunca fuerza imposición para el cumplimiento de la norma". Por el contrario, el Derecho impone, fuerza inexorable e irresistiblemente la ejecución de la conducta previamente establecida por la norma, o de evitar el comportamiento prohibido.

⁸³ DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa. México 1993. p. 490.

La sanción jurídica, como ejecución forzada de la conducta, exigida, prescrita u obligada, es la nota esencial de lo jurídico, en contraposición, la ausencia de esta forma de sanción forzada al cumplimiento, es lo característico de los convencionalismos sociales.

En la praxis, los fines de estos están subordinados a las normas del Derecho, pues las primeras son de naturaleza secundaria, sólo transitoria, así en tanto, los fines del Derecho son necesarios, primarios y permanentes.

Resumiendo estas ideas, los convencionalismos sociales, son maneras de conducirse que no tienen como finalidad el cumplimiento de una obligación jurídica, ni de satisfacer siquiera un deber moral, sino simplemente la de ajustarse a una conducta de la colectividad en que se vive, la de acatar sus directrices para ponerse a cubierto de las sanciones, molestias y perjuicios que el contrariarla ocasionaría al infractor.

CONCLUSIONES.

PRIMERA. El Derecho, como forma de Control Social, significa, pues, un conjunto de acciones impuestas por el Estado, a través de diferentes medios que repercuten en los aspectos de la conducta humana externa, cuya finalidad principal, consiste básicamente en preservar el orden dentro del seno social al cual va dirigido.

SEGUNDA. Este conjunto normativo de la conducta humana, es producido de diferentes maneras, a saber:

a) Por el Poder Legislativo a través del Congreso de la Unión, representado éste, por las Cámaras de Diputados y Senadores, en la elaboración de leyes.

b) Por la costumbre, reconocimiento formal que el Estado confiere a determinados comportamientos sociales y que a través del paso del tiempo, se consideran como jurídicamente obligatorios.

c) Por la jurisprudencia, resultado esta, de cinco ejecutorias en el mismo sentido y sin ninguna en contrario.

d) Por los convencionalismos sociales, los usos, etcétera.

En tanto producto humano, este se debe entender como un medio y no como un fin a través del cual se ha de llegar a un equitativo acuerdo tanto de los intereses entre las partes, como entre estas y el Estado.

TERCERA. En el Derecho, siempre existe uno o algunos sujetos pasivos obligados, que siempre son los que obedecen, frente a otro u otros que dirigen y mandan, presionan y estimulan y, cuyo fin, es regular la personalidad y la conducta del sujeto.

Cuando dicha conducta atenta contra las normas jurídicas, el resultado puede ser en su caso, ciertos perjuicios lesivos tanto a los particulares como al Estado y que pueden consistir en la

afección de intereses jurídicos tutelados como la seguridad física y moral de la persona, su patrimonio, su vida, su salud, etcétera, es cuando surge la potestad del Estado para imponer las sanciones que corresponden según el acto lesivo de que se trate.

CUARTA. Las circunstancias del lugar en que se realizan los hechos o actos que el Derecho tipifica en sus diversos ordenamientos, dan pauta para determinar su jurisdicción a la cual se someterá la resolución de las circunstancias ocasionadas por dichos actos y las condiciones de tiempo para determinar la validéz temporal de la Ley. Así, las circunstancias de lugar son importantes para saber que Ley se va a aplicar en relación a la validéz espacial y, en relación al tiempo por el supuesto caso que la Ley referente a la materia sufriera alguna reforma.

Genéricamente, las circunstancias del cuándo, cómo, y dónde se realizan los hechos o actos y según sus efectos o gravedad y el bien jurídico tutelado, influirán de manera determinante en su clasificación, ya que en base a esas circunstancias, se determinará sobre que tribunal conocerá sobre las consecuencias y solución a determinados acontecimientos resultantes de los hechos o actos realizados por el sujeto o sujetos activos.

QUINTA. El Derecho, al garantizar al hombre la seguridad en sus condiciones de vida, también como consecuencia, le permite su desarrollo y progreso al reconocerle un mínimo ético de libertad de progreso y protección, que garantiza y permite la existencia de las condiciones para la conservación de la sociedad.

SEXTA. Las circunstancias en que la sociedad se apoya para configurar su realidad y para finalmente lograr la satisfacción de sus necesidades básicas, se debe en esencia a la organización en que por virtud de las normas jurídicas, esta se desenvuelve, pues el Derecho, al resolver los conflictos de intereses, al organizar el poder político, al legitimarlo y al limitarlo, cumple con la función para lo cual fue primordialmente producido, es decir, al cumplir con estas

necesidades, cumple por necesidad y consecuencia, con la justicia y demás modelos de valores jurídicos implicados en la misma, buscando y satisfaciendo los tipos generales de necesidades humanas sociales que debe satisfacer.

SEPTIMA. Sabemos que el Derecho aparece como algo necesario que surge de esa realidad que es el mundo social, el mundo del ser, esa es la verdadera esencia, la real naturaleza de su surgimiento, sin embargo ese mundo social, es algo que está en un continuo e ininterrumpido hacerse, en un constante y perenne proceso de transformación, y el Derecho, inmerso en el mundo del deber ser y como algo aparejado a él, debe asimismo estar en un continuo proceso de adaptación que debe abarcar definitivamente la actividad legislativa que lleve a cabo la reformatión de Leyes, de normas, que por más que se actualicen nunca estarán previstas en su totalidad, nunca serán determinantes para el definitivo e integral control de los comportamientos humanos, cabe aquí decir que ni en lo individual ni en lo social.

OCTAVA. Al ser la sociedad parte de un orden natural que por propia esencia es cambiante, escapa a la línea estática de otras áreas o disciplinas del conocimiento, e incursiona en aventuras progresistas que facilitan su propio desarrollo arrastrando así al Derecho a cambios que deben ir fortaleciendo y asegurando el paso de la misma sociedad.

Tanto el Derecho como la sociedad, inseparables aliadas, inmersas uno en la otra como un conjunto por propia convicción y, ambas como algo vivo, actual, están continuamente por necesidad en un proceso de adaptación al mundo en el que viven y al que sirven cada uno en su propio estilo, pero;

- ¿ Que cambia;
- ¿ Que se modifica;
- ¿ Que permanece, por que y para que;
- ¿ Que aspiraciones las obligan o constriñen a transformarse. ?

NOVENA. El Derecho debe continuamente adecuarse a la multiplicidad de nuevas formas, a la transformación continua y en mucho perpetua de las ideas y las instituciones que paulatinamente se van generando en la sociedad por el natural avance de la misma y contemplar más aspectos integrantes que jurídicamente regulen diversas conductas. La Ley, en esencia transformable, permite su paso a nuevos estilos de vida y los absorbe para que a su vez le sirvan como base al juzgador para que este pueda determinar que reglas innova, a la vez que determina que consecuencias acarrearán esas nuevas conductas en el ámbito personal del sujeto o los sujetos activos, para que estos a su vez, puedan adecuarlos a la ley, y de manera libre, cumplir la función social que tienen encomendada, cumplir también la tarea que tienen que ejecutar dentro del seno social en el que viven y al que sirven.

DECIMA. Acorde a estas ideas entre Derecho y sociedad y producto de la cohesión entre ambas, encontramos lo que se conoce como el Derecho Social, el cual entendemos como un conjunto, como una totalidad o asociación de colaboración entre los múltiples intereses y sin el cual no podría existir una unidad concreta, real y activa y que encarna un valor positivo, es este proceso de integración de la totalidad lo que constituye el Derecho Social.

DECIMA PRIMERA. Tanto el Derecho como la sociedad, constituyen un conjunto de significaciones que buscan uno como contenido y otra como continente, el bien común y la justicia social al atribuir a cada uno de los miembros que integran determinado grupo lo que es suyo o lo que le corresponde según pautas de equidad entre lo que se da y lo que se pide, entre lo que se hace o se deja de hacer.

El Derecho encuentra en la justicia su ser específico a la vez que su propia justificación, es una justificación que sus propios fines y sus propios resultados le confieren al encontrar en ella la propia sociedad, la satisfacción de poder caminar por el campo de las relaciones con la debida seguridad, con la debida tranquilidad de que todo lo que hace estará respaldado resguardado y avalado acto por acto y día con día, respecto de lo que el bien común establece.

DECIMA SEGUNDA. A manera de breve resumen del contenido de nuestro trabajo, hemos de señalar que el Derecho es el medio del que nos servimos los hombres, para asegurar la realización y dar formalidad a los fines que nos proponemos alcanzar, unos de indispensable cumplimiento y otros de libre albedrío.

El Derecho, a la vez que crea un orden seguro, tiene sin embargo un cierto margen de inseguridad que le permite adaptarse a los cambios que van generándose en la sociedad por la misma fuerza de sus hechos, cambios que incluyen todo tipo de normas reguladoras, toda especie de sistemas de control social, cambios que en cadena y bajo la fuerza de los hechos, abren paso a las bases de nuevos sistemas jurídicos, el que le sigue más adelantado que el anterior, ajeno a las ideas conservadoras, a los antiguos resabios, ajeno incluso, a intereses creados por diversos grupos de presión y, más, ajeno y fuera de la intervención del legislador, a pesar de su silencio y a pesar algunas de las veces, de su intervención en sentido opuesto.

En tal perspectiva, es congruente que en periodos de evolución social tan vertiginosa como la actual, así lo avalan los acontecimientos de cien años a la fecha, en donde los rápidos avances en todas las áreas del conocimiento (científicas, tecnológicas, políticas, sociales), las perspectivas de análisis jurídicos tiendan a abrirse, a aceptar puntos de vista informales que a su vez, sirvan de circunstancia propicia, de campo fértil para aprovechar técnicas y metodologías empíricas propias de las ciencias sociales, y su cuidadoso aprovechamiento conjunto, favorecería la creación de instituciones y de normas adecuadas para las cambiantes relaciones sociales.

Para lograr tal cometido, es bueno fijar la atención sobre la función legislativa y anticipar y provocar su evolución, ya que esos cambios sociales, harán necesaria la adecuación de las instituciones, naturalmente, haciendo a un lado la negativa influencia jerárquica informal del ejecutivo, que lo tiene o lo tenía prácticamente en sus manos funcionando más como un comité de legislación del presidente de la república que como un auténtico elaborador de leyes, desgraciadamente, teniendo al Derecho como un medio para lograr ese fin.

OPINION PERSONAL.

La vida humana, la vida de cada uno de nosotros, seres sociales, consiste en la coexistencia del yo con el mundo, del mundo con todos y cada uno de nosotros, así también, consiste en una mutua complacencia del sujeto con los objetos, y a su vez en si mismo de los objetos con el sujeto como una correlación como elementos inseparables e imprescindibles, uno de los otros, que se conjugan y utilizan para que la realidad social sea completa y se cristalice.

El derecho como parte de ese mundo, como producto de la cultura humana, aún es una historia por hacer, cuya consecuencia y supuesto, es en esencia y en si mismo, la justicia entre todos los hombres que la respetan, que se apoyan y amparan en él.

Todos sabemos que en la sociedad en que vivimos hay reglas que rigen nuestro diario actuar y que fortalecen y le dan validez formal a nuestra voz exterior.

Por esto, el derecho es algo valioso y noble, es el agente que garantiza la paz y la igualdad entre los hombres, así como su libertad, su seguridad y su propiedad, también ayuda a llevar a cabo grandes empresas y a lograr importantes ideales que no serían posibles sin la intervención de las normas jurídicas, ya desde tiempos inmemoriales los romanos definieron al derecho como "El arte de lo bueno y lo justo y como el saber sobre todas las cosas humanas y divinas".

Gracias a la función organizadora del derecho, los seres humanos vemos satisfechas la gran mayoría de nuestras necesidades en todo tipo de sus órdenes, ya sea ideales, materiales, culturales, éticos, etc.

Sea cual fuere la realidad y naturaleza del derecho y en que parte del universo se encuentre, debemos pugnar por su respeto y evolución acorde a nuestras realidades sociales para lograr asegurar nuestras necesidades y tengamos así una digna calidad de vida en todas las facetas de nuestra personalidad humana.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. 38 edición. Editorial Porrúa. México 1986
- 2.- RECASENS SICHES Luis. Vida, Sociedad y Derecho. 3 edición. Editorial Península. Buenos Aires, Argentina 1978.
- 3.- MOTO SALAZAR, Efrain. Elementos de Derecho. 34 edición . Editorial Porrúa. México 1989.
- 4.- ENTELMAN F. Remo. Los Conceptos Generales del Derecho y su Función Clasificatoria. 5 edición. Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina 1989.
- 5.- SOHM, R. Instituciones de Derecho Romano Privado. 5 edición. Editorial Panorama. México 1982.
- 6.- KANT, Manuel. Crítica de la Razón Pura. 7 edición. Editorial Lozada. México 1973.
- 7.- KELSEN, Hans. Teoría General del Derecho y del Estado. Traducción de Eduardo García Maynez. 2 edición. Editorial U. N. A. M. México 1979.
- 8.- DEL VECCHIO, Giorgio. Teoría del Estado. 5 edición. Editorial Bosh. Barcelona, España 1956.
- 9.- CASO, Antonio. Sociología. 6 edición. Editorial Limusa, S. A. México 1969.
- 10.- DICCIONARIO ENCICLOPEDICO. 1 edición . Editorial Oceano Uno. Madrid, España 1990.
- 11.- CHINOY, Ely. La Sociedad, Una Introducción a la Sociología. 3 edición. Editorial Fondo de Cultura Económica. México 1996.
- 12.- WEBER, Max. La Sociología. 1 edición. Editorial Planeta. México 1985.
- 13.- GONZALEZ ALPUCHE, Juan. Apuntes de Sociología. 2 edición. Editorial Libros de México 1984.
- 14.- LAGAZ Y LACAMBRA, Luis. Concepto y Función de la Sociología Jurídica. 6 edición. Editorial Madrid, España 1971.

- 15.- BARNES Y BECKER. Historia del Pensamiento Social. 2 edición. Editorial Fondo de Cultura Económica. México 1989.
- 16.- DURKEIM, Emile. Educación y Sociología. 4 edición. Editorial Colofón. México 1992.
- 17.- GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Diálogos Jurídicos. 20 edición. Editorial Porrúa. México 1984.
- 18.- MONTESQUIEU El Espíritu de las Leyes. 5 edición. Editorial Albatros. Buenos Aires, Argentina 1976.
- 19.- JELLINEK, Jorge. Teoría General del Estado. 8 edición. Editorial Cajica. Puebla, México 1978.
- 20.- VARGAS GOMEZ, Esperanza Yolanda. Apuntes de la Cultura Griega. 1 edición. Editorial UNAM. México 1984.
- 21.- RIVA PALACIO, Vicente. México a Través de su Historia. Tomo II. 2 edición. Editorial Planeta. México 1991.
- 22.- FLORIS MARCADANT Guillermo. Introducción a la Historia del Derecho Mexicano. 10 edición. Editorial Esteluz. México 1993.
- 23.- ROEDER, Ralph Juárez y su México. 1 edición. Editorial Fondo de Cultura Económica. México 1972.
- 24.- MEZA, Virginia. LAVALLOS, Federico. Glosario de Ciencias Histórico Sociales, Parte primera. 1 edición. Editorial ANUIES. México 1977.
- 25.- GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. 7 edición. Editorial Porrúa. México 1985.
- 26.- RECASENS SICHES, Luis. Sociología. 17 edición. México 1979.
- 27.- SEPULVEDA, Cesar Curso de Derecho Internacional Público. 3 edición. Editorial Porrúa. México 1964
- 28.- DUGUIT, León. Las Transformaciones del Derecho. 1 edición. Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina 1975.
- 29.- TENA RAMIREZ, Felipe. Derecho Constitucional Mexicano. 20 edición. Editorial Porrúa. México 1984.

- 30.- TENA RAMIREZ, Felipe. *Leyes Fundamentales de México*. 18 edición. Editorial Porrúa. México 1979.
- 31.- PRECIADO HERNANDEZ, Rafael. *Lecciones de Filosofía del Derecho*. Editorial U. N. A. M. México 1986.
- 32.- HERNANDEZ GIL, Antonio. *Conceptos Jurídicos Fundamentales*. Tomo I. Editorial Espasa-Calpe.
- 33.- BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*. Traducido por F. C. E. México 1984.
- 34.- GEIGER, Theodor. *Estudios de Sociología del Derecho*. Traducido por CAMACHO, Arturo. HIRATA, Guillermo y OROZCO, Ricardo. Editorial F. C. C. México 1983.
- 35.- DE PINA, Rafael. *Diccionario de Derecho*. Editorial Porrúa. 19 edición. México 1993.
- 36.- CARRANCA Y RIVAS, Raúl. *Código Penal Anotado*. 11 edición. Editorial Porrúa. México 1985.