



579307
**UNIVERSIDAD LAXTELLISTA
BENAVENTE
FACULTAD DE DERECHO**



**CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD
NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
(CLAVE: 879307)**

**LA OBJETIVIDAD DE LA JUSTICIA
EN EL DERECHO**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

HECTOR ZAMUDIO CRUZ

CELAYA, GTO.

SEPTIEMBRE DE 2017



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

STATE OF NEW YORK
COUNTY OF ...



**UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE
FACULTAD DE DERECHO**



**CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD
NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
CLAVE: 879309**

**LA OBJETIVIDAD DE LA JUSTICIA
EN EL DERECHO**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

HECTOR ZAMUDIO CRUZ



**UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE
FACULTAD DE DERECHO**



**CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD
NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
CLAVE: 879309**

**LA OBJETIVIDAD DE LA JUSTICIA
EN EL DERECHO**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

HECTOR ZAMUDIO CRUZ

A Dios, nuestro señor, por permitirme vivir en su gracia

A mis padres, Miquel zamudio y rosa cruz, a quienes debo todo lo que soy, esta tesis es para ustedes, no existen palabras para decirles cuanto los amo.

A mis hermanos, en especial a Miquel y Jorge, que hicieron posible este paso en mi vida, gracias por confiar en mi.

A Lorena Muñoz, eres el amor y la fuerza para seguir adelante, gracias por ser la luz en mi vida,

Al licenciado Francisco Gutiérrez Negrete, por todo el cumulo de conocimientos aportados a este trabajo, mi eterno agradecimiento.

A hector eugenio, la razon de ser de todos mis esfuerzos, que dios te bendiga.

A Felipe de Jesús, por su apoyo incondicional, gracias por ser como un hermano.

INDICE

INTRODUCCION

PRIMERA PARTE

ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO

CAPITULO I

NOCIONES PRELIMINARES DEL DERECHO

	Pag.
1.1. Significado Etimológico.....	1
1.2. El Ser del Derecho.....	1
1.3. La corriente Iusnaturalista y el Derecho Natural.....	3
1.4. Desarrollo de las Teorías del Derecho Natural.....	5

CAPITULO II

DIFERENTES ACEPCIONES DEL IUSNATURALISMO

2.1. El Iusnaturalismo con sentido teológico.....	15
2.2. El Iusnaturalismo Empírico.....	19
2.3. El Iusnaturalismo Racionalista.....	19
2.4. El Racionalismo y el Derecho Natural.....	21

CAPITULO III

LA CONCEPCIÓN MODERNA DEL DERECHO NATURAL

3.1. Introducción.....	25
3.2. La Teoría Marxista.....	26
3.3. Antecedentes del Neokantismo.....	28
3.4. El Neokantismo.....	29

3.5.	El Neotomismo.....	30
3.6.	El Derecho Natural y El Valor.....	31
3.7.	Axiología.....	31
3.8.	Juicios de Valor.....	32
3.9.	El Deber Ser Jurídico.....	33
3.10.	Los Valores del Derecho Natural.....	34

SEGUNDA PARTE
DERECHO POSITIVO

CAPITULO IV

EVOLUCION HISTORICA DEL DERECHO POSITIVO

4.1.	Introducción.....	35
4.2.	Los Cultura Griega y El Derecho Positivo.....	36
4.3.	La Cultura Romana y El Derecho Positivo.....	38
4.4.	Acepciones del Derecho Romano.....	43
4.5.	Principales Escuelas del Derecho Positivo.....	44
4.6.	El Positivismo.....	48

CAPITULO V

LA NORMA

5.1.	Aspectos Generales.....	50
5.2.	La Norma como Regla de Conducta.....	53
5.3.	La Norma Moral y La Norma Religiosa.....	54
5.4.	La Norma Moral.....	55
5.5.	Derecho y Moral.....	57
5.6.	Normas Religiosas.....	58
5.7.	La Norma Jurídica.....	58

5.8.	Clasificación de las Normas Jurídicas.....	61
5.9.	El Deber Ser de la Norma Jurídica.....	63

CAPITULO VI

LOS DATOS FORMALES DE LA NORMA JURIDICA

6.1.	Introducción.....	64
6.2.	Sujeto de Derecho.....	64
6.3.	Objeto de Derecho.....	65
6.4.	Supuesto Jurídico.....	65
6.5.	Hecho y Acto Jurídico.....	66
6.6.	Derecho Subjetivo.....	68
6.7.	El Deber Jurídico.....	77
6.8.	La Sanción.....	82
6.9.	Persona Jurídica.....	85
6.10.	Derecho de Libertad.....	87
6.11.	Derecho de Acción.....	88

CAPITULO VII

EXTRUCTURA DEL SISTEMA NORMATIVO

7.1.	El Sistema Normativo y su Estructura.....	91
7.2.	Las Fuentes del Derecho.....	93
7.3.	Concepto de Ley.....	95
7.4.	Características de la Ley.....	98
7.5.	Efectos de la Ley.....	99
7.6.	Diversas Clases de Leyes.....	99
7.7.	Diferencia entre Ley, Decreto y Reglamento.....	100
7.8.	La Ley Constitucional como Fuente del sistema juridico	100

CAPITULO VIII

EL ESTADO

8.1.	Introducción.....	102
8.2.	Antecedentes del Estado en Grecia.....	103
8.3.	Elementos del Estado.....	107
8.4.	La Organización del Estado.....	111

CAPITULO IX

LA JURISPRUDENCIA TECNICA

9.1.	La Jurisprudencia técnica.....	112
9.2.	Interpretación y Aplicación de la Ley.....	113
9.3.	Resumen de las Escuelas de Interpretación.....	114
9.4.	Disciplinas Jurídicas Especiales.....	115
9.5.	Acepciones de la Palabra Derecho.....	116
9.6.	Derecho Objetivo y Derecho Subjetivo.....	116
9.7.	Derecho Vigente y Derecho Positivo.....	117
9.8.	La Eficacia del Sistema Normativo.....	119

CAPITULO X

LOS FINES DEL DERECHO

10.1.	Introducción.....	121
10.2.	El Bien Común.....	121
10.3.	La Seguridad Jurídica.....	122
10.4.	Conclusión.....	124

CAPITULO XI

LA JUSTICIA

11.1.	Introducción.....	125
11.2.	La Justicia como Valor Jurídico.....	126
11.3.	Clasificación de los Valores Jurídicos.....	128
11.4.	La Valoración Jurídica como Actividad Racional.....	129
11.5.	La Justicia como Ideal.....	130
11.6.	Justicia y Equidad.....	131
11.7.	Justicia e Igualdad.....	133
11.8.	Diferentes Definiciones del Concepto Justicia.....	137

Conclusión

Bibliografía

INTRODUCCION

En el presente trabajo hemos estudiado al derecho en forma general de modo tal, que nos aportara los suficientes datos para saber si es posible hablar de la objetividad de la justicia como valor jurídico en el derecho positivo, así como el de planearnos, la consistencia de la justicia en el derecho y por ende si el derecho es justo o puede considerarse a este como la forma ideal de la justicia, pues sin duda alguna el hombre ha visto a esta ultima como el ideal supremo del derecho, pero al respecto debemos de hacer notar que la historia del derecho, nos ha demostrado la existencia de preceptos jurídicos, contrapuestos al concepto de justicia, mas sin embargo estos mismos no pueden dejarse de considerarse un derecho formalmente establecido y valido para todos. Por el hecho de carecer de la bondad o justicia intrínseca de sus preceptos, siendo de esta forma la situación problemática que nos constriñe a esclarecer, si las reglas jurídicas deben ser justas, para poder considerarlas, como derecho, por tanto el presente estudio sobre la objetividad de la justicia en el derecho, comprende, tres partes fundamentales. La primera consta de las nociones preliminares del derecho, así como el desarrollo del iusnaturalismo, corriente que da como fruto al derecho natural o derecho justo, en sus tres vertientes: racionalista, teológico y empírico. La segunda parte versa sobre el derecho positivo, su evolución histórica, su estructura, su justificación y su finalidad. La tercera parte abarca el concepto justicia que se divide para su estudio entre aspectos de la justicia, como valor, como ideal y como igualdad, así también como la conclusión que aporta desde nuestro punto de vista la solución al problema que conlleva el planteamiento de si se puede considerar al derecho como la forma objetiva de la justicia, o si el derecho es justo, es pues la justicia por medio del derecho, lo que nos induce a investigar la esencia del derecho, de ese orden jurídico social tan rico en conceptos y a la vez tan fundamental para el hombre. Siendo la justicia en este sentido, el faro que ilumina el ideal axiológico jurídico de los hombres.

PRIMERA PARTE
ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO

CAPITULO I

NOCIONES PRELIMINARES DE DERECHO

1.1.-SIGNIFICADO ETIMOLOGICO

Etimológicamente la palabra “derecho” deriva del vocablo latino “directum” que en su sentido figurado significa “lo que esta conforme a la regla” “derecho” es lo que no se desvía ni aun lado ni a otro lo que es recto “directum” formado con el prefijo “di” y el adjetivo “rectum” el mismo adjetivo constituye la raíz ideológica del verbo “regere” que significa gobernar y del sustantivo “reynum” que indica reino de lo cual se colige que el derecho denota imperio y autoridad, atributos que caracterizan a la ley, las palabras “justo y justicia” derivan del latín “ius, iuris” la ley que los romanos usaban para referirse al derecho,

1.2. - EL SER DEL DERECHO

Para adentrarnos en el ser del derecho es necesario preguntarnos ¿qué es el derecho? Una interrogación de difícil respuesta debido a la gran diversidad de conceptos y definiciones que existen del mismo, es cierta que la primera respuesta que vendría a nuestra mente sería la de “ un conjunto de normas que regulan la conducta del individuo en sociedad impuestas por un poder estatal, a este respecto hay que decir que es solo uno de los aspectos, bajo los cuales se presenta el derecho, pero no abarca la totalidad del mismo, sino que en mi punto de vista solo el aspecto positivo del derecho, mas no podemos dejar a un lado la innegable realidad de que el derecho no solamente es un sistema de normas, sino que en esencia el derecho es mas profundo y al respecto para contestar a nuestra cuestión de ¿ que es el derecho? Debemos empezar a buscar en su

sentido ontológico, es decir el ser del derecho, y para tal supuesto nos encontramos con dos corrientes fundamentales

La corriente iusnaturalista y la concepción positivista del derecho, comprendiendo, este último dos vertientes las cuales son **la visión formalista del derecho** que atiende al derecho desde un criterio formal, es decir en cuanto a su forma de creación y **la visión realista**, que conlleva el criterio de eficacia.

Estas corrientes tratan de responder a nuestra pregunta, conforme a los conceptos postulados de cada una.

El iusnaturalismo se basa en los valores fundamentales del derecho y la corriente positivista en su aspecto formal y real de su orden normativo.

Cabe destacar que el iusnaturalismo parte inequívocamente de los derechos intrínsecamente válidos, es decir aquellos derechos que valen por sí solos como principios supremos, eternos y universales y el positivismo por el contrario parte desde una validez extrínseca, ya que atiende a la realidad formal de las facultades derivadas de la norma, restándole importancia a su contenido valorativo.

De acuerdo con los defensores del positivismo jurídico, solo existe el derecho que efectivamente se cumple en una determinada sociedad y una cierta época. Pero, Para los iusnaturalistas este concepto de derecho positivo, no es un derecho derivado de la pura razón, sino que es históricamente establecido, ya que este existe solo para un lugar y tiempo determinado, que se adecua con el constante devenir histórico, por lo tanto no es un derecho derivado de la pura razón, en cambio el derecho natural es aquel que existe para todo tiempo y lugar de manera universal y necesaria, orientado siempre a la cuestión valorativa; como valores que son aprehendidos por la razón humana. Por consiguiente postulan los adeptos a la corriente iusnaturalista que el derecho natural es un derecho racionalmente establecido, no creado históricamente; y aun que existen más contraposiciones entre estas dos corrientes, podemos decir sin lugar a equivocarnos que una y otra se complementan ya que lo que le da sentido al derecho en su forma general es la cuestión valorativa del derecho natural, siendo este para el derecho positivo su dato eterno, como energía primaria y metafísica que traspassa el aspecto formal de las normas positivas, llegando hasta sus últimas ramificaciones.

De aquí que entre ambos derechos, el natural y el positivo, se supongan mutuamente y se compenetran, el derecho natural presupone la orientación y fundamento del derecho positivo.

En este sentido podemos decir que la variedad de derechos positivos que existen, no es otra cosa que el resultado de esa tarea humana tras el derecho natural; resultado que se materializa en las normas positivas. En resumen podemos deducir que el iusnaturalismo postula que el derecho natural nos conlleva a los valores conforme a la cuestión axiológica del ser del derecho, enunciando como valor fundamental del derecho a la justicia, formando con esto la analogía sostenida por innumerables juristas, que ve al iusnaturalismo como el derecho justo.

Y al derecho positivo como la forma o instrumento que materializa en el plano de la realidad las reglas de conducta humana que rigen en un lugar y tiempo determinado impuestas por un poder estatal, bajo un sistema normativo que pueden o no contener un aspecto valorativo.

Cómo hemos dicho las dos corrientes buscan dar contestación a la pregunta ¿ qué es el derecho? También vimos en forma general las características y postulados de cada una de ellas, pero para tener una noción mas clara del derecho y poder llegar a un punto donde tengamos la posibilidad de contestar a nuestra pregunta con mayor nitidez y poder diluir a la justicia en su supuesto objetivo o subjetivo. Por consiguiente es menester el estudio, por separado de estas dos corrientes fundamentales.

1.3.-LA CORRIENTE IUSNATURALISTA Y EL DERECHO NATURAL

No se debe confundir el iusnaturalismo con el derecho natural, el iusnaturalismo, significa, concebir o pensar y sustentar, como toda terminación ideológica de ismo, por lo tanto el iusnaturalismo es la corriente que surge con el pensamiento y las teorías del derecho natural, el iusnaturalismo, en su forma tradicional pretende dictar principios de validez universal susceptibles de una aplicación practica concreta, por ejemplo, existe el

principio iusnaturalista del respeto a la vida, que dicta que los hombres deben de respetar la vida de sus semejantes, por consiguiente, todo hombre en lo personal debe de respetar la vida de otro.

Pero¿ qué es la universalidad del pensamiento iusnaturalista? O lo que es lo mismo, ¿ qué es lo que le da sentido a los principios del derecho natural? Y para comprender esta característica vemos que

En las concepciones de las distintas etapas de evolución filosófica respecto al derecho natural, se han dado los siguientes modos interpretativos de dicha universalidad las cuales son:

- a) universalidad de carácter racional, como corriente iusnaturalista racional, que determina al derecho natural como producto de la razón
- b) principio universales cuyo origen y materia son de carácter divino, corriente iusnaturalista que determina que el derecho natural proviene de la ley divina y con un contenido teológico
- c) Principio de derecho natural desde un punto de vista empírico, corriente iusnaturalista, que determina que el derecho natural es producto de la naturaleza del hombre y sus sentidos.

El clásico ejemplo del **derecho natural racionalista** se encuentra en el pensamiento filosófico de los griegos, fundamentalmente en las tesis de Platon y Aristóteles, que conciben la universalidad de lo jurídico y de lo justo como una estructura racional universal y justa, con características etico-moral, es decir no es que la razón humana se inclina a lo justo, sino que un principio será demostrativamente justo quiéranlo o no los sujetos humanos, puesto que la facultad de razonar es inherente al hombre. Puede decirse que el derecho natural, desde este punto de vista, tiene una estructura exacta, casi matemática, pues los principio del derecho natural son tan justos desde un punto de vista racional, como los principios matemáticos son verdaderos.

La forma del **pensamiento iusnaturalista con sentido teológico** la encontramos con mas fuerza en la concepción escolástica del medioevo, a partir de santo tomas y como

precedente en san Agustín, que fundamentan el derecho natural sobre una base teológica, ya que este depende, para su existencia de un principio justo que es otorgado por una ley eterna de carácter divino, creada por el sujeto de donde deriva lo absolutamente justo, lo absolutamente verdadero, el génesis de todas las cosas, aquí ya el derecho natural no tiene carácter racional, sino que se apoya en la voluntad de Dios, mas allá de este orden racional humano y terreno. Es así como se establece la raíz divina o teológica del derecho natural.

La forma que adopta el iusnaturalismo en el **derecho natural con base empírica**, tiene su máximo desarrollo en el empirismo inglés con Hobbes y Locke, donde se invoca la existencia real del hombre a partir de sus impulsos, de sus sentimientos, de las facultades humanas, prevaleciendo la justicia en el sentido de que lo justo, es lo que los hombres sienten y quieren como tal, el derecho natural, viene siendo un reflejo de la naturaleza real del hombre, dejando a un lado lo racional, ya que lo racional es el resultado de la facultad reflexiva de los hombres.

Estas tres acepciones del iusnaturalismo tratan de explicar la existencia del derecho natural, que se encuentra sucesivamente en diversos pensadores y filósofos, y para efecto de una mejor comprensión, es necesario hacer una breve reseña del desarrollo de las teorías que sustentan al derecho natural.

1.4.- DESARROLLO DE LAS TEORIAS DEL DERECHO NATURAL

A) El derecho natural en Grecia.

Desde tiempos muy antiguos, filósofos y pensadores políticos, han sustentado la creencia, de que tiene que haber un derecho basado en lo mas íntimo de la naturaleza del hombre, como ser individual o colectivo. Tras la inabarcable variedad de los derechos positivos y las costumbres, los conceptos naturalistas, trataban de descubrir aquellas ideas generales y eternas de derecho, que los seres racionales reconocían en todas partes y que avían de servir como justificación de toda forma de derecho positivo. Los primeros

en plantear y discutir el problema del derecho natural, fueron los pensadores GRIEGOS estos al darse cuenta, que existía una gran variedad de leyes y costumbres entre los diferentes pueblos, se plantearon la cuestión de si el derecho y la justicia eran simples productos de la conveniencia del hombre o si había detrás de esa variedad de leyes y costumbres algunos principios generales, permanentes y uniformes de justicia y derecho, validos en todos los tiempos y en todos los pueblos y aun que en este periodo algunos filósofos adoptaron la postura de que no existían tales principios eternos e inmutables, puesto que estaban convencidos de que las normas de derecho y la justicia no eran mas que arreglos causales, del hombre o grupos que estaban en el poder, con objeto de fomentar sus propios intereses, Afirmando que La justicia no es mas que lo que le conviene al mas fuerte, tal es el caso del filosofo Trasimaco o el sofista protagoras que anticipándose a las opiniones de los positivistas modernos, sostuvo que las leyes hechas por el hombre eran obligatorias y validas sin consideración a su contenido moral.

Por el contrario la mayoría de los filósofos de esta época en Grecia, adoptaron que hay ciertos elementos en la naturaleza humana que son los mismos en todos los tiempos y en todos los pueblos, los cuales encontraban su expresión en el derecho que tenia el carácter permanente y valides universal, denominando al elemento de valides universal del derecho, como Physis (naturaleza) como expresión física, mental y moral, común a todos los hombres.

Sin duda alguna los exponentes del derecho natural por excelencia son Socrates, Platon, Aristóteles y los sofistas, en este periodo, pero debemos discernir que los orígenes del arte, la moral y la religión de los griegos, se dan antes de estos filósofos, aludimos a esta dirección, por que el concepto de naturaleza y justicia natural de este pueblo es un concepto cósmico y religioso, pero en esencia preválese el sentido cósmico, por que las diividades creadoras del mundo natural son las mismas que rigen el orden moral y la religión, por consiguiente, tenemos que existe una justicia natural en sentido cósmico, en sentido naturalista, siendo los dioses en este sentido las fuerzas naturales justas, puesto que la justicia no entraña solamente una ordenación de la conducta, sino también Una ordenación Cósmica natural de las cosas, pero al respecto cabe preguntarnos él ¿por qué hablamos de la justicia cósmica? O del concepto cósmico y religioso de los griegos, si lo

que nos interesa saber es el origen del derecho natural y precisamente, al respecto de estos planteamientos diremos que es necesario adentrarnos en este tema, para comprender el origen primigenio del pensamiento filosófico del derecho natural, en el mundo griego, puesto que este orden cósmico natural es la base del derecho en cuestión, como pensamiento filosófico cósmico naturalista, esto es que el derecho no constituye un asunto puramente de la voluntad de los hombres, sino la ordenación natural y trascendente de las fuerzas ciegas naturales como la vida y la muerte, un orden natural en el cual el hombre se peca y le da a la vida un valor irreductible y natural que no se encuentra bajo la voluntad del hombre, sino que se le es dada como creación universal ya que forma parte de un todo y por lo tanto el hombre por naturaleza tiene derecho a la vida.

Concepción que dio origen a las teorías y al pensamiento del derecho natural en Grecia, y al respecto basta decir que en la religión y en la política, Sócrates introduce nuevos dioses que pugnan con los del politeísmo natural existente y con ello corrompe la educación de la juventud, cosa que le valió la condena a muerte. En Sócrates se encuentra ya la incipiente concepción del monoteísmo, que más tarde sentaría las bases para la concepción moral-teológica, del derecho natural teológico-monoteísta, que florece plenamente en Aristóteles. Y posteriormente se cimentaría con más fuerza en el cristianismo

La concepción moral de los griegos obedecía en el politeísmo, a un orden en el cual la moral no tenía un sentido normativo, sino un sentido de fuerza y voluntad, de entrega. Nótese que en este punto se encuentra el punto de origen del derecho natural, de la forma como lo concebimos actualmente, puesto que es aquí donde se divide la concepción moral de los hombres ya que por un lado el sentido de la moral y las costumbres en el periodo presocrático se basa en la fuerza modeladora de los dioses y la voluntad de entrega a la vida para complacer a estos como culto a los dioses, en otras palabras vivían, morían y ejecutaban sus actos de acuerdo al deber de complacencia cosmológica y politeológica y no a los dictámenes de su conciencia para con sus semejantes y por otro lado en nuestra forma de concepción actual como principios de conducta que persiguen valores éticos y morales propios de la naturaleza humana, es

decir en cuanto al deber ser Del hombre para el hombre, ya que en este sentido moral, va a ser revolucionado por socrates y sus discípulos, de forma que el mundo griego naturalista pre-socratico sufrirá el choque de nuevas teorías éticas, ya que para el mundo moral del politeísmo griego, las cosas del cuerpo tienen un sentido religioso puesto que la constitución material del hombre es algo divino, pero con el advenimiento de las teorías del alma, postuladas por socrates y platon, todos los valores éticos y religiosos habrán de hallarse en el alma, y de esta forma va a surgir una concepción etico-moral del hombre, concepción que da origen a los preceptos éticos, morales y religiosos que postulan los enunciados del derecho natural basados en los valores naturales del hombre, los cuales son aprehendidos por la razón.

Pero pasemos a ver de forma cronológica, las exposiciones de estos filósofos griegos y sus teorías, con respecto al derecho natural.

PITAGORAS (582 al 497 a.C.)

Nace en la isla de samos, cerca de la costa de Asia menor, sostiene que son las leyes divinas, las leyes no escritas de los dioses, las que han engendrado y dirigen las leyes, escritas de los hombres, crea el método especulativo-deductivo que da origen al racionalismo y presupone la existencia de un derecho superior unilateral, racional y universal de contenido divino.

HERACLITO (535 al 483 a.C.)

Basándose en el método cognoscitivo, el cual mediante la intuición especulativa, determina que el derecho divino y natural, es distinto a las leyes de cada estado, puesto que el derecho natural proviene de dios, en el cual se encierran todas las cosas.

SOCRATES (470 al 400 a. C.)

Fue maestro de Platon y por este se conocen su pensamiento, mediante el método de la mayeutica obligaba a su interlocutor a encontrar la solución a los problemas planteados.

los cuales eran principalmente de índole moral, tratando de llegar a la esencia de las cosas. Rompe con el politeísmo existente en Grecia divulgando el supuesto de una sola divinidad y la existencia de una conciencia unitaria ética. Sócrates simboliza la alteración moral del mundo, postulando los juicios éticos-morales.

PLATÓN (Aristocles, 427 al 347 a.C.)

Creía en la existencia de una idea eterna de justicia, describiéndola, como la armonía orgánica de una república, en la que cada individuo y cada clase eran llamados a ocupar el lugar que les estaba destinado. Postula la división idealista, que separa un orden ideal objetivo, frente a un orden real, material y perecedero, es decir entre el cuerpo y el alma. Es la idea de que el hombre es un ser en el mundo compuesto de un cuerpo y de un alma unitarias. Esta no es una concepción meramente fisiológica sino ético-valorativa, ya que postula el deber ser de la conducta moralmente.

Esta teoría es retomada con posterioridad por los iusnaturalistas al plantearse los problemas de lo espiritual y de lo material, afirmando la supremacía de la justicia natural, frente a un orden relativamente secundario, que es el derecho positivo, por que el derecho positivo, encarna solamente a un derecho real, material y la justicia y el derecho natural encarnan lo ideal del hombre en cuanto a su espíritu, que es un valor supremo.

ARISTÓTELES (384 al 322 a.C.)

Suponía la existencia de una ley natural universal. Hizo una distinción entre la justicia natural y la convencional, la justicia natural, tiene la misma autoridad en todas partes y es independiente de la opinión. La convencional es solamente producto de una situación particular.

Las ideas de Aristóteles en el orden metafísico de la conducta humana, están encauzadas hacia el conocimiento de dios, por consiguiente todas las cosas obedecen a cierto causalismo, que a su vez es causalismo teológico o finalista. Por otra parte postula que el hombre en sentido ético esta guiado por un doble tipo de virtudes, las extrínsecamente éticas, las costumbres (el hábito de respeto a los demás) y otras más especiales que son las virtudes que existen a través del conocimiento y son superiores a las éticas, por que

tienen una fundamentación racional, la ética, en Aristóteles tiene una característica individual, al igual que en Sócrates y Platón, ya que la responsabilidad del hombre es un asunto puramente de la conciencia de cada cual.

b) EL DERECHO NATURAL EN EL PERIODO HELENÍSTICO ROMANO

La doctrina de Aristóteles, fue la culminación de la filosofía, en Grecia, después de, el solo existen, algunas figuras, que cultivaron temas particulares, preferentemente la ética, en correlación con la doctrina aristotélica, encontramos a la altura del siglo III antes de nuestra era, algunas escuelas que despreciaban en cierto grado la idea de las ciudades-estado, es decir la cultura en cuanto a la conducta, como entrega individual para con el estado, en su aspecto cosmológico, escuelas que se citan en el periodo helenístico romano, las cuales tienen representantes, romanos de gran renombre como, Séneca y el emperador Marco Aurelio, son dos. Las escuelas que se destacan, al respecto LOS ESTOICOS Y LOS EPICUREOS los cuales cultivaron la lógica, y su cosmovisión quiere ser puramente racional, Su ideal humano es aquel que se gobierna exclusivamente por la razón, ya que esta debe de llevar al hombre a una adecuación con su propia naturaleza. El estoicismo en su aspecto positivo tiene el ideal del deber y de la fraternidad universal, debido a esto fue una doctrina apreciada por los primeros cristianos, pues hablaba de una hermandad universal. Las dos escuelas contienen ideas moralizadoras, por que lo que se busca es la salvación en un orden moral, aunque por diferentes medios, el epicureísmo y el estoicismo no reclaman la estructuración cívica más adecuada para la organización de la sociedad, sino que afirman que todos los hombres están sujetos a una recta razón universal, ya no se trata de la organización ciudadana local de los griegos, sino de un cierto régimen de conducta universal, bueno para todos, como principios valorativos de la razón universal y natural del hombre, aludimos a lo anterior por que la idea de valores éticos, morales y universales aprehendidos por la razón humana son parte innegable del derecho natural y como tal es imprescindible saber de que fuentes provienen estos conceptos en la filosofía estoica, pero veamos como surge la escuela del estoicismo que es la que mejor postula estos principios de derecho natural

c) Los estoicos y el derecho natural.

Esta escuela fue fundada por un filósofo de origen semita llamado zenon, los estoicos postulaban que, el termino de naturaleza era el principio rector que penetraba todos el universo, y que este como ente universal estaba constituido por una sustancia llamada razón, y el hombre como parte de la naturaleza cósmica era una criatura esencialmente racional y este al seguir los dictados de la razón, conducía su vida de acuerdo con los principio de su propia naturaleza.

La razón como fuerza universal que penetra todo el cosmos, era considerada por los estoicos como la base del derecho y la justicia natural, la razón divina decían esta en todos los hombres de cualquier parte del mundo y por lo tanto existe un derecho natural común basado en la razón. Esta corriente desarrolla una postura cosmopolita que se basaba en el principio de igualdad de todos los hombres y por consiguiente proclaman que no deben existir ciudades estado, sino que el ideal ultimo era un estado universal, ya que creían que tal situación había existido en un estadio muy primitivo de la humanidad, realizándose en esa época el ideal de un derecho natural absoluto, siendo todos los hombres libres e iguales, viviendo como verdaderos hermanos, guiados por la razón. Pero decían los estoicos que este supuesto ideal de derecho natural absoluto, fue reemplazado por un derecho natural relativo, no tan perfecto, que según los estoicos fue debido a las condiciones reales de la situación existente y la naturaleza imperfecta del hombre, pero precisamente por esto arguyen los estoicos, es que el hombre en su estado de naturaleza relativa con respecto al derecho, este debe de tratar mediante sus leyes escritas acercarse lo más posible y factible a los postulados del derecho natural absoluto, evitando toda discriminación de razas o sexo y la opresión del hombre sobre el hombre, luchando por la generalidad y la universalidad de los principios de derecho natural absoluto. Puesto que solo así se podría contribuir al establecimiento de una comunidad universal en la que todos los hombres vivan de acuerdo, a los principios naturales y eternos, dictados por la razón. Al respecto, de la filosofía estoica podemos decir que es una corriente con rasgos utópicos racionalistas que nos conlleva a un ideal humano, ya que presupone un estado universal donde reine el derecho natural absoluto, es decir un estado basado en los principios absolutos y eternos de los cuales el hombre goza por

naturaleza y este aprehende por la razón de igual forma, los estoicos afirman que este derecho natural absoluto se rompe de forma natural por la forma imperfecta del hombre.

d) El derecho natural en roma.

Así como los griegos fueron los iniciadores de la filosofía que dio paso al derecho natural con un concepto ético moral, los romanos fueron los primeros en construir un sistema práctico de derecho, muchas de sus afirmaciones jurídicas generales fueron tomadas de los griegos o debidas a su influencia, dado es el caso que trata la naturaleza del derecho, son citas de los filósofos griegos.

Pero fue sobre todo la filosofía estoica la que ejerció una fuerte y perdurable influencia en los jurisconsultos romanos, de tal forma que esta corriente fue en primer lugar un factor de importancia en la teoría y prácticas jurídicas romanas, en segundo término, y adelantándonos un poco a nuestro estudio, preparo una base para la filosofía jurídica de los padres de la iglesia y los pensadores medievales. Puede también encontrarse la influencia de la doctrina estoica en el derecho natural clásico de los siglos XVII y XVIII, y en las teorías de la revolución francesa, donde quiera que han sido proclamados como principios eternos de la justicia, la libertad, la igualdad y la fraternidad de los seres humanos, pero lo que nos interesa por el momento es ver la correlación del estoicismo en el derecho romano y para tal efecto tenemos que, ¹ casi sin excepción de los jurisconsultos romanos más antiguos, pertenecían al círculo de Escipión el filósofo griego Panacio, con marcada tendencia estoica, así como el gran orador y hombre de estado Cicerón (106-43 a. C.) el cual fue también adepto de la doctrina estoica, para el la justicia era emanación del derecho natural, así como los estoicos identificaban, Naturaleza y razón, Cicerón decía que ² “el verdadero derecho, es la recta razón, conforme a la naturaleza, es de aplicación universal, inmutable y eterno, llama al hombre al bien, con sus mandatos y le aleja del mal mediante sus prohibiciones, este derecho no es una cosa en roma y otra en Atenas, sino que es obligatorio para todos los pueblos y en todas las épocas.”

¹ Kubler, griechischen, einflüsse auf die entwicklungsder romischen, atti del congresso internazionale di diritto romano, roma 1933, vol. 1, p. 85

² Cicerón, de república, trad. Keyes, Loeb, Classical Library, lib. III, 22, (trad. Esp. En obras completas, vol. VI, en bibl. Clásic. Sobre Cicerón, vid.)

Los romanos fueron sabios, pero no al estilo, socrático-platónico, sino en la prudencia práctica, es por eso que la rama jurídica, más desarrollada no fue el derecho público sino el derecho civil, y el derecho civil originariamente, no es un derecho universal, sino el derecho de la ciudad de roma, de la ciudad-estado, romana y de los ciudadanos romanos, tan es así que el derecho de gentes y el derecho natural, el agregado al mismo, justamente en virtud del intercambio de los pobladores y de las conquistas de la ciudad romana con otras, de esta forma tenemos que los jurisconsultos romanos distinguían entre: *iuscivile*, *iusnaturale* y *iusgentium*.

El *iuscivile*, era un derecho aplicable únicamente a los ciudadanos romanos, el *iusgentium*, era un cuerpo de normas, principios y costumbres que se aplicaban a las controversias entre partes que no eran ciudadanos, sino meramente súbditos o extranjeros, construidos por la práctica. El jurista Gayo caracteriza así el *iusgentium*³ “ lo que la razón natural estableció entre todos los hombres y se observa por todos los pueblos es llamado *iusgentium* por ser el derecho que toda la gente emplea.”

La concepción del *iusnaturale* subrayada por los juristas, se funda en la naturaleza real de los seres y de las cosas, no en una vinculación teísta de un solo dios con sentido moral, como postulaba Sócrates y Aristóteles o de un arquetipo ideal como pensó Platón, sino como una vinculación naturalista de la naturaleza real de los seres vivos, no es un derecho natural dependiente en su totalidad de la divinidad, sino en la espontaneidad, biológica y la razón humana.

En este sentido señala Lord Brierly, que el derecho natural para los romanos, es⁴ “ lo que es conforme a la razón, el lado mejor de la naturaleza humana, en cuanto al sentido común y práctico y a la conveniencia general, este es simplemente racional y superior a todo derecho por que pertenece a la comunidad.”

Los jurisconsultos romanos encontraron en el *iusgentium*, ciertas similitudes con el derecho natural de ahí que el *iusgentium* era la expresión de principios, eternos de derecho y justicia, común a todos los pueblos, puesto que el hombre por naturaleza gozaba de estos principios, y eran iguales en todos los tiempos y lugares, así tenemos que un elemento importante del concepto estoico del derecho natural que ejerció influencia

³ Gayo, inst. 1, 1, dig. 1,1,9

en el pensamiento romano, era el principio de igualdad entre los hombres, esta idea estoica, gano algún terreno en la filosofía política y la creencia jurídica del imperio romano, al respecto se hicieron varios intentos de adaptar el derecho positivo que existía en roma, conforme a los postulados de derecho natural estoico, pero el alcance de estos se limitó a ciertas medidas específicas y no afectó la Parte medular de las instituciones, más importantes del derecho romano, y solamente las instituciones de la esclavitud y de la familia se vieron más influenciadas por esta corriente en cierto modo.

Tal es el caso que en el corpus juris el jurisconsulto florentino definía la esclavitud como ⁵ “ la esclavitud es una institución del ius gentium, por la cual contra la naturaleza, un hombre es sometido al dominio de otro” nótese en esta definición como el mismo florentino tenía ya la incipiente influencia estoica al afirmar que la esclavitud es contraria a la naturaleza del hombre. Lo cual la filosofía estoica todos los hombres son iguales, y aunque el supuesto de la igualdad humana no fue llevado nunca a la práctica en el imperio romano sí fue un factor importante en las reformas, por las cuales se fue mejorando gradualmente las condiciones de la esclavitud.

El concepto estoico de un estado mundial, con una ciudadanía común y un derecho igual, basado en la razón, encontró campo fecundo en el pensamiento político romano, ya que por sus características político-militar. Roma estaba en constante expansión lo cual conllevaba un ideal supremo de una roma universal, ideal que en cierta forma nunca fue utópico ya que roma tuvo una gran expansión territorial, cultural y política, en el mismo sentido, los ideales estoicos, se habían dispersado tanto que estaban perdiendo su identificación, con un sistema filosófico, y habían llegado a ser patrimonio común de todos los hombres. Cosa lógica puesto que la llegar a ser corrientes en una cultura que sustancialmente tenía ámbito universal y estas a su vez irían confirmando la creencia de que todos los hombres son hermanos en este mundo e iguales ante Dios, de ahí que existen algunos principios de conducta, que más tarde postularía la corriente iusnaturalista con sentido teológico, puesto que estos eran obligatorios para todos los hombres, no por que estén incluidos en un derecho positivo, sino porque son

⁴ Bryce, the law of nature, 1901, pag.589

⁵ Dig. I, 5,4

intrínsecamente justos y merecedores de respeto y valían en todo lugar por ser principios propios de la naturaleza del hombre, estos principios no hacían mas que sugerir que el respeto a las leyes de Dios y de los hombres, es un don innato de la naturaleza humana, y que siguiendo la guía de esa reverencia innata el hombre perfecciona Su propia naturaleza, preparándose de esta forma la idea de que el derecho tiene sus raíces en el plan formulado por la divinidad, como guía de la vida humana la cual se dio con mayor fuerza en el medioevo de nuestra era con el cristianismo, dando paso al auge del iusnaturalismo con sentido teológico.

CAPITULO II.-

DIFERENTES ASEPCIONES DEL IUSNATURALSMO

2.1.- EL IUSNATURALISMO CON SENTIDO TEOLOGICO

Como hemos visto la concepción del derecho natural con sentido teológico, no solo abarca el periodo cristiano y aunque este es de hecho él más importante, no podemos dejar a un lado la idea de un ente divino, que regia por sobre todas las cosas, en los periodos anteriores al cristianismo, ya en socrates se encontraba la incipiente concepción del monoteísmo, que con posterioridad sentaría las bases para la concepción moral-teologica del derecho natural que florece en Aristóteles y en los postulados de las teorías del alma de platon, a si como el concepto de hermandad e igualdad de los hombres en un ámbito universal, predicado por la filosofía estoica, conceptos todos que encontraron apoyo adicional en la difusión de las ideas cristianas, las cuales ejercieron una influencia efectiva en el desarrollo político y jurídico del Imperio romano, dicho en otras palabras la concepción del derecho natural que tuvo la iglesia, sufrió una fuerte influencia de los pensadores griegos, especialmente de Aristóteles y los estoicos, si como de los juristas romanos que habían puesto a prueba en el iusgentiun, los preceptos estoicos. El derecho natural en este sentido, fue adaptado a las doctrinas de la iglesia cristiana aislandolo de su intima conexión con el universo físico y transplantándolo a la esfera espiritual, convirtiéndose en un derecho divino manifestado por la revelación. Es así como la

actitud ético-política del pensamiento cristiano tiene sus raíces en el mundo romano y también en el mundo griego, de donde el cristianismo sustrajo algunos principios éticos-valorativos, para formar una nueva valoración que aparece en los primeros padres de la iglesia y al respecto, ⁶ “ Ernst Troeltsch, a mostrado en un interesante, estudio la forma en que los padres de la iglesia, tomaron de los estoicos la distinción entre derecho natural absoluto y relativo, adaptándola a las enseñanzas de la religión cristiana. Para el cristianismo el derecho natural absoluto, significaba el derecho ideal, que hubiera seguido imperando de no haberse viciado la naturaleza humana pura, con el pecado original, y con arreglo al derecho natural absoluto todos los hombres eran iguales, y poseían todas las cosas en común, no había gobierno, del hombre sobre el hombre, ni dominio de los amos sobre los esclavos, los hombres convivían en comunidades libres, bajo el imperio del amor cristiano. El derecho natural relativo era por el contrario un sistema de principios jurídicos adaptados a la naturaleza humana, el cual se produce por la caída del hombre en el pecado original, dándose la imperfección del ser humano, que lleva a la necesidad de formar instituciones de derecho, para regular y corregir la conducta del hombre, en un ambiente de injusticias. Pero los padres de la iglesia enseñaban que por esto era preciso, intentar siempre aproximar el derecho relativo, al ideal del derecho natural absoluto y la instancia a la que le corresponde esta tarea era la iglesia.”

Pero antes de proseguir en nuestro estudio es necesario, comprender el concepto de Dios, cristianismo e iglesia y en este sentido tenemos que a diferencia del dios platónico y más aun del dios aristotélico el cristianismo anuncia la existencia de un Dios que sintetiza la trascendencia con la inmanencia, por su trascendencia, Dios es absolutamente diferente a las cosas de este mundo. Por su inmanencia, Dios este presente en los seres mundanos, en las cosas y en el hombre, en otras palabras, Dios esta, presente en toda la naturaleza, además Dios es el creador del universo, por ultimo, Dios es amor lo cual significa que es el bien, solo con esta noción de Dios puede entenderse la cosmovisión cristiana, que coloca en la cúspide de los valores a la caridad y el amor, valores que el hombre como

⁶ citado por, Edgar Bodenheimer, teoría del derecho, colección popular, 1979, p. 143

creación divina debe de tener y que dictan la naturaleza de sus principios de conducta para con sus semejantes,

El cristianismo aparece con Jesucristo hijo de Dios, padre que mediante sus enseñanzas forma una religión, basada en estos principios, que ennoblecieron los conceptos filosóficos ya estudiados, y al respecto se hace fundamental dentro del cristianismo, la integración de una comunidad, la cual es la iglesia, cuya cabeza es el mismo Cristo, y sus discípulos son los padres de la iglesia, y es aquí en estos últimos que el derecho natural con sentido teológico cristiano, tiene su desarrollo,

Interesa anotar el nacimiento de la doctrina cristiana, por que nos hace comprender mejor las raíces del derecho natural con sentido teológico cristiano, ya que con esta imagen puede ser mejor comprendida la obra etico-politica, esencial de aquel momento, como es la Ciudad de Dios de San Agustín.

SAN AGUSTIN (354-430)

En la doctrina de san Agustín desempeñan un papel importante los postulados del derecho natural absoluto, asume san Agustín que el gobierno, el derecho positivo, y la civilización son producto del pecado original y son por ende consecuencia del derecho natural relativo, en consecuencia existe solo una ley eterna, que es la voluntad de Dios. Sostiene que para una comunidad espiritual perfecta no hay mas derecho natural que la justicia dictada por la voluntad divina. A partir de la patristica y de san Agustín, se desarrolla una etapa de la vida cristiana, que constituye el máximo florecimiento intelectual de la filosofía cristiana, siendo su mejor exponente Santo Tomas de Aquino.

SANTO TOMAS DE AQUINO (1225-1274)

Santo Tomas representa la cumbre del pensamiento medieval, concede, en mayor grado la necesidad de una transición de los ideales cristianos, con los hechos de la realidad expresados en el concepto del derecho natural relativo, para santo tomas el pecado es un atributo advenedizo de la naturaleza humana y el reino natural del hombre no es el reino de dios, ya que este es un reino sobrenatural, el derecho natural tomista no es un derecho puro o absoluto, como lo era para san Agustín, ya no existe solo el derecho natural como una manifestación de la ley eterna, sino el derecho natural como una manifestación de la voluntad divina aplicada a la condición propia de la naturaleza humana, por un lado

existe un derecho natural puro y por otro un derecho natural secundario, que tiene Sus bases en el anterior, esta especie de transición entre los derechos humanos y el divino, esta auxiliado por otro factor, el racionalismo teológico, que toma santo tomas de Aristóteles y lo incorpora a la filosofía cristiana, de esta forma la filosofía escolástica del siglo XIII, es esencialmente racionalista teológica, por que arguye que el hombre por naturaleza es un ser racional y su destino es el conocimiento de dios. Santo tomas atribuye a la razón como expresión máxima de Dios y de igual forma distingue cuatro clases de ley ⁷ “eterna, natural, divina y humana. La ley eterna es la razón del gobierno del universo existente, son todas las cosas sujetas a la divinidad y reguladas por una **ley eterna** que solo dios conoce pero los seres humanos pueden participar de ella por medio de la razón. **La ley natural**, ⁸ “es meramente un reflejo incompleto de los dictados de la razón divina, pero permite al hombre conocer algunos principios de la ley eterna, es la concepción que tienen los hombres de la voluntad de dios, mediante la cual les es posible distinguir entre bien y mal, por esta razón debe de ser la guía y medida de la ley humana, la razón humana aprehende como buenas todas las cosas, en las que le hombre por naturaleza, se tiene en primer lugar una tendencia natural a la conservación de su vida, y por ende como principio natural el hombre esta obligado a no hacer daño a nadie, consistiendo de esta forma en principios generales y abstractos. **La ley divina**, ⁹ “es la que le da un sentido muy particular a la ley natural, conforme a los dictados dados por Dios en cuanto a como devén de conducirse los hombres de acuerdo a lo revelado por Dios en las sagradas escrituras. **La ley humana**, ¹⁰ “ es una ordenación de la razón para el bien común promulgado por quien tiene el cuidado de la comunidad, la ley humana es así un acto volutivo del poder soberano del estado, pero para ser ley tiene que ser conforme a la razón, si contradice algún principio fundamental de justicia no será ley,” la parte más importante de esta teoría tomista es su concepto de ley natural, pues esta conlleva la idea de la separación del derecho natural y el derecho natural con sentido divino, la ley natural es expresión de la voluntad divina, pero esta voluntad asido dada a

⁷ Suma teológica, trad. Al ingles de los padres dominicanos, de la provincia de Inglaterra, parte II,(primera parte. Quaestio 93, art. 3

⁸ ibid. Q. 91, art. 3

⁹ ibid. Q. 90, art. 1

¹⁰ ibid. Q. 90, art. 6

conocer al hombre mediante la razón humana, preparando de esta forma la racionalización del derecho natural sin el arquetipo teológico, que se postulo mas adelante en los siglos XVII Y XVIII.

2.2.- EL IUSNATURALISMO CON BASE EMPIRICA

En el empirismo se invoca la existencia real del hombre a partir de sus impulsos, de sus sentimientos, de sus facultades humanas. En el derecho natural empírico, lo justo es lo que los hombres sienten y quieren como tal, este viene a ser un reflejo de la naturaleza humana, ya no como en el caso del racionalismo antes expuesto, ya que este es producto de la reflexión profunda del hombre y por consiguiente un derecho natural racionalista es lo que los hombres estatuyen como cierto de acuerdo a la reflexión de las cosas, siendo de este modo una adecuación de sus intereses, lo cual podría no ser verdadero, por el contrario el derecho natural empírico es lo verdadero, ya que presupone lo real de la naturaleza humana y se aproxima mas a la justicia natural, puesto que esta se capta mediante los sentidos y el sentimiento, siendo estos tan naturales como el ser humano y por ende propios Del mismo.

El empirismo proclama que los elementos éticos, morales, del derecho, no puede ser considerados verdaderamente científicos ya que estos no pueden ser reconocidos ni verificados por la experiencia, esta tendencia fundamenta con mayor fuerza al positivismo, por producir una noción del derecho íntimamente ligada a la voluntad del legislador que se basa en los hechos reales captados por los sentidos, para la elaboración de una ley.

2.3.- EL IUSNATURALISMO RACIONALISTA

Hemos visto ya algunos principios del derecho natural racionalista, en la filosofía griega con socrates platon y Aristóteles a sí como en el periodo, helenístico romano con la corriente estoica. Pero el racionalismo toma mayor fuerza a partir del renacimiento, el

adjetivo de escuela clásica que se le a dado al derecho natural racionalista, nos parece un tanto inadecuado ya que él termino clásico sugiere la antigüedad grecorromana, a si como el estereotipo del derecho racionalista, como algo determinado, lo cual es incorrecto ya que la concepción naturalista racional que postulan los autores de los siglos XVII Y XVIII, contiene características diferentes, por esto es preferible en cuanto a los postulados de estos últimos llamar a esta corriente, como escuela racionalista del derecho natural.

De esta forma tenemos que durante la edad media el centro de la vida, fue la iglesia y solo por revelación divina podía el hombre conocer la voluntad de dios, y la revelación estaba reservada exclusivamente a la iglesia, pero el protestantismo del siglo XVI, ataca la pretensión totalitaria de la iglesia, pues afirmaba, que ante dios todas las almas son iguales y por consiguiente todo mundo tenia acceso inmediato a dios, sin la necesidad de mediación sacerdotal, de esta forma se le concede al hombre un mayor grado de libertad y pensamiento, por ende surge en todas partes un espíritu de individualismo, permitiéndole al hombre formarse su propia opinión con respecto a dios, a las leyes y principios de derecho natural, mediante la razón humana, que permitía discernir los caminos y las Intenciones de Dios. Por consecuencia, se sostuvo la creencia de que había un cuerpo de derecho eterno e inmutable, que la razón podía descubrir y que el aspecto teológico del mismo solo residía en el otorgamiento de este derecho natural dado por Dios a los hombres.

Para la escuela del derecho natural racionalista posterior al renacimiento, el concepto citado de derecho eterno e inmutable, era aquel que nace con él con el hombre, como ser libre e independiente, y que este al vivir en sociedad había hecho un contrato social, para defender sus derechos naturales, propios del ser humano. Es decir esta escuela afirma una serie de principios a titulo de axiomas racionales, que pretende la protección de los derechos naturales propios del hombre como el derecho a la vida, la libertad y la igualdad, y aunque estos son en su contenido los mismos del iusnaturalismo teológico, la diferencia radica en su en su fundamento racional axiológico, que en otras palabras, estos son derechos naturales valorativos de carácter racional, ya que se concibe que el hombre a vivido en un estado de natural, individual y libre con la plenitud de sus derechos

innatos. Pero antes de proseguir debemos de ver primero que significa el concepto de racionalismo en el derecho natural.

2.4.- EL RACIONALISMO Y DERECHO NATURAL

Por racionalismo ¹¹ “ se entiende en un sentido amplio toda doctrina filosófica en la que se exagera el papel de la razón con detrimento de la experiencia, es el método de investigación, cuyo criterio de verdad son los datos obtenidos por deducción, con exclusión de los datos empíricos obtenidos inducción, por consiguiente la escuela del derecho natural racionalista parte de principios inmutables del orden natural, para construir racionalmente un orden de derecho.”

Del mismo modo que la teología protestante aceptaba que podía emplearse la razón humana, para discernir la voluntad de Dios, la escuela natural racionalista, sostuvo que se podría descubrir el derecho natural por medio de la razón. Y en este sentido el tratadista jurídico Edgar bodenheimer, nos dise ¹² que pueden distinguirse en el derecho natural racionalista, tres periodos en el desenvolvimiento de esta, los cuales corresponden a tres etapas sucesivas del desarrollo social, económico e intelectual, la primera etapa conlleva el proceso de emancipación de la teología medieval y el feudalismo, a este periodo corresponden las teorías de Hugo grocio (1596-1650) y renato descartes (1596-1650), en el segundo periodo el derecho se convierte en un instrumento para evitar la autocracia y el despotismo, en el tercer periodo se le da mayor importancia a los derechos naturales del hombre y a la forma de gobierno y al estado,”

RENATO DESCARTES

El cartesianismo afirma como premisa universal la existencia humana individual, el racionalismo recibe de descartes la base filosófica ya que presupone que el criterio de verdad, son las percepciones claras y distintas del pensamiento, descubriéndose de esta forma la consciencia racional, y esta a su vez es la instancia reguladora de toda teoría y de todo principio de la conducta practica.

¹¹ Miguel villorio toranzo, introducción al estudio del derecho, porrua, 1994, p.49

HUGO GROCIO

Corresponde a grocio, él haber preparado el terreno para la doctrina del derecho natural racionalista o clásico, separando al derecho de la teología y la religión, puesto que creía al igual que los estoicos, que hay un derecho natural, que tiene su fuente en la naturaleza del hombre, y este derecho existiría aunque no hubiese Dios o aunque no se ocupara de los asuntos terrenos y humanos. De esta forma el derecho natural estaba firmemente arraigado en las cualidades racionales, y estas cualidades racionales del hombre, encontraban clara expresión en el impulso social del ser humano, el cual tiene una sociabilidad innata que le permite convivir pacíficamente en sociedad, y de esta forma todo lo que era conforme a ese impulso social y a la naturaleza del hombre, como ser racional, era bueno y justo.

Para Hugo Grocio ¹³ “ el derecho natural es, un dictamen de la recta razón, que indica a alguien la existencia de un desorden moral o una necesidad del deber moral, de acuerdo con su conformidad o inconformidad de su misma naturaleza, racional y social.” Por consiguiente ¹⁴ “ el bien o el mal no dependen del orden objetivo natural, sino del modo como la razón, considere que algo se ajusta o desajusta al concepto formado de la naturaleza racional y social del hombre.”

Para grocio existen dos métodos de conocer el derecho natural uno a priori que conlleva un criterio filosófico y otro a posteriori que conlleva un criterio popular. El método a priori, se da cuando se conoce con anterioridad mediante la reflexión racional la conformidad o disconformidad de una cosa, es decir cuando el supuesto se reconoce con anterioridad y se percibe si es conforme o inconforme a los principios de derecho natural. El método a posteriori, se conoce cuando se comprueba que algo es creído y conocido como justo por todos los pueblos, para grocio el derecho natural consistía en todo caso como aquellas reglas que han sido aceptadas como obligatorias por muchas o todas las naciones, pero estas tenían sus raíces más profundas, en los principios naturales de la vida social y aunque grocio contribuyo a los supuestos de la teoría del estado mediante su visión de la comunidad como un contrato social, tal y como lo veremos mas adelante

¹² Edgar bodenheimer, teoría del derecho, colección popular, 1979, p. 154

¹³ hugo grocio, de jure belli ac pacis, trad. Ingl. Kelsey, 1925, p.9-11, citado por Edgar bodenheimer, teoría del derecho, colección popular, 1979, p.155

en forma superficial cuando abordemos la teoría del estado en correlación con el derecho, grocio tubo mas influencia en las relaciones internacionales de los mismos, de esta forma la importancia que tiene grocio en el derecho no deriva de sus postulados como conceptos puros del estado, sino de su Concepción de un derecho natural racional, que regula las relaciones entre estados.

Las teorías de grocio, a sí como los postulados filosóficos que se dieron en este periodo por otros autores, determinaban primordialmente al derecho natural como un instrumento para regular al estado producto del contrato social y de igual forma no dejaron de percibir el fundamento de que el derecho debía de ser una salvaguarda que otorgara seguridad y protección contra el despotismo del estado contra los gobernados y la tutela de sus propios derechos para con los demás que el estado debía de garantizar.

En el segundo periodo del derecho natural racionalista el derecho se convierte en el instrumento para evitar la autocracia, pues era primordial la protección de la libertad individual, contra la invasión en la esfera jurídica del gobernado por parte del estado, pasando de este modo a ser la supremacía que garantizaba, los derechos individuales, al respecto John Locke (1632-1704) ¹⁵ “suponía que el estado natural del hombre era de perfecta libertad y que en él, los hombres estaban en situación de determinar sus acciones y disponer de sus personas a sí como de sus pertenencias, según les pareciera oportuno, era además un estado de igualdad en el que ningún hombre, estaba sometido a la voluntad de otro o de autoridad de otro, este estado de naturaleza se hallaba regido por un derecho natural que Enseño al hombre que nadie debía perjudicar a nadie en su vida o libertad, decía locke que esta situación produjo grandes inconvenientes, por que el goce de los derechos naturales era inseguro y para evitar esto y en interés general, los hombres hicieron un pacto por el cual acordaron unirse en sociedad y de esta forma surgió la construcción de un cuerpo político en el que gobierna la voluntad de la mayoría y en este contrato cada individua pactaba la entrega voluntaria de sus derechos naturales, para que el estado salvaguardare estos derechos del individuo.” Como vemos en esta teoría de locke, se deja sentir de forma sustancial los postulados de derecho natural absoluto y relativo de los estoicos.

¹⁴ ibid.bodenheimer, teoría del derecho, p.155-156

Por otra parte los postulados del Barón de Montesquieu,(1689-1755) son un complemento primordial a las teorías de John Locke, ya que los dos postulaban la idea de que la libertad humana era la meta suprema de una nación y la filosofía de estos pugnaba por un sistema de gobierno bajo el cual se pudiera alcanzar la libertad.

Montesquieu, decía al respecto que ¹⁶ “ una experiencia eterna ha demostrado que todo hombre investido de autoridad puede abusar de ella y solo puede ser detenido hasta que encuentre una barrera, y para evitar tal abuso es necesario que el poder se vea contrapesado por el poder y la forma mas segura de gobierno sera aquella en la cual existan tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, para que cada uno limite al otro, en este periodo surgen la teoría de la separación de poderes, a si como la declaración de los derechos del hombre, que están íntimamente fundamentados en los derechos naturales del hombre.

Los juristas de la escuela racionalista del derecho natural prepararon el terreno para el orden jurídico de la civilización moderna, consiguieron esclarecer muchos de los elementos constitutivos de todo sistema jurídico moderno, tal es el caso que el derecho natural racionalista, contribuyo a la abolición del vasallaje, la esclavitud, la libertad religiosa, fundamento los principios generales de derecho, dio un fuerte impulso a la legislación, pues el hombre mediante sus facultades racionales, era natural que tratase de elaborar en forma sistemática todos los principios y normas de derecho natural y de incorporarlos a un código, lo cual rindió sus primeros frutos en este sentido, al crearse el código de Federico de Prusia, promulgado en 1794, o el código napoleónico de 1804 entre otros por citar algunos ejemplos, los cuales contienen en forma Sustancial los postulados del derecho natural racionalista.

De esta forma tenemos que las características del derecho natural racionalista son:

1.- el predominio de la razón humana que le otorgaba al hombre la libertad, para discernir los principios valorativos del derecho natural independientes de la concepción teológica.

¹⁵ Locke, two treatises on government. Ed. Morley, 1884, lib. II, cap. II sec. 135

¹⁶ Montesquieu, opus cita

- 2.- la concepción existencialista del hombre en estado natural e individual, con la plenitud de sus derechos innatos, de los cuales goza por naturaleza propia.
- 3.- la afirmación de los postulados axiológicos, como antecedentes intelectuales más importantes del estado, producto del contrato social, hecho por el hombre.
- 4.- la noción del estado de derecho como ente regulador y protector de los derechos naturales del hombre.

CAPITULO III

LA CONSEPCION MODERNA DEL DERECHO NATURAL

3.1.- INTRODUCCION.

El positivismo jurídico y el historicismo que se dio a mediados del siglo XIX, negaban la existencia y la posibilidad de un derecho racional e inmutable, debiéndose en gran parte a que los juristas positivistas, tratan de limitar el campo de la teoría jurídica a un análisis técnico del derecho positivo, establecido y aplicado por el estado. Es la época de oro del positivismo, que deja casi por completo a un lado el aspecto valorativo y moral del derecho, ya que en este sentido la moral es tan solo aquello que en orden a la conducta individual, observa y acata la generalidad de los de los hombres, de acuerdo a sus costumbres y valores en una sociedad determinada y en una cierta época y esta se puede o no acatar.

Por consiguiente es el estado mediante sus normas positivas, el único capaz de establecer un verdadero estado de derecho que otorgué garantías suficientes al gobernado para que este se pueda desarrollar en paz y con libertad. De esta forma se da la tendencia a minimizar el contenido del derecho natural, dándose por consiguiente el supuesto que para muchos, autores contemporáneos, el derecho natural es un simple principio regulativo, del derecho positivo, a si como un sedimento de ideas generales, que en definitiva no se traduce en preceptos concretos.

De esta forma el positivismo y el estado, al analizar los sistemas jurídicos existentes desde el punto de vista técnico pudieron permitirse dar de lado, los postulados filosóficos

del derecho natural, porque los principios del derecho ya estaban en cierta forma establecidos.

Pero los cambios políticos y sociales que se estaban dando, como el movimiento del proletariado con el marxismo, pusieron en tela de juicio la valoración de estas instituciones, entrando en crisis la institución del estado y el positivismo, irrumpiendo nuevamente en la problemática filosofía jurista, los criterios iusnaturalistas y en general los conceptos valorativos del estado y las normas positivas conforme al derecho natural, Este eterno retorno del derecho natural, apunta a una convicción, arraigadísima, no solo de la consciencia colectiva, sino también de la conciencia filosófica, que reiteradamente ha vuelto a la proclamación de una justicia y una rectitud moral inherentes a un orden esencial de la realidad valorativa natural humana.

Pero como hemos visto uno de los factores importantes que dieron origen al resurgimiento del derecho natural, fue el socialismo postulado por Carlos marx, a sí como las atrocidades cometidas por los alemanes en la segunda guerra mundial, contra los derechos naturales del hombre, cosa que se dio sobre la base de la justificación de un estado germánico superior mediante un derecho positivo racial, de esta forma el ideal que se tenía de un derecho positivo, como la única forma verdadera de derecho y del estado como la forma idónea de gobierno, se vieron resquebrajados. Pero veamos de forma somera en que consiste el socialismo y las características principales del estado nazi, ya que en cierta forma dieron pauta a lo ya antes expuesto.

3.2.- LA TEORIA MARXISTA DEL DERECHO

La teoría de que el derecho es un producto de las fuerzas económicas fue desarrollada por Carlos marx (1818-1883) y Federico engels (1820-1895) los fundadores del llamado socialismo científico, o materialismo dialéctico, dialéctico por que por que incorpora la idea del filosofo almena hegel, y su método dialéctico, el cual se entiende como la ley universal del devenir, e inclusive como un proceso de cambio, que habla de la evolución de todo ente espiritual o material, que logra la asimilación o superación de lo anterior, de esta forma y aplicando estos conceptos filosóficos hegelianos, marx y engels, creían que ¹⁷

¹⁷ engels, anti-during, trd.ingl. burns, 1934, p. 309, trd. Español, de w. Roces, madrid, 1932

“ el socialismo era el siguiente estadio de la evolución humana, ya que este sería un sistema social superior al sistema capitalista, que le precedía, y que un orden socialista o comunista de la sociedad podría prescindir de instrumentos coactivos, tales como el estado y el derecho.” Materialismo, por que pone la raíz del cambio evolutivo, no en el mundo espiritual como quería Hegel, si no en lo material, y socialismo por que es un sistema basado en un grupo social que lo es todo.

En el estado nazi no existían, ni eran garantizados los derechos individuales, en consecuencia el hombre quedaba reducido a ser una célula de la comunidad sin tener derechos subjetivos, los cuales tienen sus raíces en el derecho natural, el estado se conceptualiza con una base ideológica-racista, que expresaba la unidad de la raza aria, el Führer o Canciller utiliza al estado como un instrumento de su poder, es el dirigente supremo del Reich, ese poder lo tiene el Führer de manera natural, pues no lo recibe del pueblo sino que lo posee por ser el representante de la raza la ley era un acto del Führer, lo cual hacía que las leyes perdieran su carácter general, carácter que dicta el principio de certidumbre jurídica y como resultado de esa pérdida desaparecía la seguridad jurídica.

De esta forma y habiendo visto un bosquejo de lo que eran las ideas y teorías totalizadoras que se estaban dando en esta época, las cuales por una parte, sostenían al socialismo como un sistema común y social que desterraba al estado y al derecho positivo y por otra parte un estado nazi totalitario que llevaba hasta su último estadio al despotismo basado en un ideal político, racista. De esta forma tenemos que el marxismo desencadena un ataque frontal contra el orden económico, social y jurídico, existente, ya que el individualismo, el liberalismo, el estado y el derecho fueron objeto de una violenta crítica por parte del comunismo;

Tal era el supuesto con el que se enfrentó el positivismo que este no podía ser fácilmente resuelto mediante los conceptos e instituciones tradicionales del derecho positivo, lo cual condujo a una reconsideración de la naturaleza y principios básicos del derecho, y en este sentido la mayor parte de las nuevas filosofías jurídicas que surgen en Europa a comienzos del siglo XX, constituyen intentos de hacer frente al comunismo, así como el de reanalizar las instituciones del derecho positivo, para evitar que se de, el caso del estado totalitario nazi. Todo lo anterior logra que el hombre regresara a la cuestión

axiológica del derecho y por ende al derecho natural, dándose dos corrientes que confluyen al respecto y las cuales son el Neokantismo, y el Neotomismo.

3.3.- ANTECEDENTES DEL NEOKANTISMO

Para hablar del neokantismo debemos primero de ver los postulados de immanuel Kant, (1724-1804) referente al derecho natural, en cuanto a la libertad, la moral y la estimativa jurídica de los juicios conforme a su valor.

Para kant la libertad era un derecho innato y natural del hombre, un derecho que encierra en sí mismo la igualdad, ya que postula que todo individuo es independiente he individual y de esta forma la idea de libertad es un atributo fundamental del concepto derecho, Kant definía el derecho como ¹⁸ " el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de un individuo puede coexistir con el arbitrio de otro, bajo una ley general de libertad." De esta forma Kant sostenía que la libertad, debía ser uno de los fundamentos de todo derecho, por ser esta tan natural como la vida misma del hombre y esta por ser un derecho natural inherente al hombre adquiere un carácter individual. En este periodo se da la tendencia que garantiza al ser en su forma individual mediante una esfera inviolable, para que este se pueda desarrollar en total libertad y esto se da solo a través del derecho. De esta forma se reconoce el derecho del individuo a modelar su vida, individual, según su propia voluntad, por consiguiente los principios de libertad y autonomía individual fueron ganando terreno en el derecho, lo cual dio fundamento para que los principios morales pasaran de la esfera de la vida social a la esfera de la vida individual, ya que la moral se convierte en cierta forma como en asunto de conciencia individual, por ser estos principios propios del individuo, carentes de un orden coercible, siendo por consiguiente la moral un mero instrumento, ético del derecho y en este sentido para Kant, el derecho pertenece al dominio de la acción externa y la moral es solamente un asunto de la vida intima del individuo, de esta forma surge con mas precisión la separación de derecho y Moral.

En lo referente a la estimativa jurídica, que habla de los juicios conforme a su valor, kant, parte de la apreciación subjetiva u objetiva de las cualidades que caracterizan a un

objeto, conforme a lo que podemos conocer del mismo, a su vez kant establece que ya contamos con un conocimiento que ha sido elaborado en nuestra memoria por medio de la representación, siendo de esta forma la estructura del pensamiento por medio de juicios a priori y a posteriori. El juicio a priori es aquel que no depende de la experiencia, aunque puede proceder de ella, es decir que al formular un juicio de valor, es muy probable que este juicio haya sido aprehendido o adquirido por quien lo pronuncia, pero el hecho de que haya sido adquirido es secundario, ya que lo que importa es el valor que tenga el juicio por si mismo, por ejemplo: si nosotros pensamos que el agua es fundamental para la vida del ser humano, estamos formulando un juicio de valor, pues le estamos dando una característica fundamental e innegable a este liquido, puesto que este juicio no depende de nuestra experiencia personal o particular, si no que es una verdad aceptada por cualquier conciencia racional, y en este sentido, es independiente de la experiencia subjetiva de quien lo formule, por lo tanto tenemos que los juicios a priori son en esencia universales. En cambio un juicio a posteriori proviene de la experiencia y depende de la misma, esto es que si formulo un juicio, como: hoy hace mucho calor, se debe a una experiencia propia y puede no ser valida para otra persona, por lo tanto los juicios a posteriori son en esencia particular y se dan después de la experiencia.

3.4.- EL NEOKANTISMO

Rudolf Stammler, (1856-1938) tiene el mérito de haber hecho resurgir el interés filosófico por la teoría del derecho, ya que sostenía que ¹⁸ “ además de investigar el derecho positivo era fundamental concebir una teoría del derecho justo, el cual tiene que basarse en el razonamiento lógico, a su vez, stammler distinguía la idea de derecho como la realización de la justicia, ya que esta postula que todos los esfuerzos jurídicos se dirigen a la finalidad de lograr la armonía mas perfecta de la vida social, de esta forma la justicia es un principio de regulación jurídica” ¹⁹ “ el ideal social es para stammler, una

¹⁸ kant, metaphysische, anfangsgrunde der rechtslehre, 1797, intud. Sec.B , trad.ingl. hastie, kants philosophy of law, 1887, p. 45

¹⁸ stammler, theory of justicia, trd. Ingle. Husk, p. 153, wirtschft und rech, citado por Edgar bodenheimer, teoría del derecho, colección popular, 1979, p. 201

¹⁹ ibid. Teoria del derecho, p. 201

comunidad de hombres de voluntad libre.” A sí mismo postula stammler que ²⁰ “ no hay una sola norma jurídica, cuyo contenido positivo pueda ser fijado a priori, ya que en su opinión dos sistemas jurídicos que tengan normas y principios jurídicos diferentes, pueden ser conforme a su ideal social, este ideal no es un sistema de derecho natural, si no un mero principio formal, siendo a lo mas un derecho natural de contenido variable.” Esto es que los principios de derecho natural son universales, y las normas positivas son de acuerdo al ideal social de cada pueblo, por lo cual no puede fijarse, como verdad para todo sistema jurídico los principios de una norma positiva, en forma a priori o antes de, pues estos son variables de acuerdo a su ideal social.

En contra posición, el filósofo italiano, giorgio del vecchio, ²¹ “ cree en la existencia de un derecho natural absoluto, que es idéntico al ideal de justicia, ya que deriva de la naturaleza del hombre, como ser racional, siendo la autonomía de la personalidad la base de la justicia.” Del vecchio esta convencido de que la evolución de la humanidad conduce a un reconocimiento cada vez mayor de la autonomía humana y por ende a una gradual realización y triunfo del derecho natural,

3.5.- EL NEOTOMISMO

El Neotomismo deriva de las enseñanzas de santo tomas de Aquino, y sus teorías, estas fueron aceptadas por los juristas contemporáneos más destacados en Francia, filósofos como: geny, charmont, lefur, renard, los cuales tienen una actitud fundamental común, respecto a los fenómenos de la ciencia y la filosofía jurídica, ese elemento común es la creencia en un derecho natural anterior al positivo y superior al mismo, retoman y tratan de resucitar la filosofía escolástica de santo tomas, como hemos visto santo tomas considera al derecho como una participación humana en la razón eterna de Dios, la cual es aprehendida por la razón humana, los neotomistas aceptan el concepto de derecho natural, para renard ²² “ el derecho es idéntico a la idea del bien común y de justicia ya que estos comprenden aquellos principios que derivan directamente de la naturaleza del

²⁰ ibid. Teoria del derecho, p. 203

²¹ del vecchio, lezioni di filosofia del diritto, tercera edición, 1937, p. 472, cit. Por bodenheimer, teoria del derecho, c.p. 1979, p. 204

²² renard, la valeur de la loi, 1928, p. 14

hombre en cuanto a ser de razón.” Para geny ²³ “el derecho natural son aquellas reglas racionales que emanan de la naturaleza de las cosas.” Esta corriente considera a los principios de derecho natural, como reglas eternas revestidas de validez absoluta, a sí mismo postula que una ley positiva que contravenga, a los principios del derecho natural debe ser nula y por consiguiente carece de todo carácter obligatorio, el neotomismo es en esencia una corriente que resalta los valores inherentes al sé humano, valores que deben de contener toda norma de derecho positivo, para que esta pueda ser valida y esta pueda llevar acabo su fin que es el de proteger y garantizar los valores.

3.6.- EL DERECHO NATURAL Y EL VALOR.

Hemos llegado a uno de los puntos medulares de nuestro estudio referente a la objetividad de la justicia en el derecho, puesto que la Justicia es en si el Valor supremo del derecho, es por lo tanto imprescindible, el tener una noción de este concepto, llamado valor, que tanto atañe al derecho natural. Y para tal supuesto es necesario remitirnos a la axiología.

3.7.- AXIOLOGIA.

En su aspecto general la palabra axiología proviene de la raíz griega axios que significa precioso, digno, terminología que los griegos usaban para referirse al concepto que sé tenia de los valores interiores o subjetivos del ser humano, que conllevan a la forma del deber ser de la conducta conforme a estos valores, a este respecto abordaremos tres vertientes que se ocupan del valor;

a) Subjetivismo axiologico.

En este aspecto diremos que los valores van de acorde a la naturaleza de cada individuo, puesto que los valores son reflejo del espíritu, sobre las cosas y es el propio sujeto el que les da valor, ya que en cada persona intervienen diferentes factores en la apreciación subjetiva de un bien, ya sea de índole espiritual, estimativa, material, moral, o estético,

²³ geny, la notion del droit en france, archivos de filosofia del derecho en la sociologia juridica, 1931, p.19

esta apreciación subjetiva es la percepción individual que hace el sujeto sobre determinado ente en su interior, de acuerdo a la utilidad que este le provea para satisfacer sus necesidades, físicas, espirituales, morales o de cualquier índole, este tipo de valor surge en el interior de la razón y es mediante la intuición que el hombre le da valor a una cosa.

b) Ontologismo axiológico

Es el aspecto objetivo del valor, su ser propio ya que el ontologismo, considera que los valores existen por si solos, sin la necesidad de un factor externo para su validez de los mismos, puestos que estos no dependen de la voluntad de los individuos, ya que del sujeto dependerá captarlos o hacerlos parte de su esencia,

c) axiología social

En este sentido se considera a los valores como creación del hombre en sociedad, es decir como aquellos valores comunes que son compartidos por un grupo o una colectividad, necesarios para alcanzar un fin y bien común.

3.8. - JUICIOS DE VALOR.

LOS juicios de valor conllevan a la apreciación de una cosa o de un hecho, en este tipo de juicios se dan primeramente en el aspecto subjetivos individual o colectivo, al hacer un discernimiento en la escala de calores, sobre la importancia e interés que trae consigo el objeto o hecho, después de este proceso surge la apreciación cualitativa a fin con las pretensiones requeridas del sujeto. En los juicios de valor intervienen cuatro factores que son: la apreciación espiritual, material, estética y moral, haciendo el individuo o la sociedad su propia apreciación subjetiva del objeto o hecho, conforme a la inclinación que se tenga a cualquiera de estos o en conjunto. En el fondo todos los juicios de valor se pueden considerar como pensamientos enunciativos, ya que en cierta forma, expresan un modo de ser del valor, o sea un modo del deber ser del valor, cosa que nos conlleva directamente a la axiología jurídica, por que si la ontología jurídica es el ser del derecho, la axiología jurídica es el deber ser del derecho, es decir el cómo debe ser el derecho, de

acuerdo a los valores, por esto el derecho conlleva a la realización de la justicia, pues su deber ser es el de procurar justicia. Cabe en este punto aclarar, para no confundir, que la ontología y la axiología jurídica son dos cosas diferentes, es decir el ser y el deber ser del derecho respectivamente, el ser u ontología jurídica en su forma general abarca a todo el derecho, no se limita a una sola excepción sino que lo comprende todo, tanto al derecho positivo como al derecho natural, en cambio el deber ser jurídico conforme a la axiología, comprende mas específicamente al derecho natural ya que este es en si un conglomerado de valores universales.

3.9. - ÉL DEBER SER JURIDICO.

Como hemos visto en los juicios de valor el derecho en su sentido axiológico es una forma del deber ser, pero en este sentido en la conformación de los deberes, nos encontramos con dos supuestos:

Uno lo que es debido conforme a los preceptos de derecho y otro lo que debe ser debido o no conforme a los fines y valores del derecho, el primero es de estructura lógica del sistema, y el segundo es de carácter ético. Es decir, tocante a la aplicación de las leyes el juez en el primer supuesto, de lo que es debido conforme a los preceptos de derecho, al dictar sentencia debe de aplicar las leyes tal y como se encuentran formuladas aun y por encima del sentimiento de justicia o injusticia ya que esta obligado a juzgar de acuerdo a los mandamientos jurídicos existentes y vigentes.

Y en el otro supuesto de lo que debe ser debido o no conforme a los valores y fines del derecho es precisamente eso, que el derecho se apegue en su creación y aplicación a los valores y fines del mismo. De esta forma tenemos que la diferencia axiológica de estos supuestos, es que lo que jurídicamente debe ser en sentido positivo, no prejuzga sobre la valoración de los deberes jurídicamente impuestos, y en cambio él deber ser, antepone la valoración al debe ser de los postulados jurídicos, así mientras que desde el punto de vista lógico jurídico se estudia lo que es el debe ser, en el punto de vista ético se busca lo que debe ser o como debe ser el debe ser positivo.

3.10. - LOS VALORES DEL DERECHO NATURAL.

Se ha visto ya lo que es la axiología jurídica la cual es el deber ser del derecho a si como las diferentes acepciones del mismo, pero nos resta por conocer el valor conforme al derecho natural y en este sentido podríamos decir que el valor en el derecho natural es el deber ser del mismo, y al respecto debemos de precisar que en efecto es un modo del deber ser. Pero un deber ser conforme a que, y en este sentido no debemos olvidar que esta cuestión axiológica es en cierta forma un aspecto enunciativo ya que dicta lo que debe ser, y es precisamente en este punto que la finalidad de este enunciado, es que él deber ser, es conforme a los valores del

derecho natural, es decir a aquellos principios eternos e inmutables, que son la justicia, la igualdad, la equidad, la libertad entre otros, valores que son aprehendidos como bienes que exigen ser respetados, valores que se encuentran inmersos en la moral y en el alma humana, puesto que atienden a la rectitud de los actos del hombre, de los cuales este se sirve para regular sus actos y lograr sus últimos fines, como el bien común, y Es en estos conceptos que el derecho natural tiene su fundamento y mientras exista el ser humano, existirán estos valores y mientras existan estos valores existirá el derecho natural.

SEGUNDA PARTE

DERECHO POSITIVO

CAPITULO IV

EVOLUCION HISTORICA DEL DERECHO POSITIVO

4.1. - INTRODUCCION

Para tener una noción más precisa de lo que es el derecho positivo, trataremos de ver primero algunas de las características de la evolución histórica del mismo y para tal supuesto nos encontramos con que la historia de la cultura humana, nos proporciona, innumerables evidencias del derecho positivo, ya ²⁴ “ en el tercer milenio A. De C. Varios estados de mesopotamia disponían de disposiciones, escritas en lengua acadia o en sumario, referente al derecho, tal es el caso del pueblo de -ur- donde el rey -- ur-engus – (2450 a de c.) dejo asentadas las leyes de samas, o en babilonia donde hammu-rabi, estableció el código de hammu-rabi.” A si también en el antiguo egipto existen algunos jeroglíficos, que expresan términos técnicos que hacen referencia al derecho positivos, como aquella inscripción en la tumba de -- rekmi-re,-- que reza no actúes como desees en casos donde el derecho aplicable es conocido. Pero es la cultura griega, la que dispone de términos técnicos y una amplia literatura jurídica, y aun que en este periodo tubo un mayor desarrollo los postulados de derecho natural, también podemos encontrar indicios inequívocos del derecho positivo y en este punto debemos aclarar que para estas culturas citadas, el concepto de derecho positivo como tal, no era otro que el derecho escrito, el derecho hecho y aplicado por los hombres y en este sentido tenemos que es ampliamente conocido el hecho de que el derecho positivo y la jurisprudencia alcanzan en roma niveles impresionantes, mas sin embargo, también es al igual conocido la formidable influencia que ejerció la filosofía griega, sobre la cultura romana, incluyendo a la propia jurisprudencia y al derecho escrito, y aun que nunca existió en Grecia una

²⁴ driver, O. R. Y Miles. J.C., the babilonian flow I, legal comentary, oxford university press, 1952, p. 5

colección sobre derecho griego, comparable al corpus iuris civilis de los romanos, si podemos decir que los griegos gozaron de un derecho positivo, ya no en forma de un orden sistemático basado en códigos, sino más bien y en gran parte, en un derecho consuetudinario interpretativo, después fue tornándose en positivo mediante leyes escritas, pero para entender mejor este concepto debemos de profundizar en la historia del pueblo griego y su formación jurídica

4.2. - LOS GRIEGOS Y EL DERECHO POSITIVO

y de esta forma tenemos que ²⁵ “ la ciudad estado griega estaba formada por una comunidad pequeña, constituida políticamente por un grupo compuesto de jefes de familia, los paterfamilias, como dirían los romanos, y estos a su vez se encontraban bajo la dirección de un jefe civil, a quienes se le confería el cargo militar y religioso, este líder político se encontraba rodeado por un consejo formado por las cabezas principales de la comunidad, este consejo político tenía el carácter de asamblea, la cual tenía poder en los asuntos políticos y jurídicos, el lugar donde se reunía la asamblea se llamaba ayopa y es en esta donde los individuos exponen sus problemas jurídicos y sociales, es aquí donde tenía lugar el enjuiciamiento, en forma pública y en este sentido el derecho se presentaba en forma de costumbres enunciadas con carácter imperativas, que eran respaldadas por la opinión pública y en este sentido si la presión social dictaba que existía una norma establecida por la sociedad, se imponía una obligación a aquel que presumiblemente había infringido el supuesto señalado por la norma, dándose a sí las normas consuetudinarias pero revestidas de sanción y emanadas de un poder, por ende la presencia de estas normas, es suficiente para transformar el régimen de normas primarias de obligación, en lo que es un orden jurídico, de esta manera puede decirse que el procedimiento de creación normativa en el pueblo griego, es la enunciación y aplicación autoritativa de estas normas las cuales eran expresadas por un órgano de la comunidad y sancionadas por una aceptación general, mediante un pronunciamiento público, hecho por el ayopa que estaba integrado por el jefe civil y el consejo, ahora bien debemos de

²⁵ en esta explicación sigo particularmente el celebre trabajo del jurista, Rolando Tamayo y Salmerán, el derecho y la ciencia del derecho, universidad autónoma de México, 1984, p. 197-209, que aporta sin lugar a dudas un gran conocimiento a este trabajo, en cuanto al derecho y la cultura griega

aclarar que en este punto de la historia no había huella de algo que pudiera parecerse a una legislación, sino que las leyes se encontraban determinadas por la tradición y sabiduría jurídica acumulada. No obstante los intentos por racionalizar la actividad jurídica dieron origen al establecimiento de precedentes, los cuales al ser mencionados y seguidos en forma consuetudinaria se convirtieron en reglas que se observaban, aplicaban y sancionaban.

De esta forma el derecho consuetudinario tiene ciertamente un comienzo quizá remoto, pero no obstante tiende a ser considerado por aquellos a quienes rige como un derecho absoluto e inmutable, siendo por ende los principios establecidos por los jueces, como algo existente. A sí aparece la idea de que los jueces aplican un verdadero derecho dado de antemano, como algo escrito, ya que cada decisión se encuentra previamente establecida, y ellos no hacen sino aplicarla, lo cual es característica ineludible del derecho positivo y sus instituciones, lo que nos conlleva en este sentido a que la escriturización del derecho consuetudinario, como en el derecho positivo, no es más que forma, que se da en los primeros códigos griegos, como el código de Dracon establecido por Salón, el cual compilaba el derecho consuetudinario de este pueblo. A sí también nos encontramos en la cultura griega, algunos antecedentes del derecho positivo, en forma de postulados o teorías filosóficas que nos hablan ya de una noción de este sistema jurídico positivo, tal es el caso de la doctrina de los sofistas, que se dio a la par de la decadencia del mundo griego, esta corriente representa y defiende la posición política y religiosa conservadora del politeísmo. Los sofistas postulaban que el derecho, las instituciones y el estado es el resultado del triunfo de los más fuertes sobre los más débiles en la organización de la vida social. Este supuesto resulta un poco bagó de un sistema jurídico positivo, pero también extraña una manifestación positiva, por la interpretación de las instituciones, como entes reguladores y revestidos de poder, a sí también el concepto de justicia para esta corriente no era más que lo que le convenía al más fuerte, como postulaba Trasímaco o el sofista Protágoras que sostuvo que las leyes hechas por el hombre eran obligatorias y válidas sin considerar su contenido moral o calicles que por el contrario decía que las leyes y las instituciones del derecho escrito son instrumentos de los más débiles para no perecer ante los más fuertes, mas sin embargo, la afirmación o

negación del orden positivo por estos pensadores, nos habla ya de una noción de lo que es el derecho positivo. Puesto que conlleva un reconocimiento de las instituciones y normas positivas, pero fue con el pueblo romano donde el derecho positivo adquiere una forma más estructurada pero para entender la evolución del derecho positivo en roma tenemos que ver primero a grandes rasgos, el desarrollo histórico de este pueblo.

4.3.- LOS ROMANOS Y EL DERECHO POSITIVO

Y al respecto tenemos que ²⁶ “ numerosos autores, convienen en que roma fue fundada por tres tribus: los rammes, los ticiences y los luceres, la primera de descendencia latina, la segunda proveniente de los sabinos y la tercera de origen etrusco.” El núcleo social de los romanos eran las Gens, que tenían sus raíces en la familia la cual se encontraba bajo la autoridad de un jefe, al que los romanos llamaban Paterfamilias, y estos a su vez tenían el poder político, ya que constituían la nobleza de raza, estos jefes conformaban la asamblea curiada, que deliberaba sobre los intereses de la ciudad y se les decía patricios, los cuales provenían de las diferentes Genes, ²⁷ “ la gens, era un conjunto de familias muy extenso, que descendía de un antepasado común.” ²⁸ “ la religión para los romanos se da en forma sencilla y esta en un principio carece de cosmogonia o mitología, pues esta tiene como fundamento la conciencia religiosa de todo hombre, que busca su convicción en un poder superior propio de las fuerzas de la naturaleza.” Siendo por consiguiente, el rendir culto a las mismas mediante ritos, o dicho de otra forma el culto a las cosas Sacras, el sagrado culto, y no fue que hasta con posterioridad y debido a la influencia Griega que los romanos le otorgaron una personalidad concreta a sus divinidades, en lo referente a la religión y el derecho, ²⁹ “ en un principio la ciencia y el arte de la aplicación del derecho se encontraban depositadas en el colegio de pontífices, pues estos representaban los intereses divinos, frente a los hombres, estos pontífices

²⁶ en este punto sigo de forma particular el celebre trabajo de derecho romano de, Beatriz Bravo Valdés y Agustín Bravo González, primer curso de Derecho Romano, editorial Pax México, 1988, p. 33

²⁷ Cfr. Ibid. Beatriz Bravo Valdés y Agustina Bravo González, primer curso de Derecho Romano, , editorial Pax México, 1988, p. 34

²⁸ Cfr. Ibid. Beatriz Bravo Valdés y Agustín Bravo González, primer curso de Derecho Romano, , editorial Pax México, 1988, p.36

²⁹ Cfr. Ibid. Beatriz Bravo Valdés y Agustín Bravo González, primer curso de Derecho Romano, , editorial Pax México, 1988, p. 37

tenían a su cuidado la vigilancia general del culto religioso, y por ende tenían la facultad de cerciorarse del exacto cumplimiento de los preceptos religiosos.” Debemos aclarar que hablamos del aspecto religioso de los romano, pues el derecho, en este pueblo tiene una gran correlación con el mismo, y al respecto podemos decir que en un principio el derecho y la cosa Sacra se compenetraban, de tal forma que existía una bivalencia, en cuanto al orden que regia la conducta de este pueblo.

Los romanos a la par de la confirmación de su pueblo y de su cultura elaboraron su derecho, basado en sus costumbres y en su sistema político, el cual les permitía ir resolviendo de manera simple y sencilla los problemas que se les iban presentando.

Pero volvamos a la integración política de roma, para ver que esta se inicia como una monarquía y su primer rey fue ³⁰ “ romulo que provenía de la tribu de los rammes, romulo creo el senado con cien senadores a los que llamo patres, de ahí el concepto de patricios, con el que se les conocería a estos, los patres daban consejo al rey y sancionaban las leyes, y a la muerte del rey proponían al sucesor. Con posterioridad a la caída de la monarquía, y durante el consulado o la república el senado se va transformando en una asamblea de exmagistrados, posteriormente ya en el consulado ³¹ “ el monarca fue sustituido por dos cónsules, llamados pretores, los cónsules duraban un año en su encargo, siendo designados por el pueblo y ratificados por el senado, pero por lo general estos se encontraban fuera de roma al frente de los ejércitos, por lo que el senado cobro mas fuerza, cosa que dio origen a que mas tarde se crearan otras magistraturas, siendo por ende necesario que se constituyera, un magistrado de mayor potestad, que recibió el nombre de dictador. En el cual recaía un poder absoluto y que en la mayoría de los casos llego a corromper a estos, en forma déspota, pero esto acostumbro al pueblo a ser gobernado por un solo hombre, lo que dio inicio al advenimiento del imperio.”

Hemos visto un poco de la configuración política y social de este pueblo, lo cual es importante para comprender la conformación del derecho positivo en el pueblo romano, ya que como hemos dicho los romanos crearon su derecho, para resolver los problemas

³⁰Cfr. Ibid. Beatriz Bravo Valdés y Agustín Bravo González, primer curso de Derecho Romano, , editorial Pax México, 1988, p. 39

que se les iban presentando, por medio de un sistema político y social.³² “ Y aunque parece ser que después de la caída de la monarquía, las pocas leyes que había, fueron abrogadas, dándose de esta forma, el que los plebeyos estuvieran a merced de los patricios y estos últimos interpretaban a su antojo el derecho consuetudinario. Por lo que el tribuno plebeyo, Terentilio arga, entre otros, propugnaron, por la confección de un código escrito aplicable a toda la ciudadanía, y debido a que los patricios no pudieron negarse, enviaron a tres patricios al sur de Italia para que en las ciudades Griegas estudiaran la legislación de Salón.” Que como hemos visto en el anterior punto del derecho positivo en Grecia, Salón fue el que estableció el código de Dracon, en el pueblo griego. Al regreso de los emisarios, se nombraron diez patricios para que redactaran un código escrito, lo que dio origen a la Ley de las Doce Tablas, las cuales codificaban el derecho consuetudinario que prevalecía en roma, siendo esta una importante compilación pues es la fuente del derecho publico y privado, estas leyes estuvieron vigentes en roma hasta el año 565 d. C. Pero a su vez esta ley se va enriqueciendo principalmente en el ius civile con la Jurisprudencia realizada por los pontífices, que como hemos dicho tenían a su cargo la interpretación del derecho, a si también como con los edictos de los magistrados, de los cuales proviene el derecho honorario, por ser este dictado por los magistrados que disfrutaban del honor de sustentar dicho cargo, este derecho honorario no entraña un aspecto tan formal, y estricto como el ius civile, ya que se encontraba influenciado por el derecho de gentes y este ultimo como vimos en el capitulo anterior, conlleva una influencia del derecho natural, por lo cual tiende a crear normas mas justas y equitativas, los pontífices como hemos dicho en líneas anteriores tenían a su cargo el cuidado y la interpretación del derecho, y es por medio de estos que en un principio surgió la Jurisprudencia, tan importante, para el derecho romano, ya que esta fue la piedra angular de su evolución y al respecto diremos que al principio la Jurisprudencia se dio en forma cautelar, ya que el colegio de pontífices designaba anualmente a uno de sus miembros, para resolver los problemas planteados en las consultas de los particulares, interpretando el derecho y formulando los Documentos que celebraban las

³¹ Cfr. Ibid. Beatriz Bravo Valdés y Agustín Bravo González, primer curso de Derecho Romano, editorial Pax México, 1988, p.45

partes, previendo, en forma cautelar que no faltara alguna de las formalidades exigidas en estos, con posterioridad los pontífices pierden el monopolio del derecho debido a que Cneo Flavio, hace la publicación del *ius civile flavianum*, a sí como el que algunos pontífices empezaron a dar consultas publicas, a los cuales les siguieron algunos juristas particulares, de esta forma el derecho se hace accesible a todos los estudiosos, con lo cual se fue desarrollando el derecho, ya que a esta publicación de derecho y a estos estudiosos del mismo, les precedieron otros, estos además de dar consultas, escriben obras jurídicas. Los Jurisconsultos gozaron de gran influencia, puesto que no solamente daban consulta y escribían, si no que también asesoraban a los magistrados y a los emperadores en la redacción de las constituciones, las cuales eran las decisiones emanadas de los emperadores, de igual forma su influencia se deja sentir en la formación de las costumbres ya que sus innumerables decisiones son calificadas con el nombre muy propio de *ius civile* o derecho formado por la ciudadanía, ya que la conformación de este derecho provenía en su aspecto sustancial, del pueblo romano, que se dejaba hacer sentir a través de los jurisconsultos, los cuales plasmaban este sentir mediante su labor jurídica y a través de la Jurisprudencia en la creación de las leyes y cuerpos jurídicos romanos, estos jurisconsultos eran ciudadanos del mismo pueblo que por lo general no ostentaban el carácter de pontífices, por lo cual podríamos decir que el *ius civile* es el derecho ciudadano del pueblo romano. Y aunque en sus orígenes la conformación del derecho romano no fue muy diferente al de las civilizaciones anteriores, como fue el caso de la cultura griega. Si tubo una característica de gran importancia que le hizo desarrollarse y esta fue el derecho de los juristas los *iurisconsulti* que surgieron a la par del mismo derecho, que como ya hemos visto desarrollaron la *iurisprudencia*, la cual impidió la petrificación de las instituciones romanas, puesto que esta permitió la superación del ritual jurídico primitivo, mediante la sistematización y racionalización de los fenómenos y hechos jurídicos, convirtiéndose de esta forma la *iurisprudencia* en un instrumento de descubrimiento por a sí decirlo, detectando y previendo problemas en la practica jurídica, por consiguiente el conocimiento del derecho o *iurisprudencia* que interpretaban los juristas, romanos propicio una división del derecho y la religión, ya que

³² Cfr. Ibid. Beatriz Bravo Valdés y Agustín Bravo González, primer curso de Derecho Romano, , editorial

la nueva sistematización del *ius civile* hizo que el derecho Sacro se alejara, puesto que para saber que hacer en un problema jurídico ya no se consultaba a los dioses por medio de los pontífices, sino que se interrogaba a los jurisconsultos. La Jurisprudencia tubo su mayor esplendor en la época clásica, que se dio en los siglos I a C. al siglo III d.C. y aunque en este periodo los jurisconsultos aun tenían al *ius civile* como cuerpo medular de su sistema jurídico, fueron desarrollando el *ius gentium* o derecho de gentes, el cual carecía de formalismos y al contrario del *ius civile* era más flexible. Pero hablar de cuantos fueron y cuales fueron las obras de los jurisconsultos romanos, seria cuestión de un trabajo aparte, pero podemos citar algunos de los más importantes como: A. Publius mucius, M. Iunius Brutus y Marcus manilius, a quienes se les atribuye él haber formado el derecho civil, o en la época clásica a Emiliano papiniano creador del libro *responsum*, o a Domicio Ulpiano con su obra *comentarios al edicto* y sus trabajos jurídicos que sirvieron de base a Justiniano para elaborar el *digesto* o a Gayo y sus *instituciones*.

Después de la época clásica, el derecho tiende a unificarse por medio de compilaciones como el código gregoriano, el código hermogeniano y el código teodosiano, el cual tenia la determinación de compilar todo el *ius*, las obras de los jurisconsultos y las leyes edictales de los emperadores, después de este periodo de compilación se dieron las leyes de Citas que no eran otra cosa que un cuerpo jurídico que citaba i recopilaba las obras y escritos de los jurisconsultos, mediante la cual se englobaba y se limitaba el acervo jurídico de la doctrina clásica, preparando a su vez, el material para la compilación de Justiniano. Lo cual se dio por que Al subir Justiniano al trono, se encuentra, conque el campo jurídico estaba delimitado por la ley de citas, los códigos gregorianos y teodosianos en vigor, y siendo necesario reformar esto, encomendaron esta labor a los jurisconsultos: Triboniano, Teófilo y Doroteo, que produjeron basándose en lo anterior: el *Digesto* o *pandetas*, las *instituciones*, el nuevo código y las *novelas*, que con posterioridad recibieron el nombre de *Corpus Iuris Civilis*.

4.4.- ASEPCIONES DEL DERECHO ROMANO.³³

Ius naturale (derecho natural)

Ciceron

El derecho natural es el conjunto de principios que emanan de la voluntad divina. Y el hombre por el solo hecho de serlo esta dotado de ellos.

Ius gentium (derecho de gentes)

Es el derecho que se aplica a las relaciones de los extranjeros entre sí, o entre estos y los ciudadanos romanos, es un derecho común a todos los hombres.

Ius civile (derecho civil)

Es el derecho y las leyes que se aplican solo a los ciudadanos romanos, como privativo del pueblo de roma, ante los tribunales romanos, el derecho ciudadano romano.

Ius honorarium (derecho honorario)

Es el derecho que proviene de los edictos de los magistrados pretorianos y de los ediles curules, al impartir justicia en forma honoraria.

Ius scriptum (derecho escrito)

Es el derecho escrito formulado y promulgado por una autoridad constituida.

Ius non scriptum (derecho no escrito)

Es el no promulgado, que se forma poco a poco y que es aceptado por todos, el cual proviene generalmente de la costumbre.

Ius publicum (derecho publico)

Es aquel que versa sobre el gobierno de los romanos en cuanto a lo concerniente al culto de los dioses, su organización política y religiosa, sus funciones y atribuciones.

³³ Todas estas definiciones fueron tomadas de la gran obra de derecho romano, de Beatriz Bravo Valdés y

Iurisprudentia (Jurisprudencia)

Es la ciencia, la interpretación y la practica del derecho romano, como conocimiento de las cosas divinas, y humanas a sí como la ciencia de lo justo he injusto.

4.5.-PRINCIPALES ESCUELAS DEL DERECHO POSITIVO.

Los Glosadores.

En los fines del siglo XI aparece la escuela de los glosadores, la cual se da a partir de los trabajos de irnerio de bolonia y sus discípulos que hacen una gran compilación de las obras de los juristas romanos, y en especial del Corpus Iuris Civile, a través de glosas interlineales o marginales al texto, estas eran explicaciones aclaratibas de pasajes concretos de este cuerpo jurídico romano, a su vez intentaban hacer paralelismos a decisiones concretas procurando separarlas y darles soluciones. Los Glosadores procuran sistematizar y sintetizar a este orden jurídico al grado que logran plasmarlo en obras propias como la Summae del Codex de Azon y la Glosa Grande, estos fijaban al texto romano las anotaciones para después referirse a los problemas que planteaban, exponiendo los argumentos en pro y en contra para llegar a una solución adecuada. En suma la glosa era la interpretación, critica y estudio de los textos romanos, esta corriente es de importancia ya que propicio el resurgimiento del derecho romano que se encontraba en una trayectoria inclinada al abandono del estudio de este.

Los Posglosadores.

Con posterioridad a los glosadores surgen los comentaristas, que se dedican a estudiar ya no al derecho romano, sino propiamente a la glosa, orientando su actividad hacia las necesidades practicas del derecho, como un medio de control social, queriendo construir sobre la base de los glosadores un nuevo derecho, estos al contrario de los glosadores que ponían notas pequeñas a los textos romanos, redactaban largos comentarios del texto

Agustín Bravo González, primer curso de Derecho Romano, editorial Pax México, 1988, p. 25-29

de la glosa, el trabajo de los comentaristas, se extiende de manera tal que abarca mas halla de todo el centro de Europa, cosa que da un gran impulso al derecho romano pues este se sobrepone a los derechos vigentes de cada nación, convirtiéndose de esta forma en un derecho general.

Escuela Exegetica.

El jurista francés, blondeau y su pensamiento que postulaba que las decisiones judiciales deben fundarse exclusivamente en la ley. Inspiraron a la escuela de la exegetica, esta doctrina cuyo fin último consiste en descubrir la intención del legislador que dio motivo a la creación de una ley, para basarse en el aspecto literal de lo que dicta el texto de la misma, lo cual se encuentra plasmado en el texto y para descubrir el motivo de esta hay que seguir paso a paso los textos legales, hasta encontrar el pensamiento y los motivos de quienes la formularon, de igual forma se rechazan las falsas fuentes de decisión que pudieran sustituir la voluntad del legislador como: los usos y costumbres, los precedentes y las doctrinas entre otros, esta escuela tiene su precedente más inmediato, en la escuela de los glosadores y los posglosadores pues al igual que estas ultimas, las tres tienen la característica del culto a la ley, y una profunda admiración a los legisladores romanos, en las dos primeras y en la exegetica a los legisladores populares que produce la revolución francesa, a si como al culto del texto de la ley, por lo cual estas escuelas pueden considerarse como precursoras del positivismo, alcanzando en la escuela de la exegesis su mas pura expresión, sus principales rasgos distintivos de esta escuela son ³⁴ “ a) el culto al texto de la ley, b) predominio de la intención del legislador sobre el alcance literal del texto, c) La proclamación de la omnipotencia del legislador, d) contradicción de la creencia simultánea de la omnipotencia legislativa y la noción metafísica del derecho, es decir conforme a su ideal de justicia y equidad como principio de derecho.”

Los exegistas sostienen la determinación del poder del legislador en cuanto le es dado para transformar la razón en ley escrita, y el exponente perfecto de la ley es el código, ya que este es la voluntad plasmada del pueblo. La escuela de la exegesis considero que la

³⁴ Miguel villoro toranzo, introducción al estudio del derecho, editorial porrua, 1994,p.102

esencia del positivismo, es considerar a las reglas jurídicas establecidas y escritas, como las únicas normas de conducta humana, ya que fuera de ellas solo se dan especulaciones, metafísicas. El texto escrito de la ley gozara por consiguiente de la máxima autoridad, esta corriente en su aspecto negativo hizo un retroceso al progreso doctrinal, ya que lo que importa era solo el texto de la ley, estereotipando de esta forma al derecho en general.

La Escuela Histórica.

Podemos encontrar los antecedentes de esta escuela en el pensamiento y obras de los siguientes filósofos:

Juan Bautista Vico (1668-1744) en su obra “ ciencia nueva” postula que el derecho es nacido de la conciencia popular.

Edmundo Burke (1729-1797) en su obra “ reflexiones sobre la revolución francesa sostiene que la constitución de un estado solo puede ser producto de un lento desarrollo y de una larga gestión histórica.

Federico Carlos de Savigny (1779-1861) al igual que Federico Puchta (1798-1846) consideran que el derecho lo mismo que el estado, son un producto de la evolución histórica del organismo social. Esta corriente surgió fundamentalmente como contra posición al derecho natural racionalista de los siglos XVII y XVIII, la cual desdeñaba por completo el aspecto histórico jurídico ya que concebía al derecho como producto de la razón y de la acción voluntaria del hombre en lo cual se podía encontrar la forma perfecta de derecho, este derecho natural estuvo resaltado durante la revolución francesa de 1789, ya que en esta los hombres trataron de conformar un nuevo orden jurídico basado en los principios de libertad e igualdad pero estas premisas no tuvieron éxito en otras naciones principalmente en Inglaterra y Alemania, puesto que se resistieron en cierta forma a la idea de un derecho universal que conllevaba de cierto modo las doctrinas jurídicas apegadas al derecho natural postuladas por los franceses después de la revolución, las cuales se contrapusieron con el ideal Conservador basado en la historia y la tradición soberana del pueblo alemán e ingles.

En Inglaterra Edmundo Burke, protesto contra la alteración irreflexiva y utópica del orden jurídico del pueblo francés, en Alemania se produjo una reacción contra los

principios racionalistas y cosmopolitas de la revolución francesa, desarrollándose un movimiento antirracionalista, que encontró su expresión en la esfera de derecho, como producto histórico. Siendo su representante más destacado. Friedrich Karl Savgny y Friedrich Puchta, Savgny, postula ³⁵ “ que el derecho es algo que no puede ser creado arbitrariamente por el legislador, ya que este es un producto de fuerzas internas que operan silenciosamente y deben su origen a la universal creencia del pueblo.”

De esta forma para la escuela histórica el derecho, provenía de la costumbre, de las características peculiares de cada pueblo, su espíritu, sus tradiciones, ya que por ser todas estas practicas continuas, acababan por convertirse en normas jurídicas y solo a través del estudio histórico de estas puede encontrarse el aspecto sustancial del derecho y este tiene sus raíces en el pasado de cada nación, consecuentemente Savgny dicta la permanencia del derecho consuetudinario sobre la legislación, debido a esto se dio el auge en esta corriente de investigar los periodos primitivos de conformación del derecho, en suma esta corriente basaba su concepción del derecho como un producto histórico nacionalista, y sus principales características son:³⁶ “a) la postulación de que el derecho evoluciona y se transforma constantemente de acuerdo con las diversas manifestaciones del espíritu social.

b) rechazo del derecho natural en cuanto como un sistema racional especulativo anterior y superior al derecho positivo.

d) Repulsa de la codificación, ya que esta paraliza durante mucho tiempo el curso y la evolución espontanea del derecho.

e) Es el derecho consuetudinario y no el escrito o codificado, la verdadera expresión de la conciencia popular.”

³⁵ savgny, de la vocación de nuestro siglo para la legislación y la jurisprudencia, trd. Esp. La España moderna, Madrid, prologo de A. Posada.

³⁶ Miguel villoro toranzo, introducción al derecho, editorial porrua, 1994, p. 70

4.6.- EL POSITIVISMO

Hemos hablado del desarrollo histórico del derecho positivo, y por consiguiente, podemos tener una noción del mismo, pero debemos de preguntarnos ¿qué significa el termino simple y llano de positivismo? Y al respecto diremos que este concepto fue acuñado por Saint-Simon, para designar el método exacto de las ciencias y su extensión a la filosofía, y con el cual posteriormente Augusto María Francisco Comte, sentaría las bases de la corriente positivista, mas sin embargo en este punto seguimos sin saber él por que de este termino, y no es que hasta después de hacer un análisis de esta corriente, que podríamos susientar que este termino o concepto de positivismo lo podríamos definir como aquello posible y real, que captamos mediante una base empírica, y por ende demostrable científicamente. Agotado este punto aclarativo, pasemos a ver como dio inicio esta corriente y al respecto tenemos que el pensamiento de augusto comte, invade la cultura del siglo XII, debido a sus postulados del espíritu humano, en el cual distingue que este a pasado por tres fases que son:³⁷

- 1) “Fase mitologica-teologica.- en la que el hombre lo explica todo por medio de la voluntad de poderes ultraterrenos.
- 2) La segunda fase es metafisica y en ella se sustituye el antropomorfismo del primer tiempo por entidades abstractas, denominadas fuerzas, leyes esencias, formas o almas, concebidas como existentes mas allá de la superficie de las cosas
- 3) La tercera fase es el “ periodo positivo” en el que el hombre, limita su saber a lo positivamente dado, es decir aquello que se conoce únicamente por la experiencia, lo cual es ya una realidad y no-ficción y solo esta ultima merece el calificativo de científica, pues se encuentra dentro de las cosas posibles.”

Y es esta ultima fase la que da origen al termino de positivismo, invadiendo todas las ramas de la ciencia social incluyendo a la jurídica, asumiendo en esta ultima dos vertientes. El Positivismo analítico y el Positivismo Sociológico. En la primera fase Analítica, el derecho se presenta como un imperativo de poder gubernamental, a sí como la tendencia a clasificar las reglas jurídicas positivas, dentro del marco del sistema

³⁷ miguel villoro toranzo, introducción al estudio del derecho, ed. Porrúa, 1994, p.72

jurídico. En este tipo de positivismo se presenta a su vez la división del positivismo analítico en Formal y Real;

El formal conlleva el criterio de creación de las normas jurídicas por el estado, a sí como el de un sistema jurídico que es establecido, reconocido y aplicado coactivamente, para regular la conducta del hombre en sociedad. En este aspecto su característica principal es él haber destacado la necesidad de que el derecho sea obligatoriamente impuesto, por una autoridad debidamente establecida y reconocida por todos. Dándole vital importancia al aspecto legislativo, que contiene intrínsecamente la voluntad del legislador.

En el segundo supuesto de Positivismo Real. Que conlleva el criterio de eficacia de la norma, estatuye que el derecho aplicado debe de ser obedecido, para que este sea eficaz, pues un derecho que es aplicado y no obedecido, no puede realizar el fin para el que fue creado, convirtiéndose de tal forma en letra muerta, o en simples proposiciones de carácter enunciativo, por esto un derecho que es aplicado y obedecido se traduce en un derecho real, ya que asume de manera eficaz el propósito para el cual fue creado.

El positivismo sociológico.

Comprende la investigación y descripción de las fuerzas sociales que ejercen una influencia en el desarrollo del derecho; el positivismo sociológico, ya no se ocupa de analizar las reglas jurídicas, sino los factores sociales que dan pie a su creación, postulando al derecho como un mero producto sociológico, puesto que cada forma histórica de sociedad busca su equilibrio por medio de un sistema que asegure la cohesión y el orden social.

De esta forma tenemos que la actitud positiva en sus varias manifestaciones, consiste en establecer el rechazo a las especulaciones a apriorísticas y metafísica, para confinarse en los datos de la experiencia, tratando de analizar los hechos inmediatos de la realidad de forma científica, entrañando a su vez la negación del derecho natural y la afirmación de que el derecho es un mandato del estado, que se traduce como un sistema jurídico conformado por un cuerpo de normas positivas que son establecidas, reconocidas y aplicadas en forma coactiva por el mismo.

En resumen hemos visto el aspecto evolutivo histórico del derecho en forma general, pero queda por señalar al derecho como sistema de normas pero como no es posible entender su alcance si se ignora que es una norma, lo primero es saber en que consiste este concepto.

CAPITULO V

LA NORMA.

5.1.- ASPECTOS GENERALES.

En su aspecto general la norma es una regla de conducta debida, que estatuye lo que debe ser siendo el supuesto filosófico de toda norma, la libertad de los sujetos a quienes se encuentra dirigida, ya que las normas exigen una conducta que debe ser observada, pero que puede o no llegar a realizarse, esta característica no deriva de las normas mismas, si no de los sujetos a quienes se encuentra destinada, siendo los seres humanos quienes gozan de forma volutiva el decidir si la cumplen o no, en este supuesto la proposición dictada por la norma, expresa como debe ser la conducta o dicho de otra forma, la norma no ordena como debe ser, si no que enuncia lo que debe ser. Hemos dicho que la norma es una regla de conducta debida, pero debemos de aclarar que no toda regla es una norma, ya que la noción genérica de regla; es la formula que prescribe lo que es preciso hacer para alcanzar un fin determinado. Y al respecto tenemos que hay gran cantidad de reglas que no son normas, como las reglas técnicas y las reglas convencionales, que contienen características, especificas diferentes a las normas. Pero antes de explicar en que consiste que la norma sea una regla de conducta y que esta es diferente a las demás reglas, debemos de ver la noción de ley que se encuentra íntimamente relacionada con estos conceptos y en este sentido tenemos que ³⁸ “ las leyes en su aspecto general son relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas, y en este sentido todos los seres tienen sus leyes.” Pero como no todos los seres participan de la misma naturaleza es evidente hacer la dicción de las leyes de acuerdo a la naturaleza de los

³⁸ montesquieu, del espíritu de las leyes, lib. I cap. I

mismos, y por ende es claro que la necesidad natural de las cosas, tampoco es la misma. En este sentido el jurista Rafael Preciado Hernandez,³⁹ “ distingue tres tipos de necesidad con respecto a la ley: necesidad física, necesidad lógica y necesidad moral.

La necesidad física, relaciona dos fenómenos como causa y efecto, es decir como aquella ley cuyo fin estriba en mostrar las relaciones indefectibles que en la naturaleza existen, y en el mismo sentido debemos de decir que toda ley física, enseña que a determinadas condiciones iguales, se hallan siempre unidas, determinadas consecuencias iguales, siendo esta la explicación de las relaciones constantes entre fenómenos naturales. Las leyes físicas no producen los fenómenos a que aluden, simplemente revelan sus antecedentes y consecuencias, siendo válida esta cuando es verdadera, es decir cuando las relaciones a que su enunciado se refiere ocurren necesariamente en la misma forma que este dicta, de manera indefectible, esta necesidad física es la relación a la que se le da el nombre de ley de causalidad, la cual expresa como se desarrollan forzosamente y fatalmente los fenómenos físicos.

En tanto que las normas estatuyen lo que debe ser y estas exigen una conducta que en todo caso debe ser observada, pero que de hecho puede no llegar a realizarse, a diferencia de las leyes físicas que expresan relaciones de necesidad indefectibles, las normas no se cumplen de manera ineluctables, ya que las normas perderían su significado propio, si las personas cuya conducta rigen, no pudiesen dejar de obedecerlas, ya que toda norma hallase necesariamente referida a seres libres, por esto si los destinatarios de un imperativo lo acatasen fatalmente, este dejaría de ser regla de conducta, para convertirse en ley natural.

En lo referente a la necesidad de tipo lógico de la ley. Tenemos que es la relación de dos términos u objetos que no son materiales, sino entes de razón u objetos ideales, es decir, las leyes del pensamiento que se basan en el concepto o idea, juicios y racionios, a sí como la relación que se da entre el antecedente y la consecuencia, puesto que para formular un juicio es necesario basarnos como antecedente en conceptos o ideas y de esta forma postular una hipótesis.

³⁹ rafael preciado hernandez, lecciones de filosofía del derecho, ed, universidad autónoma de México, 1986, p.67-72

En cuanto a la necesidad moral, también relaciona dos términos, pero en este caso los términos relacionados no son fenómenos ni dos objetos ideales, si no por una parte, un acto y por otra el bien racional del hombre o la relación del bien y el acto y sus consecuencias con un fin valioso, de esta forma la necesidad moral es una exigencia racional, que nos constriñe a realizar determinados actos que nos perfeccionan, ya que están ordenados a nuestro bien racional, a si como a omitir otros que nos alejan del camino de nuestra perfección es decir que los actos debidos perfeccionan al hombre, en tanto que los actos indebidos lo degradan, de esta forma como en toda ley la necesidad y la relación de que se trata resulta siempre inviolable, si se esta Frente a una verdadera relación de causalidad, al fenómeno causa seguirá forzosamente el fenómeno de efecto, es decir en la necesidad moral, nótese que nos referimos únicamente al fenómeno causa y efecto de la relación moral ya que en este sentido no es posible cambiar la relación de adecuación del acto al bien, dicho en otra forma una persona puede o no realizar determinado acto en uso de su libertad, pero no podrá cambiar con su voluntad las consecuencias del acto que realice ya sea que lo haga o que lo omita, siendo esto una ley de relación moral. Y así mismo en la necesidad física el fenómeno causa y efecto es siempre el mismo por lo cual es inviolable, y en la necesidad lógica, no es posible llegar a una conclusión correcta contrariando las leyes del razonamiento, cuyas relaciones resultan a sí mismo inviolables.

De esta forma en este punto podríamos decir que la norma y la moral se asemejan en cuanto al ser conceptos ordenadores de conducta, por lo cual podríamos pensar que la norma es inviolable en cuanto a la relación de necesidad moral que expresa la norma, pero entonces ¿ por qué decimos que la norma es esencialmente violable? Y al respecto tenemos que esto es por que cuando tal cosa se afirma no se atiende a la relación de necesidad moral que expresa la norma, sino a la relación que podemos llamar de eficacia. Es decir a la relación entre la norma y el sujeto destinatario de la misma y no al aspecto moral que se encuentra dentro de la norma, o dicho de otra forma la necesidad de relación moral de la norma se encuentra de modo intrinco en ella y esta relación es inviolable, pues siempre tendrá una causa y un efecto ya sea en sentido negativo o

positivo, y por otro lado la relación, entre la norma y el sujeto es extrínseca la cual es violable y su criterio de eficacia conlleva la observancia o inobservancia de la misma.

5.2.- LA NORMA COMO REGLA DE CONDUCTA.

Hemos dicho que regla en sentido amplio es una fórmula que prescribe lo que es preciso hacer para alcanzar un fin determinado, a sí también el que existe reglas técnicas y reglas convencionales. Las técnicas, cuyo cumplimiento es potestativo, carecen del sentido de obligatoriedad, el cual contienen las normas, es decir las reglas técnicas, simplemente prescriben en su enunciado el medio por el cual se puede obtener un fin, mas no exigen su cumplimiento, como en las normas, de esta forma podemos decir que las normas se refieren al obrar humano en cuanto al deber ser de la conducta, exigiendo en todo momento un ordenamiento a seguir de los actos del ser humano y las reglas técnicas se refieren al hacer con vista a la realización de ciertos fines, y en este sentido tenemos que las normas siempre contienen un imperativo y las reglas técnicas pueden no contenerlo o contenerlo de forma condicionada y para explicar esto nos remitiremos a la teoría kantiana de los imperativos. Los imperativos divídanse en ⁴⁰ “ categóricos e hipotéticos. Los primeros ordenan sin condiciones, los segundos condicionalmente,

Los imperativos categóricos, son aquellos que mandan una acción por sí misma, como objetivamente necesaria, en este tipo de imperativos se encuentra la norma por contener un mandato que exige una conducta debida. Los categóricos pueden ser positivos o negativos, es decir mandatos o prohibiciones, la fórmula de los primeros es a debe ser y la de los segundos es a no debe ser.

Los imperativos hipotéticos son los que prescriben una conducta como medida para lograr un determinado fin, expresando en la prescripción de los imperativos, una condición que se debe de dar para alcanzar por medio de esta un fin determinado, en este tipo de imperativo hipotético se encuentran las reglas técnicas, puesto que al igual que los primeros señalan los procedimientos a seguir para lograr un propósito determinado.

En este sentido podemos decir que tanto la norma como regla de conducta y la regla en su aspecto general, son ordenadoras de la conducta, teniendo en este punto una gran

similitud, por esto la norma contiene de forma intrínseca una regla, pero el deber condicionado a un mandato de la norma y la necesidad condicionada a un fin determinado de la regla, diferencian los dos preceptos o dicho de otra forma las reglas expresan una necesidad condicionada cuando indican los medios necesarios que son indispensables emplear para la consecución de determinado fin, estos principios necesarios suelen formularse de manera imperativa, mas no son normas, pues no imponen deberes, ya que los preceptos de orden técnico no estatuyen una conducta debida, pues simplemente muestran los medios que es necesario poner en practica para el logro de Determinados fines, por consiguiente estas no son normas, si no enunciados hipotéticos, y aun que existen normas que estatuyen un deber condicionado, estas no se deben de confundir con reglas técnicas de imperativos hipotéticos, ya que estas ultimas carecen del mandato de obligatoriedad que contienen las primeras.

En cuanto a las reglas convencionales, solo es una forma de relación de conveniencia social y si estas en ocasiones llegaran a tener sentido obligatorio, es por que participan de algún modo de la norma moral.

Pero en este sentido tenemos que el concepto de norma es un termino genérico puesto que existen diferentes especies de reglas normativas, que regulan la conducta del ser humano como: la norma moral, la norma religiosa y la norma jurídica, siendo esta ultima, la expresión propia del derecho. Pero antes de entrar al estudio de la misma veamos las dos primeras.

5.3.- LA NORMA MORAL Y LA NORMA RELIGIOSA.

En primer termino, diremos que las normas morales y las normas religiosas tiene una intima relación, debido a que las dos conllevan la vinculación de un modo de sentir y de actuar, por el cual el sujeto, somete su conducta interna a ciertos principios valorativos de forma tal que las dos nacen del mismo fenómeno referente a la actitud consiente de la conducta humana, para justificar la cosmovision espiritual en la norma religiosa o el sentimiento de conciencia en lo referente a lo bueno o lo malo en la norma moral, dándose en los dos conceptos de forma individual, por esto las normas religiosas al igual

⁴⁰ M. Kant, fundamentacion de la metafisica de las costumbres, cap. II, citado por Eduardo García maynez,

que las morales son unilaterales, desprendiéndose a su vez de esta característica el que las mismas sean incoercibles, a si como esencialmente interiores, por tener como fundamento a La consciencia individual, aunquc debemos de puntualizar que estas no son excluyentes de exterioridad, ya que esta se traduce en los actos del hombre. Pero la perspectiva en cuanto a su finalidad, es la característica que las distingue, puesto que la moral tiende hacia el desarrollo del ser humano en cuanto a sujeto de virtudes y la religiosa, tiende al perfeccionamiento del alma para con dios y a esta solo le interesa las formas de conducta a seguir para realizar la voluntad divina.

5.4.- LA NORMA MORAL.

En primer termino debemos de ver que se entiende por moral y en este sentido tenemos que la vida humana no es cosa que se da ya hecha, sino que el hombre tiene que hacerla todos los días, el ser humano en cierto sentido, es el autor de su propia vida, en sentido biográfico, no biológico, es responsable de su conducta, lo que hacemos al instante siguiente nosotros lo decidimos, inclusive el no hacer nada, pero siempre aparece en la vida, la necesidad de justificar hacia nosotros, el resultado de nuestra conducta, de acuerdo con el conjunto de principio rectores internos de la misma, que indican cual son las acciones buenas o malas que se deben de hacer o evitar.

Por ser el hombre libre interiormente, la moral solo regula los actos internos, puesto que la moral valora las acciones en si misma, su campo es el de la conciencia, su orden es el interior y su propósito es el obrar humano, que regula su paz interior, por consiguiente la moral actúa siempre en el terreno de la libertad, abarcando todos nuestros, ya que la moral es la rectitud de los actos humanos, con relación a los propios valores del individuo, pero el hombre como ser social, contribuye a formar una moral común, que comprende nuestras relaciones con los demás, por lo cual podríamos dividir este concepto en individual y social, resumiendo el primero en el imperativo postulado por “tomasius” que dicta “haz a ti mismo lo que quieras Que los otros se hicieran a si mismos” en tanto que el segundo, quedaría consignado en este otro principio del mismo

autor, “ no hagas a otro lo que no quisieras que te hagan a ti” como vemos en estos imperativos, resumen en gran parte la noción de la moral, pudiendo desprenderse que la moral es esencialmente el respeto individual o colectivo de los principios valorativos del hombre conforme al deber ser de la conducta encaminada al desarrollo ideal del ser humano, pero las acciones que dicta la moral son propias de la voluntad de cada individuo al cual le corresponde de forma autónoma el obligarse o deslindarse de los principios morales, por consiguiente los deberes morales no tienen mas sanción en caso de incumplimiento, que el propio que le da el individuo en su fuero interno, y en su conciencia, ya que desde el punto de vista moral estas acciones son libres de toda coacción externa. Viendo lo anterior podemos decir que las normas morales son reglas de conducta, interiores, unilaterales, autónomas e incoercibles. La norma moral es: Unilateral, por que impone deberes al individuo, en relación con su bien particular, un deber ya sea de acción o de omisión, pues la moral no compara los actos posibles para una conciencia, con los actos posibles de otra, esto quiere decir que frente al sujeto a quien obliga no existe otro autorizado para exigirle su cumplimiento.

La norma moral conlleva Interioridad, por que es en el fuero interno de la conciencia donde el hombre tiene la facultad de decidir por el bien y rechazar el mal y por consiguiente la decisión moral es la que nace desde lo mas intimo del ser humano, que es su conciencia.

La norma moral es Incoercible, ya que contiene la ausencia de presiones externas, que exigen una determinada conducta o la omisión de ella, pues la realización de la norma moral se halla en el terreno de la libre voluntad.

La norma moral es Autónoma, en virtud de que para que sea obligatoria se necesita el reconocimiento del sujeto, para con la norma, el autor de la regla es el mismo que debe cumplirla y hacerla propia y por consiguiente las normas morales son auto determinantes de los principios valorativos que rigen la conducta del individuo.

5.5.- DERECHO Y MORAL.

Cuando las normas morales se presentan en la vida social, revistiéndose en cierto sentido de exterioridad, estas se correlacionan íntimamente con el derecho y es a sí que en algunos aspectos se dice que el derecho es una ciencia ética, fundada en la moral, pero esto aunque no del todo falso son dos conceptos diferentes, que debemos precisar.

La idea de que la moral constituye un orden interno y el derecho una regulación externa del comportamiento, es debido a que las normas morales no producen la facultad de exigir su cumplimiento y las normas jurídicas en las cuales se estructura el derecho, tienen la característica, de bilateralidad, por la cual el imperativo de la norma jurídica impone deberes o conceden derechos, así como el de ser coercibles, facultando a la misma de exigir que se cumpla con la obligación. Lo anterior no quiere decir que la moral y el derecho se contrapongan entre sí, pues aun cuando es evidente que los mismos no pueden confundirse, es también indudable que no pueden separarse, ya que todo lo que ordena la moral es conforme a derecho, y es imposible que existan leyes que vayan contra la moral. Procede decir también que no todo lo que manda o prohíbe la moral, lo manda o prohíbe el derecho, puesto que mientras no se exterioricen los actos humanos no existirá castigo. No obstante que entre la moral y el derecho existen relaciones como normas ordenadoras de conducta, existen diferencias perfectamente definidas, pues el derecho es bilateral, coercible, heteronomo y externo. La moral en cambio es unilateral, incoercible, autónoma, e interna.

Por consiguiente y de acuerdo a este punto de vista las normas morales, son aquellas que formulan imperativamente los deberes ordenados al bien personal del hombre rigiendo en su interior de forma individual, y las normas jurídicas en cambio prescriben lo que cada persona, tiene facultad de exigir de los demás y a sí mismo determinan la participación que a cada cual le corresponde en el bien común a través de un orden social justo.

5.6.- NORMAS RELIGIOSAS.

Para hablar de normas religiosas es preciso decir a manera de noción que la religión, esta integrada por un conjunto de creencias o dogmas acerca de algo o un ente divino que va mas halla del aspecto terrenal, las religiones en sus diferentes formas establecen una serie de disposiciones, a seguir por los individuos que la profesen, para alcanzar una meta de tipo espiritual, estas disposiciones o reglas se originan por los dictados de un ser superior, considerando a su vez la conducta de los hombres con sus semejantes y la conducta de estos para con dios, el incumplimiento, de estas normas conlleva un castigo de tipo espiritual, en forma individual. El hombre de esta forma se reconoce vinculado a su creador y de este reconocimiento derivan sus deberes religiosos, en los cuales fundan al mismo tiempo sus deberes para con sus semejantes, manejándose de acuerdo a los preceptos dictados en forma normativa en la religión. Las normas religiosas carecen de coercibilidad ya que es en el fuero interno de la conciencia del hombre en el que tienen su campo, a si también son unilaterales, pues solo el mismo individuo a través de su conciencia puede exigirse su cumplimiento, desprendiéndose de esto el carácter predominante de interioridad.

5.7.- LA NORMA JURIDICA.

El derecho, como sistema jurídico debe de tener una base que lo estructure y esta no puede ser otra que la norma jurídica ya que

⁴¹ “ Esta es la forma imperativa de lo que es derecho y en tanto que el derecho es lo expresado o representado por la norma.” Siendo el derecho desde este punto de vista, ⁴² “ una relación objetiva, entre personas, acciones y bienes, un ajustamiento o coordinación de las acciones humanas al bien común, ya que de acuerdo a la convivencia en sociedad surge la necesidad de coordinar o ajustar las acciones del hombre de acuerdo con un criterio racional, la relación jurídica no se da directamente entre dos personas, si no a través, de un objeto, acción e incluso una omisión que sirve como medida de la relación.” Este vinculo que se da entre el sujeto y el objeto se traduce en la facultad, pretensión o autorización de hacer algo para una parte y en obligación o deber para la

⁴¹ maritain, elementos de filosofía, pp. 6-9

otra que debe de respetar o no impedir la actividad de la primera, a la pretensión de la primera la llamamos derecho subjetivo y a la obligación de la segunda le decimos deber jurídico y es precisamente en esto que estriba la bilateralidad de la norma jurídica, puesto que impone deberes al mismo tiempo que concede derechos.

La razón de ser de toda norma jurídica es ordenar la convivencia en sociedad conforme a la realización de un fin o valor común de acuerdo al ideal de justicia, ya que ninguna sociedad de hombres será posible sin normas reguladoras de las relaciones entre los mismos que los enlacen en posiciones reciprocas de poder-deber, derechos y obligaciones, determinando la contribución y participación que a cada cual le corresponde en el bien común; las normas jurídicas están ordenadas, por lo tanto al perfeccionamiento de la vida social, que se alcanza con la realización del bien común, no se trata en este sentido como en la moral que somete la voluntad de cada persona a la regla de la razón, si no de coordinar varias voluntades y las acciones que de ellas deriven de acuerdo con un criterio igualmente racional, por lo cual las normas jurídicas, no deben ser interpretadas de forma aislada, ya que estas no se encuentran dispersas en forma caótica, sino que existen concentradas y ordenadas en instituciones claramente definidas y estas a su vez forman el sistema de derecho, sistema que establece a través de sus órganos gubernamentales, las disposiciones normativas del orden jurídico, como obligatorias y de obediencia general y en caso de inobservancia las Hace cumplir de forma coactiva ya que la norma jurídica es una regla de conducta humana a cuya observación puede constreñirnos el estado, mediante presión externa de mayor o menor intensidad, es decir si se deja de cumplir una norma jurídica ya sea en hacer u omitir una conducta postulada en la norma, hay una sanción o una represión por parte del estado, dándose de esta forma la característica de coercibilidad de la norma jurídica, ya que existe la posibilidad de obligar al cumplimiento de la obligación de manera no espontanea y en forma coercitiva, aun en contra de la voluntad de quien la a violado, es pues la facultad de hacer valer el derecho subjetivo con la intervención de las autoridades establecidas.

⁴² Rafael preciado hernandez, lecciones de filosofia, ed. Unam , 1986,p.114

Las normas jurídicas no se originan en la propia conciencia de quien debe cumplirlas, sino por el contrario estas emanan de voluntades diferentes, es decir estas son creadas por el órgano legislativo para que las observen todos los miembros de la colectividad, independientemente de que lo quieran o no, dicho en otras palabras, deben ser reconocidas y observadas por todos los miembros de una sociedad quiéranlo o no, siendo esta la característica de heteronomía que contiene la norma en cuestión por valer frente a todos, y en cuanto a que la norma jurídica es aquella que ordena la conducta del hombre en sociedad, debemos de decir que la conducta se da en forma externa, y por esto los ordenamientos jurídicos, son predominantemente externos, lo cual nos conlleva a que la misma norma contiene la característica De exterioridad.

Por consiguiente podemos resumir al respecto que la norma jurídica es:

Bilateral:

La norma jurídica es bilateral, en virtud de que por una parte establece una facultad y por la otra una obligación, es decir que frente a la persona que se encuentra jurídicamente obligada, existe otra con el derecho correlativo de exigirle el cumplimiento de la obligación por ende es necesario la existencia de dos sujetos para que el derecho de uno exija la obligación del otro.

Coercible:

La coercibilidad de la norma jurídica consiste en la posibilidad de exigir al obligado a que cumpla con su obligación por los medios de apremio establecidos mediante la intervención de la autoridad emanada del estado y en los supuestos de que esta no sea cumplida de manera espontánea este puede hacerla cumplir aun en contra de la voluntad del obligado.

Heteronoma:

La norma jurídica es heteronoma por que estas no son creadas a voluntad de quien debe cumplirlas, sino que se originan de voluntades diferentes, conforme a un proceso legislativo y estas deben de ser observadas y reconocidas por todos los miembros de la colectividad a quienes va dirigida, independientemente de que lo quieran o no.

Exterioridad:

La norma jurídica conlleva el aspecto de exterioridad ya que la conducta humana que ordenan se traduce en actos exteriores de la voluntad, puesto que no se puede concebir que el poder público a cuyo cargo está la creación y ejecución de las normas jurídicas, pudiera imponer, la manera de ser interna de los hombres, siendo por ende que la norma jurídica solo califica los actos externos sin importar la causa psíquica que las produce.

5.8.- CLASIFICACION DE LAS NORMAS JURIDICAS

1) Por el sistema a que pertenecen:

Las normas por el sistema al que pertenecen las normas se dividen en tres: de derecho nacional, de derecho extranjero y de derecho uniforme. Las de derecho Nacional son aquellas que pertenecen al sistema jurídico de un país, y con aplicación exclusiva en el territorio del mismo, las de derecho Extranjero son las normas que rigen en países distintos. Las de derecho Uniforme, son aquellas que rigen de manera uniforme en varios países que han convenido en sujetarse a ellas por medio de tratados internacionales con respecto a ciertas materias.

2) por su fuente:

Las normas pueden ser de derecho escrito o de derecho no escrito, las primeras son creadas por un órgano legislativo a través de un proceso regulado formalmente, las segundas derivan de la costumbre y se les denomina de derecho consuetudinario o no escrito.

3) por su ámbito espacial de validez:

Según Kelsen las normas desde este punto de vista pueden ser consideradas desde cuatro puntos: a) espaciales, que se refiere a la porción del espacio en que la norma es aplicable y que a su vez se divide en locales y en generales, las locales son aquellas que solo tienen aplicación en una parte del territorio del estado y las generales son de aplicación y vigencia en todo el territorio del mismo b) el temporales, es el que se constituye, por el lapso de tiempo, por el cual una norma conserva su vigencia. c) materiales, esta

clasificación se constituye de acuerdo a la materia que regula la norma, d) personales, se da por los sujetos a quienes obliga la norma.

4) por su ámbito temporal de validez:

Se clasifican tomando en consideración el periodo o lapso de tiempo en que deben de regir, siendo estas de vigencia determinada o indeterminada, las primeras establecen desde el momento de su promulgación la duración de su vigencia y las segundas se limitan a fijar el día que entran en vigor pero, sin determinar su duración.

5) por el ámbito material de validez:

Se clasifican de acuerdo a la índole de la materia que rigen, las cuales pueden ser de derecho publico o privado, el primero se subdivide en derecho constitucional, administrativo, penal, procesal e internacional, las segundas en derecho civil y mercantil.

6) por el ámbito personal de validez:

Desde este punto de vista las normas pueden ser generales o individuales, las primeras se dirigen a un numero indefinido y general de sujetos y los segundos a un grupo determinado y fijo de sujetos.

7) por su jerarquía:

Estas pueden ser coordinadas o subordinadas, las normas coordinadas tienen igual categoría entre sí, las normas subordinadas se supeditan a otras normas de mayor rango jerárquico, a este respecto la jerarquización establecida es la que sigue en primer termino tenemos a la constitución, como norma suprema de un pueblo, las varias leyes que de ella derivan inmediatamente, son las normas coordinadas entre si puesto que tienen la misma jerarquización y conservan la misma distancia del punto de origen constitucional, de estas leyes se desprenden en forma sucesiva, otras normas las cuales son las subordinadas.

8) por su sanción:

Se clasifican en normas perfectas, normas menos perfectas y normas imperfectas. La norma perfecta establece una sanción castigando al autor con la nulidad del acto, por considerar a este como algo inexistente para el derecho. La norma menos imperfecta, es aquella cuya sanción no anula completamente los efectos jurídicos que causa la violación

pero establece penas proporcionales. Las imperfectas son las que carecen de sanción, como se da en varios casos de tratados internacionales.

9) por su cualidad:

La norma puede ser positiva o permisivas y negativas o prohibitivas, las primeras facultan determinados actos y las segundas impiden o prohíben un comportamiento.

10) por su relación de complementación:

Estas se dividen en primarias o secundarias, las primeras tienen por sí mismas un sentido pleno, las segundas son explicativas o complementarias de las primeras y solo tienen sentido cuando se les relaciona con estas.

5.9.- ÉL DEBER SER DE LA NORMA JURIDICA

Él deber ser de toda norma jurídica es la relación lógica que se da entre la violación de un valor jurídico comprendido en la norma, como un hecho ilícito o antijurídico y la consecuencia jurídica prevista la cual consiste en una sanción. De esta relación lógica surge una norma primaria y una secundaria, la primaria es la que impone deberes o reconoce derechos en forma enunciativa, en esta norma primaria no habrá consecuencias de derecho mientras no se realicen los supuestos jurídicos que la norma jurídica señala como condición de las consecuencias, mientras que la secundaria es una norma de apoyo de la primaria en caso de que se realice el supuesto de la primera para lo cual la secundaria prevé una sanción, de esta forma la norma jurídica desde el punto de vista del deber ser, es decir de cómo debe ser la conducta del hombre, otorgándole derechos y obligaciones como es el caso de la norma primaria, que al revestirse del aspecto coercitivo, al que alude la norma secundaria para obligar al individuo a normar sus actos de acuerdo con lo que dicta la norma jurídica primaria, so pena de un castigo. Por consiguiente podemos decir que la norma primaria solo contiene el aspecto enunciativo del bien jurídico tutelado en la norma, pero este aspecto se encuentra en estado latente, en espera de que esta conducta se convierta en antijurídica. La norma secundaria prevé que no sé de, el supuesto de la primera por medio del apercibimiento de una sanción, por lo cual yo llamaría a esta última como una norma preventiva.

Las principales diferencias entre norma jurídica, moral y religiosa, son:

NORMA JURIDICA	NORMA MORAL	NORMA RELIGIOSA
Bilateral	unilateral,	unilateral
Heteronoma	autónoma	heteronoma
Externa	interna,	interna
Coercible	incoercible,	incoercible

CAPITULO VI

LOS DATOS FORMALES DE LA NORMA JURIDICA.

6.1.-Introduccion.

Se les llama datos formales o conceptos jurídicos fundamentales aquellos elementos que constituyen la estructura lógica de la norma, estos elementos, son: el sujeto, el objeto, el supuesto, el hecho, el acto, el derecho subjetivo y la sanción, no es posible pensar en las normas jurídicas, ni en un ordenamiento, sin estos elementos, ya que vienen hacer los fundamentos estructurales de toda construcción jurídica.

6.2.- SUJETO DE DERECHO.

El sujeto de derecho es la persona susceptible de tener derechos y obligaciones, el cual es el destinatario de la norma jurídica, es decir capaz de ejercer derechos, ejecutar actos jurídicos, ser sujeto de obligaciones y funcionar como sujeto activo titular de la facultad del derecho subjetivo y como sujeto pasivo titular de la obligación jurídica; la forma tradicional de designar al sujeto en la terminación jurídica es la de persona y en este sentido debemos de precisar que al termino, persona no solamente se aplica al hombre como ser individual, pues el derecho admite también este termino en ciertas entidades, reconociendo la doctrina, dos clases de personas: la individual o persona física y la colectiva o persona moral, adquiriendo esta ultima personalidad en virtud de una creación propia del derecho como son las sociedades o el estado.

6.3.- EL OBJETO DE DERECHO.

Es el bien material o abstracto protegido por la norma que da origen al vínculo de relación entre el sujeto activo y pasivo, ya que entre el sujeto de derecho y el sujeto del deber jurídico se intercala siempre un objeto, es decir no basta la presencia del sujeto para que exista una relación normativa, siendo por demás necesaria la imputación o reclamo de un deber ya sea en cuanto a una cosa o un derecho. En la determinación normativa en este sentido las cosas que rinden algún beneficio o satisfactor al hombre, reciben la denominación de bien y este puede ser de índole material o un concepto ideal como la libertad, la salud entre otros.

6.4.- SUPUESTO JURIDICO.

Para que un hecho o un aspecto de la realidad llegue a tener consecuencias jurídicas debe ser antes conceptualizado en la norma jurídica, toda norma del orden jurídico enuncia una situación de la realidad, a la que atribuye determinadas consecuencias de derecho, este concepto de supuesto jurídico, comprende, la hipótesis en abstracto, tanto los hechos como los actos y los negocios jurídicos, ya que desde el momento en que la norma rige una conducta futura lógicamente tiene que prever la hipótesis cuya realización dará lugar al nacimiento, modificación o extinción de las relaciones jurídicas entre los sujetos de derecho, engendrando deberes y derechos para con los mismos. El supuesto es comúnmente definido como un hecho que produce un efecto jurídico, pero esto constituye un grave error, pues creer que los supuestos jurídicos se refieren a acontecimientos reales es como decir que el pensamiento es material, siendo que el supuesto jurídico es el modelo de conducta que se tiene que observar.

Y para demostrar esto nos permitiremos remitirnos a lo postulado por el jurista “Eduardo García Maynez”⁴³ “García Maynez, sostiene que la terminología de hecho jurídico, fomenta confusión, entre el supuesto de derecho como hipótesis contenida en una norma y el hecho de la realización de tal hipótesis, siendo que el supuesto jurídico es lo que

⁴³ Eduardo García Maynez, introducción al estudio del derecho, ed. Porrúa, México, 1990, p.170,171

enuncia la norma y el hecho jurídico es la realización material de ese enunciado normativo que provoca una consecuencia de derecho, en el ámbito de la realidad. Así mismo García Maynez, al suscribir la tesis de Korkounov, según la cual “toda norma jurídica genérica consta de dos partes: hipótesis y disposición, la primera que es la hipótesis coincide con lo que llamamos supuesto jurídico, y puede definirse como el conjunto de condiciones y datos que deben darse para que el hecho jurídico se realice” de esta forma y en concordancia con el jurista, creemos que los supuestos jurídicos son todos los datos hipotéticos jurídicos que presuponen una situación jurídica predeterminada por la norma, no son hechos consumados en el momento que se formula la norma, son como dice García Maynez, “una mera hipótesis que puede o no darse, y en tanto que los hechos siempre se dan a través de la materialización, los supuestos pueden ser sin que exista materialización de los hechos”. Los supuestos jurídicos, según el citado jurista pueden ser ⁴⁴ “simples o complejos, los simples se constituyen con una sola hipótesis como en el supuesto de nacimiento o muerte, los complejos se componen de dos o más supuestos simples como es el caso de homicidio calificado, el cual para que se integre necesita de varios supuestos como la premeditación, alevosía y ventaja.”

6.5.- HECHOS Y ACTOS JURIDICOS.

Los hechos jurídicos, son los acontecimientos naturales producidos sin la voluntad del hombre a sí también como aquellos provocados por la actividad humana, que producen en ambos casos efectos legales. En sentido general los hechos jurídicos son todos los modos de realización de los supuestos jurídicos, que al ocurrir provocan un cambio en la realidad jurídica existente, Carnelutti, clasifica los hechos jurídicos desde dos puntos de vista que expondremos a continuación: ⁴⁵ “ a) atendiendo a su naturaleza:

Desde este punto de vista los hechos jurídicos de acuerdo a su naturaleza, aparecen divididos en dos grupos: naturales o causales y humanos o voluntarios, al respecto abordaremos la primera subdivisión, hechos jurídicos naturales; que como su nombre lo indica son fenómenos de la naturaleza, pero con consecuencias de derecho para los hombres. Hechos cuya existencia en alguna forma futura o inmediata es tomada en

⁴⁴ cfr. Ibid. García Maynez, p. 176

cuenta por el legislador, en los supuestos jurídicos de la norma, como la vida, la muerte, en su supuesto natural o la fuerza mayor o el caso fortuito. Los segundos hechos jurídicos humanos o voluntarios, son también conocidos como actos jurídicos, los cuales por su extensión tienen una mayor complejidad:

Los actos jurídicos, son una manifestación de la voluntad ejecutada con la intención de obtener consecuencias de derecho, es decir, como aquellos actos que pueden ser resultado de la voluntad del hombre o realizarse sin la participación de esa voluntad, ya que estos actos no-solo comprenden actividades, acontecimientos y realizaciones de la voluntad humana, sino que también abarcan omisiones de la misma, decimos que un acto jurídico también puede ser de omisión, por que la ausencia de la conducta puede en determinados casos tener consecuencias importantes de derecho. Por esto la doctrina suele llamar a estos actos jurídicos como positivos y negativos o de acción u omisión.

Los actos jurídicos pueden dividirse ⁴⁶ “ en tres clases: atendiendo a la relación entre el fin práctico y el efecto jurídico del acto, son de, a) de indiferencia b) de coincidencia c) de oposición

1) de indiferencia

Este acto se da cuando la finalidad práctica no coincide con la consecuencia normativa, ni se opone a ella, siendo el acto puramente lícito.

2) de coincidencia

Este acto se da cuando el fin práctico del acto concuerda con la consecuencia jurídica de este, por ejemplo, si yo compro material para construir una casa, por que quiero venderla el fin práctico sería la compra de material para construirla lo cual coincide con la consecuencia que sería la transmisión de la propiedad.

⁴⁵ Francesco Carnelutti, sistema de derecho procesal civil, I, p.59

⁴⁶ clasificación de Carnelutti, citado por Eduardo García Maynez, introducción al estudio del derecho, ed. Porrúa, 1977, p. 181

3) de oposición

a) Se da cuando entre la finalidad práctica y la consecuencia jurídica del acto hay oposición, por ejemplo cuando vendo un bien del cual no soy el legítimo propietario, mi fin práctico es vender un bien, pero la consecuencia es opuesta a derecho por vender algo que no me pertenece y por lo cual se da un acto jurídico ilícito como consecuencia de derecho.

b) clasificación de los actos jurídicos de acuerdo con los efectos que producen.

Los actos jurídicos conforme a los efectos que producen divídanse en hechos de eficacia principal y de eficacia secundaria. En el caso de eficacia secundaria, el acto no tiene efectos, a menos que este unido a otro, a estos se les da también el nombre de condiciones jurídicas, ya que pueden paralizar o modificar la eficacia de los actos principales, es decir un acto secundario puede condicionar a un acto principal de forma tal que lo puede impedir o modificar. Los actos de eficacia principal, pueden provocar por sí mismos consecuencias de derecho, estos actos son constitutivos o extintivos, ya que pueden dar nacimiento a una relación de derecho o extinguirla.

6.6.- DERECHO SUBJETIVO.

Es la facultad que tiene el sujeto activo de exigir al sujeto pasivo de la relación normativa el cumplimiento de la obligación correlativa de la norma jurídica, es decir, el precepto normativo atribuye su contenido a un titular denominado derecho habiente, el cual tiene el reconocimiento suficiente para obtener del obligado la satisfacción de su pretensión. Al respecto y para una mejor comprensión del concepto de derecho subjetivo debemos abordar las doctrinas más importantes acerca de esta noción de derecho y en este sentido tenemos que:

Para Bernardo Windscheid.-

El derecho subjetivo es ⁴⁷ “ es un poder o señorío de la voluntad, reconocido por el orden jurídico” siendo la expresión de derecho subjetivo usada en dos sentidos, la primera es aquella que se entiende como la facultad de exigir determinado comportamiento positivo o negativo de la persona o personas que se hayan frente al titular del derecho, dicha facultad aparece cuando el orden jurídico prescribe que en determinadas circunstancias se haga u omita alguna cosa y pone a disposición de otros sujetos el imperativo que contiene dicha orden y de la voluntad del beneficiario, depende entonces valerse o no del precepto o poner en juego los medios de garantía que el propio ordenamiento jurídico otorga.

En la segunda forma la palabra también se usa en el sentido de que la voluntad del titular es decisiva para el nacimiento de facultades o para la extinción o modificación de las preexistentes, ya que de la voluntad de la persona depende la existencia o determinación de imperativos jurídicos, es decir que en este sentido el derecho subjetivo es aquel que se da en el derecho de propiedad como la facultad del propietario a enajenar sus propiedades, basado en un derecho real.

De esta teoría debemos de decir, que se basa en la voluntad del individuo, la cual es decisiva para el nacimiento de derechos o para la extinción o modificación de las ya existentes, pero si el derecho subjetivo dependiera de la voluntad de obrar de las personas entonces las personas morales y las incapaces no tendrían derechos subjetivos y esto lógicamente se encuentra mas halla de la realidad, ya que estos pueden ejercer sus derechos subjetivos a través de un representante y en este sentido debemos de decir que la capacidad de obrar y la capacidad de ejercicio son dos cosas diferentes ya que la primera es poder llevar acabo por si mismo los actos relativos al ejercicio de un derecho, y la segunda es hacer valer el ejercicio de las facultades que el orden normativo le atribuye, por lo Cual Esta teoría carece de la suficiente fuerza para poder explicar el verdadero sentido del derecho subjetivo.

⁴⁷ Windscheid, Diritto de lle pandette, trd. Fadda e Bensa, torino, 1925, p. 108

Tesis de Rodolf Jhering.-

Jhering, sostiene ⁴⁸ “ que en todo derecho existen dos elementos: el formal y el sustancial. El elemento sustancial conlleva el fin práctico de este como la utilidad, provecho o ganancia que se deben de garantizar, y el elemento Formal contiene la relación con aquel fin que aparece como medio de protección jurídica.

La relación entre los dos elementos según Jhering, es comparable a la que existe entre la corteza y la medula de una planta. El interés, representa el elemento interno o medula. La acción el protector del derecho subjetivo, como elemento externo o corteza; por consiguiente el derecho subjetivo debe de definirse como “ el Interés jurídicamente protegido” ya que los derechos subjetivos existen para asegurar al hombre la satisfacción de sus necesidades y fomentar sus intereses y sus fines, de esta forma el concepto de interés se halla estrechamente vinculado con una serie de supuestos como el bien, el valor y el goce, esto es que a las cosas que pueden servirnos les damos, el nombre de bienes, y este se encuentra indisolublemente unido al valor e interés, ya que el valor es la medida de utilidad de un bien y el interés pone esta cualidad valiosa en una relación especial con los fines y condiciones del sujeto. Siendo en este sentido el contenido de toda facultad jurídica un bien. Es por ende el interés en esta teoría, determinante para que el sujeto, ejercite el derecho subjetivo que le faculta la norma.

El segundo elemento del derecho subjetivo, conforme a esta tesis, es la protección jurídica, por ello, afirma Jhering, que los derechos en cuestión son intereses jurídicamente protegidos.

En este sentido convenimos en parte con el autor, de esta teoría, de que los derechos subjetivos contengan un interés jurídicamente protegido, ya que toda pretensión contiene de forma intrínseca un interés que debe ser protegido. Pero debemos de decir que discrepamos en el sentido de que el concepto de interés es ambiguo y a nuestra forma de ver el término de interés y el término de derecho son diferentes y en este sentido debemos de puntualizar que no todo derecho contiene un interés y no todo interés contiene un derecho, por lo cual el concepto de interés no se puede aplicar a todo derecho subjetivo, por que el concepto de interés contiene una relación especial entre el

valor de un bien, y las condiciones y fines del sujeto, por lo cual un derecho que contiene en si mismo valor, puede carecer de interés, para tal o cual persona, es decir, que en el supuesto de que una persona, tenga la facultad de ejercitar un derecho subjetivo, pero a este no le interesa hacerlo, no por ello dejara de existir el derecho en cuestión y por ende el interés no es un elemento esencial de los derechos subjetivos y aunque Jhering, explica al respecto que esto se da por que también existen intereses relativos que contienen lo anterior, a lo cual podríamos, decir lo mismo es una cuestión relativa al mismo concepto de interés.

Tesis de kelsen.-

Kelsen, sostiene que ⁴⁹ “ el derecho subjetivo debe estudiarse de acuerdo con un criterio exclusivamente formal y normativo, pues el derecho es forma no sustancia, siendo de este modo que el derecho objetivo otorga un poder jurídico a una persona bajo las condiciones de una sanción constitutiva de una obligación, que normalmente se da a favor del sujeto que esta frente al otro en el cual la obligación existe, siendo el primero quien tiene la facultad de ejercicio de la acción en forma de demanda ante un órgano jurisdiccional, a fin de que la sanción sea ejecutada conforme a su pretensión. De este modo la norma genérica, que debe ser aplicada al caso concreto, por lo cual queda a disposición de un individuo determinado, que normalmente es aquel frente al cual otro individuo esta obligado a observar tal o cual comportamiento y por ello el derecho objetivo se convierte en su derecho. Y si se considera que en cada derecho subjetivo de un individuo se halla contenida una pretensión, respecto de la conducta de otro, pero esta solo se hace valer, en sentido jurídicamente correcto a través del ejercicio del poder jurídico, que hace del reflejo de una obligación ajena un derecho subjetivo de otro. Pero cuando el individuo frente al cual otro esta obligado a cierto comportamiento no tiene el poder jurídico de hacer valer por medio de una demanda, la inobservancia de la obligación o el acto a través del cual se reclama el incumplimiento, esta no produce

⁴⁸ Rudolf von Jhering, *geist des romischen rechts*, teil, 3,9, unveranderte auflage, scientiaverlag aolen, 1968, pp. 329,331,339,340

⁴⁹ Hans kelsen, *teoría Jurídica pura*, Zweite, Aufl, p.139

ninguna consecuencia jurídica específica y ese acto es jurídicamente irrelevante, por ello es que de pretensión, como acto capaz de producir efectos jurídicos, solo puede hablarse cuando existe un derecho subjetivo en sentido técnico.”

Por consiguiente para Kelsen, la esencia del derecho subjetivo, consiste en que una norma otorgue a un individuo, el poder de reclamar a través de una demanda, el cumplimiento de deber jurídico.

Al respecto podemos decir que Kelsen basa fundamentalmente el derecho subjetivo en la acción del demandante que ejercita su derecho ante un órgano jurisdiccional, pero cabe destacar en contraposición a lo anterior que el derecho de acción refiérase al aspecto procesal y este es distinto al derecho subjetivo de carácter sustancial, es decir que el derecho de acción es extrínseco, y el derecho subjetivo es intrínseco y la existencia del primero no depende de la del segundo.

Tesis de Eugen Bucher.-

En esta tesis de reciente postulación, Bucher, parte de un análisis de la teoría de Kelsen en la cual el concepto de derecho subjetivo, según Bucher, es diferente al de derecho objetivo y norma jurídica,⁵⁰ “ya que una concepción normativista no implica de ningún modo la confusión de derecho subjetivo y derecho objetivo, pues los derechos subjetivos no son normas, sino medios de creación normativas, así mismo el jurista postula que a un derecho subjetivo le corresponde un círculo de obligaciones potenciales, es decir que la obligación solo se actualiza cuando el derecho es ejercitado, puesto que de la voluntad de la persona en cuyo beneficio se establece de manera potencial un precepto jurídico, depende que la situación normativa que pesa sobre el obligado, se convierta en una obligación actual. Por consiguiente, el derecho subjetivo no es una norma, si no una facultad o capacidad normante, a sí mismo Bucher distingue entre relaciones jurídicas potenciales y actuales, en cuanto a que un derecho subjetivo no es ejercitado, entre el titular y el obligado existe solo una relación normativa potencial que únicamente se actualiza cuando el primero hace valer una pretensión contra el segundo, siendo de esta

⁵⁰ Eugen Bucher, *das subjektive recht, als normsetzungsbefugnis*, el derecho subjetivo como facultad normante, j.c.b. Mohr, Paul Siebeck, Tübingen, 1965, citado por Eduardo García Maynez, *filosofía del derecho*, ed. Porrúa, 1986, pp. 375-378

forma, lo que caracteriza a la relación potencial, es que esta puede convertirse en la relación jurídica actual y en este sentido tenemos que el ejercicio de los derechos subjetivos consiste en la exteriorización de la voluntad que se mueve dentro del marco de la facultad normante atribuida al titular de aquellos, por consiguiente la voluntad del titular se exterioriza al ser formulada la pretensión.

En resumen para Bucher, el derecho subjetivo es la posibilidad de creación normativa en tanto que la pretensión es el resultado del ejercicio de la facultad normante, esto es, la norma creada, por el ejercicio de tal facultad. Al respecto diremos que el aspecto central de esta teoría es la pretensión por la cual el sujeto al ejercerla frente al jurídicamente obligado, la situación normativa se convierte en una obligación para este último, en una forma de obligación actual y de no ejercerla el primero, esta solo será un deber potencial en estado latente, pero el hecho de que la obligación se dé en forma actual mediante el ejercicio de la pretensión, no quiere decir que en todo ejercicio de un derecho subjetivo exista una pretensión jurídica.

Conclusión.-

Hemos visto algunas de las principales teorías del derecho subjetivo, las cuales entre otros aspectos postulan a la voluntad, el interés o la pretensión, como conceptos sustanciales de los derechos subjetivos. Pero a nuestro modo de ver cualquiera de estos supuestos no son el elemento fundamental de dichos derechos, y haciendo un análisis de lo anterior podríamos decir que según nuestro propio punto de vista y en concordancia con el jurista “Oscar Morineau” el cual argumenta lo siguiente: ⁵¹ “el derecho subjetivo, es el facultamiento de conducta fundido o unido a la facultad de exigir el deber correlativo.” Es decir, que el derecho subjetivo no es más que la facultad derivada de la norma en forma determinada, o dicho de otra forma es un derecho facultativo normante, pero cedamos la palabra a nuestro autor citado ⁵² “pues bien siempre que decimos que alguien tiene derecho es por que la norma jurídica lo autoriza a hacer o a omitir, ya que cuando la norma faculta la propia conducta del titular, invariablemente lo faculta al mismo tiempo a exigir el respeto de su conducta, pues en este caso el deber correlativo impone a todo el

⁵¹ Oscar Morineau, el estudio del derecho, ed. porrua, 1953, p.117

mundo la obligación de respetar la propia conducta facultada al titular, a si también la norma puede facultar la acción y la omisión ajena, puesto que cuando el derecho subjetivo, es el facultamiento de la conducta ajena, entonces invariablemente, la norma también faculta al titular a exigir la prestación de la conducta debida.”

En este sentido debemos de decir que el derecho subjetivo, no es la conducta facultada, si no el facultamiento, pues una cosa es la conducta que se realiza por tal facultad, y otra el facultamiento de esa conducta y en este sentido, podríamos aplicar el concepto de facultad a cualquier otro concepto postulado por las diferentes teorías, tal es el caso de la tesis del interés, de la voluntad o de la pretensión, y a cualquiera de estos por así decirlos si el sujeto tuviera un interés o pretensión o si de su voluntad dependiera que se estatuyera un derecho subjetivo ninguno de estos pudiera realizarse si la norma no los facultara.

Clasificación de los derechos subjetivos.

a) Derechos subjetivos a la propia conducta y a la conducta ajena.

Los derechos a la propia conducta; refiéranse a la actividad o conducta del titular, y un ejemplo de estos lo encontramos en los derechos reales, cuyo concepto principal es la propiedad, es decir que el propietario de una cosa esta facultado para usarla, sin implicación de mediación alguna, pues tiene un derecho real sobre esta, entendiéndose este ultimo como aquel derecho que tenemos directamente sobre una cosa determinada y que exige de todos un respeto de forma pasiva sobre este derecho propio, cuando el derecho a la propia conducta es de hacer algo, se llama “ facultas agendi” cuando es de no hacer algo, se les dice “facultas omitendi” es decir que la norma faculta al sujeto titular del derecho a hacer u omitir algo, o dicho de otra forma, si una conducta esta vedada, el sujeto Tiene el derecho de omitirla y si una conducta esta permitida, se tiene el derecho de ejercitarla; en los dos supuestos nótese que se refieren a la propia conducta del sujeto, por lo cual tanto las facultades agendi como las omitendi, son correlativas de un deber universal de respeto, ya que todos los sujetos tienen la facultad de respetar la

⁵² ibid. Obra citada, p.117

conducta debida, en sentido de hacer o no algo, sin necesidad de pedir o exigir nada a los sujetos pasivos de la relación normativa.

Los derechos a la conducta ajena; son aquellos en los cuales el sujeto solo puede ejercitar su derecho a través de la exigencia dirigida a otras personas, de que hagan o se abstengan de hacer algo, por esto a los derechos a la conducta ajena, suelen denominarse como “facultades exigendi” por sé implicativos de un acto propio de exigir algo a la conducta ajena. ⁵³ “Tratándose de los derechos a la conducta ajena las facultades exigendi se agotan en la posibilidad jurídica de exigir de otro u otros un determinado comportamiento; tratándose de la correlación, de las facultades exigendi, con los derechos a la propia conducta, la facultad exigendi, consiste en la posibilidad normativa de oponerse a cualquier impedimento, siendo que este ultimo aquel que solo puede ejercitarse cuando el deber es violado, pues este existe desde un principio, es decir cuando se impone a todo el mundo el deber de respetar las facultades de los demás.”

b) Derechos relativos y derechos absolutos:

El derecho es absoluto: ⁵⁴ “ cuando los sujetos pasivos constituyen la universalidad de las personas a quienes se impone una prestación de abstención.” Es decir los derechos absolutos existen “erga omnes” o que valen y deben ser respetados, frente a todos y en este sentido debemos de decir que el derecho absoluto contiene esa característica de exclusividad señalada muy acertadamente por el jurista Bucher, ⁵⁵ “ que en relación con el derecho de propiedad, en los derechos absolutos privados, solo puede existir un derecho de propiedad, refiriéndose a los absolutos, puesto que si varias personas son al propio tiempo, dueñas de un bien, esas personas participan de un derecho que pueden ejercitar en determinada forma.” Siendo por ende un derecho no absoluto de cada una de ellas, y por consiguiente para que un derecho sea absoluto debe ser exclusivo, de una persona.

Los derechos relativos; se dan cuando la obligación correspondiente incumbe a uno o varios sujetos, individualmente determinados, es decir como aquellos que valen frente a una o varias personas determinadas, en estos solo pueden ser sujetos pasivos las personas

⁵³ Eduardo García maynez, filosofía del derecho, ed. Porrúa, 1986, p, 383

⁵⁴ Claude Du pasquier, introducción a la teoría general de la filosofía del derecho, srey, paris, 1937, p.103

⁵⁵ Bucher, opus, cit. P.155

que han sido parte en una relación normativa, por ejemplo, como aquellos que derivan de un convenio. En el cual los sujetos pueden en dado caso exigir el cumplimiento del mismo.

c) Derechos subjetivos privados y públicos:

Los derechos subjetivos privados; se dividen en personales o de crédito y reales, los primeros se dan cuando la norma faculta al titular del derecho a exigir del obligado una prestación o servicio o en la abstención de la misma, el ejemplo clásico de estos son los derechos de crédito, que se dan como la facultad en virtud de la cual una persona llamada acreedor puede exigir de otra denominada deudor, un hecho, una abstención o la entrega de una cosa.

Los derechos reales; los hemos explicado en puntos anteriores, como aquellos que se ejercen en forma inmediata sobre una cosa, como facultad de pertenencia.

Los derechos subjetivos públicos: Son la suma de facultades que los particulares tienen frente al poder público, a sí como la serie de limitaciones que el estado se impone a sí mismo, al respecto el jurista, Jellinek ⁵⁶ distingue tres tipos de facultades que son:

- 1) La facultad de pedir la intervención del estado en provecho de intereses particulares.
- 2) El derecho de libertad o de ejercicio libre frente a la norma como facultad de realizar u omitir determinados actos.
- 3) Derechos políticos.

d) clasificación de kelsen de los derechos subjetivos:

Para kelsen ⁵⁷ “ la conducta puede hallarse en triple relación con el orden jurídico o bien el hombre esta sometido a la norma, o bien la produce o bien esta libre frente a la misma, en el primer caso la relación es de pasividad; en el segundo es de actividad y en el tercero de negatividad. Es decir cuando la relación entre la conducta y los preceptos jurídicos que estatuye la norma. En él ultimo supuesto es puramente negativa ya que el sujeto es libre frente a la norma de ejecutar u omitir aquellos actos no regulados por la

⁵⁶ J. Jellinek, L etat moderne et son Droit, trd. Fardis, paris, 1913, T. II, p. 51

⁵⁷ kelsen, teoría general del estado, trad. Legaz lacambra, p.197, citado por Eduardo García maynez, introducción al estudio del derecho edi. Porrúa, p. 201

ley; en cuanto a la relación pasiva del primero, la conducta del sujeto no representa el ejercicio de un derecho si no que se traduce en el cumplimiento o la violación de un deber jurídico, en lo referente a la relación de actividad con el orden jurídico, el sujeto interviene en la creación de nuevas normas, pudiendo manifestar su voluntad en la creación de normas genéricas, como ejercicio de un derecho político, de esta forma y según el jurista García Maynez, la pasividad puede ser resumida en deber jurídico, la negatividad en libertad jurídica y la actividad en derechos subjetivos ejercitados.

6.7.- EL DEBER JURIDICO.

La noción de deber jurídico a sido objeto de un análisis muy escaso por parte de los juristas, en comparación con otros conceptos de derecho, limitándose en la afirmación de que el deber jurídico es el derecho de ejercicio obligatorio, ya sea en el sentido de hacer u omitir lo que la norma ordena y al respecto de lo anterior procedemos haber las diferentes teorías postuladas.

Tesis de Kant.-

Este autor considera ⁵⁸ “ que el mandato obliga al sujeto, al cual esta dirigido y solamente cuando este es autónomo, es decir que tenga su origen en la voluntad del propio sujeto, que a de cumplirlo y tenga a la vez valor universal, será obligatorio y por consiguiente un deber, o dicho de otra forma, para que una regla de acción obligue al sujeto, esta debe tener su origen en la voluntad del mismo y este en uso de su autonomía puede aceptarla y reconocerla, teniendo por consiguiente el deber de obedecerla y cumplirla.

Tesis de Rudolf Laun.-

Este autor se contrapone a ⁵⁹ “ que el derecho en este sentido sea heteronomo, pues afirma que la voluntad ajena no puede obligar a un sujeto, ya que gramaticalmente nada impide expresar de manera imperativa la voluntad de un individuo, en relación con el comportamiento de otro, pero el hecho de que el primero quiera algo y lo ordene al segundo, no demuestra que este tenga la obligación de obedecer, por esto aun cuando tales exigencias sean formuladas como verdaderas normas, solo constituyen juicios enunciativos, siendo por tanto el derecho positivo una congerie de enunciados, sobre la aplicación condicionada del poder y no encierra ningún deber u obligación; Evidentemente esta por demás decir el grave equivoco de este autor pues si admitimos lo que postula nos encontraríamos en un estado anárquico de la ley del mas fuerte.

Tesis de kelsen.-

Este autor centra el deber jurídico en la antijuridicidad y la sanción, es decir el estar jurídicamente obligado significa ser el sujeto potencial de un acto antijurídico y por ende ser infractor, en potencia, a cuya conducta la misma norma enlaza la sanción; según Kelsen, el deber aparece como obligación, de abstenerse de realizar la conducta sancionada, siendo por consiguiente que determinada conducta es obligatoria por estar sancionada la contraria; en cierto modo el citado autor, no acepta que cualquier castigo sea fundante de algún deber, pues exige que la regla sancionada pertenezca a un todo firmemente establecido o lo que es lo mismo a un sistema jurídico establecido, ya que en el supuesto de que un grupo ostentare el poder, pero este no es reconocido, por todas las reglas dictadas por tal grupo no serian derecho a pesar de la sanción impuesta por los mismos, pero si este grupo lograra detentar el poder y mantenerse firme tales reglas se convertirían en derecho. En resumen para él filosofo citado el deber jurídico se da por la relación jurídica normativa de antijuridicidad y sanción. Conforme al deber de observancia e inobservancia de la norma jurídica.

⁵⁸ metaphysik der sitten, p.32, citado por Eduardo García maynez. introducción al estudio del derecho edt. Porrúa, 1977, vigesimasexta edición, p. 260

Tesis de Schereir.-

Para este jurista ⁶⁰ “ el deber jurídico solo tiene sentido por ser el único concepto de derecho obligatorio es decir que solo tiene relevancia el incumplimiento y no el cumplimiento, por que el incumplimiento conlleva un deber jurídico.” Pero aun que es cierto que el deber se refiere a lo obligatorio, también es cierto que no-solo lo obligatorio es expresión de lo debido, del deber ser postulado en la norma. En este sentido Schreier se refiere a la norma secundaria y primaria, de la que hemos hablado con anterioridad en el deber ser de la norma jurídica, en la cual la norma secundaria estatuye una sanción como medida preventiva de la inobservancia del deber a que hace mención la norma postulante o primaria pero en este sentido debemos de decir que la norma primaria es la que da sentido al hecho o incumplimiento que sanciona la secundaria y no es el incumplimiento el que produce la norma.

Tesis de rojina villegas.-

Este autor afirma que ⁶¹ “ el deber jurídico puede definirse como un estado de sujeción por virtud de la cual un sujeto denominado pasivo, se encuentra constreñido a dar, hacer, no hacer o tolerar, respecto de un sujeto activo.” El autor en mi punto de vista confunde la facultad de hacer o acción que otorga la norma jurídica a un sujeto mediante un derecho subjetivo con el deber jurídico que es el elemento de relación normativa que conlleva una obligación.

Tesis de García Maynez.-

Este autor sostiene que ⁶² “ el deber jurídico es la restricción de la libertad exterior de una persona derivada de la facultad concedida a otra u otras de exigir de la primera cierta conducta, positiva o negativa o dicho de otra forma el deber de hacer o de omitir algo, es decir que cuando se nos ordena una acción el deber jurídico es fúndante del derecho de ejecutar la conducta obligatoria, cuando se nos prohíbe un cierto acto el deber es fúndante del derecho a la omisión de la conducta ilícita.”

⁵⁹ recht und sittichkeit, p 22, citado por García maynez, introducción al estudio del derecho, edi. Porrúa, 1977, p. 260

⁶⁰ conceptos y formas fundamentales del derecho, p.161

⁶¹ poner la nota

⁶² poner nota

Tesis del autor.-

Cómo podemos observar en la explicación de las diferentes tesis postuladas, es fácil deducir que la mayoría de los autores se centran en el aspecto formal de la norma jurídica con respecto al deber jurídico, ya sea que se basen en el facultamiento normativo de acción u omisión, en la autonomía, en su contraposición de heteronomía o en la sanción como consecuencia de la antijuridicidad, pero en nuestro concepto, los juristas citados no han profundizado en la esencia del concepto del deber, para lo cual creemos que se debe de buscar en el deber ser del deber jurídico, cosa que nos conlleva irremediablemente al aspecto ontológico y axiológico del derecho, y en este sentido debemos de preguntarnos ¿el por que se impone un deber a determinado sujeto? ¿Cuál es la razón de ser del deber jurídico? Y al respecto tenemos que el hombre no nace sabiendo que es bueno o que es malo, si no que se le van inculcando dichos valores, como la justicia, la igualdad, la equidad, la libertad, entre otros que exigen ser respetados por si mismos; pero el hombre no es un ser que se incline al aislamiento, si no que por el contrario es un ser predominantemente social, que suele reunirse en grupos sociales y es precisamente en esto que el mismo decide en convenir en un contrato social para regular su convivencia en forma pacífica, de tal forma que se le sea otorgada la protección a sus valores naturales, mediante el respeto de los mismos y en este sentido somete su voluntad a la de los demás, estableciendo un sistema normativo, que le indique cual es su obligación para con el mismo y para con los demás, es decir se impone así mismo un deber para hacer posible el otorgamiento de derechos a otra persona, de esta forma aparece el deber como imperativo ante nuestra conciencia cuando prohíbe hacer el mal y permite hacer el bien frente a nuestros semejantes, pero hasta aquí podríamos decir que lo anterior solamente se refiere al aspecto moral del deber, por carecer de obligatoriedad y en efecto el deber moral se realiza dentro de la conciencia de cada sujeto, por lo cual la moral es fundante de deberes y el deber jurídico es un objeto fundado, es decir establecido por los hombres basándose en sus deberes morales y necesidades naturales.⁶³

“ De esta forma si los valores morales tienen que ver con la depuración y superación interior del sujeto obligado, destinatario de la moral, podemos intuir que el sujeto de la

moral esta obligado a ser leal, sincero, bondadoso, generoso, noble y caritativo.” Es decir conceptos que se establecen como deberes morales; pero al respecto de preguntarnos ¿ él por que se hace necesario el de revestir estos deberes morales, de obligatoriedad en el deber jurídico? Si estos deberes morales radican en la conciencia, y el hombre tiene ya la noción de respeto de sus valores y de los ajenos, pero es en este sentido, que no debemos olvidar que el mismo no realiza su vida en su interior, sino en el exterior, mediante actos libres y voluntarios, que conllevan una conducta determinada, para consigo mismo y para con sus semejantes en sociedad, y es en la convivencia social que el ser humano implica relaciones ínter personales, y por ende la implicación de respeto para con los demás y el respeto de los demás para consigo mismo, y si concebimos al hombre ciertamente como ser dotado de libre albedrío y por lo tanto capaz de decidir entre la observancia e inobservancia de sus deberes, siendo que este puede llegar a crear un estado de anarquía, si no estableciera un sistema normativo jurídico que le obligara a conducirse conforme a los valores preestablecidos en una sociedad, es decir en cuanto al deber ser de su conducta de acuerdo a dichos valores. Resultando por ello indispensable y debido autorizar conducta a sujetos determinados, sobre cosas determinadas, con un criterio de justicia, pero al mismo tiempo resulta necesario prohibir conducta al resto de las personas, en relación con la cosa identificada por la norma jurídica, como objeto de la conducta del derecho-habiente, o dicho en otras palabras, la norma autoriza la acción y al mismo tiempo prohíbe la omisión como deber jurídico y al mismo tiempo prohíbe la acción de la no-omisión, es decir la norma restringe la conducta del individuo mediante el llamado deber de hacer y de no hacer, puesto si una conducta esta prohibida tengo el deber de omitir dicha conducta y si una conducta esta permitida tengo la facultad de hacerla, de esta forma el obligado tiene la facultad de hacer y la prohibición de omitir.

Pero por que la norma debe de restringir la conducta en el sentido de facultar en hacer o prohibir el omitir, pues en si esto no representa ningún bien, para el sujeto que haga u omita para los demás cierto comportamiento, o al menos es lo que podemos discernir hasta este momento, pero si lo planteamos desde el punto de vista del bien común, lo anterior adquiere una gran relevancia ya que los hombres en sociedad, se mueven.

⁶³ Luis Rucasen siches, vida humana sociedad y derecho, citado por Oscar Morineau, el estudio del

trabajan, se asocian, conviven, para lograr un fin común, siendo el ejercicio de la propia conducta de cada uno necesaria para la subsistencia del mismo y esta aparece como algo valioso cuando se logra sin perjudicar a los demás y esto solamente se logra mediante una regulación de la conducta en forma justa, pero es indiscutible que la justicia, solo se logra cuando impera la seguridad y la certeza jurídica para lo cual es indispensable imponer a todos el deber de respetar la propia conducta facultada a cada uno, estatuyendo los hombres un deber jurídico en el supuesto normativo, siendo su esencia la realización de un fin común que conlleve al mismo tiempo la realización individual, instrumentando por consiguiente un sistema normativo que lo auxilie para alcanzar dicho fin mediante un ambiente de paz y seguridad, que solo se logra con el deber de respeto hacia los demás y que la norma recoge en su supuesto normativo de la conducta, puesto que como hemos dicho los seres humanos, al encontrarse en una sociedad someten su voluntad a la de los demás y por ende restringen de igual forma su libertad, para alcanzar un fin Común, optando por lo debido para la realización del mismo, por lo tanto deben de conducirse conforme a un deber ser de conducta, instrumentando un sistema normativo que lo obligue a acatar de forma voluntaria o involuntaria un deber jurídico, siendo por ende la norma jurídica el medio ideal para la postulación de los deberes de conducta positivos o negativos, que conllevan al hombre a normar sus actos conforme al deber ser de los mismos, con la finalidad de un bien común.

6.8.- LA SANCION.

La sanción es la consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber jurídico produce en relación con el obligado, como toda consecuencia de derecho, la sanción encuéntrase condicionada por la realización de un supuesto o hipótesis normativa, tal supuesto tiene carácter secundario, ya que se deriva de la inobservancia de un deber establecido por una norma, a cargo del sujeto sancionado, es decir, la obligación cuyo incumplimiento representa el sujeto jurídico de la sanción, deriva a su vez de otro

derecho, ed. Porrúa, 1953, p. 145

supuesto normativo al que se le determina como norma primaria; si las obligaciones que esta condiciona son cumplidas, el supuesto secundario no se realiza y por lo tanto la sanción no puede imponerse, dicho en otra forma la sanción es una de las consecuencias jurídicas nacidas de la realización de un supuesto normativo y esta es invariablemente el incumplimiento de un deber preexistente, la norma que contiene la consecuencia llamada sanción se llama norma sancionadora y la que contiene el deber cuya violación da nacimiento a la sanción se llama norma sancionada. La relación existente entre ambas normas se expresa mediante la siguiente fórmula: si A es, debe ser B, si B no es, debe ser C (sanción) es decir realizado el supuesto A nace el deber B, si no se cumple con el deber B, nace la sanción C.

En un sistema establecido de derecho la aplicación de la sanción, generalmente no corresponde al titular del derecho violado, si no que se encomienda al estado; por aplicación de la sanción entiéndase la utilización de cualquier medio inclusive la fuerza para lograr que el infractor cumpla con la sanción aun en contra de su voluntad, en este sentido debemos de precisar que no se debe de confundir la sanción con la coacción, ya que la primera es el castigo o prestación impuesta al infractor de la norma y la segunda es la aplicación forzada de la sanción que puede ser una pena o prestación a cargo del infractor.

Clasificación de las sanciones.-

Atendiendo a la norma las sanciones pueden clasificarse en:

- a) Leyes perfectas: que son aquellas cuya sanción consiste en la inexistencia o nulidad de los actos violatorios, es decir aquellos actos jurídicos cuya inexistencia o nulidad no producen ninguna sanción como consecuencia de derecho.
- b) Leyes plus quam perfectae: en este caso la norma sancionadora impone al infractor un castigo y exige además una reparación pecuniaria.
- c) Leyes minus quam perfectae: se encuentran, intrigadas por aquellos cuya violación, no impide que el acto violatorio produzca efectos jurídicos, pero establece una sanción proporcional y como ejemplo de esta podemos citar al matrimonio entre el tutor y la persona que tenga bajo su guarda celebrado antes de ser aprobadas las

cuentas de la tutela, este acto constituye un ilícito pues para que se pueda celebrar, el primero deberá solicitar antes dispensa, pero en este sentido el acto es ilícito pero no nulo, ya que con posterioridad se puede otorgar o no la dispensa.

- d) Leyes imperfectas: estas carecen de sanción, como las que fijan los deberes de las autoridades supremas o los tratados internacionales, las cuales por lo general carecen de sanción.

La pena y la sanción.-

Las sanciones establecidas por las normas del derecho penal reciben la denominación de penas, el tratadista Cuello Calón.- la define como ⁶⁴ “ el sufrimiento impuesto por el estado, en ejecución de una sentencia al culpable de una infracción penal.” El mismo autor citado postula las siguientes características del concepto de pena:

- 1) es el sufrimiento que se deriva privativamente de la libertad, la vida, la propiedad o el honor
- 2) es el castigo impuesto por el estado para la conservación del orden jurídico
- 3) La pena debe ser impuesta por los tribunales como resultado de un juicio penal.
- 4) La pena es personal, es decir que nadie puede ser castigado por hechos ajenos.
- 5) Debe ser propiamente estatuida por la ley como consecuencia jurídica de un hecho que tenga carácter de delito.

En este sentido y en correlación con las penas, existen las medidas de seguridad o preventivas y al respecto ⁶⁵ “ sobre la naturaleza misma de las medidas de seguridad, la diversidad entre los tratadistas es profunda, se dice, la pena es represión y se halla destinada al fin de la compensación y las medidas de seguridad por el contrario, son tratamientos de naturaleza preventiva y responden al fin de la seguridad (Birkmeyer) en consecuencia estas se encuentran fuera del campo penal y corresponden a la autoridad administrativa, pero se objeta al respecto que pena y medida de seguridad son inseparables y en consecuencia una y otra corresponden a la esfera penal (Grispigni Antolisei) ya que el estado provee una doble tutela, represiva y preventiva, a las primeras

⁶⁴ Eugenio Cuello Calón, derecho penal, Barcelona, 1935, tercera edición, I, p. 544

⁶⁵ Raúl Carranca y Trujillo, derecho penal mexicano, parte general, México, 1937, p. 313, citado por Eduardo García Maynez, introducción al estudio del derecho, ed. Porrúa, 1977, p. 306

corresponden las penas que tienen un fin de retribución y las segundas tienen un fin de seguridad.

6.9. - PERSONA JURIDICA.

En primer termino debemos de decir que persona y personalidad, son dos conceptos que se encuentran unidos en forma indisoluble y a su vez son diferentes, ya que la primera se posee por el simple hecho de ser individuo humano, es decir por ser este un animal racional, con voluntad libre y consiente de sus actos, denominado genéricamente ser humano al cuales se les atribuye la calidad de persona, para distinguirlo como un ser racional y social. En cuanto a la personalidad es la que adquiere la persona por declaración del derecho positivo en cuanto a que esta es sujeto de derechos y obligaciones reconocidas por la ley, adquiriendo de esta forma la designación de persona jurídica, ya que el derecho ve en la persona natural, el único ser capaz de una conducta que puede ser normada por el derecho, a sí como también el inicio ser capaz de alcanzar personalidad jurídica, en suma personalidad jurídica, es ser persona en derecho reconocida por el derecho, para ostentarse como tal en un asunto jurídico.

La persona jurídica divídase en dos grupos: persona jurídica individual y persona jurídica colectiva. El primer termino corresponde al sujeto individual como persona susceptible de tener derechos y obligaciones y el segundo se otorga a ciertas entidades de derecho que no tienen existencia material o corpórea, si no que son asociaciones de personas individuales o físicas con un fin determinado, que adquieren personalidad, en virtud de una creación propia del derecho pero al igual que las primeras también son susceptibles de derechos y obligaciones.

La persona jurídica individual; es el sujeto de derecho susceptible de tener derechos y obligaciones, es decir capaz de ejercer derechos, cumplir obligaciones, intervenir en las relaciones de derecho, ejecutar actos jurídicos y funcionar como sujeto activo y pasivo en la relación normativa. A la persona jurídica individual, se le da también el nombre de persona física ya que de acuerdo con la concepción tradicional, como vimos al principio, el ser humano, por el simple hecho de serlo, posee personalidad jurídica, si bien bajo

ciertas limitaciones impuestas por la ley, como la edad, uso de razón nacionalidad, entre otros y aunque en este sentido la incapacidad de las anteriores es restrictiva de la personalidad, el menor o el declarado en estado de interdicción también tienen la capacidad de ejercitar sus derechos a través de un representante. Ahora bien hemos definido a la persona jurídica individual como el sujeto de derecho susceptible de tener derechos y obligaciones, pero en este sentido debemos de preguntarnos ¿quienes son los sujetos de derecho? Y por lógica ¿qué es el sujeto de derecho? En cuanto a la primer interrogante podemos decir que es sujetos de derecho la persona jurídica plena como ente capaz de adquirir derechos y deberes, de ejercitarlos y cumplirlos, de modificarlos, transmitirlos y extinguirlos a si también los incapaces son sujetos de derecho aun y cuando los mismos no son sujetos de ejercicio por su propia naturaleza, salvo a través de sus representantes. Referente a la segunda interrogación de ¿qué es el sujeto de derecho? Podríamos decir que es la persona jurídica, el ser humano en cuanto su conducta es regulada por la norma jurídica. Es decir en palabras del jurista Oscar Morineau ⁶⁶ “ el verdadero problema es de carácter conceptual y consiste en determinar que es la persona en derecho, siendo que la regulación bilateral de la conducta humana, los seres humanos son los sujetos del derecho en el sentido que la norma se refiere a ellos en cuanto regula su conducta. Siendo la conducta regulada el objeto o contenido del deber o del derecho, a sí como el contenido del deber y del derecho subjetivo es la conducta prohibida y la conducta autorizada respectivamente, de igual forma el sujeto del derecho o del deber es el hombre a quien la norma autoriza o prohíbe conducta, de lo anterior resulta que un individuo no es sujeto solamente por el hecho de ser hombre si no por ser el hombre cuya conducta es regulada por la norma, ya que desde el momento en que se es sujeto de derecho de ejercicio potestativo se es persona jurídica plena por que se es sujeto del derecho de libertad” de esta forma podemos ver que el hombre en cuanto es regulado por el derecho, este se convierte en el sujeto de derecho

Y al respecto continuo diciendo el jurista citado ⁶⁷ “ si no existiera ninguna norma jurídica no habría conducta humana regulada por el derecho, naturalmente esta hipótesis es irrealizable ya que basta con que la comunidad practique determinadas reglas de

⁶⁶ oscar morineau, el estudio del derecho, ed. Porrúa, 1953, pp.168,169

conducta y las crea obligatorias, para que se trate de una regla con pretensiones de ser derecho positivo, tanto la costumbre como la ley adoptan la forma del deber ser pero solamente se convierten en derecho, uno en derecho positivo y el otro en derecho vigente cuando son realizaciones de valores, por ejemplo cuando un grupo de hombres esclaviza a sus semejantes y les niega el carácter de persona jurídica podemos afirmar a priori que tales hechos son antivaliosos ya que basta con advertir que si determinado grupo de personas son considerados esclavos por el orden positivo, tales personas no son Sujetos de derecho, aunque debieran serlo, de esta forma el sujeto que crea el derecho es el hombre así mismo solamente el hombre aplica el derecho y solamente la conducta humana puede y debe ser regulada por el derecho y por lo tanto el hombre es y debe ser sujeto de derecho, pero solamente lo es cuando la norma jurídica regula su conducta, le autoriza o le prohíbe conducta en todo aquello en que su conducta no es objeto de regulación jurídica, el hombre, evidentemente no es sujeto de derecho.” De aquí se desprende la conclusión de que la persona jurídica o sujeto de derecho es el hombre en cuanto realiza valores jurídicos, en cuanto forma parte de las relaciones jurídicas ya sea como sujeto activo o como sujeto pasivo.

6.10.- DERECHO DE LIBERTAD.

Por sentido común podemos entender por libertad, la ausencia de trabas exteriores para el ejercicio de nuestros actos voluntarios, pero el problema radica cuando hablamos de libertad jurídica ya que en este sentido la libertad esta inmersa en la facultad normativa, es decir la facultad de optar por el ejercicio o no-ejercicio de determinada conducta basándose en un derecho subjetivo, así como la circunstancia de hallarse fundido a un deber que lo convierte en derecho de ejercicio obligatorio, mientras que su fusión con la libertad jurídica le convierte en derecho de ejercicio potestativo, ya que toda facultad jurídica esta fundida con el derecho de libertad o con un deber, de esta forma el derecho de libertad es otorgado por la norma en forma implícita pero necesaria cuando esta autoriza simultáneamente la acción y la omisión de determinada conducta, Pues

⁶⁷ Morineau, obra citada, p. 170,171

semejante autorización implica la posibilidad de optar, de la misma manera el derecho de ejercicio obligatorio es impuesto por la norma en forma implícita cuando impone un deber, pues entonces otorga el derecho de cumplir con el necesariamente. En suma la libertad en derecho se define generalmente como la facultad de hacer o dejar de hacer lo que el ordenamiento no manda ni prohíbe, es decir la libertad jurídica es un derecho que lleva implícitamente una autorización para efectuar u omitir ciertos actos y aunque podríamos decir que lo anterior es un concepto negativo del mismo supuesto pues se concreta a establecer los límites del mismo, en este sentido los actos que la persona puede optar son de tres categorías: actos ordenados, actos prohibidos y actos permitidos, los primeros deben ejecutarse, los segundos deben no hacerse siendo estos deberes jurídicos, los terceros que son propiamente los derechos subjetivos, pueden ejecutarse o no, en conclusión la libertad es la facultad que tiene el sujeto de ejercitar o no a su arbitrio sus derechos subjetivos.

6.11.- DERECHO DE ACCION.

En primer término debemos de decir que el concepto de acción es uno de los más discutidos en la rama del derecho procesal y a dado nacimiento a innumerables teorías y definiciones, por parte de los diversos jurisconsultos, puesto que la acción constituye uno de los pilares fundamentales en los que descansa el proceso jurídico ⁶⁸ “ con demasiada frecuencia los tratadistas confunden el derecho de acción procesal con su ejercicio material en los tribunales, de esto resulta que uno se refiere al definir la acción o el derecho propiamente dicho y otro a su ejercicio en la vida material.” Es decir que una cosa es la facultad de pedir de los órganos jurisdiccionales la aplicación de las normas jurídicas a casos concretos como el derecho de acción o el derecho a accionar la aplicación de las normas jurídicas a casos concretos por parte de los órganos jurisdiccionales y otra el hecho de ejercitar materialmente dicha facultad.

El derecho de acción ha sido considerado desde diversos puntos de vista como son las siguientes tesis:

⁶⁸ Eduardo Pallares, diccionario de derecho procesal civil, ed. Porrúa, 1994, p. 26

Tesis de Nicolás Coviello.-

Este tratadista se contrapone a la tesis de la autonomía de la acción, definiendo la acción como ⁶⁹ “ la facultad de invocar la autoridad del estado para la defensa de un derecho.” Así mismo Coviello nos dice que ⁷⁰ “ la acción no posee existencia independiente sino que es una simple función del derecho subjetivo y en esta función no se podría ver una entidad distinta del derecho, pues constituye un elemento del mismo y forma parte de su contenido, tan cierto es que algunos han hecho derivar el nacimiento de la acción, de la violación del derecho subjetivo, siendo claro que la acción es la misma facultad abstracta que se determina y concreta de un derecho subjetivo; por tanto ni siquiera entonces puede verse en ella un nuevo derecho.” Si también postula Coviello que desde el punto de vista puramente formal, es decir como la invocación efectiva de la autoridad del estado, para la protección de determinado derecho, en este sentido la acción no puede ser vista ni como elemento del derecho ni como derecho autónomo sino como mero hecho ⁷¹ “ ya que el ejercicio del derecho puede de hecho efectuarse por quien no tiene el derecho que ejercita, así la acción en sentido procesal puede ejercitarse aun por el que no tiene el derecho que pretende hacer valer y aun por el que está convencido de no tenerlo, en otros términos puede existir la acción de hecho sin que exista el derecho de obrar.” De esta forma y según Coviello, para el derecho civil la acción es un elemento del derecho subjetivo que solo se destaca cuando este es amenazado o violado y para el derecho procesal es un mero hecho que se instituye con el ejercicio de la facultad jurídica.

Teoría de la autonomía del derecho de acción.-

La teoría de la autonomía nos dice que el de acción es un derecho distinto e independiente del sustancial pues hay casos en que existe la acción sin encontrar un derecho material, es decir que la acción puede existir aun sin tener el derecho subjetivo, así como el hecho de que la acción es un deber correlativo del estado al que suele darse el nombre de obligatoriedad jurisdiccional, por ende y de acuerdo a lo expresado en los

⁶⁹ Nicolás Coviello, doctrina de derecho procesal civil, trd. Felipe de Jesús Tena, México, 1938, p. 538

⁷⁰ obra citada, Coviello, p. 538

⁷¹ obra citada, Coviello, p. 539

dos supuestos anteriores el derecho de acción puede tener carácter privado o público. Por consiguiente esta teoría sostiene la autonomía del derecho de acción, ya que en este sentido la acción no necesita la institución de un derecho subjetivo, para poder existir así como el hecho de partir de un deber jurisdiccional del estado.

En suma el derecho de acción puede identificarse desde el punto de vista formal como la facultad de pedir a los tribunales que se aplique la norma a casos concretos, a fin de esclarecer una situación o declarar la existencia de una obligación y hacerla efectiva en caso necesario definiéndose en este sentido en los términos de la fórmula del jurisconsulto Celso, como “ el derecho de perseguir en juicio lo que no es debido” definición que la escuela clásica completo agregando a ella “ lo que no es debido o nos pertenece.”

CAPITULO VII

7.1.- EL SISTEMA NORMATIVO Y SU ESTRUCTURA.

Hasta ahora hemos visto en forma analítica los conceptos jurídicos fundamentales: persona jurídica, objeto jurídico, objeto de derecho, derecho subjetivo, deber jurídico, supuestos y consecuencias de derecho, entre otros, pero debemos advertir que los mismos no son conceptos aislados, sino que en cualquier situación jurídica será posible encontrar, todos estos elementos, ya que en el mundo jurídico aparecen como conjuntos integrados de manera que constituyen un sistema jurídico, es decir el derecho aparece de forma que sintetiza todos los elementos del orden normativo jurídico. Y aunque en nuestro lenguaje jurídico es común la confusión entre, orden normativo y sistema jurídico, se debe de decir que estos dos conceptos son diferentes, pues una cosa es el sistema jurídico y otra el orden que conlleva dicho sistema, puesto que el sistema jurídico o normativo en la órbita del derecho es el conjunto de normas que están en vigor en determinado lugar y en cierta época y el orden normativo es la subordinación de la conducta a un orden jurídico cuyo cumplimiento permite la realización de valores y en cuya aplicación conlleva el criterio de eficacia del orden normativo. Es decir que el sistema jurídico tiene su propia estructura en un lugar y tiempo determinado ya que entre las normas que lo integren existen nexos que permiten considerarlo como totalidad ordenadora y el orden jurídico es precisamente el orden que deriva de la expresión que exhiben los preceptos normativos como sujeción de la conducta a dicho sistema es decir un ordenamiento de la conducta humana, de esta forma podemos decir que orden en sentido amplio es el sometimiento de un conjunto de objetos (entre los cuales se incluye a la conducta) a una regla o sistema de reglas cuya aplicación hace surgir entre dichos objetos las relaciones que permiten realizar finalidades del ordinante, ahora bien todo orden como subordinación de la conducta aun sistema de normas para la realización de valores, conlleva una finalidad y en este sentido el orden Jurídico hállese indefectiblemente condicionado por una serie de valores fundamentales como la justicia, la equidad entre otros y al respecto cabe hablar también del orden jerárquico de los valores pues estos se encuentran fundidos con los fines del orden normativo, pero el de

los fines y los bienes de los diversos valores, no debe confundirse con los ordenes normativos concretos que se orientan como hemos dicho a la realización de esos fines como bienes y valores, es decir una cosa es la jerarquía de los valores, pues estos contienen un supuesto subjetivo propio de un individuo o una colectividad y otra cosa muy distinta es el orden normativo jurídico que a través del cumplimiento de un sistema de reglas de conducta las cuales conllevan en sus supuestos normativos una serie valores en forma intrínseca, tendientes a la realización Ordenada De dichos valores mediante la sujeción de la conducta al orden jurídico determinado, pero lo ordenable en el caso, no es un conjunto de entidades valorativas, sino la conducta humana, pues los valores se traducen a través de ella. Y en este sentido la conducta puede tener repercusiones positivas o negativas en un orden jurídico concreto, convirtiéndose de esta forma en el objeto de la regulación establecida por las reglas del orden y si por conducta entendemos el ejercicio que el hombre hace de su libertad mediante su libre albedrío, la eficacia del orden normativo dependerá en que tal ejercicio se asuma de forma ordenada y observada, siendo de esta forma la eficacia cuyo criterio es la observancia e inobservancia del orden jurídico, siendo el primero de los dos criterios de observancia plena y el segundo de eficacia condicionada a la imposición de la fuerza o en forma coactiva que estatuye el orden jurídico en previsión de su acatamiento. Ya que en este supuesto tenemos que la eficacia de las reglas del sistema no deriva solo de manifestaciones de obediencia, sino que también de actos de aplicación, suponiendo lo anterior que a falta de sometimiento voluntario al orden jurídico se puede recurrir a procedimientos coercitivos. Pues bien el sistema de un orden jurídico implica la ordenación de las normas dentro de un mismo cuerpo, pero todas las citaciones dentro de un orden no tienen el mismo grado de generalidad, sino que hay situaciones jurídicas más generales y otros menos generales, por ejemplo las citaciones que prevé la ley general del trabajo son mas generales y tienen una jurisdicción y aplicación más amplia que otros supuestos como los que prevé el reglamento que se aplica al funcionamiento de las inspecciones de trabajo, ya que el funcionamiento de estas normas opera a partir de una esfera de mayor generalidad a esferas de menor generalidad. Así las disposiciones o situaciones jurídicas menos generales están escalonadas por subordinación a situaciones o disposiciones jurídicas

más generales dentro del orden jurídico, el escalonamiento de las situaciones jurídicas que permiten la integración de una variedad de preceptos o situaciones en una unidad o en todo es a lo que se llama metafóricamente pirámide jurídica. Y en lo referente a esta podemos decir que desde el punto de vista lógico jurídico siempre habrá de ser buscada una unidad constitutiva creadora del sistema jurídico, pero que esa unidad creadora sea forzosamente una constitución positiva y en este sentido hablamos pues de una constitución política como el peldaño mas alto de la pirámide, entendiéndose por constitución en la acepción material del vocablo como la o las normas positivas por medio de las cuales se regula la creación de otras normas de tipo general, siendo que la constitución material puede ser creada por la vía legislativa que origina una constitución formas o escrita, después de la constitución en sentido jurídico positivo el peldaño inmediato inferior es el de las normas generales o leyes federales o reglamentarias de la constitución, luego las leyes o legislación ordinaria, los reglamentos y Las disposiciones ordinarias y por ultimo el plano de los actos concretos de administración o actos de ejecución. De esta forma podemos interpretar que se trata de un proceso de producción del derecho que va de la validez del orden constitucional a la creadora pluralidad de las situaciones jurídicas derivadas.

7.2.- LAS FUENTES DEL DERECHO.

En la terminología jurídica la palabra fuente tiene tres acepciones: fuentes formales, fuentes reales y fuentes históricas.

Las fuentes reales refiéranse a los elementos que determinan el contenido de las normas es decir la serie de factores que determinan el contenido del derecho, tales como los ideales que influyen sobre el legislador para determinar el contenido del precepto jurídico como el concepto de justicia individual o colectivo, el deseo de equilibrar intereses o resolver conflictos de intereses, las razones geográficas, políticas, individuales, sociales o de grupo que tubo en cuenta el legislador para determinar el contenido de la regla.

Las fuentes históricas. Son los documentos inscripciones, papiros, libros y todos aquellos documentos históricos que hablan o se refieren al derecho de los cuales el legislador extrae datos históricos que le auxilién en la formulación del derecho contemporáneo.

Pero como vemos en estas dos fuentes anteriores ya sean reales o históricas sirven como herramienta al legislador en la formulación de las leyes, por esto las fuentes formales del derecho sean conceptualizado, como la fuente más importante del derecho ya que las fuentes formales son los procesos de creación de las normas jurídicas, siendo la opinión mas generalizada, a este respecto, que las fuentes formales son la legislación, la costumbre y la jurisprudencia, algunos autores postulan también a la ley como fuente formal del derecho, pero esta no debe considerarse como tal, ya que esta ultima es un producto del proceso legislativo.

Las fuentes formales del derecho.

Se da el nombre de fuentes formales en termino amplio a los procesos regulados de manera formal o consuetudinaria, que condicionan la producción de normas de derecho, siendo este el supuesto de cuya realización se hace depender el nacimiento de normas jurídicas de índole general y en este sentido es preciso reconocer que la regulación de aquellas fuentes como la legislación, la costumbre y la jurisprudencia, presuponen la existencia de un precepto que las regule y por ende les de una fuente originaria de las cuales derivan y en las que encuentran su fundamento de legitimidad o dicho de otra forma en lo referente a la validez de las normas emanadas de la fuente legislativa solo puede tener su fundamento en otras normas de grado superior preexistentes y esta no puede ser otra que la constitución o norma básica en sentido jurídico Positivo, ya que esta determina, de que modo y con sujeción a que requisitos el legislador u otros órganos a quienes faculta para producir normas de derecho, pudiendo crear normas genéricas o reformar las que ya estaban en vigor, puesto que en toda constitución hay normas que atribuyen directamente facultades o imponen deberes, pero también existen otras que regulan el procedimiento a que las cámaras deben de sujetarse para ejercitar el poder legislativo, en lo que respecta a la pregunta lógica de cual es la fuente de la fuente o la fuente de la constitución, la respuesta debe buscarse no en el marco del derecho jurídico

positivo sino en las cuestiones ontológicas y axiológicas del derecho conforme a la cuestión valorativa del poder constituyente así como a la cuestión sociológica jurídica pero esto lo veremos mas adelante y por el momento dedicaremos este estudio a la fuente formal en lo referente a la legislación y en este sentido suele decirse que la ley es una de las fuentes formales del derecho pero esta no es fuente sino producto de la actividad legislativa pues de manera análoga el supuesto que lleva al establecimiento de las tesis de forma interpretativa o de integración en otra de las fuentes formales como es la jurisprudencia de la suprema corte de justicia de la nación, esta es fuente formal de las tesis jurisprudenciales, así mismo las leyes son producto del proceso legislativo, y por ende su fuente de estas leyes es el proceso legislativo del que derivan, ahora bien en nuestro país la costumbre esta subordinada a la legislación, es decir que los preceptos consuetudinarios solo son jurídicamente obligatorios cuando el legislador les confiere expresamente tal Carácter, por ello se dice que en México la costumbre es fuente delegada y si hablamos del derecho en general la costumbre es fuente formal puesto que sustenta las bases para que los actos repetidos en forma consuetudinaria adquieran el carácter de obligatorios y por ende la conversión en derecho positivo. De esta forma podemos sostener la primacía de la constitución y por derivación lógica la legislación de las demás fuentes formales del derecho, pudiendo definir a esta ultima como ⁷² “ el proceso por el cual uno o varios órganos del estado formulan y promulgan determinadas reglas jurídicas de observancia general a las que se les da el nombre específico de leyes.” Siendo el proceso legislativo un proceso que se divide en seis etapas: iniciativa, discusión, aprobación, sanción, publicación e iniciación de vigencia, de los cuales hablaremos en el siguiente punto referente al concepto de ley.

7.3.- CONCEPTO DE LEY.

Hablar del concepto de ley es hablar de igual forma del concepto de derecho vigente, puesto que la ley en este sentido es una norma jurídica emanada de un proceso legislativo que puede darle el carácter de vigencia dentro de un orden jurídico, y aunque también

⁷² Eduardo García maynez, introducción al estudio del derecho, ed. Porrúa, 1994, p.52

podemos objetar que existen leyes no vigentes, pero a esto debemos de decir que estas leyes ya no forman parte del orden jurídico vigente sino que están comprendidas dentro del derecho positivo en su aspecto general ya que como sabemos el derecho positivo es aquel que puede estar vigente o no en una cierta época y lugar determinado, de esta forma el derecho objetivo, constituido por las normas jurídicas que dicta el órgano legislativo del estado tendrá vigencia cuando sea valido por haberse llenado las formalidades exigidas por una legislación, sin que la misma Haya sido abrogada por normas jurídicas posteriores, siendo vigente el derecho objetivo en esas condiciones también lo serán los derechos subjetivos que de, él derivan, de esta forma cuando el derecho objetivo ya ha sido derogado o abrogado y a pasado a ser un derecho que estuvo vigente pero que ya no lo esta, no podemos considerarlo vigente, en virtud de que su validez formal se a extinguido por disposición de una ley posterior, de este modo para que el derecho vigente exista como tal es necesario que en primer termino, sus normas hayan sido dictadas por el poder legislativo llenando los requisitos previamente establecidos y en segundo termino que dichas normas no hayan sido derogadas o abrogadas por otras normas posteriores. Una ley, solo puede ser abrogada o derogada por otra ley formalmente valida, ya que en los estados modernos en general la costumbre no puede derogar y mucho menos abrogar una legislación dictada por el órgano competente del poder publico y aun que en este sentido el orden jurídico vigente abarca no solamente los preceptos o normas que el poder publico dicta a través del órgano legislativo, sino también las normas consuetudinarias y la jurisprudencia obligatoria, pero estas solo forman parte de dicho orden cuando la misma ley estatal las acepta o reconoce como fuentes supletorias para llenar un vacío o una laguna en la legislación, ya que en este mismo aspecto del que hemos venido hablando una tesis de jurisprudencia para que sea valida y por ende goce de vigencia en el campo jurídico es necesario llenar ciertos requisitos que Cada Legislación establece, siendo que en el sistema jurídico mexicano, se requiere para constituir una jurisprudencia de la suprema corte de justicia de la nación la existencia de cinco ejecutorias dictadas por esta en forma ininterrumpida y aprobadas por cuatro ministros si la corte funciona en salas o por la aprobación de catorce ministros cuando la misma funciona en pleno, de igual forma en la constitución de jurisprudencia

en los tribunales de circuito se requieren los mismos requisitos con la salvedad de que las ejecutorias deben de ser aprobadas por unanimidad de votos de los magistrados integrantes de dichos tribunales, cabe resaltar que tampoco la jurisprudencia obligatoria puede derogar una ley, ya que esto compete como hemos dicho, solamente al poder legislativo mediante un proceso preestablecido.

Concepto y formación de la ley.

El jurista Julien Bonecase; sostiene que la ley tiene dos significados uno estricto y otro amplio, en su sentido estricto la ley es una regla de derecho directamente emanada del poder legislativo con aprobación y sanción del poder ejecutivo, mediante la promulgación respectiva, y en sentido amplio la ley es una regla abstracta y obligatoria de conducta de naturaleza general y permanente que se refiere a un número indefinido de personas, actos o de hechos, con aplicación durante un tiempo indefinido y dotada del carácter coercitivo del derecho.

Francisco Geny define a su vez la ley como una regla jurídica general con carácter obligatorio, elaborada regularmente por una autoridad socialmente instituida y competente para desarrollar la función legislativa. En los dos supuestos anteriores podemos observar que la ley necesariamente debe de ser instituida por un poder público mediante un proceso legislativo, el cual conlleva como hemos dicho seis etapas, iniciativa, discusión, aprobación, sanción, publicación e iniciativa de vigencia, siendo dos los poderes que intervienen en nuestro país para la elaboración de las leyes federales; el poder legislativo y el poder ejecutivo.

a) iniciativa.- se le da el nombre de iniciativa al acto por el cual determinados órganos del estado someten a consideración del congreso un proyecto de ley, recayendo ⁷³ “ el derecho de someter un proyecto de ley corresponde.

I.- al presidente de la república

II.- a los diputados y senadores, al congreso de la unión

III.- a las legislaturas de los estados.

⁷³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, constituida el 5 de febrero de 1917, artículo

Las iniciativas presentadas por el presidente de la república, por las legislaturas de los estados o por las diputaciones de las mismas, pasaran desde luego a comisión. Las que presentaren los diputados o senadores, se sujetaran a los tramites que designe el reglamento de debates.”

b) discusión.- se da por medio del acto que delibera las iniciativas a fin de determinar si deben o no ser aprobadas conforme al artículo 72.- de nuestra constitución política, siendo todo proyecto de ley o decreto cuya resolución no sea exclusivamente de alguna de las cámaras, sé discutirá sucesivamente en ambas cámaras observándose el reglamento de debates. A la cámara donde inicialmente se discute un proyecto de ley suele llamársele cámara de origen; a la otra se le da el calificativo de revisora.

c) aprobación.-

Es el acto por el cual las cámaras aceptan o aprueban un proyecto de ley, la aprobación puede ser total o parcial.

d) sanción.-

Es el acto por medio del cual una iniciativa es aceptada por el poder ejecutivo, siendo este siempre posterior a la aprobación del proyecto por las cámaras del poder legislativo.

e) Publicación.-

Es el acto por el cual la ley ya aprobada y sancionada se da a conocer a quienes deben cumplirla, la publicación se hace a través del diario oficial de la federación.

7.4. - CARACTERISTICAS DE LA LEY.

Las características de la ley son: la generalidad, la abstracción y la obligatoriedad.

La ley es general; ya que sus disposiciones aplicables no se refieren a determinadas personas o actos en particular, sino a un numero indeterminado e indefinido de actos y

personas, puesto que todo sujeto al caer dentro del supuesto jurídico queda sujeto a la orden general de la ley.

Las leyes deben ser obligatorias; y sancionadas por la fuerza que administra el estado, ya que sino lo fueran perderían su naturaleza coercitiva y pasarían a ser simples enunciados y como la sanción hace obligatoria la norma legal esta no puede existir sin aquella, en este sentido el derecho llama a la autoridad respectiva para obligar el cumplimiento de la norma y castigar en caso contrario al infractor con la sanción establecida.

La ley es abstracta; ya que una vez expedida la ley, podrán o no presentarse casos que realicen el supuesto de la misma, pero se podrá aplicar la consecuencia en el momento en que se opere o realice, es decir la ley debe expresarse en términos abstractos para aplicarse a casos concretos, de los cuales, él número, el legislador no puede prever, lo cual le obliga a hacer abstracciones de ellos.

7.5. -- EFECTOS DE LA LEY.

Su efecto fundamental es el de resolver la situación jurídica prevista por ella, al aplicarse a los actos sujetos a la misma, en los cuales su aplicación es provocada por la realización del acto que postula su supuesto jurídico en previsión de la cual fue dictada por el legislador y aunque la aplicación de la ley, requiere generalmente la intervención de la autoridad a veces no es necesaria ya que se puede dar el acatamiento voluntario de los interesados sin embargo en algunos casos la existencia del supuesto jurídico motiva la aplicación de la ley y por ende la aplicación de la consecuencia legal, derivada del supuesto jurídico.

7.6. – DIVERSAS CLASES DE LEYES.

El derecho mexicano se divide con relación a nuestra organización política, en federal y local, las leyes federales están constituidas por el conjunto de normas que rigen en toda la nación, las leyes locales rigen únicamente dentro del territorio de cada estado de la república. Las leyes federales son elaboradas por el poder legislativo de la nación

conformado por la cámara de diputados y la cámara de senadores, que constituyen el congreso de la unión, las leyes locales, las elabora la legislatura local de cada estado, conformada por la cámara de diputados de un estado, son leyes federales por ejemplo, la constitución política de los estados unidos mexicanos y las leyes generales que de ella emanan, son leyes locales, la constitución de algún estado integrante de la federación, el código civil del mismo estado entre otros.

7.7. – DIFERENCIA ENTRE LEY, DECRETO Y REGLAMENTO.-

Al respecto podemos decir que entre ley, decreto y reglamento, no existe una diferencia total, sino específica o sustancial, puesto que todos tienen dispositivos de carácter obligatorio basándose la única distinción en que la ley, solo puede ser elaborada por el poder legislativo, mientras que las demás normas son expedidas por el poder ejecutivo o alguna autoridad administrativa, facultada para ello, por lo cual ley; es toda norma jurídica emanada de un proceso legislativo, con carácter general, abstracto, y obligatoria. Decreto; es una disposición del poder ejecutivo que al aplicarse adquiere su fuerza obligatoria. Reglamento; es una disposición administrativa que explica concretamente la aplicación de las leyes dictadas por el poder legislativo, así como el conjunto de reglas dictadas por una autoridad administrativa.

7.8. – LA LEY CONSTITUCIONAL COMO FUENTE DEL SISTEMA JURIDICO.

En el punto de las fuentes formales del derecho hemos hecho la pregunta de la cual es la fuente de nuestra ley suprema o cual es la fuente de las fuentes. Al respecto y en respuesta a lo anterior el jurista; Carl Joachim Friedrich, postula de manera muy elocuente lo siguiente ⁷⁴ “la idea de un derecho del estado, es decir de un derecho al que están sujetos las diversas ramas del gobierno y al que deben de obedecer en ejercicio de su autoridad, es el puente tendido entre el absolutismo despótico y arbitrario y un constitucionalismo plenamente desarrollado, en este ultimo desaparece el estado en su sentido estricto, se disuelve en una multiplicidad de autoridades unidas formalmente por la constitución y en realidad por la voluntad del pueblo, a la luz de estas circunstancias

⁷⁴ Carl Joachim Friedrich, la filosofía del derecho, fondo de cultura económica, 1980, pp. 311-320

familiares, en la política de las democracias constitucionales, el derecho en su conjunto puede considerarse en función de una jerarquía de fuentes de legislación de las cuales la constitución es la mas alta, siendo esta la concepción de lo que es una verdadera Ley. Desde ciceron hasta nuestros tiempos ya que la participación del pueblo, requiere arreglos mediante los cuales se asegure dentro del marco de una constitución, que el pueblo mismo ha formulado y aceptado, los valores que deben de normar una sociedad, siendo esta norma de normas la constitución o norma suprema, que se basa en juicios fijos acerca de lo que es necesario para la realización de la justicia por la ley, pero ¿ que es entonces la esencia de la ley suprema o mejor dicho de la constitución? ¿ En este sentido, es esta una ley básica? A esto podemos decir que la constitución es un intento de dar formas institucionales definidas a la voluntad política del pueblo, entendiendo esta voluntad política como la voluntad de convivir en una comunidad política, correspondiendo lo anterior de muchas maneras a lo que el derecho natural y tradicional, llama la voluntad y el derecho de conservación, considerado este mismo, como el primer derecho de la naturaleza humana. Siendo este el derecho de seguir siendo o llegar a ser un pueblo organizado, como una nación estructurada en muchas asociaciones y grupos libres, siendo esta idea o norma básica. A sí pues la constitución deberá entenderse como el proceso por el cual se limita la acción política y al mismo tiempo se le da forma teniendo la constitución una función definida en el cuerpo político, como la garantía de los derechos básicos del hombre y la separación de los poderes que rigen a una sociedad ya sea funcional o espacial de lo cual surge el federalismo, de forma que los derechos básicos definen una esfera en función de normas generales, en los que las autoridades gubernamentales inclusive no pueden intervenir, salvo en circunstancias específicas, siendo que la separación de poderes tiene por objeto impedir que persona o grupo alguno se convierta en soberano, hecho este que se ve reforzado por la doctrina de la soberanía popular, lo cual significa que el pueblo es soberano, desarrollándose la idea De la soberanía en este sentido para designar en determinada comunidad política como aquel que tiene la ultima palabra, basándose de esta forma la constitución en la decisión autolimitativa y soberana del pueblo y por ende el ciudadano llega hacer participe en la creación de las leyes. Por razón de su participación en la creación de la constitución a sí

como su participación en las elecciones de sus gobernantes, siendo el ciudadano quien mantiene la ley y contribuye a su desarrollo, gracias al apoyo que da a los valores básicos que sirven de fundamento a la constitución, pues tales valores, son en palabras de Rousseau, “ la verdadera constitución que esta gravada en el corazón del hombre.”

CAPITULO VIII.

EL ESTADO

8.1. - INTRODUCCION.

En las fuentes formales del derecho así como en otros puntos de este estudio hemos visto como los procesos de manifestación de los preceptos del derecho se haya sujetos a una serie de exigencias de carácter extrínseco, establecidas por otros preceptos del mismo sistema y en ultima instancia por la norma fundamental o constitucional, pero el ordenamiento jurídico cuyo fundamento ultimo de validez formal reside en esta norma suprema, tiene su base sociológica en una organización especifica a la que se da el nombre de estado. Ya que al hablar del estado nos referimos al orden jurídico y viceversa ya que no es posible hablar de derecho sin referirnos al estado puesto que uno de los aspectos del estado consiste en ser creador, definido y sancionador del orden jurídico, por ser el poder político quien mantiene y garantiza el orden jurídico que de este modo se transforma en derecho positivo, por ello se ha escrito que el estado es la fuente de validez formal del derecho, pues sus órganos son quienes lo crean o le imprimen tal carácter, pero hablar del estado es hablar sucesivamente del concepto de soberanía y de la conformación del estado, para lo cual es necesario ver en los anales de la historia la conformación de la ciudad estado griega y algunos aspectos de la constitución del pueblo romano, por ser Estos de suma importancia en la formación de nuestro sistema político y jurídico, siendo por ende, que antes de formarse el estado moderno en las épocas anteriores al renacimiento hubo otros hechos sociales de naturaleza política sin reunir todas las características que corresponden a los estados contemporáneos. Pero que sentaron bases fundamentales para la concepción del mismo. Tal es el caso de la “polis” griega y la “civitas” romanas así como los regímenes feudales que constituyeron hechos

políticos por tener en su base sociedades de hombres que combinaban sus esfuerzos y se sometían a una dirección o gobierno propio con objeto de obtener el bienestar general.

8.2. - ANTECEDENTES DEL ESTADO EN GRECIA.

De esta forma la mayor parte de los ideales políticos modernos, como, la justicia, la libertad, el régimen constitucional y el respeto al derecho, o al menos sus definiciones comenzaron con la reflexión de los pensadores griegos sobre las instituciones de la ciudad-estado, pero en este sentido debemos advertir que la ciudad estado griega era tan diferente de las comunidades políticas en que viven los hombres modernos, la antigua ciudad-estado, era extremadamente pequeña, tanto que era como una población, esta población estaba dividida en tres clases sociales, que eran política y jurídicamente distintas, en el grado mas bajo de la escala social se encontraban los esclavos, que no contaban políticamente en la ciudad-estado, el segundo grupo o clase en una ciudad griega se componía de los extranjeros residentes o metecos, el Cual Como los esclavos no tomaban parte en la vida política de la ciudad aunque estos últimos eran hombres libres, finalmente encontramos el cuerpo de ciudadanos o sea quienes eran miembros de la polis, que literalmente quiere decir ciudad, y en efecto este vocablo comprendía en términos generales los límites territoriales de la ciudad, de ahí que se emplee la palabra política para denominar lo que concierne a la comunidad social que es la polis o ciudad, y de esta forma al ser miembro de la polis se tenía derecho a tomar parte en su vida política, siendo esto un gran privilegio, que se obtenía por nacimiento, pues el griego seguía siendo ciudadano de la polis a la que pertenecían sus padres, además a lo que daba también derecho la ciudadanía era a participar en las decisiones Políticas, Común de la ciudad estado, es decir aunque sea a un mínimo de participación en la actividad política o en los asuntos públicos y aunque este mínimo podría no ser mas que el privilegio de asistir a la asamblea de la ciudad, cosa que podría tener mayor o menor importancia según el grado de democracia que prevaleciera en aquella época o podía comprender también la capacidad de ser designado para una serie mayor o menor de cargos públicos, si por ejemplo se consideraba que el mayor criterio para determinar la ciudadanía era la capacidad de desempeñar dichos cargos, para un griego la ciudadanía significaba siempre esa participación, cualquiera que fuere su grado, en consecuencia la idea era

mucho mas íntima y menos jurídica, que la idea moderna de ciudadanía, la noción moderna de ciudadano como persona a quien se le garantizan jurídicamente ciertos derechos la habrán entendido mejor los romanos que los griegos, ya que el termino latino *ius*, implica en parte esta posesión de derechos privados, sin embargo los griegos no consideraban su ciudadanía como algo poseído, sino como algo compartido, es decir el ser miembro de la polis era un orgullo compartido y no que el ser miembro de la polis otorgara una posesión de estatus, las instituciones mediante las cuales intentaban resolver sus asuntos políticos este cuerpo de ciudadanos miembros, puede verse tomando el ejemplo de Atenas que representa el tipo mejor conocido de la constitución democrática de la ciudad estado griega, ya que todo el cuerpo de ciudadanos varones formaba la asamblea o *eclesia*, a la que todo ciudadano tenia derecho a asistir desde que llegaba a la edad de Veinte años, de ahí uno de los principios actuales que dicta que en todo proceso de orden penal tendrá el inculpado derecho a ser juzgado en audiencia publica por un juez o juzgado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar, tal y como lo determina actualmente nuestra constitución política de los estados unidos mexicanos en su artículo 20.- fracc. VI, aunque con variantes sustanciales en nuestro tiempo, el principio es el mismo, en este sentido todas las formas griegas de gobierno, tanto aristocráticas como democráticas comprendían algún tipo de asamblea del pueblo, pero lo que es interesante en el gobierno ateniense, no es la asamblea de todo el pueblo sino los medios políticos ideales, para hacer que los magistrados y funcionarios públicos fuesen responsables ante el cuerpo ciudadano y estuviesen sometidos a su control, puesto que a lo que se aspiraba era a seleccionar un cuerpo suficientemente amplio para formar una especie de corte o muestra de todo el cuerpo de ciudadanos, al cual se permitía que en un caso dado o durante un breve periodo actuase en nombre del pueblo, en este sentido los plazos de ejercicio de los cargos públicos eran breves y Por lo general había una disposición contraria a la reelección. De este modo se encontraba abierto el camino para que otros ciudadanos intervinieran por turno en la dirección de los asuntos públicos, los cargos de magistrados eran desempeñados por grupos de diez ciudadanos escogidos de modo que cada uno de ellos fuese miembro de una de las tribus en que estaban divididos los ciudadanos, sin embargo los dos cuerpos que formaban la clave del control

popular en Atenas eran el consejo de los quinientos y los tribunales con sus grandes jurados populares, teniendo el consejo de los quinientos un comité ejecutivo y directo de la asamblea, conformado por cincuenta miembros escogiéndose entre los cincuenta un presidente para cada día ya que a ningún ateniense podía corresponderle este honor mas de un día en toda su vida. El consejo tenia el poder de enjuiciar y condenar así como el control de la hacienda, la administración, de la propiedad publica y la fuerza militar, sin embargo los grandes poderes del consejo dependían siempre de la voluntad asamblea que representaba al pueblo. El control popular de los magistrados y de la ley se completaba por medio de los tribunales atenienses que eran sin duda la clave de todo el sistema democrático, ya que era su deber como el de cualquier otro tribunal, dar decisiones judiciales en los casos concretos tanto civiles como criminales, siendo lo antes expuesto otro dato mas para comprender la incipiente concepción de la división de poderes, puesto que el poder ejecutivo, legislativo y judicial se conjugaban en lo antes expuesto siendo la asamblea a través del consejo quien fungía en muchos aspectos como poder ejecutivo y la asamblea en pleno como poder legislativo, y los tribunales como órganos judiciales, todos ellos sujetos al poder publico de la polis o del pueblo que conformaban los ciudadanos de la ciudad. Sin embargo como en todo los sistemas de gobierno había tras las instituciones ciertas concepciones acerca de lo que debían encarnar los ideales de una vida política valiosa o en otras palabras la concepción de la justificación del estado, tal y como lo podríamos interpretar en nuestros días, y en este sentido tales ideales son más difíciles de descubrir e interpretar que las propias instituciones y al respecto si en nuestros días es por demás una tarea ardua debido a la multiplicidad de teorías existentes, tal es el caso de aquellas que tratan de explicar en la época moderna al estado como una necesidad religiosa, teoría que tubo su mayor esplendor en la edad media debido a la postulación de que toda potestad proviene de Dios así como el de que el emperador o rey recibían su poder de Dios. O la teoría de la fuerza que trato de explicar la existencia del estado en las circunstancias de que consideraba natural el dominio de los más débiles por los más fuertes. O las teorías jurídicas que consideraban al estado como una institución del derecho familiar, pues su origen histórico se atribuye a la familia como célula de una sociedad o la teoría patrimonial que veía al estado como una institución patrimonial

puesto que la propiedad precedía al orden estatal. O las teorías que consideran que el estado es una institución del derecho de los contratos, por este producto del contrato social. Pero volvamos con el pueblo griego y en este sentido el historiador Tucídides ha expuesto en un pasaje de incomparable brillantez este significado de justificación del estado según la visión de los griegos, y es la famosa oración fúnebre atribuida con fundamento a Pericles y que Tucídides presenta como pronunciada en honor de los soldados caídos siendo esta la que mejor ilustra el ideal político por el cual el estado tiene su justificación, que era el amor con que los griegos miraban, su participación en la vida cívica de su ciudad-estado, actividad cívica que resaltaban como el más alto valor y el más alto interés de los hombres en sociedad para engrandecer la vida en la comunidad, siendo la ciudadanía el supuesto ideal por medio del cual se podía participar para engrandecer a la patria ya que al engrandecer al estado se engrandecían así mismos por eso la participación comunitaria para la grandeza del estado era el fundamento principal para la existencia del mismo, era en suma el poder decidir en forma comunitaria mediante un sistema de gobierno democrático lo concerniente a todos y cada uno de los miembros de la polis griega. Dentro de este concepto de armonía cívica, el ideal ateniense encontró lugar para los valores políticos fundamentales la libertad y el respeto a la ley ya que reconocían en esta una norma merecedora de respeto y que por ende en este sentido se impone por sí misma, es decir los atenienses no anteponían el aspecto coercitivo de la norma como fundamento básico de esta ya que acataban la ley mediante la concepción del deber ciudadano ante todo debido al orgullo que implicaba ser ciudadano de la polis, dejando el aspecto coactivo de la ley a los casos que por las circunstancias no se apeaban al sentido patriótico, en otras palabras los atenienses era un pueblo que se regía por los dictámenes de sus dioses y de la grandeza del estado para los cuales vivían y morían con una concepción cosmológica, siendo por ende que la justificación del estado para los atenienses consistía en producir una vida en común que sea para el individuo la mejor escuela que le permita desarrollar sus facultades naturales y que aporte a la comunidad las ventajas de una vida civilizada. Es pues la ciudad estado griega una de las raíces conceptuales del estado moderno. En lo referente al pueblo romano es indudable su aportación a la configuración del estado, acuñando entre otros

conceptos la voz república, utilizada para denominar la comunidad de intereses, res publica, como lo común a todo el pueblo, y aunque en un principio se utilizó para designar el territorio que comprendía el espacio donde se asentaba la comunidad de los ciudadanos, es decir como la cosa común a todo el pueblo, posteriormente con la conquista del mundo conocido, surgió un nuevo fenómeno político que desbordó los límites de la ciudad expandiéndose considerablemente el territorio de dominación de los romanos, surgió un nuevo término para designar este hecho superviniente, el concepto de imperium, y correlativamente el concepto de res imperates, en vez de res populi, surgiendo así el terreno que traduce el concepto de Poder o poder público.

Hemos visto algunos de los aspectos de la conformación histórica del estado pero pasemos a ver la estructuración del estado moderno.

8.3. – ELEMENTOS DEL ESTADO.

El estado suele definirse como la organización jurídica de una sociedad bajo un poder de dominación que se ejerce en determinado territorio, tal definición revela que son tres los elementos de la organización estatal: población, territorio, y gobierno.

Territorio.-

Suele definirse como la porción del espacio en que el estado ejerce su poder y en este sentido, ⁷⁵ “ el territorio es un elemento de primer orden colocado al lado del elemento humano en cuanto a que su presencia es imprescindible para que surja y se conserve el estado ya que los hombres llamados a componer el estado deben estar permanentemente establecidos en su suelo, suelo que se llama patria, que deriva de dos vocablos latinos; terra patrum, tierra de los padres.”

El concepto del territorio tiene según Jellinek dos significados, una negativa y otra positiva; la negativa se da en virtud de la circunscripción, que marcan los límites de la actividad estatal y pone una barrera a la actividad de los estados extranjeros dentro del territorio nacional, siendo que ningún poder extraño pueda ejercer su autoridad en este ámbito espacial, sin el consentimiento del estado. El aspecto positivo consiste en

⁷⁵ francisco porrua Pérez, teoría del estado, ed. Porrua, 1991, p. 277

constituir el asiento físico de su población, siendo este la fuente fundamental de los recursos naturales así como el espacio geográfico donde tiene vigor el orden jurídico que emana de la soberanía del estado. Puesto que en este sentido todas las personas que viven en el mismo ámbito se encuentran sujetas al poder estatal ya que ⁷⁶ “el estado dentro de su territorio, está capacitado para vigilar a los habitantes que se encuentran dentro del mismo, puesto que el dominio de un espacio determinado le permite controlar a la población y le permite considerar a esa población como población del mismo estado.” Así mismo ⁷⁷ “ en los estados federales el territorio desempeña un doble papel, desde el punto de vista político, cuando el ámbito espacial de vigencia de los ordenamientos jurídicos locales es al propio tiempo una porción del territorio de la unión, pero esta circunstancia no destruye el principio de la impenetrabilidad, por que los estados miembros forman parte del federal, además los ordenamientos jurídicos locales están subordinados a la constitución y a las leyes federales.”

Población.-

La población es el elemento humano, que se encuentra conformando la base sociológica del estado en un territorio determinado. Siendo los hombres que pertenecen a un estado los que componen la población de este. La población desempeña desde un punto de vista jurídico un papel doble ya que puede ser considerada como objeto o como sujeto de la actividad estatal, es decir como súbditos o como ciudadanos, súbditos por que los hombres que integran la población se encuentran sometidos a la autoridad pública o estatal y por tanto forman el objeto del ejercicio del poder público, ciudadanos por que participan en la formación de la voluntad general y son por ende sujetos de la actividad del estado, es decir como miembros de la comunidad política. Pero la pertenencia al estado se encuentra condicionada por un vínculo jurídico específico que es la nacionalidad, pero en que consiste la nacionalidad y para llegar a establecer este concepto, debemos de distinguir a su vez los conceptos de sociedad, pueblo y nación y en este sentido tenemos que sociedad es el término más amplio de los que se han enunciado, siendo los otros conceptos de pueblo y nación formas concretas de

⁷⁶ porrua Pérez, obra citada, p. 279

sociedades, ya que la sociedad es la unión de los hombres en función de una convivencia agrupada implicando en esto de forma general los fenómenos colectivos que se producen en su seno. En cuanto al concepto de población se utiliza para designar un conjunto de hombres en sentido aritmético, es decir que la población es el número de habitantes de un estado. El concepto de pueblo es más restringido ya que se usa para designar aquella parte de la población que tiene derechos civiles y políticos plenos, por ejemplo: el pueblo de México o el pueblo romano integrado por los ciudadanos romanos que por ser estos miembros del pueblo romano tenían derechos civiles. El concepto de nación refiérase a una sociedad natural de hombres con unidad de territorio, de costumbres, de gobierno, de lengua y con una vida y conciencia común, siendo por ende que la nacionalidad es un determinado carácter o conjunto de características, que afectan a un grupo de individuos haciéndolos afines, dándole homogeneidad, y por ello, la nacionalidad aproxima a los individuos que tienen esas características afines y los distingue de los grupos extranjeros que tienen otros signos particulares.

Gobierno.-

De esta forma al analizar estos dos conceptos de territorio y población, podemos decir que el territorio es el elemento previo del estado y la población el elemento humano constitutivo del mismo, como una organización de individuos. Pero toda sociedad organizada debe de tener necesariamente una voluntad que la dirija como elemento formal de la misma y este no puede ser otro que la autoridad, o poder público, es decir la necesidad de una institución gobernante, que coordine y ordene la vida en sociedad, asumiendo la tarea autoritativa de formular mandatos, exigiendo que se realicen o no actividades en tal o cual sentido para la conservación del estado y para el logro de sus fines, así como la organización para suministrar los servicios públicos que la sociedad demande y destinados a ayudar o suplir la actividad de los particulares en vista de la obtención del bien público, siendo de esta forma la primera tarea el gobierno del estado y la segunda la administración del mismo. En este sentido el gobierno es la dirección general de las actividades de los ciudadanos en vista del bien público en todos sus

⁷⁷ Eduardo García meynez, introducción al estudio del derecho, ed. Porrúa, 1977, p. 99

aspectos y la administración es la función organizadora de los servicios públicos básicos. Pero hablar de gobierno implica hablar de gobernantes y gobernados y a su vez de autoridad y poder público y por ende de soberanía. Y en este sentido la parte fundamental de la autoridad es el gobierno y a su vida y desarrollo se ha de enfocar en primer término la actividad de los gobernantes que ostentan el poder público basándose en un ordenamiento jurídico establecido por el sistema político propio de un estado, ya que el mismo desde el punto de vista del gobierno se ve precisado a fijarse la necesidad de buscar el fundamento de sus decisiones en las normas jurídicas que rigen la conducta humana y al estado mismo. Pero gobernantes y gobernados forman conjuntamente la sociedad política del estado, ninguno de ellos es un elemento exterior a la comunidad estatal, sino que son coasociados sociedad y autoridad, ya que el estado es una agrupación jerarquizada, los gobernantes trazan las directivas; los gobernados ajustan a ellas su conducta y ambos deben coordinarse en vista del logro de sus fines esenciales comunes mediante un sistema jurídico que les ajuste en condiciones equitativas. De lo anterior podemos destacar una característica del gobierno y esta es que los gobernantes en un estado son llamados autoridades, independientemente de su valor personal intrínseco, pues es en este caso una asignación de carácter extrínseco la que les confiere el título de autoridades, ese carácter extrínseco deriva de que son titulares del poder público, puesto que para mandar hay que tener autoridad y es autoridad quien tiene facultad para dar órdenes legítimas, es decir solo son autoridades en este sentido quienes tienen el ejercicio legítimo del poder, y ese ejercicio se efectúa para el único fin respecto del cual ha sido instituido ese poder, el bien público; ya que el poder cuando es legítimo se dirige hacia la obtención del bien público, y adquiere la jerarquía moral y jurídica de autoridad. Ahora bien podemos decir que el poder del estado es un poder supremo o poder soberano, que equivale a ser el poder de mayor alcance, el poder que está por encima de todos los poderes sociales y en este sentido podemos hablar de soberanía como el poder supremo del estado. Al respecto existen pensadores que dicen que la soberanía tiene un doble aspecto: un aspecto interno y otro externo, el interno es el que se refiere a su calidad de poder rector supremo de los intereses de la comunidad política y el externo cuando se refiere a las relaciones del estado con otros estados, en contra

posición a estos supuestos otros juristas sostienen que estos aspectos son inexactos por no definir realmente en quien recae el poder soberano del estado si en el pueblo o en sus gobernantes y si es en uno de ellos como les fue concedido dicho poder, en relación del aspecto externo existe la objeción de que las relaciones entre los estados que tienen entre si esas relaciones son del mismo nivel, siendo las relaciones internacionales entre poderes del mismo nivel, por lo cual no hay un poder internacional que se coloque por encima de todos, por eso ha de hablarse no de soberanía externa sino del estado soberano sujeto de derecho internacional. En nuestra opinión la soberanía significa el poder emanado de la voluntad del pueblo en quien reside el verdadero poder, para constituirse en un estado autónomo e independiente bajo la dirección de un sistema jurídico.

8.4.- LA ORGANISACION DEL ESTADO.-

El estado como la organización jurídica de una sociedad bajo un poder de dominación ejercido en un territorio determinado, conlleva siempre normas relativas a la organización fundamental del estado siendo estas las referentes a su constitución política, puesto que esta determina los órganos supremos en los que debe estar conformado el estado, así como la creación de los órganos y sus relaciones recíprocas, de ahí, que él, término, de constitución política, ya que esta carta magna o constitutiva da origen a la constitución de la estructura fundamental del estado, es decir la forma de organización política, la competencia de los diversos poderes y los principios relativos al status de las personas o en otras palabras es el medio formal por el cual se constituyen los diversos órganos políticos del estado así como la validez de los mismos. En nuestro país, nuestra carta magna establece en su artículo 20 constitucional, que es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república, representativa, democrática, federal, compuesta de estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior pero unidos en una federación, así mismo también nuestra constitución establece la división de poderes de forma tripartita constituyendo de esta forma los órganos legislativo, ejecutivo y judicial, conforme a lo dictado en el artículo 49 de la constitución política de los estados unidos mexicanos.

CAPITULO IX

LA JURISPRUDENCIA TECNICA.

9.1. - la jurisprudencia técnica.

Se llama jurisprudencia técnica aquella que tiene por objeto la exposición ordenada y coherente de los preceptos jurídicos que se hallen en vigor en una época y lugar determinado así como a los problemas relativos a su interpretación y aplicación. Conforme a lo anterior debemos de identificar, en primer lugar el termino de jurisprudencia como aquella que designa la actividad que realizan los juristas cuando describen el derecho, actividad que normalmente se denomina como ciencia jurídica, doctrina o dogmática jurídica; literalmente la palabra significa conocimiento del derecho y en este sentido la descripción que lleva acabo la jurisprudencia no se limita a levantar un inventario del material jurídico, sino que la jurisprudencia ordena o re ordena el material jurídico para construir un todo sistemático y consistente. La jurisprudencia asigna así cierto significado a los materiales jurídicos que describe determinando su sentido autentico así como su alcance.

La jurisprudencia técnica, es una doctrina del orden positivo ya que no versa, como la teoría jurídica fundamental, sobre la esencia del derecho, ni estudia los valores supremas del mismo como la axiológica jurídica, sino que se reduce a la sistematización de las reglas que constituyen determinado ordenamiento e indica en que forma pueden ser resueltos los problemas que su aplicación suscita.

La jurisprudencia técnica suele tener dos vertientes que la configuran: la sistemática jurídica y la técnica jurídica o doctrina de la aplicación del derecho. La primera expone que la jurisprudencia técnica, conforme a su aspecto teórico, es una disciplina cuyo objeto estriba en exponer de manera ordenada las disposiciones consuetudinarias, jurisprudencias y legales que integran cada sistema jurídico, clasificándolo sobre la base de su contenido normativo ya sea de derecho publico o privado, subdividiéndose, el primero en derecho constitucional, administrativo, penal y procesal y el segundo en derecho civil y mercantil, de acuerdo también con un criterio de índole material, tales disciplinas son divididas en varias partes generales y cada una de estas partes posee así

mismo un sistema formando o agrupando las reglas jurídicas en instituciones, como el matrimonio, la hipoteca, la filiación y la familia entre otras.

9.2.- INTERPRETACION Y APLICACIÓN DE LA LEY.-

La segunda de estas vertientes como técnica jurídica implica la interpretación y aplicación de los preceptos del derecho vigente, siendo la interpretación en el sentido de que todo precepto jurídico encierra un sentido, que el interprete debe desentrañar, mediante la técnica interpretativa, pudiendo ser esta de forma privada, judicial o autentica, la primera es obra de particulares, la segunda es la que hacen los jueces o tribunales encargados de aplicar el derecho a casos concretos y la tercera la realiza el legislador en vista de fijar el sentido de las leyes que a dictado, pero en este sentido además de la función puramente interpretativa los jueces y tribunales también desempeñan una labor creadora, ya que puede presentarse el caso de que una cuestión sometida al conocimiento de un juez no se encuentre prevista en el ordenamiento positivo, Encontrándonos ante una laguna de derecho para lo cual el juzgador debe de llenar basándose en la misma ley que ofrece los criterios que han de servirle para tal fin recurriendo en el caso a los principios generales del derecho o al derecho natural, siendo lo anterior el concepto de integración del derecho.

De acuerdo a lo anterior podemos resumir que ⁷⁸ “ los esquemas jurídicos deben de pasar por diversas fases: formulación, interpretación y aplicación de la ley, las cuales comprende la jurisprudencia y la técnica jurídica. La primera de estas fases consiste en la formulación de los esquemas jurídicos en supuestos, formulas o preceptos, en forma ordenada y a la vez precisos, claros y accesibles para todos, siendo estos, obra del lenguaje técnico jurídico y de la técnica legislativa. La segunda fase consiste en la interpretación de los conceptos, normas y ordenamientos que ya han sido formulados, es fruto de la interpretación del derecho. La tercera fase consiste en la ejecución o aplicación del precepto de derecho, fruto de la interpretación del mismo a un caso concreto.” Y en este sentido la aplicación del precepto a un caso concreto exige la individualización o determinación del obligado y este requiere a su vez el examen de un

⁷⁸ Miguel villoro toranzo, introducción al estudio del derecho, ed. Porrúa, p. 249

hecho jurídico, lo cual nos conlleva a la previa determinación de dos conceptos jurídicos, el supuesto y la disposición, ya que el supuesto es la hipótesis que al realizarse da nacimiento a las consecuencias normativas que la disposición señala, siendo en este sentido la disposición como la que indica los deberes y derechos que la producción del supuesto engendra, es decir que cuando se producen las condiciones que integran la hipótesis del supuesto, surgen inmediatamente consecuencias necesariamente imputables a determinado sujeto y en este sentido, aplicar una norma es formular un juicio imputativo en relación con los sujetos que a consecuencia de la realización del supuesto, resulten obligados o facultados. La individualización de los sujetos supone por lo tanto la prueba de que el hecho jurídico les es imputable de ahí que cuando se pretende establecer, si un cierto hecho tiene o no, consecuencia normativa, lo primero que debe hacerse es buscar la norma aplicable al mismo, siendo la operación intelectual, que en tal caso suele efectuarse, consiste en generalizar el hecho en cuestión o concebirlo abstractamente para investigar después si dentro de un ordenamiento jurídico determinado existe alguna norma que lo prevea, siendo el razonamiento de aplicación de los preceptos del derecho de tipo silogístico o silogismo jurídico, referente a que la premisa mayor esta constituida por la norma genérica, la premisa menor por el juicio que declara realizado el supuesto de aquella y la conclusión, por la que se imputa a los sujetos implicados en el caso, las consecuencias de derecho.

9.3.- RESUMEN DE LAS ESCUELAS DE INTERPRETACION.

a) Interpretación como exégesis de la ley.

El pensamiento del jurista francés blondeau, en el sentido de que las decisiones judiciales deben fundarse exclusivamente en los textos de la ley rechazando las falsas fuentes de decisión con las cuales se pretende sustituir la voluntad del legislador, tales como la doctrina, los precedentes, los principios generales del derecho, entre otros, dio lugar a uno de los fundamentos de la escuela de la exégesis, la cual se basa primordialmente en la interpretación literal de los textos legales, pues el texto legal puede ser claro, tan claro que no surja ninguna duda sobre el pensamiento de sus redactores, es decir el legislador. Y en este sentido cuando una ley es clara no es lícito eludir su letra, a menos que se

pretenda la búsqueda del pensamiento de su autor, para lo cual en tal caso hay que seguir paso a paso los textos legales, en esta coyuntura si la expresión del texto es oscura o incompleta será, necesario recurrir a la llamada interpretación lógica, para controlar, restringir o extender su letra. En resumen la escuela de la exégesis postula la interpretación de la ley por medio del apego literal de los textos legales, cuyo fin consiste en descubrir la intención del legislador.

b) La escuela del derecho libre.-

La citada escuela representa una reacción contra la tesis de la plenitud hermética y la sumisión incondicional del juez a los textos legales, basándose en la afirmación de que el juez debe realizar precisamente por la insuficiencia de los textos legales, una obra personal y creadora, así como la repudiación de las doctrinas entre ellas la exegetica que postula la suficiencia absoluta de la ley, afirmando algunos autores de esta corriente de derecho libre, que el derecho libre no es sino una especie de derecho natural rejuvenecido, puesto que la ciencia jurídica, en este sentido debe desempeñar un papel creador, en vez de limitarse a ser simplemente un medio de conocimiento, siendo que el juez no solo esta llamado a descubrir el derecho de forma tal que no solo lo interprete en su sentido literal, sino que incluso debe crearlo y esta labor creadora debe ser su ultima finalidad, como aquella que tiene como finalidad la de realizar justicia.

9.4.- DISCIPLINAS JURIDICAS ESPECIALES.

El eje de la jurisprudencia técnica de la que hemos hablado en puntos anteriores, hace la distinción entre derecho privado y derecho publico, como la sistematización en la que se encuentra comprendido el orden jurídico, de acuerdo con la clasificación generalmente aceptada podemos ver que pertenecen al derecho publico: el derecho constitucional, administrativo, penal y procesal. El derecho privado comprende: el derecho civil y mercantil, así mismo al lado de esta clasificación de derecho publico y derecho privado, es decir como el derecho interno de una nación, existe también otra clasificación de derecho publico y privado internacional, referentes como aquellos que norman las relaciones entre países soberanos, la cual comprende la misma división de la primera con la salvedad que la segunda es de aspecto internacional como el derecho mercantil internacional, administrativo internacional, entre otros.

9.5.- ACEPCIONES DE LA PALABRA DERECHO.

En el lenguaje jurídico sé a tenido la necesidad de emplear distintas acepciones del vocablo derecho para desarrollar y sistematizar la disciplina jurídica, entre estas acepciones encontramos las de derecho objetivo y derecho subjetivo, derecho vigente y derecho positivo, y aunque en el presente trabajo hemos tratado estos conceptos en capítulos anteriores es menester precisar su significado por convenir a nuestro estudio.

9.6.- DERECHO OBJETIVO Y DERECHO SUBJETIVO.

El derecho objetivo es el conjunto de normas, bilaterales con carácter impero atributivas, que regulan la conducta, otorgando facultades, al mismo tiempo que imponen deberes correlativos dentro de una esfera determinada, el termino derecho objetivo, lo mismo se aplica para designar a una norma, un conjunto de normas o todo un sistema jurídico, como derecho sucesorio derecho alemán, derecho mexicano, etc, Pero siempre se refiere al concepto de norma, es decir el derecho objetivo, es el conjunto de normas que integran los códigos u ordenamientos jurídicos, así por ejemplo cuando se habla de derecho sucesorio o derecho francés la palabra se emplea en sentido objetivo, ya que en cada caso se esta haciendo referencia al conjunto de normas que constituyen los ordenamientos jurídicos relativos a la sucesión o al sistema jurídico Del pueblo francés en estos casos, pero frente al obligado por una norma jurídica descubrimos siempre a otra persona facultada para exigir el cumplimiento de lo prescrito, siendo esta autorización o facultad concedida al pretensor por el precepto. El derecho subjetivo, es decir que este ultimo es la facultad o autorización concedida a una persona por la norma jurídica (derecho objetivo) para exigir de otra una prestación, como la posibilidad de hacer o de omitir algo lícitamente, ahora bien uno y otro concepto son correlativos puesto que no se puede concebir una norma jurídica en sentido objetivo, que no conceda facultades como un derecho subjetivo, ni una facultad jurídica que no sea concedida por una norma, siendo de este modo que el derecho subjetivo viene a ser un permiso otorgado por la norma como la facultad de hacer o de omitir y el derecho objetivo viene a ser esta norma que permite tal facultad. Pero el hecho de que ambos conceptos sean correlativos, no quiere decir que puedan confundirse sino que existe entre ellos una relación y desde este punto

de vista puede verse desde dos ángulos distintos una misma estructura normativa y en este sentido podríamos imaginar que el derecho objetivo y el subjetivo son dos caras de una misma moneda que sería el derecho en general; una no puede existir sin la otra, pero no se identifican. En resumen podríamos decir que por un lado tenemos a la norma simple y llanamente como objeto abstracto y general que no se adapta a un sujeto determinado y por otro lado la facultad o autorización concedida a una persona por la norma jurídica o derecho objetivo para hacer u omitir lo establecido en el precepto normativo, siendo de este modo el derecho subjetivo una función del objetivo. Y en este sentido se ha pretendido que el derecho subjetivo es anterior al objetivo en virtud de que en la historia aparece primero la conciencia de que se tiene determinada facultad y después se protege tal facultad o derecho subjetivo mediante el precepto normativo o derecho objetivo. Por otro lado se ha sostenido en contraposición que el derecho objetivo es anterior al subjetivo, en virtud de que precisamente es el derecho objetivo el que crea al derecho subjetivo, pues no se puede concebir una facultad jurídica que no haya sido preestablecida por una norma. A este respecto nos dice García maynez que en realidad ⁷⁹ “ el problema está mal planteado, pues no se trata de una precedencia de temporalidad o psicológica, sino de una precedencia lógica y desde este punto de vista ambos conceptos se implican mutuamente, puesto que no hay derecho objetivo que no conceda facultades, ni derecho subjetivo que no sea concedido por una norma.”

9.7.- DERECHO VIGENTE Y DERECHO POSITIVO.

Llamamos orden jurídico vigente dice García maynez ⁸⁰ “ al conjunto de normas impero atributivas que en una cierta época y un país determinado la autoridad política declara obligatorias.” Siendo la vigencia el resultado de una serie de supuestos variables en cada legislación, en México la vigencia depende de la aprobación de los órganos legislativos y de la sanción y promulgación del ejecutivo y de la publicación en el periódico oficial, así mismo postula el citado jurista que la vigencia ⁸¹ “ esta integrada tanto por las reglas de origen consuetudinario que el poder público reconoce, como por los preceptos que

⁷⁹ Eduardo García maynez, introducción al estudio del derecho, ed. porrua, 1977, vigesimasexta edic. p 37

⁸⁰ García maynez, opus, cita, introducción... 1º, parte, capítulo IV, No 22, p.37

⁸¹ García maynez, opus, cit. P. 37

formula.” Es decir derecho vigente es todo ordenamiento elaborado con todas las formalidades legislativas, así mismo el orden vigente no solo esta integrado por las normas legales que el poder ejecutivo y legislativo reconoce, puesto que al derecho vigente pertenecen así mismo los preceptos de carácter genérico que integran la jurisprudencia obligatoria y las normas individualizadas o resoluciones judiciales y administrativas, pero al igual que las primeras estas ultimas, requieren para su validez y vigencia, de una serie de requisitos formales preestablecidos, de esta forma tanto el derecho objetivo como el subjetivo pueden ser vigentes o no ya que el derecho objetivo, constituido por las normas jurídicas que dicta el órgano legislativo del estado, tendrán vigencia cuando sea valido por haberse llenado las formalidades exigidas por una legislación fundamental para su validez, sin que haya sido abrogada por Normas jurídicas posteriores siendo vigente el derecho objetivo en esas condiciones, también lo serán los derechos subjetivos que derivan del objetivo y si a la inversa el derecho objetivo deja de estar vigente los derechos subjetivos que de, él nacen también dejaran de estar vigentes, de esta forma para que una ley deje de estar vigente es necesario que sea abrogada o derogada por otra ley formalmente valida. Ahora bien erróneamente los conceptos de derecho vigente y derecho positivo suelen ser empleados como sinónimos, al respecto decimos que esto es un error, por que no todo derecho positivo es vigente, ya que la vigencia es un atributo puramente formal, puesto que como diría, García maynez ⁸² “ vigencia es el sello que el estado imprime a las reglas jurídicas, consuetudinarias, jurisprudenciales o legislativas, sancionadas por el, y la positividad es un hecho que estriba en la observancia de cualquier precepto vigente o no vigente.” Es decir la vigencia es un hecho formal y la positividad refiérase al aspecto de eficacia jurídica de un precepto vigente o no vigente. De igual forma nos dice el citado jurista que la ⁸³ “ costumbre o reglas consuetudinarias no aceptadas por la autoridad política, es derecho positivo, pero carente de validez formal.” Entiéndase como costumbre o reglas consuetudinarias, en este sentido como el uso de conducta mas o menos ininterrumpido y la convicción de que ese uso es obligatorio. Ahora bien las fuentes que pueden dar origen al derecho positivo son entre otras la costumbre, la ley y la jurisprudencia judicial. En los

⁸² García maynez, obra citada, introducción... p. 38

estados modernos solo las dos ultimas pueden ser fuentes formales del derecho, ya que por lo regular la costumbre suele ser fuente formal solamente cuando la ley del estado a sí lo establezca. En lo referente a la legislación estatal para que sea positiva es necesario que una ley, tenga aplicación, observancia y cumplimiento eficaz, de modo que en este caso habrá derecho positivo cuando los preceptos legales vigente sean obedecidos, en la realidad social, pero en este sentido el hecho de que una ley no sea acatada y por lo tanto no haya tenido o deje de tener realización efectiva en la vida social, no significa que pierda su vigencia, sino que continua siendo un derecho vigente aun cuando no positivo y si el derecho vigente es cumplido, aplicado y ejecutado con eficacia, es al mismo tiempo positivo, de modo que en teoría puede haber un derecho vigente estatal, no positivo o un derecho vigente positivo.

9.8.- LA EFICACIA DEL SISTEMA NORMATIVO.

Como hemos visto, sistema normativo es el conjunto de reglas de conducto establecidas por los órganos del poder publico para la realización de valores jurídicos, así mismo al referirnos a los conceptos integrantes de dicho sistema hemos hablado a la vez de positividad y vigencia del orden jurídico, al primer termino de positividad, lo definimos como el atributo de las normas que estriba en la observancia de cualquier precepto vigente, reconocido por los órganos del estado con el propósito de regular sus propias, tareas y el comportamiento de los particulares, el segundo termino o vigencia se aplica al conjunto de normas impero atributivas que en una cierta época y un país determinado, la autoridad política declara obligatorias y que depende de una serie de supuestos variables en cada legislación, supuestos tanto de orden lógico como de carácter Axiológico y sociológico, si en estos términos la vigencia la conceptualizamos como un producto de los órganos del poder publico y más precisamente de las fuentes formales de creación jurídica, resulta que tal concepto de derecho presupone la existencia de la organización estatal. Es decir la existencia de la organización institucional que determina la forma de los procesos creadores y las condiciones y limites de la fuerza obligatoria de los preceptos jurídicos, lo cual indica a su vez que tal organización posee fuerza suficiente

⁸³ García maynez, ibid. P 38

para asegurar la observancia de esos preceptos con vista al desempeño de las funciones publicas y el logro de los fines que persigue, imprimiendo a su vez a los preceptos jurídicos la característica de validez formal, ya que en este sentido las reglas jurídicas son normas genuinas, a través de cuya observancia habrán de realizarse una serie de valores colectivos y en primer termino los de justicia, seguridad y bien publico, pero la eficacia de un orden no depende solo del poder coactivo del estado ya que en buena medida, la eficacia del mismo, esta condicionada por El reconocimiento que de ese orden hacen los sometidos a su imperio, y es en este sentido que la eficacia es uno de los elementos condicionantes de todo orden jurídico, puesto que la mayor o menor perfección de este dependen de que las normas del orden jurídico sean en mayor o menor medida eficaces, pero el hecho de que una norma sea eficaz en cuanto a su observancia, no siempre implica la bondad o justicia intrínseca de las reglas jurídicas, puesto que lo que implica en este sentido es simplemente el hecho de la subordinación de la conducta humana a los preceptos que la rigen y al respecto se puede decir que la eficacia en la órbita del derecho, se manifiesta en dos sentidos, como acto de cumplimiento y como acto de aplicación, el primero de cumplimiento, Designa la obediencia de las normas del sistema ordenador por los particulares a quienes se dirigen, es decir como la libre voluntad de acatar el precepto normativo, la segunda o acto de aplicación, es la que se da por medio de la conducta de los órganos del poder publico, que a falta de cumplimiento voluntario de la norma, por quien tiene el deber de observancia, se hace valer en el caso concreto de forma coercitiva. La diferencia entre cumplimiento y aplicación en el sentido estricto del concepto de ambos términos reside en la naturaleza de los actos que designan, puesto que depende de los sujetos que realizan tales actos, ya que en el cumplimiento se trata de los particulares que acatan voluntariamente el precepto normativo dándole eficacia al mismo, puesto que de esta forma conlleva la realización del cumplimiento normativo para el cual fue creado y en la aplicación los sujetos son los órganos del estado, que aplican normas generales o abstractas a casos concretos imponiendo coactivamente la observancia del precepto jurídico.

CAPITULO X

LOS FINES DEL DERECHO.

10.1.- INTRODUCCION.

No se puede llegar a desentrañar el concepto de una cosa sin antes averiguar cual sea su causa primera y su fin ultimo, lo mismo tratándose del derecho. Por lo que se refiere a la primera cuestión o causa del derecho la hemos tratado en forma general en los capítulos anteriores de derecho natural y derecho positivo en lo conducente a la segunda o fin ultimo tenemos que el derecho en sentido lato tiende a tres fines fundamentales: el bien común, la seguridad jurídica y la justicia.

10.2.- EL BIEN COMUN.

Las normas y la noción misma del bien encuentran su fundamento inmediato en el ser creado, en la naturaleza de las cosas y en la estructura ontológica del hombre las verdades morales tienen a sí un fundamento real, están fincadas en el ser, en la naturaleza de las cosas del orden ontológico, según el cual cada ser tiene un fin propio y en este sentido siempre serán ordenados por la ética en su aspecto sustancial y por las normas en su aspecto formal, el orden social que por ser necesario al hombre, es evidente que esta fundado en datos ontológicos, ya no del ser humano como ente individual sino de esa otra totalidad o unidad que es la sociedad de la que forma parte. El bien común se refiere en primer termino a la sociedad como entidad racional, como la unidad de un todo ordenado que responde a lo que podría llamar la dimensión social de la naturaleza humana, que alude ante todo al acervo acumulado de valores humanos por una sociedad determinada, al mismo tiempo que al desarrollo y perfeccionamiento de los hombres en comunidad, lo cual indica que no esta constituido por la suma de bienes individuales, pues de ser a si existirían tantos fines como individuos en una sociedad. Si no que es un bien específico que comprende valores comunes que no pueden ser realizados por un solo individuo, tales como el orden o estructura de la propia actividad institucional de la sociedad, el derecho el régimen político, la unidad nacional, la paz social, siendo el bien común el que consiste esencialmente en la creación estable y garantizada de condiciones

comunes tanto de orden material como de orden espiritual en beneficio de toda la sociedad, a si como para la realización del bien común propio de cada uno de los individuos y de los grupos sociales que integran el estado, es decir que el bien común y el bien individual siempre se encuentran relacionados recíprocamente ya que entre el individuo y la sociedad es claro que el individuo siempre procura la sociedad o asociación con sus semejantes, Buscando su bien individual y este a su vez no puede alcanzarlo si no a través del llamado bien colectivo puesto que en este sentido el hombre desea la sociedad y quiere el bien colectivo de esta, por ser el medio por el cual se distribuye el bien individual. La sociedad y el bien común que ella debe procurar son necesarios a la persona humana, para su desarrollo y perfeccionamiento, luego el hombre esta obligado a contribuir al sostenimiento y progreso de la sociedad y del bien común, lo cual redundara en su propio beneficio, en suma el bien común es la tarea por alcanzar los valores ideales de forma ordenada que tiendan al perfeccionamiento de la sociedad implicando las condiciones favorables para el desarrollo integral individual.

10.3.- LA SEGURIDAD JURIDICA.

La seguridad jurídica es un criterio que se relaciona, mas que con el aspecto racional y ético del derecho. Con su aspecto técnico positivo y sociológico, ya que la seguridad se identifica con la existencia de un ordenamiento jurídico eficaz, pues esta ligada a un hecho de organización social. Es por ende el orden jurídico el que proporciona la garantía de seguridad al individuo y a su propiedad. Es la ley la que protege y concede seguridad a los particulares, tanto para su vida como para su propiedad aun frente a los gobernantes, pues sin esta estaríamos ante un estado autoritario y despótico, en donde prevalecerían en dado caso la inseguridad, la arbitrariedad y la injusticia seria en este sentido el reino del mas fuerte sobre él más débil, pero en este aspecto de la seguridad juridica sé a tendido a confundir esta con la certeza jurídica, cosa que representa un grave error, puesto que la certeza jurídica implica fundamentalmente el conocimiento que tiene las personas respecto de aquello que pueden exigir o que están obligados a evitar o no impedir, esto es el conocimiento que se tiene de las libertades, derechos y obligaciones que les garantiza e impone el derecho positivo, es decir La conciencia de lo

que se puede hacer y de la protección que puede esperar una persona, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente al cual esta sometida. Ordenamiento que asegura y da certeza, es decir como la convicción de saber que se goza de un verdadero estado de derecho que protege, faculta e impone obligaciones. Por lo tanto no se debe confundir la seguridad con la certeza jurídica, puesto que la primera es objetiva ya que representa al conjunto de condiciones sociales de carácter jurídico que garanticen la situación personal de cada uno de los miembros de la comunidad por estar sujetos a un orden jurídico en tanto que la seguridad o certeza tiene carácter subjetivo pues es un dato que en el fondo se reduce a un conocimiento verdadero que conlleva a saber a que atenerse. Ahora bien el concepto de seguridad jurídica, tiene tres nociones, la de orden, la de eficacia y la de justicia, en primer lugar la idea de orden en la seguridad jurídica se refiere a la coordinación de la actividad de cada uno de los sujetos que forman parte de una sociedad, unificando el esfuerzo colectivo y asegurando al individuo una situación jurídica, siendo el orden el plan general expresado por la legislación vigente en una comunidad, es decir como el plan rector de coordinar y regular la acción humana en un conjunto normativo que establece las directrices a seguir del deber ser de la conducta humana, pero en este sentido no cabe hablar de seguridad jurídica ahí donde existe un orden legal teórico un orden legal ineficaz, es decir una legislación que no es observada por los Particulares para los que fue creado y que tampoco se cumple por parte de las autoridades, pues en este mismo sentido este orden sería un orden de simples enunciados éticos, siendo por esto necesario que al respecto todo orden jurídico tenga el mayor grado de eficacia como supuesto de observancia normativa para que lleve acabo su cometido de procurar seguridad jurídica y por ende de certeza jurídica. Pero en este contexto para que el orden legal merezca el calificativo de jurídico y eficaz es preciso que este fundado en la justicia, ya que un orden jurídico fáctico, pero injusto no produce verdadera seguridad jurídica.

10.4.- CONCLUSION.

Es necesario y por demás importante decir que al plantearnos la pregunta de ¿qué es el derecho? En la primera parte, capítulo primero de este trabajo, no pretendíamos hacer de esta cuestión el punto fundamental de nuestro estudio, sino que quisimos abordarlo de modo tal, que nos aportara los datos suficientes, para poder esclarecer nuestra situación problemática referente a **la objetividad de la justicia en el derecho**, la cual versa sobre si el derecho puede considerarse como la forma de la justicia, y por ende, si el derecho es justo. Si embargo a lo anterior y a manera de complementación, podemos decir que el derecho no es una forma de la justicia, sino una forma de reglamentación de conducta debida, producto de la voluntad del hombre en sociedad, tendiente a alcanzar el valor justicia, el derecho no es un valor, es un bien, puesto que le ayuda al hombre a establecer un ideal de vida en comunidad, pues si el derecho fuere una forma de justicia, no seria un sistema de reglas de conducta debida en forma objetiva, tendiente a regular la vida del hombre en sociedad, sino que seria un sistema o conjunto de principios, ya que el derecho es como lo diría el jurista Oscar morineau ⁸⁴ “ un instrumento creado por el hombre, para regular su conducta mediante un orden concreto De reglas de conducta impero atributivas, estatuidas por una autoridad establecida, en una sociedad, para la realización de valores colectivos, que le permitan alcanzar un ideal de bien común.” Es decir que él deber ser de la conducta humana en sociedad, como lo postula el citado jurista, ⁸⁵ “ adquiere un nuevo sentido, un sentido no natural, cuando aparece como ejercicio de derechos o como cumplimiento o incumplimiento de deberes jurídicos, ya que el derecho no nos dice como es la conducta, sino que nos sirve para determinar como debe ser.” Para lo cual el hombre se vale de la creación de un orden concreto de reglas de conducta que le sirven para adecuar la misma al modelo del supuesto normativo que son dictadas por una autoridad previamente establecida, que imprime valides formal a dichas reglas, siendo este producto de la organización política de una sociedad, que orienta al orden jurídico hacia la realización de valores, como la justicia, otorgándole al hombre la certeza de gozar de seguridad jurídica y de un ambiente de paz social, para alcanzar un fin común como ideal de vida ordenada.

⁸⁴ Oscar morineau, el estudio del derecho, edt. Porrúa, México, 1953, p. 30

TERCERA PARTE

CAPITULO XI

LA JUSTICIA.

11.1.- INTRODUCCION.

De diferentes tipos de cosas se dice que son justas o injustas, no solo las leyes, instituciones y sistemas sociales, sino también las acciones particulares de muchas clases, llamamos también justas e injustas a las actitudes que tomamos ante las cosas y a las personas mismas así como el modo en que las instituciones sociales más importantes distribuyen los derechos y deberes, entendiéndose por instituciones más importantes, el estado, el derecho, entre otras, que tomadas en conjunto representan un esquema que define los derechos y deberes del hombre e influyen sobre su perspectivas de la vida y sobre lo que puede hacer o no, de esta forma si conceptualizamos a la justicia como la primera virtud de las instituciones sociales, es decir como la virtud fundamental del derecho, podemos decir que no-importa que Las leyes e instituciones estén bien ordenadas, conforme a regular la conducta en sociedad. si estas no son justas carecen de todo sentido puesto que no llevan acabo el ideal de procurar justicia para el cual deben ser creadas, pero es precisamente en este contexto en el que se presenta el problema de saber si una ley es justa o no, o mejor aun él plantearse el supuesto y mas arduo problema de saber en realidad que es la justicia, resultando igualmente innegable, el difícil de dar una respuesta que conlleve la aceptación de todos, puesto que al respecto se a tratado a la justicia como un valor, un ideal o una situación de igualdad, que los juristas y filósofos han tratado de explicar, según el punto de vista de cada uno de ellos. Por lo cual para nuestro estudio resulta por consiguiente necesario esclarecer, de modo primordial, la noción de justicia como valor, la justicia como ideal y la justicia como igualdad.

⁸⁵ morineau, ibiden, cita, p. 31

11.2.- LA JUSTICIA COMO VALOR JURIDICO.-

Todo orden normativo concreto consiste en la subordinación de la conducta a un sistema de normas cuyo cumplimiento permite la realización de valores, puesto que el derecho en este sentido es un orden creado para la realización de valores, cuyas normas integrantes regulan la conducta de manera bilateral, externa y coercible, que son normalmente cumplidas por los particulares y en caso de inobservancia, son aplicadas o impuestas por los órganos del poder público, de esta forma cuando se asevera que el derecho ha sido instituido para el logro de valores con ello se indica igualmente a un elemento estructural de todos los ordenes, siendo este su finalidad, ya que no podríamos pensar en un verdadero derecho que no este orientado hacia el valor justicia, puesto que la regulación normativa del comportamiento será tanto mas perfecta, cuando en mayor medida realice los valores que le dan sentido, pero no obstante lo anterior, no debe de confundirse el fin del derecho con el valor justicia, puesto que el hombre solo convierte en meta de su obrar lo que le es valioso, siendo la actividad que se orienta hacia un fin y que presupone en él sujeto de la misma un juicio positivo sobre la el valor de aquello que inspira, implicando en esto una relación entre fines y valores, ya que estos últimos condicionan a los primeros y no a la inversa, por consiguiente, los valores jurídicos son el fundamento de los fines, es decir hacer que el valor justicia prevalezca por encima de todo, es y debe ser aspiración de los creadores, aplicadores y destinatarios de las normas jurídicas, por que La justicia es valiosa y lo valioso debe ser, en otras palabras, la justicia debe ser por que vale. De esta forma tanto los creadores, como los aplicadores y destinatarios de las normas de derecho, no deben de perder de vista los valores a que están encaminados sus actos, en el legislador el despliegue de su actividad exige no solo la correcta intuición de los valores, sino también el firme propósito de hacer que condicionen el contenido de las leyes, ya que las normas, solo podrán ser de manera correcta, si por un lado el legislador para su creación atiende a la naturaleza de los casos a que habrán de aplicarse y por otro lado a los valores que darán sentido a la norma y permitirán justificarla, de igual forma el horizonte axiológico que constituye la actividad del legislador, es y debe ser por demás el mismo de los órganos aplicadores, ya que la aplicación De Los preceptos jurídicos, no puede determinarse sino se esclarece previamente el sentido y alcance de los mismos, es

decir la interpretación de las reglas jurídicas debe hacerse conforme a los criterios de valoración que sirvieron de guía a los creadores de las normas. Ahora bien hemos visto a la justicia como un valor, pero que es en sí el valor. Y en este sentido existen, dos corrientes fundamentales que tratan de explicar este concepto, una es el subjetivismo axiológico que postula ⁸⁶ “ que las cosas no son por si valiosas, todo valor se origina en una valoración previa y esta consiste en una concesión de dignidad y rango que hace el sujeto a las cosas, según el placer o el enojo que le causen” pues es un hecho ⁸⁷ “ que en el momento de valorar algo como bueno no vemos la bondad proyectada sobre el objeto por nuestro sentimiento de agrado, sino al revés” es decir, el agrado o el desagrado condicionantes de la valoración positiva o negativa de un objeto no están en el mismo, ya que estas son simples reacciones de nuestra sensibilidad frente al mismo, como la apreciación subjetiva que el sujeto hace Del objeto de acuerdo aun reflejo de apreciación subjetivo, siendo que el valor de los objetos, de los actos o de las personas no depende de cualidades de estos, sino exclusivamente de nuestras valoraciones, como algo que esta en nosotros y no en lo valorado.

La otra corriente que trata de explicar el valor es la axiológica objetiva. Que postula que ⁸⁸ “ los valores existen en si y por si, independientemente de todo acto de estimación o de conocimiento.” Ya que estos existen con absoluta independencia de que se les intuya o no. En su ética Nicolai Hartmann, caracteriza a los valores en función de las notas siguientes ⁸⁹ “ A) son esencias, su conocimiento es apriorístico y aparecen ante el sujeto de la valoración como absolutos. B) existen en si y por si, esto es independiente de las estimaciones humanas, su validez es objetiva y pertenecen al orden del ser ideal.

C) ostentan, además el carácter de principios, como tales, no depende de que se les realice o no, aun cuando no sean indiferentes respecto de su realidad o irrealdad.” así mismo postula Hartmann, que los valores no proceden, ni de las cosas, estados o situaciones reales, ni del sujeto que valora, ya que su modo de ser no implica un subjetivismo, pues estos, son materias o estructuras que determinan una específica

⁸⁶ Ortega y gasset, ¿ qué son los valores? En las etapas del cristianismo al racionalismo y otros ensayos MCMXXXVI, ed. Pax, p. 45

⁸⁷ ortega y gasset, opus cit. P. 46

⁸⁸ M. Scheler, en su obra el formalismo en la ética y la ética material valorativa, 3 Aufl. Max Niemeyer, verlag Halle, 1927

cualidad en los objetos, personas o relaciones, en que aparecen de igual forma dice Hartmann ⁹⁰ “ que aun cuando los valores sean objetos posibles de una intuición estimativa, no surgen con ella, ya que su carácter no es el de concepciones, representaciones o pensamientos, el referido a lo valioso es autentico conocimiento del ser y en tal respecto en nada difiere del de orden teórico, su objeto es frente al sujeto que valora, tan independiente, como el de las cosas materiales frente al conocimiento sensorial.”

11.3.- CLASIFICACION DE LOS VALORES JURIDICOS.

Según el jurista García maynez ⁹¹ “ los valores jurídicos pueden clasificarse en

- a) Valores jurídicos fundamentales: los cuales tienen el rango de fundamentales por que de ellos depende la existencia de todo orden jurídico genuino siendo estos valores fundamentales, la justicia, la seguridad jurídica y el bien común, esto es que si los que detentan el poder en un momento determinado, no persiguen como fin la implantación de un orden justo, respetuoso de la igualdad humana y encaminado al bien publico, a la postre los destinatarios de ese orden se encontraran en el convencimiento de que se hallan sometidos a la fuerza, no al derecho.” Puesto que el derecho tiende hacia la justicia y debe estar a su servicio, o dicho de otro modo todo orden solo es valioso cuando realiza eficazmente los valores que le dan sentido y estos no pueden ser otros que sus valores fundamentales. A sí mismo el citado jurista postula como segunda clasificación ⁹² “ (b) valores jurídicos consecutivos: que son aquellos que en consecuencia inmediata se desprenden de la armónica realización de los fundamentales, siendo los más importantes entre ellos, aunque no los únicos, la libertad, la igualdad y la paz social, que más que como valores deben ser considerados como bienes.” García maynez también nos da una tercera clasificación ⁹³ “ o ultima designación de los valores jurídicos como(c) valores jurídicos instrumentales: que es aquella que es aplicada por nosotros a los valores que

⁸⁹ N. Hartmann, Ethik, p.109, segunda edición alemana

⁹⁰ Hartmann, opus, cit. P. 134

⁹¹ Eduardo García maynez, filosofía del derecho, editorial porrua, México, 1986, p. 439

⁹² García maynez, opus, cita, p. 439

⁹³ García maynez, opus, cit. p. 439

corresponden a cualquier medio de realización de los valores de carácter fundamental y de los consecutivos así como todas las instituciones cuyo fin consiste en la realización de estos valores y en general las de procedimiento, que valen instrumentalmente en la medida en que fungen como medios de realización de valor

11.4.- LA VALORACION JURIDICA COMO ACTIVIDAD RACIONAL.

Desde Aristóteles, son muchos los filósofos que han tratado de distinguir entre razón especulativa o teórica y razón práctica, la primera se refiere a un conocimiento meramente teórico o especulativo de los seres. La segunda en cuanto a la acción de los mismos o en otras palabras y según la terminología Kantiana, la primera conoce el ser y la segunda él deber ser. Ahora bien, la razón como el modo de conocer propio del hombre consiste en la actividad intelectual que procede comparando ideas con ideas, formando así juicios, para después suponer juicios con juicios, formando así raciocinios, de esta forma el hombre posee inteligencia o entendimiento, que es la facultad de abstenerse y de conocer en forma inmediata y evidente las esencias de los seres y los primeros principios del conocimiento y en este sentido el entendimiento no opera en forma independiente, sino que está ligado al conocimiento sensorial. Tratándose de valores es evidente que nuestra actitud intelectual no puede ser la misma que tenemos cuando conocemos experimentalmente a aquellos seres que tienen realidad física. Pero puesto que la razón humana es la misma como lo explica Santo Tomás⁹⁴ “ los preceptos de la ley natural, son respecto de la razón práctica lo mismo que los primeros principios de la demostración respecto de la razón especulativa, unos y otros son principios evidentes por sí mismos, como el ser es lo primero que cae bajo toda consideración, así el bien es lo primero que aprehende la razón práctica ordenada a la operación, puesto que todo agente obra por un fin, el cual tiene naturaleza de bien, este pues será el primer precepto de la ley; se debe obrar y perseguir el bien y evitar el mal.” Siendo la esencia de la valoración jurídica como aquella que consiste en percibir que el contenido de una norma jurídica es un bien conforme a los preceptos de la ley natural y en particular al precepto de justicia. Esta percepción tiene como asiento a la conciencia moral, que es la

⁹⁴ Santo Tomás de Aquino, Suma Teológica, A. 2

facultad espiritual que nos permite el conocimiento de los valores, siendo el juicio de valor de la conciencia en este sentido sobre la bondad o malicia de una acción o sobre su justicia o injusticia. El hombre llega al conocimiento de los valores pasando por la experiencia, pudiendo de esta forma conocer, los principios de justicia, por medio de su vida en la comunidad humana, así los valores son aprehendidos por la razón como bienes que exigen ser respetados o como lo explica, Nicolai Hartmann,⁹⁵ “ el acto de captación de los valores es una vivencia en la que la comprensión racional va de la mano con la certeza de que los valores deben estructurar objetivamente la vida humana.”

11.5.- LA JUSTICIA COMO IDEAL.

El ideal de justicia es sin duda alguna, la constante tarea del derecho. Ya desde el punto de vista de la naturaleza de la historia humana, ya en la rama de la axiológica jurídica, ya en la objetividad del derecho, en todas parece indicar que en los hombres late un sentido de la justicia, de lo que es razonable y equitativo, justo y noble, un sentido que acaso se exprese mas generalmente en el equilibrio que se busca entre merecimiento y recompensa. Como todos los sentidos o sentimientos el de justicia surge en nuestros encuentros con los hechos, es parte de nuestras reacciones a ciertos actos, acontecimientos y situaciones de nuestra vida, como cualidad o propiedad de actos, consecuencias y condiciones. De igual forma los pensadores han tratado de determinar lo que constituye a un hombre justo, lo que hace justa una decisión, una acción, una regla o una sociedad, queriendo de este modo abreviar el paso que los lleve a un nivel mas alto de perfección, en el que se considere a la justicia como esencia independiente de una forma ideal de vida y que sirva para informar y valorar los casos concretos que se presenten. Dando este paso que se dio ya desde los pitagóricos y sin duda alguna desde socrates, siendo el pleno florecimiento en platon y Aristóteles, en este plano la justicia se establece como idea constitutiva fundamental de la organización social y norma ultima reguladora de la acción jurídica y política, de lo cual dos hechos destacan claramente en todo lo anterior. Primero la idea de la justicia ha desempeñado un papel importante en el desarrollo de las instituciones sociales políticas y jurídicas, ha dado a la vida de grupo un

⁹⁵ Hartmann, opus, cit. p. 135

elemento de sensibilidad, estabilidad e idealismo, esencial al progreso. En segundo plano a contribuido a los esfuerzos por extender y afinar el sentido de la justicia perfeccionando el aparato por medio del cual se administra, por eso la justicia se traduce en cuanto al supuesto de ideal en programas de acción y de algunas de las aspiraciones del pueblo, como traducción creadora en beneficio de la comunidad que pretende explicar los valores y estructura de la sociedad, por esto la ley debe buscar la justicia, por encima de todo y utilizarla para definir y establecer, los verdaderos valores sociales y humanos. La justicia como ideal señala la necesidad de leyes positivas que protejan los valores insistiendo en considerar a todos los hombres iguales de esta forma la idea de justicia es una representación ideal totalizadora del mundo del derecho. Tal idea no es utópica por que es consiente de la realidad conceptual y este no es mas que un orden jurídico que se ciñe al valor de justicia.

11.6.- JUSTICIA Y EQUIDAD.

La equidad tiene un papel importante en la aplicación del derecho, exige una particular prudencia en los jueces y encargados en general de interpretar la ley y de aplicarla, siendo la equidad el criterio racional de aplicación de las normas jurídicas a un caso concreto, tomando en cuenta todas las circunstancias particulares del mismo, con miras a asegurar que el espíritu del derecho sus fines esenciales y principios supremos como la justicia, prevalezcan sobre las exigencias de la técnica jurídica. En este sentido debe de recordarse que los principios y fines primordiales del derecho natural forman la base imprescindible de toda equidad jurídica, siendo la ley humana la que tiene por objeto asegurar de mejor forma la realización de esos fines y principios instituidos en el derecho positivo, como normas del deber ser de conducta, Aristóteles postula que ⁹⁶ “ lo equitativo y lo justo son una misma cosa y siendo buenos ambos, la única diferencia esta en que lo equitativo es mejor aun, lo equitativo siendo lo justo, no es lo justo legal, lo justo según la ley, sino que es una dichosa rectificación de la justicia, rigurosamente legal.” Al respecto podemos decir que la equidad es fundamental al concepto justicia y tiene una correlación que los une íntimamente, sin embargo estos dos conceptos son

⁹⁶ Aristóteles, moral a nicomaco, edt, espasa calpe, trad. Patricio de azcarate, 1946, lib, V, cap. V. P. 183

diferentes ya que basta con analizar la definición clásica de justicia, que es aquella que consiste en “ dar a cada cual lo que le corresponde o le pertenece.” Para darnos cuenta que la justicia es el precepto que contiene el sentido que nos da la noción en que han de darse las cosas, es decir con equidad, la cual conlleva la reciprocidad igualitaria de la distribución de las cosas. Justicia es el concepto como género, equidad es aquello en que pueden presumiblemente convenir los hombres libres y sensatos en sus tratos recíprocos, es la proporción aritmética. La justicia se refiere a lo político por su relación en el sentir social, mientras que la equidad norma el fundamento ético de la justicia como integración de proporcionalidad, siendo la equidad la forma libre y voluntaria en que se llega al acuerdo llamado equitativo por contener un equilibrio relativo a la proporción del trato, la equidad pues se refiere a la distribución recíproca y equilibrada de las cosas, entre ellas la igualdad de trato, es decir sustituimos el concepto de justicia por el de equidad para referirnos a la reciprocidad de trato y no como justicia de trato. La justicia es propia del concepto de igualdad y no de reciprocidad, pues al decir que nuestro derecho es igual, se quiere decir que mi derecho es tan justo como el de otro. Y aunque en este sentido también podemos decir que nuestro derecho es recíproco, por lo cual podríamos pensar que justicia es propia de reciprocidad, y aunque la reciprocidad no es excluyente del término justicia, al decir lo anterior siempre implicaríamos el término de igualdad, ahora bien si tenemos que el concepto fundamental de equidad sea el de reciprocidad cuando decimos que tenemos derecho a recibir un trato recíproco, estamos aludiendo a la equidad, por contener el supuesto de proporcionalidad en el trato y cuando recibimos el mismo trato decimos que es justo, de esta forma una cosa es la justicia de ese hecho y otra muy distinta el nexo de reciprocidad que reclama la equidad, lo cual nos conlleva en este sentido al llamado silogismo jurídico, ya que al preguntarnos si es justa la aplicación de tal Pena y en que proporción equitativa será la aplicación de esta, nos encontraremos con dos conceptos distintos que se interrelacionan íntimamente, es decir justicia y equidad, como en el supuesto de delito de robo que en su forma abstracta y general de la norma jurídica establece que comete el delito de robo aquel que se apodera de una cosa ajena sin el consentimiento de quien realmente le pertenece y en este sentido podemos suponer que se presentan dos casos en los cuales dos personas cometieron el

delito de robo, y si esta conducta es antijurídica conlleva una consecuencia jurídica por lo cual tendríamos que sancionar a Los dos, pero sería igualmente justo en los dos casos, aplicarles la misma pena. Tal parece que no, por que los mismos casos podrían ser diferentes entre sí, bajo un mismo concepto normativo, uno pudiese ser simple y el otro calificado, por lo cual tendríamos que recurrir al concepto de equidad, (aclarando que hablamos del supuesto filosófico de equidad no del aspecto formal de las normas) es decir basándose en la proporción o extensión del hecho jurídico, en resumen podemos decir que la equidad se relaciona con la reciprocidad y la justicia con la igualdad.

11.7.- JUSTICIA E IGUALDAD.

En la discusión y persecución de la justicia, una de sus características ha sido la igualdad. La historia de ambos procesos, el de entender y el de realizar la justicia, ha revelado dos tendencias a largo plazo: un aumento de los que se consideran iguales y una diversificación de lo que se busca como igual, siendo el problema de la justicia como aquel que está íntimamente relacionado con el de igualdad en la vida humana, y en este sentido se ha dicho que justicia quiere decir tratamiento igual de los iguales, puesto que la realización de la justicia exige que dos situaciones en las cuales las circunstancias relevantes son las mismas, sean tratadas en forma igual, siendo de esta forma, el tratar a hombres iguales en circunstancias iguales de modo igual, el primero y más importante de los mandamientos de la justicia, pero este mandamiento implica también que los hombres y situaciones desiguales sean tratados desiguales pero describir la justicia como el trato igual de los iguales es dar una definición de carácter general, Que deja planteada la pregunta de que personas han de ser consideradas como iguales y en que circunstancias ha de considerarse que sus actos merecen igual trato, la pregunta ha sido contestada por diferentes pensadores en diferentes naciones y en las distintas épocas de la historia. Siendo el caso del pensador griego platon, que estaba convencido de la desigualdad natural de los hombres a la que consideraba como la justificación de la existencia y reconocimiento de las clases sociales, para lo cual postula en su obra la república ideal ⁹⁷ “ que tiene que prevalecer en la república una estricta división del

⁹⁷ platon, la república ideal, libro III, p. 415

trabajo entre las clases, cualquier interferencia de una clase a otra es por demás grave, el gobernante el guardián, el labrador, el artesano tienen todos ellos que ser fieles a su destino y no interferir con las ocupaciones de ninguna de las demás clases.” Esto es para Platón la esencia de la justicia social, realizar su propia función, podrá ser en cierto modo la justicia, dice el filósofo que cada hombre debe practicar una sola cosa aquella para la cual está mejor adaptada su naturaleza. En consecuencia podemos decir que en la república ideal de Platón, la justificación de la justicia es un gobierno autocrático. Para su discípulo Aristóteles este concepto platónico era totalmente erróneo puesto que el gobierno de un solo hombre o de una oligarquía puede degradarse fácilmente ya que estará influido por la parcialidad, la pasión y la emoción, según, Aristóteles el remedio contra este peligro inherente al gobierno de los hombres es sin duda alguna el gobierno de las leyes, pues la ley es la razón sin apetitos, representa la razón libre de parcialidad, siendo el gobierno de las leyes el único que puede dar una clara manifestación de la justicia, pues en opinión de Aristóteles, la justicia exige que ⁹⁸ “ los iguales sean tratados de igual manera.” Por lo cual según el filósofo citado, significa que los bienes de este mundo deben ser distribuidos, siempre entre los ciudadanos, proporcionalmente al mérito, así también que el derecho debe mantener esta justa distribución de los bienes contra toda clase de violencias, en este sentido nos dice Aristóteles, que hay dos clases de fundamentos de justicia: la justicia distributiva y la justicia retribuida, la primera reparte la riqueza, los honores y los demás bienes de la comunidad entre quienes participan en sus funciones o constitución, estableciendo una proporción geométrica en que se toman en cuenta las diferencias de los hombres y sus funciones, la medida del mérito varía en las distintas formas de gobierno, es decir la justicia distributiva, consiste en asignar derechos públicos y privados a los ciudadanos conforme al principio de igualdad, ya que cada individuo debe recibir lo que se le debe por virtud de su contribución a la sociedad y por ende al bien común, debe darse cosas iguales a los iguales y cosas desiguales a personas desiguales, midiendo a todas las personas con arreglo a su mérito, la justicia distributiva en un estado pacífico y bien ordenado Toma su estructura de las constituciones que establecen la distribución y funciones de los cargos públicos, y la

⁹⁸ Aristóteles, política, lib. III, cap. 12

manera en que se proveen, de esta manera en un estado ordenado, la justicia distributiva, se manifiesta en las igualdades entre la proporción de funciones públicas, en la comunidad con las recompensas y privilegios concedidos a quienes las ejercen, Aristóteles, sienta la base para distinguir la justicia como una de las virtudes morales del individuo y como aglutinante de los hombres en el estado. Se cree que la justicia política consiste en la igualdad, pero las ideas humanas sobre esta son imperfectas, siendo que hay por tanto, tantas clases de justicia e igualdad como constituciones, pero pese a esta diferencia la justicia es el principio del orden en las comunidades políticas, puesto que su administración determina lo que es justo, siendo el gobierno político en este sentido de hombres iguales y libres, Aristóteles percibió claramente que para que en una sociedad pueda prevalecer el derecho hay que mantener el equilibrio, saludable entre libertad y autoridad, el individuo tiene que disponer de una esfera de derechos dentro de la cual pueda desarrollar su personalidad y talento, pero la sociedad organizada tiene que tratar de conseguir que todas las personas lleguen a los puestos adecuados de acuerdo a sus capacidades y ya que no se puede dejar este problema totalmente al azar, la tarea de la justicia distributiva es de promover una justa asignación y distribución de derechos y poderes entre los ciudadanos, esta asignación de derechos y poderes sostiene Aristóteles no debe dejarse a la discreción personal de las autoridades gobernantes, sino que debe lograrse mediante la promulgación de reglas jurídicas generales, puesto que la justicia sin derecho podría funcionar si gobernantes y jueces fueran hombres perfectos, pero como no lo son, sus poderes para decidir acerca del destino de sus congéneres deben de estar sujetos a limitaciones legales, que les ciñan conforme a una justicia distributiva e igualitaria. La segunda clase de justicia retribuida o correctiva, repara las injusticias o daños inferidos en los tratos entre los hombres tanto las voluntarias como las involuntarias estableciendo una proporción que mide el daño y la reparación, la justicia rectificativa se cumple al ejecutar las sentencias de los tribunales civiles y penales, que regulan su actuación conforme a la ley, puesto que de esta depende la igualdad en la reparación de las injusticias. Ya que la ley considera ⁹⁹ “ a las personas como completamente iguales y a esta corresponde averiguar si uno a sido culpable o si el otro a

⁹⁹ Aristóteles, id. I.lib. V, cap. IV, pag. 162

sido víctima, si el uno ha cometido el daño y si el otro ha sufrido.” Siendo el juez el mediador entre las partes que trata de igualarlas, en lo que corresponde, buscando el punto medio entre el provecho adquirido y la pérdida soportada, ¹⁰⁰ “ lo igual que ocupa el medio entre uno y otro es lo que llamamos justo y lo justo que tiene por objeto reparar los daños; es el medio entre la pérdida o el sufrimiento del uno y el provecho de otro.” Lo anterior es el justo medio de Aristóteles, en el cual postulaba que residía la justicia rectificativa. Siendo esta la que garantizaba la esfera legal de cada ciudadano contra las violaciones injustas por parte de otro, este tipo de justicia es para él filósofo citado, un termino medio entre ganancia y pérdida en las transacciones privadas, una restauración de un equilibrio justo que deshaga las consecuencias de un acto ilegal o incorrecto, ahora bien la justicia distributiva lo mismo que la correctiva en esencia aspira al mantenimiento de una justa proporción en la vida social, ya que en opinión de Aristóteles la justicia es esencialmente una especie de proporción, un termino medio entre los extremos a saber exceso y defecto y en las dos clases de justicia encontramos como criterio distintivo a la igualdad, puesto que en este sentido podemos deducir de lo anterior expuesto que habrá injusticia cuando haya desigualdad. En suma el concepto de justicia fue analizado por Aristóteles mediante un profundo análisis que hasta ahora no ha sido superado ya que la mayoría de los filósofos que han intentado abordar este tema se han basado o iniciado sus teorías a partir del tratado de justicia de este gran filósofo griego. Justicia se llama dice Aristóteles ¹⁰¹ “ a esa cualidad moral que obliga a los hombres a practicar cosas justas y que es causa de que se hagan y de que se quieran hacer, la injusticia, es la cualidad contraria, es injusto el que falta a las leyes, el que es demasiado codicioso y el inicuo, es justo el que obedece a las leyes y el que observa con los demás las reglas de la igualdad lo justo será lo que es conforme a la ley y a la igualdad, lo injusto será lo contrario.” Después de Aristóteles solo existen postulados que versan en el mismo sentido de lo proclamado por el estagirita, sobre justicia e igualdad. Como lo sustentado entre otros, por el jurista Radbruch, el cual opina que ¹⁰² “ la justicia es un concepto

¹⁰⁰ Aristóteles, id. Lib. V, cap. IV, pag. 163

¹⁰¹ Aristóteles, citado por Beatriz bravo Valdés, Agustín bravo González, primer curso de derecho romano, ed. Pax México, 1989, p. 24

¹⁰² Radbruch, legal philosophy, trd. Wilk, twentieth century, legal philosophy, series, 1932, p. 107, citado por Carl J. Friedrich, la justicia, ed. Roble, 1969, p. 156

formal, que no produce resultados sustanciales, por que aunque la justicia nos impulsa a tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales, no nos indica en primer termino cual es el punto de vista para juzgarlos iguales o desiguales y además solo determina la relación y no el tipo de trato.” Así también lo expuesto por el filósofo alemán Friedrich Nietzsche aborda la filosofía griega para destacar su tesis de justicia mediante una posición aristocrática ya que creía en ¹⁰³ “ la desigualdad natural entre los hombres debía encontrar reconocimiento en el orden político y social (igualdad para los iguales y desigualdad para los desiguales) ese sería el discurso real de la justicia y de ahí se sigue que no debe hacerse nunca iguales las cosas desiguales.” O en contraposición a esta teoría el sociólogo Lester F. Ward, ¹⁰⁴ “creía que el orden político, la desigualdad natural de los hombres debía ser en lo posible mitigada o eliminada ya que la verdadera definición de la justicia es la imposición por la sociedad de una igualdad artificial en las condiciones sociales que son naturalmente desiguales.” Y aun que podríamos citar al respecto de justicia e igualdad, innumerables definiciones, la gran mayoría como hemos dicho parten del concepto de igualdad postulado por Aristóteles en primer termino y de los demás filósofos griegos como Platón.

11.8. - DIVERSAS DEFINICIONES DEL CONCEPTO JUSTICIA.

La definición de la justicia es sin duda alguna el problema más arduamente planteado en el campo del derecho ¹⁰⁵ “ desde los antiguos filósofos griegos anteriores a Sócrates hasta los actuales tratadistas de filosofía jurídica, parece ser Pitágoras el primero que dio un concepto de justicia según Aristóteles, este concepto pitagórico estaba basado en la ley del y definía lo justo diciendo que consiste en dar exactamente a otro lo que se a recibido.” Platón postula que ¹⁰⁶ “ cabe dividir la justicia en individual y social, pues para él esta no representa un valor exclusivamente social sino también una regla o medida de la conducta estrictamente individual, siendo la justicia individual la que establece un orden interior, una jerarquía, entre las diversas potencias del alma, orden que al ser

¹⁰³ Nietzsche, *The Twilight of the Idols*, citado por Edgar Bodenheimer, *Teoría del Derecho*, opus cit., p. 57

¹⁰⁴ Lester F. Ward, citado por Edgar Bodenheimer, *Teoría...* opus cit., p. 58

¹⁰⁵ Luis Dorantes Tamayo, *¿Qué es el Derecho?* Edt. Unión tipográfica editorial americana, segunda edición, 1977, p. 229

¹⁰⁶ Rafael Preciado Hernández, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, edit. UNAM, 1986, p. 211

observado hace al hombre justo.” La justicia social para platon significa que ¹⁰⁷ “ un hombre debe realizar su tarea en la situación vital a que le ha destinado su capacidad, puesto que el individuo tiene que subordinar sus deseos subjetivos de engrandecimiento a la unidad orgánica y armonía del conjunto social.” En cuanto a Aristóteles fue el primer pensador que ¹⁰⁸ “ expuso por primera vez en la historia los requisitos fundamentales para una administración de justicia por medio del derecho, pues advirtió que si la justicia es el trato igual de los iguales hay que establecer un patrón general para medir la igualdad y este patrón o modelo, no es otro que la ley.” De igual forma Aristóteles postula que existen dos clases de justicia, la distributiva y la retributiva, la primera consiste en que cada individuo debe recibir lo que se le debe por virtud de su contribución al bien común, la segunda especie o retributiva radica en garantizar y proteger la esfera legal de cada ciudadano, contra las violaciones injustas por parte de otro. Pero la definición de justicia más conocida es ¹⁰⁹ “ la de ulpiano quien nos dice que justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada cual lo que le corresponda.” Definición ampliamente criticada, en el sentido de no determinar lo que le corresponde a cada cual.

¹¹⁰ “ Domingo de soto dice que la justicia hace igualdad entre el que debe y el otro a quien le debe y consiste en poner medio entre las cosas, por el cual haya igualdad entre los hombres, grocio define la justicia como equivalencia o proporcionalidad en los cambios y en la distribución. Y análogamente Puffendorf y Vico, quien asimismo distingue entre justicia conmutativa y distributiva, la primera es una igualdad aritmética entre términos iguales y la segunda establece una proporcionalidad geométrica entre los términos desiguales, para la atribución de dignidades y funciones, Wolf la propugna como principio de igualdad aritmética. En Kant, la idea de igualdad se proyecta sobre la de libertad, como independencia de la imposición del arbitrio ajeno. Para Delvecchio, la justicia exige que todo sujeto sea reconocido por los otros por aquello que vale y que a

¹⁰⁷ Edgar bodenheimer, teoría del... obra citada, opus, p. 60

¹⁰⁸ bodenheimer, opus cita, pag. 68

¹⁰⁹ digesto, parte 1º lib. I, título I Nº 10 ulpianus, citado por Luis dorantes tamayo, ¿qué es el derecho? Edt. Unión tipográfica editorial hispano americana, 1977, p. 230

¹¹⁰ Rafael preciado hernandez, lecciones de filosofía del derecho, edit. Unam, 1986, p.213, nota al pie de pagina numero 271.

cada uno le sea atribuido por los otros, a aquello que le corresponde.” Para Manuel Ulloa¹¹¹ “ la justicia es la virtud por la cual somos constreñidos a dar a cada quien aquello que según sus exigencias ontológicas, le pertenece para su subsistencia y perfeccionamiento.”

¹¹¹ Manuel Ulloa. notas en torno al derecho natural, N° 61 de la revista Jus, mes de agosto de 1943.

CONCLUSION.-

Sé a sostenido que la justicia en el derecho radica en la eficacia de la norma jurídica como supuesto de observancia del precepto normativo, puesto que si este se aplica y se observa es un derecho que en realidad sé esta cumpliendo y por ende realiza su propósito supuesto para el cual fue creado, siendo este su máximo como aquel de establecer y procurar justicia decimos supuesto propósito, por que la humanidad a tendido a ver la justicia como la causa fundamental del derecho, en cuanto es la justicia la que determina y confiere al contenido de las normas jurídicas su sello específico por el cual son derecho y le imprime valides axiológica a las mismas o mas aun el ver al derecho como la forma de suministrar justicia por excelencia, lo cual nos parece en gran medida que los hombres Han equivocado la perspectiva en que sé a concebido al derecho como instrumento eficaz de suministrar justicia, así como que en esta ultima reside el fundamento de valides de las normas jurídicas, creemos lo anterior puesto que para suministrar justicia es menester en primer termino saber a ciencia cierta que es justicia, en que consiste realmente, para poder aplicar dicho concepto de forma tal que sea una plena realización del mismo, cosa que hasta nuestro tiempo no se ha llegado a determinar de forma correcta y en segundo termino que exista la forma de que el concepto justicia sea además de universal una forma de regulación que se adecue de manera perfecta a cada caso concreto, siendo a todas luces una utopía, por otro lado la historia del derecho nos ha demostrado ya desde antigona en la época de La cultura griega que protestaba contra el edicto de Creon, por creer que las leyes de los hombres eran injustas por contravenir a los valores axiológicos del hombre. Hasta nuestros días cuando se observa la injusticia de algunas leyes o de todo un orden jurídico, como el caso del derecho racial nazi, en la Alemania de Adolfo hitler, el cual era una ofensa contra el valor fundamental de igualdad en los seres humanos, pero aunque estos preceptos jurídicos fueron o son considerados injustos, dependiendo el punto de vista axiológico con el que se les observe, son en todos los casos un derecho positivo valido, para cada una de las sociedades que los crearon. Derecho que en su momento, sirvió como instrumento para regular la conducta del individuo en sociedad y así obtener un fin común, de acuerdo con

las necesidades básicas y el ideal de conciencia colectiva, orden que puede contener o no-validez axiológica de acuerdo con el supuesto de justicia, mas sin embargo no deja de ser un orden jurídico eficaz y formalmente valido, en cuanto a la institución creación y aplicación de sus preceptos jurídicos por esto no podemos hablar de la eficacia de la norma como el elemento fundamental del derecho para la realización de la justicia, ya que la eficacia refierace al aspecto de observancia e inobservancia de la norma jurídica, sin importar la justicia o injusticia intrínseca de dicha situación de observancia, y aunque en este sentido se a afirmado una ley injusta no es un Derecho eficaz, puesto que todo orden jurídico debe tender a la justicia debemos de replicar, que para que el derecho sea tal, no necesariamente debe ser justo, ni la eficacia de la norma, es supuesta primordial de justicia, por que la justificación de la existencia del derecho en sentido lato, es el de asumir el papel de instrumento que sirva como base ordenadora en un contexto social de la conducta humana, para el desarrollo integral del individuo, siendo la eficacia normativa el elemento del orden jurídico que le otorga en mayor o menor grado su perfeccionamiento, por ser este un derecho que en realidad se cumple y se acata, realizando de forma eficiente la función para el cual fue creado, pero aquel atributo normativo nada indica sobre la justicia intrínseca de tal orden jurídico, ya que lo que expresa es solamente el hecho de la subordinación voluntaria o involuntaria de la conducta humana a los preceptos que la rigen y aunque es posible que los individuos reconozcan la validez formal de esas normas, pero les nieguen valor intrínseco, el conflicto que se presenta de este modo no existe para los órganos del poder publico ya que estos nunca hacen depender de la opinión de los particulares la obligatoriedad del derecho en vigor, para estos las normas vigentes obligan aun y cuando se ponga en tela de juicio su validez axiológica, pues en este sentido el orden jurídico no es solo un simple conjunto de prescripciones valorativas, sino la normal sujeción de la conducta a un imperativo atributivo, que se debe cumplir y aplicar, puesto que solo a través de los actos de Obediencia y aplicación pueden realizarse efectivamente los fines que dan sentido a dichas normas siendo el principal el de aquel de mantener un correcto orden colectivo que otorgue seguridad y paz en sociedad, siendo por esto que la validez intrínseca de las normas no depende siempre de consideraciones de justicia, pues este

atributo de validez, deriva en muchos casos de la realización por tales normas de valores distintos del de justicia, ya que como lo a observado el jurista nicolai Harman en cuanto a la rica multiplicidad de los valores hasta hoy descubiertos, siendo que la justicia no es el mas alto, sobre todo cuando dejamos de interpretarla como virtud subjetiva del hombre para trasladarla al campo jurídico, como valor objetivo de una ordenación social, pues en este sentido el derecho apunta hacia un valor mas positivo como el de guardar un orden social que otorgue paz y seguridad, ya que las valoraciones desenvueltas en torno de la justicia, nunca dio la objetividad y seguridad de la paz que puede prever el orden jurídico, por lo cual creemos que el enfoque sobre la justicia que han hecho los juristas modernos a tendido a jugar con dos conceptos de justicia, la justicia como estimativa jurídica y la justicia de los particulares como ente de valor individual subjetivo, generándose una gran confusión al plantearse lo que es la justicia en el derecho. Pues el no percatarse que solamente la segunda clase de justicia como juicio valorativo, que nace de forma interna en nuestro intelecto de acuerdo a nuestros propios valores que juzgan la rectitud de los actos, es lo que realmente se ciñe al concepto justicia, la primera o estimativa jurídica, solo es la impresión o sello que le damos a un modelo de conducta a la que le infundimos como ideal parte de nuestro concepto valorativo de cómo debe ser esa conducta, mas sin embargo una cosa es el ideal del deber ser de esa conducta y otra el valor de esa conducta, siendo el derecho el que se ocupa de establecer como forma material el de regular el deber ser de la conducta de manera objetiva, la justicia en cambio valora esa conducta en el campo de la subjetividad, y presupone como debe ser, sino como es, es decir en el derecho la conducta siempre debe ser de acuerdo a la regla establecida objetivamente, por referirse a aquello que con independecia del arbitrio subjetivo se establece como permanente por ser objetos externos frente a los sujetos. Para la justicia una conducta es justa o injusta por lo que es, pues la justicia es un juicio valorativo subjetivo de nuestros actos, que tiene su origen en nuestros propios valores que cada uno se forja en su interior y se trasladan por afinidad a la sociedad. La aprehensión de los valores que dan pie al juicio valorativo de justicia, depende únicamente del sujeto, nadie puede saber con certeza lo que para otro es justo. ni otro lo que es justo para uno, se puede coincidir en determinados conceptos sobre lo justo,

cuando la concepción de valor por afinidad se da en una conciencia común, pero aun ahí la divergencia valorativa esta, presente, mas no es en si en este sentido que pretendamos sustentar una tesis moralista, sino que debemos de precisar que el hombre es un todo, con poder de creación y que le imprime a esta parte de su esencia, es conciencia y acto, sus actos de conducta son traducciones de su intelecto, el derecho se ocupa de regular sus actos objetivos y juzga como deben ser de Acuerdo a un orden establecido en una sociedad, organizada políticamente. La justicia valora esos actos, mas no nos dice como deben ser, pues el derecho enjuicia en el campo del obrar objetivo humano, la justicia en el sentir axiológico que perfecciona al individuo, y siendo el derecho el precepto que regula la conducta humana como conducta debida es por consiguiente el derecho expresión del deber ser y no del ser, en otras palabras el derecho no es la formulación en forma de valores de los datos constantes encontrados en la convivencia intersubjetiva, es decir no se ocupa de la valoración de la misma, sino de la regulación debida de tal convivencia, es el objeto que nos dice como debe ser la conducta, la regla que sirve para dotar a la conducta de un nuevo sentido y no su descripción como valiosa, ya Kelsen nos enseña que las ciencias normativas estudian el deber ser y no el ser, el derecho es un objeto cultural, es obra nuestra y por ello su conocimiento estará eternamente sujeto a nuestras valoraciones, por esto el concepto subjetivo del valor justicia propio del ser humano en una sociedad es variable, pues habrá tantas nociones de justicia, como valores afines existentes, en sociedades diferentes, por lo cual la objetividad de la justicia radica en la valoración de los actos del hombre, mas no en el derecho, pues pensar lo contrario seria como dice Kelsen ¹¹² “ pensar irracionalmente, puesto que determinar el problema de la justicia en las relaciones sociales es un asunto de creencias o de fe subjetiva variable según las epocas ya que el ideal racional objetivo en el orden social es otro, es el de la paz.” El del bien publico, el de seguridad y en lugar de canalizar esfuerzos en el derecho para hacer justicia entre los hombres lo que objetivamente procede plantear y afrontar es el problema del la simple convivencia común, mediante un ordenamiento organizado y eficaz, pues el derecho no hace mas que regular el trato objetivo de los seres humanos, que depende del ideal de vida que se tenga en una sociedad, de acuerdo a

¹¹² Hans Kelsen, citado por, Juan Manuel Teran, filosofía del derecho, edit. Porrúa, Méx., 1980, p. 350

los valores que sustentan a una conciencia común, por que por ejemplo para la Alemania Nazi el valor supremo de la raza aria, constituía la razón de ser de todo un orden social, y por lo tanto la discriminación que se hacia contra los semitas era según su juicio valorativo justo y por el contrario para otros pueblos que no tenían la misma visión valorativa Era totalmente injusto. Por lo cual si hemos de decir que puede existir derecho justo y derecho injusto, diremos que estamos en lo correcto, pues el derecho puede ser injusto por no ceñirse a nuestra perspectiva del valor justicia o puede ser justo por adecuarse a la misma, pero debemos de replicar a favor que el derecho no esta para sujetarse a nuestro concepto de justicia individual o colectiva, sino a sus preceptos objetivos, mediante un orden jurídico previamente establecido, creado para regular la conducta en sociedad, ya que la única manera de realizar la vida colectiva de forma ordenada esta representada por un orden firmemente establecido, por ello un mandato aislado o todo un ordenamiento jurídico, puede verificarse como injusto y como tal desde el punto de vista de validez axiológica no ser obligatorio para el sujeto, y Sin embargo este queda obligado a obedecerlo, por el vinculo que lo ata a la comunidad, por el deber de no alterar el orden social, pues el derecho es el único medio de provocar la seguridad y la certidumbre del orden social, que nos oriente hacia un fin común, evitando la anarquía mediante reglas previamente establecidas, siendo en este sentido el orden social el elemento y causa fundamental del derecho y no la justicia, pues una cosa es la reglamentación de conducta mediante un orden jurídico concreto, para guardar, preservar y realizar una gama diversa de valores distintos al de justicia, con una finalidad común, y otra es el valor subjetivo de justicia con el que vemos a dicho orden o regla de conducta y en este sentido podemos puntualizar que el derecho tiende a ver por el bienestar objetivo social, mediante la postulación de modelos de conducta, en vista de un objetivo común y la justicia en cambio es un sentir valorativo individual o colectivo, basado en las virtudes del hombre, como ser dotado de razón que le hace comprender el sentido de la equidad, la honestidad y la igualdad entre otros conceptos que necesariamente conlleva la interrelacion humana, virtudes que ennoblecen y hacen bueno al hombre, por eso justicia se usa para expresar lo que es bueno y si Acertamos con Aristóteles a ver la justicia como virtud que obliga a todos a respetar el bien ajeno, podemos decir que

justicia en sentido amplio es el conjunto de todas las virtudes que nos permiten valorar los actos humanos, en lo cual radica su objetividad pues un acto objetivamente justo es Aquel que se ajusta lo mas rectamente a nuestra valoración, por lo cual podemos concluir que el derecho no es la forma objetiva de la justicia y por ende la objetividad de la justicia no radica en el derecho, sino en la valoración de los actos humanos, pues el derecho no es un conjunto de actos ni la valoración de los mismos, sino de preceptos objetivos que postulan, el deber ser de conducta como modelo a seguir para alcanzar un fin común. De la justicia en el derecho debemos de decir que como a toda creación nuestra a la que le imprimimos parte de nuestra esencia, de nuestro espíritu, así al derecho le imprimimos parte de nuestra valoración subjetiva del concepto justicia, pero una cosa es el derecho como creación objetiva del ser humano y otra es el concepto valorativo de justicia que posee cada persona por el simple hecho de ser, un ser humano con el que percibimos esa creación propia del hombre llamado derecho. Por lo tanto podemos sustentar que el derecho no es la forma objetiva de la justicia.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Aquino Santo Tomas, Tratado de la Ley, Tratado de la Justicia, Gobierno de los Príncipes, editorial porrua, México, 1998, estudio introductivo, Tratado de la Justicia,
- 2.- Bravo Valdés Beatriz, Bravo González Agustín, Derecho Romano, primer curso de Derecho Romano, Editorial Pax, México, 1989,
3. - Dorantes Tamayo Luis, ¿ qué es el derecho? Editorial Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, 1977,
4. – Friedrich Carl, J. y John W. Chapman, editores, editorial Roble, México, 1969, Teoría de la Justicia, tratado de Richard Mckeon, tratado de Charles Fried, tratado de Iredell Jenkins,
5. - García Maynez Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa, México, 1977,
- 6.- García Maynez Eduardo, Filosofía del Derecho Editorial Porrúa, México, 1986,
7. - Gutiérrez Saenz Raúl, Historia de las Doctrinas filosóficas, Editorial Esfinge, México, 1977,
- 8.- Morineau Oscar, El Estudio del Derecho, Editorial, Porrúa, México, 1953,
- 9.- Preciado Hernandez Rafael, Lecciones de Filosofía del Derecho, Editorial, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986,
- 10.- Peniche López Edgardo, Introducción al Estudio del Derecho, quinta edición, Editorial Porrúa, México, 1966,
- 11.- Porrúa Pérez Francisco, Teoría del Estado, Editorial Porrúa, México, 1991,
- 12.- Rawls John, Teoría de la Justicia, editorial, Fondo de Cultura Económica, México, 1985,
- 13.- Sabine George H., Historia de la Teoría Política, Editorial, Fondo de Cultura Económica, México, 1991,
- 14.- Teran Juan Manuel, Filosofía del Derecho, Editorial Porrúa, México, 1980,
- 15.- Villoro Toranzo Miguel, Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa, México, 1994

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Aquino Santo Tomas, Tratado de la Ley, Tratado de la Justicia, Gobierno de los Príncipes, editorial porrua, México, 1998, estudio introductivo, Tratado de la Justicia, pp. 401
- 2.- Bravo Valdés Beatriz, Bravo González Agustín, Derecho Romano, primer curso de Derecho Romano, Editorial Pax. México, 1989, pp. 389
3. - Dorantes Tamayo Luis, ¿ qué es el derecho? Editorial Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, 1977, pp. 381
4. – Friedrich Carl, J. y John W. Chapman, editores. editorial Roble, México, 1969, Teoría de la Justicia, tratado de Richard Mekeon, tratado de Charles Fried, tratado de Iredell Jenkins, pp. 443
5. - García Maynez Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrua, México, 1977, pp. 423
- 6.- García Maynez Eduardo, Filosofía del Derecho Editorial Porrua, México, 1986, pp. 542
7. - Gutiérrez Saenz Raúl, Historia de las Doctrinas filosóficas. Editorial Esfinge, México, 1977, pp285
- 8.- Morineau Oscar, El Estudio del Derecho, Editorial. Porrua. México. 1953, pp. 521
- 9.- Preciado Hernandez Rafael, Lecciones de Filosofía del Derecho, Editorial, Universidad Nacional Autónoma de México, México. 1986, pp. 313
- 10.- Peniche López Edgardo, Introducción al Estudio del Derecho, quinta edición, Editorial Porrua, México, 1966, 405
- 11.- Porrua Pérez Francisco, Teoría del Estado, Editorial Porrua, México, 1991, pp405
- 12.- Rawls John, Teoría de la Justicia, editorial. Fondo de Cultura Económica, México, 1985, pp. 654
- 13.- Sabine George H., Historia de la Teoría Política, Editorial, Fondo de Cultura Económica, México. 1991, pp. 259
- 14.- Teran Juan Manuel, Filosofía del Derecho, Editorial Porrua, México, 1980, pp.370
- 15.- Villoro Toranzo Miguel, Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrua, México, 1994 pp. 445