

300609

41
2ej'



UNIVERSIDAD LA SALLE

ESCUELA DE DERECHO

INCORPORADA A LA U.N.A.M.

"OBLIGATORIEDAD DE LA NORMA JURIDICA"

ANALISIS DE SU FUNDAMENTACION

TESIS PROFESIONAL

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

CARLOS RAFAEL SANTILLAN LEYVA

**TESIS CON
FALLA DE CR.GEN**

MEXICO, D. F.

1987



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está 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.

I N D I C E

INTRODUCCION

Orden y Finalidad.

El Hombre y el Mundo.

La Sociedad.

La Autoridad.

CAPITULO PRIMERO

CAPITULO SEGUNDO

Origen Conceptual de la Norma Jurídica.

Estructura de la Norma Jurídica.

Elementos Formales.

Elementos Materiales.

CAPITULO TERCERO

Derecho Natural y Derecho Positivo.

El Derecho Considerado en sus Aspectos Objetivos y Subjetivos.

CAPITULO CUARTO

La Obligatoriedad de las Normas Jurídicas. Su Fundamentación y Análisis.

Su Ingerencia en la Norma Jurídica. Su Fundamentación.

Algunas Opiniones del Deber:

Psicologismo

Formalismo Etico (KANT)

El Derecho Coactivo (KELSEN)

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

He decidido llamar a este estudio "Obligatoriedad de la Norma Jurídica", Análisis de su Fundamentación, queriendo lograr, con la investigación un modo de encontrar una respuesta racional a la obligatoriedad, o sea llegar a la esencia misma de validez de éste deber jurídico.

Este tema es tan antiguo como el Derecho mismo, pero no por eso deja de ser interesante y lleno de importancia para cualquier persona y en especial para los estudiosos del Derecho; así, pensadores dotados de gran capacidad, han elegido ocupar su tiempo a conocer y esclarecer el problema que parece no tener fin.

Todas las Normas ó Leyes provienen originalmente de un ser supremo llamado Dios, el hombre lo entiende así y se reúne en sociedad, buscando organizarse para su propio beneficio ó provecho y para que dicha organización dé los frutos deseados, dicta sus propias Normas ó Leyes que hace, desde su punto de vista Humano, buscando sean obedecidas por los seres humanos, iguales a él, lo que lo forza a encontrar algo, un sistema que obligue a todos, este es el llamado ORDEN, que transformándose a travez del tiempo y del deseo del hombre mismo de perfeccionarlo lo convierte en OBLIGATORIEDAD.

Es éste, el tema que he elegido y que tiene por objeto, el continuar con el apasionante estudio siempre latente, que amenaza a nuestra humanidad entera en todo momento.

El que el hombre encuentre la fórmula, cada día más difícil, de obligar al hombre mismo por medio de mandatos a obedecer y obligarse de sus propias normas, aún cuando pueda en algún caso lesionar sus intereses particulares.

Así pues he recurrido, a los estudios de los grandes juristas, que han buscado la solución a este grave problema, de la forma más adecuada, a fin de comprobar si las normas jurídicas son expresiones de auténticos deberes ó simples exigencias carentes de OBLIGATORIEDAD.

Tratando de encontrar una especie de auto valoración, en lo referente al deber, dejaremos a un lado la idea errónea de aceptar todo cuanto se nos demande, solo porque una fuerza lo impone.

Generalmente un individuo no controla el deber: lo acepta.

Es la humanidad, la que a través del tiempo y su historia pretende, encontrar su explicación, anhelando lograr contacto con la verdad.

El Hombre, al profundizar sobre el sentido del deber, encuentra más de sí mismo, por el simple y llano hecho de estar buscando la verdad que como absoluta, es inalcanzable.

Por esto mismo, sin pretender ser exhaustivo, me reduciré a producir ligeras reflexiones, a manera de ideas escritas.

Asimismo, el planteamiento que persigo con este estudio es apreciar el ORDEN, que la humanidad ha establecido, hasta encontrar su lugar en el Universo y llegar al contacto con su realidad social.

Llegaremos a la finalidad que busca al objetivo mismo que no es otro que el bien común, que el hombre proyecta directamente hacia su provecho: La Sociedad.

La naturaleza de los seres humanos es siempre ambiciosa, para

lo cual tiene un ordenamiento propio, eligiendo por sí misma y adecuándose a su modo de ser, interno.

En los seres Materiales, se presenta como movimientos determinados siempre, por factores externos y poco espontáneos.

En otras palabras, la Naturaleza del ser racional exige un ordenamiento definido y concreto a base de fórmulas que lo expresen: NORMAS.

Nos remontaremos hasta el antecedente remoto de la Norma en general, hasta topar con la Norma Jurídica y podremos delimitar los elementos que la caracterizan y la distinguen.

El haber incluido en este estudio la distinción entre Derecho Positivo y Derecho Natural es con el objeto de desvirtuar ésta y preparar asimismo los elementos que nos permitirán realizar en el último capítulo una fundamentación, a manera de justificación racional de la OBLIGATORIEDAD DE LA NORMA JURIDICA: Recurriendo también a opiniones relevantes en este estudio, dejaremos así nuestro punto de vista y externaré mis conclusiones.

CAPITULO PRIMERO

ORDEN Y FINALIDAD

EL HOMBRE Y EL MUNDO

El hombre, por su unión con el mundo, es el centro del mismo.

Su destino, lo manda a ser centro de todas las cosas porque está unido con todo, por lo tanto está en aptitud de descubrir todo, en su íntima esencia, empezando por sí mismo.

Lo señalaba Tomás de Aquino, durante el siglo XIII, ésta propiedad de la naturaleza humana: El hombre está en cierta manera compuesto de todas las cosas... y porque en el hombre se encuentran de alguna forma, todas las criaturas del universo, se le denomina pequeño universo.

Así, se le señala comúnmente como un Microcosmos, en comparación con el gran universo llamado Macrocosmos.

El hombre mismo reúne todos los grados de lo corporal y contiene en sí mismo las propiedades del ser mineral, vegetal y animal si bien lo que resalta es su nobleza propiamente humana ya que logra unir su naturaleza corporal con su vida espiritual.

La unión de cuerpo y espíritu es lo que lo distingue y caracteriza respecto de todos los demás seres.

Por una parte, el hombre pertenece por lo que toca a lo corporal al reino natural.

Por otra, su vida espiritual rompe todo tipo de barreras porque precisamente traspasa los límites de este reino.

El hombre no coexiste con las cosas de un modo estático y si bien se le presentan como meras imágenes, su inteligencia se encarga de llegar al fondo de sus esencias y el poder creador que posee, sale a la luz por medio del encausamiento que le da. Es por eso que el hombre sinceramente hablando, no hace nada sin pretender conseguir algo, y su voluntad surge para moverse ó querer moverse siempre y cuando vaya implícita la promesa de conseguir "algo", que de una forma u otra sea de su conveniencia.

Ese modo de querer hacer las cosas depende en forma absoluta del conocimiento que además, es el único capacitado para aquilatar ó mejor todavía, valorar la función de los seres.

Así es como encontramos diferentes tipos de valores y la voluntad busca llegar a algo de valor, si en alguna forma ésto se traduce en algo que le conviene ó que se constituya en un bien para el sujeto que lo persigue.

Dentro de éstos bienes existe una jerarquía, una escala que se establece observando la naturaleza del hombre, en otras palabras, su estructura ontológica.

Recordemos que el hombre está constituido por un cuerpo portador de un espíritu, lo que lo hace distinto de los demás animales no es el cuerpo sino el espíritu que está conformado por una libertad de razón y voluntad, por lo que se deduce que lo espiritual tiene primacía respecto de lo material.

Por ésta simple deducción, sabemos que son superiores los valores ó bienes intelectuales y morales a los valores y bienes sensibles.

en este orden de cosas, es mucho mejor tener una auto-estimación ó auto-valoración de sí mismo que un bien tangible ó material, sin embargo no todos lo entienden así.

Y adentrándose en este punto y considerando únicamente la esfera de lo espiritual, también existe una jerarquía, ya que es claro que es más importante un valor intrínseco al objeto, que un objeto valioso en tanto que es medio adecuado para alcanzar otro valor. "De ahí la distinción entre bien honesto y bien útil, pues en tanto que el primero es un bien en sí, el segundo, es un bien por participación porque sirve para realizar un valor final."1 *

Todos los valores que soliciten la tendencia de la voluntad, son propuestos por el entendimiento no únicamente como imágenes sino como razones, es decir como una razón formal del bien.

Así pues, puede la voluntad hacer una elección errónea de todos los bienes que se le presentan ya que es libre, ó rechazar el único bien positivo que se le ofrece, pero ésto va en relación directa con la razón ya sea positiva ó la negativa que no es otra cosa que la abstención.

Siguiendo a Santo Tomás de Aquino, se dice que el ser es el objeto formal del entendimiento porque sin la noción del ser, no se entiende ninguna cosa, por lo tanto el bien, es el objeto formal de la voluntad, ya que sin el bien la voluntad no puede querer.

El bien mueve nuestra voluntad, por su valor y no se nos puede imponer.

Pues no tiene que querer uno si no quiere realmente, ya que el hombre es un ser racional y libre por naturaleza.

* 1. Rafael Preciado Hernández: Lecciones de filosofía del derecho; tercera edición 1960. editorial Jus. pág. 193.

Todo se debe a la existencia de libertad que hay en el hombre, es un poder de elegir, soberano e independiente, esto es la posibilidad de elección, libertad fundamental integrada al hombre que puede obrar de una manera ó de otra en cualquier acción que elija hacer, la libertad no conoce la necesidad "No existe ningun tipo de necesidad ni exterior, ni interior; La exterior será conocida como de coacción ó de violencia, y es la que impide el modo material de hacer las cosas y en general de los movimientos físicos, un ejemplo de esta sería la que sufre un preso en la cárcel". 2*

La necesidad interior, llamada necesidad natural, es la inclinación que impulsa a actuar de una manera invencible, determinada y concreta.

A la necesidad exterior se opone la libertad exterior que va a consistir en que la libertad no encuentra obstáculo, para llevar a cabo todas sus actividades en el natural ejercicio a travez del espacio, no existe ningun tipo de coacción exterior.

Así podemos decir que la libertad exterior ó física puede trasladarse.

- 1° A los seres inorgánicos, que pueden obrar de conformidad con su naturaleza misma .
- 2° A los animales irracionales que pueden actuar conforme a lo que apetecen, como lo dicta su instinto natural.
- 3° En el hombre, la libertad exterior ó física es la facultad de realizar con acciones externas los fines percibidos por los sentidos y valorados por la inteligencia, en otras palabras, el poder hacer lo que se quiere.

*2. Enrique Luján Peña: Derecho Natural - Editorial la Hormiga de Oro, S.A. - 1947.

Sin embargo, la libertad física del hombre puede ejercitarse de dos modos diferentes: La primera, en beneficio de un interés que no conoce regla ni medida, la segunda, de conformidad con el orden esencial de las cosas, siguiendo los lineamientos trazados por la razón y la justicia.

En el primer caso, el ejercicio de la libertad física, produce la violencia y el libertinaje en lo que se refiere a las relaciones entre los ciudadanos, y la arbitrariedad, despotismo y tiranía en las relaciones entre los gobernantes y los gobernados.

En el segundo caso, la libertad física, ejercida de acuerdo con los dictados de la razón y siguiendo los principios del orden y la justicia es llamada libertad moral.

Esta, es la facultad del hombre de gozar de su libertad, usando los medios que prefiera para perfeccionarse, según el recto proceder que impone la razón y así conseguir sus objetivos.

"El hombre estima la libertad más que su propia vida y no es raro que rinda ésta en holocausto del más valioso de sus bienes. La vida sin libertad es muerte. No se incurre en exageración si se afirma que existe una predestinación del ser humano para la libertad, la cual le es esencial para el cumplimiento de sus fines". 3*

Si el hombre fuese perfecto y por tendencia natural se inclinase siempre al bien, la libertad física se identificaría con la libertad moral; entonces el hombre podría hacer derecho, todo lo que de hecho puede hacer; tendría derecho a hacer todo aquello que tiene poder físico de querer.

A la necesidad interna, necesidad natural, que le impulsa y

*3 Rafael de J. González Anaya (MEXICO): Libertad, Derecho y Destino memoria del X congreso mundial ordinario de filosofía del derecho y filosofía social-instituto de investigaciones jurídicas-serie G-estudios doctrinales - Núm. 70 U.N.A.M. - 1982.

determina a obrar de una manera invencible e irresistible y de un modo especial, concreto, se opone la libertad interna como exoneración, exención, y desligamiento de necesidad interna, como un entendimiento de no actuar irresistiblemente.

La libertad se refiere, como es claro a la voluntad, puesto que tiene que ver con la ejecución del acto y ésta pertenece a la voluntad.

Todas estas cualidades del hombre, lo hacen, no un individuo más subordinado a las leyes de la naturaleza, sino un ser humano que se convierte en un universo de naturaleza espiritual y además dotado de libre arbitrio.

El hombre por su calidad de persona, tiene la cualidad especial de poder elegir día tras día, el obrar de una u otra forma pues tiene la libertad de hacerlo, además de que en la misma jerarquía de fines, surgidos éstos de la naturaleza ontológica de los seres, se encuentra colocado en un lugar privilegiado y perseguirá éstos de una manera que será conciente y libre.

Lo que abre la posibilidad de autodeterminarse sin ningún tipo de necesidad en la elección de los medios, según su opinión mejor adecuados, para alcanzar dichas finalidades diversas y propias.

En la estructura ontológica del hombre, se comprueban realidades que si bien en algunos seres son diferentes, humanamente no hay diversidad pues son igualmente objetivas.

Considero importante ahondar sobre el concepto de libertad que hace Rafael de J. González Anaya:

"La libertad es el motivo que justifica y da belleza a la vida de los hombres, es el más valioso de los dones que el supremo hacedor ha hecho en su infinita bondad al ser humano. No se incurre en exageración si se afirma que existe una predestinación del ser humano para la libertad, la cual le es esencial para el cumplimiento de sus fines. Es que la libertad es tan inseparable del hombre como lo es el calor del fuego, tan absurdo resulta concebir la vida del hombre sin ella, como concebir que sin oxígeno pueda existir vida.

La libertad es una condición inherente a la esencia del hombre pues de ella depende lo específicamente humano de su naturaleza.

En este sentido el concepto de libertad es consubstancial con el de humanidad, y, como tal posee un valor permanente.

No se trata, en efecto de declarar y proclamar la libertad, sino de su vigencia y goce efectivo.

La idea de libertad en cuanto traduce la eterna aspiración del hombre por el logro de su más elevado ideal, aparece como el nervio motor de la historia del mundo, a la vez que como inspiradora de las más nobles y brillantes gestas que aquella registra en sus anales.

Sostiene Santo Tomás de Aquino que el hombre posee el libre albedrío porque sin él serían vanos los consejos, exhortaciones, preceptos, prohibiciones y castigos." 3-A*

*3-A Rafael de J. González Anaya; (México); Libertad, Derecho y Destino. X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social. Primera edición. Vol. VIII. Pág. 185. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie G. Estudios doctrinales núm. 70. UNAM, 1982.

LA SOCIEDAD

El hombre, dice Aristóteles, es ser sociable por naturaleza, de tal manera que en todas partes y en todos los tiempos, se encuentra viviendo en sociedad.

"Para que el hombre dejase de ser sociable y no necesitase de la sociedad, habría de ser, ó algo más (un dios), ó algo menos que hombre (una bestia). 4*

La naturaleza del hombre es puramente social y lo lleva no solo a encuentros ocasionales con los demás, sino también a juntas duraderas de grupos para formación de las sociedades.

Por las condiciones esenciales del ser humano especialmente su insuficiencia individual, se manifiesta que es imprescindible que sostenga un estado social para una mejor conservación y desarrollo que le sea conveniente en su vida física, intelectual y moral.

Así vemos, que el fundamento de la sociedad es la necesidad de complementación de unos y otros, se busca la perfección individual a través de la cooperación de los otros y esa búsqueda se convierte en una finalidad común.

Lo que es un hecho general y constante, es el que a pesar de las diferencias del lugar, de tiempo, de raza, de ideas y de sentimientos, todas las razas humanas aparecen viviendo en sociedad más ó menos perfecta, obedeciendo a una causa común, universal y racional: La naturaleza humana.

Es innegable el instinto de sociabilidad del hombre, como pretensión innata e inclinación espontánea a la vida social, a la comunicación y a la relación con los demás hombres.

*4 Aristóteles. Política I.

Es un hecho revelador de ese instinto, el lenguaje que sirve al hombre para exteriorizar sus ideas y sus sentimientos y para comunicarse con sus semejantes.

"El lenguaje como actividad universal humana dirigida a servir-se de un sistema de signos según determinadas reglas de enlace, que en todas partes han de darse por supuestas, se ha originado de la necesidad del individuo, como miembro de comunidad, por tanto, ni es descubrimiento de un individuo ni cabe concebirlo en su conservación y en su desarrollo fuera de la comunidad... sin lenguaje no sería posible ni la comunidad humana ni un cierto grado superior de cultura." 5*

La misma naturaleza empuja al hombre a la sociedad: No hay producción de una nueva vida humana si no es por cooperación del varón y de la hembra, y es que existe una cierta adaptación, que revela una finalidad impuesta en la naturaleza como es el maravilloso principio reproductor de la especie.

La relación entre el hombre y la mujer no se estanca en el sólo apareamiento, sino tiende al complemento mutuo no sólo material, físico, sino también síquico y espiritual.

A la integración de una sociedad entre un hombre y una mujer, el hombre la ha llamado matrimonio y desemboca siempre, lógicamente en la sociedad - familia.

El nacimiento de las nuevas vidas, hace patente la necesidad de la cooperación ajena; entiéndase por ejemplo que los niños están supeditados al cuidado de la madre por mucho más tiempo que las crías de los animales, en todos los aspectos tanto los vitales, como en los rasgos propios y particulares de su desarrollo físico y espiritual: Por lo que es muy importante su buen encausamiento por

*5 Walter Brugger. Diccionario de Filosofía.
Editorial Herder - 1958. Pág. 282.

los caminos de la educación y la cultura.

Y cuando el niño por alguna causa está imposibilitado, la familia es la avocada a cubrir éstas deficiencias.

El hombre que queda abandonado a si mismo se empequeñece sí- quicamente y a la larga acabaría por sucumbir, incluso corporal- mente.

"Vivir en sociedad sólo es posible para personas. Porque el que vive en sociedad, aún cuando lo hace por sí, vive para los demás. La persona humana supone apertura radical al ser y que su perfeccionamiento sólo es posible mediante la actualización de sus potencias por el otro ó las otras. El pensamiento y el amor necesitan un "tú" con quien encontrarse. Y como el hombre es parte de la comunidad, son por y para la perfección de la comunidad, sus logros y sus errores que se insertan en la acción y en la vida social, y repercuten para bien ó para mal en el todo y en los miembros del todo". 6*

Por otra parte es tan grande su potencialidad creadora, como puede ser, artes, inventos etc. que de no compartirla con otros lo frustraría.

Así, la evolución, el desarrollo y el progreso (en todos sus aspectos) de la raza humana han hecho, en un momento dado, total- mente insuficientes las pequeñas sociedades creadas con los nom- bres de matrimonio y familia, éstas son base fundamental para futu- ras sociedades.

Empiezan a transformarse como una evolución dinámica y toman- do como base la unión de las familias, pueblos, en ciudades y és- tas en estados.

*6 Felipe González y González (MEXICO) - Memoria del x congre- so mundial ordinario de filosofía del derecho y filosofía so- cial - vol. VII, pág. 280. Instituto de Investigaciones Ju- rídicas. Serie G - Estudios Doctrinales. Núm. 69. UNAM 1982.

Todo esto obedece al deseo de encontrar satisfacciones a todas las necesidades de la vida hasta encontrar la suficiencia que llene las necesidades individual y colectiva de los seres humanos.

"Sociedad como sinónimo de comunidad, designa cualquier reunión estable y activa de hombres dirigida a la realización de un fin ó valor común.

En acepción distinta de comunidad, sociedad denota sólo los seres colectivos encaminados a un fin artificial; en cambio, el término comunidad se refiere a los seres colectivos basados en un vínculo natural." 7*

Es realmente importante conservar una idea equilibrada de la sociedad, con el objeto de no caer en un míope individualismo o en un absurdo colectivismo.

El individualismo considera parcialmente al individuo y lo priva de sus relaciones múltiples y el colectivismo lo destroza, limitando su todo social.

El individualismo es una exaltación exagerada del valor del hombre aislado, de su personalidad, del cultivo y desarrollo de la misma, en oposición franca, a las masas, concede demasiado relieve al individuo ó a grupos, con menoscabo de la vinculación a la comunidad, esto sucede con frecuencia en la política.

"In charging that the individualistic conception is fraudulent because it treats the political preferences of some citizens with contempt, the objector confuses a policy of indifference with one of contempt. 8*

*7 Walter Brugger. Ob - Cit, pág. 441.

*8 Lance K. Stell. (E.U.A.). Equal protection and the rights of groups: Are there group rights? - Memoria del x congreso mundial ordinario de filosofía del derecho y filosofía social-vol.VIII pág.109 Instituto de investigaciones jurídicas-serie G estudios doctrinales - núm.70. UNAM - 1982 .

(En censura de que el concepto individualista es fraudulento, porque trata preferencias o elecciones políticas de algunos ciudadanos con desprecio o desacato, el objetivo confunde una política de indiferencia con una de desacato).

No puede haber individualismo, porque la sociedad se vería reducida a seres individuales ó grupos individuales, perdiéndose todo espíritu de cooperación, síntoma de grandeza en una sociedad.

El colectivismo, se opone de una manera contraria al individualismo, destaca el todo social (lo colectivo) al punto de acrecentar la degradación del individuo.

El hombre que está inserto en lo colectivo, es despojado de su dignidad personal, degradado hasta venir a ser mera cosa.

El colectivismo afirma lo colectivo en una forma absoluta, sin embargo da la impresión de ser una especie de individualismo de grado superior.

El hombre posee para sí valor y personalidad propias, no puede ser un simple medio utilizado para un fin de un conglomerado, ni considerado como un miembro escueto de un todo que esté por encima de él.

Por otra parte, el hombre no es un ser acabado, ni autosuficiente, sino es determinado por la sociedad y es necesario estar en ella.

Y la sociedad, no es un todo extraño al hombre, sino que busca la unión entre los mismos. Estos conservan su personalidad íntegra y se crea una relación que por una parte vincula a cada uno de los miembros con el todo, y por otra, vincula a éste con cada uno de los miembros.

Es por eso que ambos sistemas, han venido al mundo, mutilados, desde su nacimiento ya que pretence inconciencia ante una realidad que nos sale al paso y resulta obvio.

Es por eso que pienso que la sociedad debe tener una finalidad común que es el llamado bien común.

Es decir, el hombre como hemos visto ha perseguido en todo tiempo algún modo de participación del bien, asimismo la sociedad corresponde con un obrar social, común en cuanto pertenece a todos.

Se puede decir que la sociedad existe para una misión determinada y que consiste en la realización del bien común.

Debemos entender que el bien, generalmente hablando es todo aquello que puede perfeccionar a un ser, siendo siempre apetecible y deseable para éste.

Así, el bien común es una especie del bien general, como el bien es perfección, el bien que el hombre elige es su misma perfección, en ésta secuencia de ideas, la perfección del hombre va a consistir en el más alto bien que sea inmanente a su cuerpo y alma, porque será el bien que perfeccione su dualidad en el más alto grado posible el que satisfaga su cuerpo y alma.

Como la perfección del alma y el cuerpo depende también de objetos exteriores que se usan como instrumento, existirá una perfección del hombre que se refiera a bienes exteriores .

Así llegamos a la clasificación del triple bien del hombre:

- "I) Según su alma, virtudes intelectuales (prudencia, ciencia etc.) y virtudes morales (justicia, fortaleza etc.)
- II Según el cuerpo, fuerza, salud, destreza etc.

III. Según los casos exteriores, prosperidad, riqueza etc.^{9*}

Si la perfección del hombre es la razón de ser de la sociedad, resultará que el bien que ésta persigue es apto para producir el desenvolvimiento y desarrollo de las potencias y actividades del hombre.

"El bien común, se relaciona con las personas por la ley de la superación y por la ley de la distribución.

De ahí resulta, evidentemente, una ordenación de las personas entre sí y con el todo que hace posible la comunidad, por constituirse en función de él la unidad de orden, el bien común resulta ser un principio de organización social, que no puede establecerse sin la determinación de lo que a cada uno corresponde dar y recibir y en éste sentido, el bien común es un principio jurídico.

El bien común determina para el individuo la existencia de un deber, el de participar con su actividad y sus medios propios en la acción social. Porque existe éste deber los individuos se hacen responsables de la consecución del bien común y tienen, como contrapartida, el derecho a participar en las ventajas de la empresa común, a la que se ve obligado a cooperar, no por una exigencia de la justicia positiva, sino de la justicia natural". 10*

El bien común es proporcional y no aritmético y es el bien ó suficiencia de los medios de vida de cada uno, por eso está relacionado con la ley de la superación.

Es el bien mío, relativamente proporcional al de éste, al de aquél y al de todo el mundo, si uno de ellos es deficiente, el bien común sufre detrimento.

*9 Walter Brugger. ob - cit, pág. 73

*10 Felipe González y González (MEXICO)- El bien común como principio jurídico - Memoria del x congreso mundial ordinario de filosofía del derecho y filosofía social - volumen VI pág.237 - Instituto de investigaciones jurídicas - serie G - estudios doctrinales - núm. 66 UNAM 1982.

Siguiendo a Santo Tomás "El bien propio no puede existir sin el bien común, ya de la familia, ya de la sociedad ó del reino, si pudiese existir sin el bien común, el hombre no sería naturalmente social. La sociedad estaría sobreañadida a su naturaleza, sin ninguna relación íntima con ella.

Como no es así, como el hombre vive en sociedad porque para realizar sus destinos naturales, su fin particular, su bien propio, necesita de ella, consiguientemente hay que afirmar que el bien social, el bien común, es por lo menos un camino, un medio indispensable para alcanzar el bien particular.

Y por tanto, mientras con mayor plenitud se realice en la sociedad el bien común, mayores facilidades encontrarán sus miembros para realizar su bien propio".^{11*}

El bien común es una condición, es un medio y yo opino una elección para el perfeccionamiento y realización de la persona en sociedad.

Se puede hablar del bien común individual y el bien común colectivo.

Es decir el hombre busca su bien común individual, como es natural, sin embargo se asocia con los demás, para lograr su bien común particular y ordenándose al todo social, refiere su propio bien al bien común, en el que encuentra y en el que contribuye a su propia perfección.

Considero que es una elección del ser humano el cooperar para la realización del bien común, puesto que no está obligado a hacerlo, pero al hacerlo no sólo no lo degrada, sino que lo enaltece, al tratar de encontrar su proyección personal y con esto la de los demás.

*11 Santo Tomás de Aquino - Summa theologica II-II, q.47 a.10.

Ahora bien, tenemos que pensar en el supuesto del hombre que siendo autosuficiente, no tuviera la necesidad, de asociarse con los demás para lograr sus fines propios.

Sobre ésto, corrientes de pensamientos, como son individualismo y estatismo han elegido considerar este problema.

Es decir, el bien colectivo, subordinado al bien individual o viceversa, se entiende por ejemplo que los intereses patrimoniales de la persona son de rango inferior a los bienes e intereses intelectuales y morales de la sociedad; pero en cambio, las aspiraciones esenciales del hombre son de rango superior a los intereses materiales, económicos de la sociedad.

El Doctor Felipe González y González hablando del bien común como principio jurídico y del derecho natural nos dice:

"Con respecto del *ius naturale*, debemos decir que él establece en favor del individuo el derecho y el deber de cooperar a la realización del bien común, porque tal derecho satisface la estricta igualdad requerida por lo justo, pues en virtud de que su naturaleza requiere la vida en sociedad y el bien común; lo adecuado, lo debido al hombre es que viva en sociedad y coopere a la realización del fin social.

Un problema distinto se plantea cuando queremos saber qué es lo que el hombre debe aportar y que es lo que debe recibir con respecto al bien común, pues en este supuesto ya no se da la estricta igualdad en las prestaciones y en consecuencia la determinación de lo que es justo, ya no es natural sino positiva. Y se requiere de la ley elaborada por la comunidad para determinar lo justo social, en qué consiste el qué, el cuánto y el cómo de la participación del hombre en el bien común". 12*

*12 Felipe González y González - Memoria del x congreso mundial ordinario de filosofía del derecho y filosofía social vol.VII pág. 240. Instituto de investigaciones jurídicas serie G. estudios doctrinales - núm. 70 - UNAM 1982.

La justicia es el único criterio conforme al cual se puede asignar a cada hombre su relación (participación o cooperación) con el bien común. El maestro Preciado Hernández:

"Es un criterio práctico porque se trata de un conocimiento destinado a dirigir la acción, expresa una armonía e igualdad ya que si se considera al hombre individualmente, la justicia establece una jerarquía entre las potencias o facultades del alma - subordinando el apetito sensible a la voluntad y ésta a la razón - y cierta equivalencia respecto de las operaciones propias de cada una de éstas potencias; y en la esfera social, la justicia coordina las acciones entre los hombres y las ordena al bien común, es decir desempeña una doble función igualitaria y estructurante, de coordinación, en el primer caso, de subordinación en el segundo... Esa armonía e igualdad están fundadas en la misma naturaleza del hombre". 13*

Se habla de que la justicia establece una jerarquía entre las distintas potencias del hombre.

En éste sentido debe ser considerada como una virtud que tiene sus efectos en un sólo ser.

Pero al hablar de justicia, lo hacemos pensando en que es un criterio de la conducta humana, y no como virtud.

La justicia tiene como nota relevante la noción de equidad; inclina a las personas a darme a mí lo mío y a mí me dispone a darles a ellos lo suyo.

Al decir lo mío o lo suyo, se da a entender que se tiene pleno señorío sobre algo, que esto está destinado al uso exclusivo de alguien en particular.

Santo Tomás de Aquino: "Entiéndase por suyo en relación con

*13 Preciado Hernández. ob - cit. pág. 217.

Otro, todo lo que al primero está subordinado, establecido por su utilidad. 14*

Lo dicho, se entiende, evidentemente, no sólo de los bienes de posesión exterior, sino también y principalmente, de los bienes íntimos del hombre que forman una parte constitutiva de su ser. Hablamos de nuestra mano, de nuestro cuerpo de nuestra vida pretendiendo indicar no solo la unión física sino también la utilidad y provecho a que están destinados.

Esta subordinación de una cosa a nuestra persona se encuentra en todo lo que podemos llamar nuestro.

Cuando hablamos de lo mío y lo tuyo se desprende una relación de dominio de la persona sobre las cosas con exclusión de los demás

Podemos citar aquí la definición de justicia de Ulpiano que a través de los siglos se ha convertido en clásica "La justicia es la disposición habitual e ininterrumpida de otorgar a cada quien su derecho." 15*

La justicia da lo suyo a cada quien y resulta que todos y cada uno tienen lo suyo, así todas las cuestiones sobre lo que es justo o sea las relaciones de los miembros de la sociedad.

"La justicia se divide en general y particular según que considere los actos humanos en relación como lo exige la conservación de la unidad social y el bien común, o en relación con lo que corresponde a los particulares entre sí o frente a la comunidad." 16*

*14 Summa Theologica. I, q. 21 q. 3

*15 Citado por Eugene Petit - Tratado elemental de derecho romano - Traducción de la 9a. edición francesa por José Fernández González.

*16 Summa Theologica. II-II. q. 58 q. 7

A la justicia general se le llama también legal porque es propio de las leyes humanas determinar los actos debidos al bien común, que la sociedad tiene derecho de exigir.

La justicia particular se subdivide en distributiva y conmutativa, porque el hombre tiene derechos frente a la sociedad, la justicia distributiva debe asignar y reconocer a cada uno su participación en el bien común y tiene derechos también frente a sus semejantes o frente a la misma sociedad cuando ésta se coloca en el mismo plano que los particulares.

"La justicia legal ordena la conducta de las partes con relación al todo, cada miembro es deudor a la totalidad de todo aquello que es necesario para la conservación y prosperidad de la misma; en cambio la justicia distributiva dirige la conducta de la totalidad de sus gobernantes respecto a los individuos y hace que la comunidad por sus representantes reparta los cargos públicos según la relación de resistencia de cada miembro y los bienes públicos, según la dignidad y el mérito." 17*

El criterio de la justicia distributiva es el de una igualdad proporcional.

"la justicia conmutativa como su nombre lo indica rige las operaciones de cambio - conmutar significa cambiar - y en general todas las relaciones en que se comparan objetos, prescindiendo por así decirlo de la persona... En el método o procedimiento para determinar lo justo en las operaciones de cambio, se atiende a que haya reciprocidad entre las personas. La justicia conmutativa postula el principio de la igualdad aritmética." 18*

Los miembros de la comunidad han de defender recíprocamente lo suyo. Es necesario pues proteger la equivalencia de prestación y contra prestación, es decir la igualdad de valor en el trato económico.

*17 Victor Cathrein - Filosofía del derecho - Séptima edición. Editorial Reus - Madrid. 1958

*18 Preciado Hernández ob. cit. pág. 224.

LA AUTORIDAD

Si la sociedad debe tender hacia su fin natural que es el bien común, como una institución integrada por seres humanos, dotados de razón y voluntad, debe hacerlo ordenadamente, uniendó y concentrando los esfuerzos de sus miembros, es forzoso que haya una dirección decidida y consciente en la obra común para la comunidad, lo que significa que debe existir una autoridad que bien puede recaer en una persona ó en un prupo. La autoridad no tiene otra finalidad que la dirección del grupo hacia el bien común, de él recibe su limitación. En toda sociedad habrá "inconformes" no dispuestos a acatar o respetar los derechos de sus semejantes.

Si la facultad de forzar el cumplimiento fuera abandonada en los particulares, los débiles sucumbirían ante los fuertes. Felipe González y González nos dice al determinar la responsabilidad del individuo en la producción del bien común:

"El bien común no es el bien del individuo o el bien privado, sino el de todo social y por lo tanto no se alcanza como una acción individual, sino colectiva a la que hemos llamado acción social. Esta es la acción del conjunto de los miembros, realizada con vistas a asegurar el propósito común, la mayor felicidad no para algunos, ni siquiera para la mayoría, sino para todos.

Como la acción social, es la que realizan los individuos y los grupos bajo la dirección de la autoridad que es inseparable de la organización, por lo cual resulta necesario que tratemos de la comunidad política organizada, en cuanto que la fijación de la responsabilidad del gobernante, nos es imprescindible para fijar la responsabilidad de los individuos". 19*

Así, vemos que la autoridad es fundamental y principio rector de

*19 Felipe González. Memoria del x congreso mundial ordinario de filosofía del derecho y filosofía social vol-VII: pág. 279 Instituto de investigaciones jurídicas - serie G - estudios doctrinales - núm. 69 UNAM. 1982.

esta acción organizativa y social que es el bien común, Walter Brugger:

"Con el nombre de autoridad se designa aquel conjunto de cualidades propias de una persona física o moral que motivan un asentimiento personal al requerimiento del sujeto depositario de las mismas." 20*

La autoridad puede ser tomada en dos sentidos, como facultad o bien para designar el sujeto a que pertenece dicha facultad.

Cuando se asimila a éste último, la autoridad se manifiesta como un órgano y se ha llamado estado; en este sentido decimos que el estado como vínculo jurídico de un pueblo es una necesidad natural.

El estado es el custodio de todo el orden jurídico (del bien común entendido como título de todas las condiciones necesarias para que los miembros de la sociedad logren su bienestar por medio de su actividad que les es propia).

La dirección del estado en las relaciones tan complicadas de una sociedad, sólo es posible con una amplia legislación en la que se expresen los derechos y deberes de todos.

El objeto de este derecho (positivo) es determinar más en particular, acorde con las circunstancias propias del espacio y el tiempo en que se vive, la obligación natural de contribuir al bien común y dirigirla a fines particulares determinados y benéficos.

*20 Walter Brugger ob - cit, pág. 69.

Aunque es imposible realizar una acción sin un principio que la oriente al fin, se nos podrá argumentar que el hombre tiene capacidad de proponerse fines y cumplirlos, y que es capaz por sí mismo de proponerse encauzar sus acciones en orden a la realización del bien común. A todo esto no tenemos nada que oponer, pero sí debemos aclarar que aquí hablamos de una acción social que supone una pluralidad de acciones particulares de los individuos que difícilmente pueden coordinarse espontáneamente para constituir una unidad de acción, único medio para lograr hacer realidad el fin social. En consecuencia, se hace necesario un principio directivo que unifiquen la diversidad de las acciones individuales.

"La autoridad -dice- es poder moral de obligar a los miembros de una sociedad a realizar determinadas acciones u omitir otras para la consecución del fin social. " 21*

* 21 Felipe Gonzalez y González - Autoridad y sociedad - memoria del X congreso mundial ordinario de filosofía del derecho y filosofía social - primera edición vol. VII - pág. 281 - Instituto de Investigaciones jurídicas - serie G - estudios doctrinales - núm. 69 - UNAM. México 1982.

CAPITULO SEGUNDO

ORIGEN CONCEPTUAL DE LA NORMA JURIDICA

ESTRUCTURA DE LA NORMA JURIDICA

El mundo se presenta al hombre, ordenado en sus múltiples aspectos; por ésta razón los griegos lo llamaron cosmos ó sea orden.

Se observa ó se siente, en una observación más o menos profunda de los distintos seres, en característico modo de ser, una manifestación dinámica propia; si bien todos existen no todos se exteriorizan de la misma manera.

El hombre, ser dotado de inteligencia y voluntad, ha contemplado los fenómenos externos de las cosas y también internos de sí mismos, ya que es parte del mundo y ha encontrado, muchas veces a base de hacer comparaciones con él mismo, diferencias y jerarquías obvias entre los seres: Ha descubierto en todos los seres una recta disposición de los medios al fin, pero un fin distinto ya que es diverso su modo de ser, su principio de desenvolvimiento. En otras palabras, su inteligencia ha llegado al encuentro de la naturaleza de los seres.

Con audacia, a todas luces plausible, se ha hecho encajonar dentro de las clasificaciones, los modos, siempre repetidos de manifestarse y ha inventado fórmulas destinadas a esclarecer el porqué de los distintos comportamientos de los seres.

Ha descubierto que todos los seres participan de un orden dado, impuesto, que su proceder está relacionado en forma incondicionada a su modo de ser característico.

En una palabra, ha creado una fórmula para explicar la existencia de esa relación, para explicar la existencia de ese orden, y la

ha llamado ley.

Al respecto, Montesquieu ha dicho que la ley es la relación necesaria que deriva de la naturaleza de las cosas y en este sentido todos los seres tienen sus leyes. 1*

Si bien es aceptable la definición antes propuesta, conviene de inmediato aclarar que la necesidad de que en ella se hable, no es la misma en todos los seres, en virtud de su diferente naturaleza.

En el orden físico, si relacionamos dos fenómenos (uno como causa el otro como efecto) resulta innegable que se trata de una necesidad de tipo físico, distinta de la relación que puede existir, en un orden lógico al relacionar dos términos u objetos ideales.

Es grande, la variedad que existe entre las anteriores clases de necesidades con aquella que se refiere a los actos humanos y el bien racional. Es común, en la doctrina jurídica nombrar a las clases de necesidades, anteriormente descritas, con los nombres respectivos de: Necesidad física, necesidad lógica, necesidad moral.

Con todo, es un error confundir la ley con la relación que expresa. "La ley física por ejemplo no es enlace entre hechos, sino una fórmula destinada a explicarlo; es decir la ley misma no produce los fenómenos a que alude, siempre revela sus antecedentes y consecuentes. 2*

En la ley, genéricamente hablando, se manifiesta una relación que se dice necesaria; si ésta necesidad se deriva de una naturaleza inmutable, porque inmutable es la naturaleza de todos los seres, es claro que la relación resultará como algo ineludible, incondicionado, inviolable.

Con toda intención, cuando hemos hablado de la necesidad moral, hemos di-

*1 Montesquieu. Del espíritu de las leyes. Libt. cap. I.

*2 Eduardo García Maynes - Introducción al estudio del derecho, edición III, pág. 22.

cho actos humanos, para diferenciarlos de los así llamados actos del hombre, ya que los primeros suponen el entendimiento y la voluntad libre en tanto que los segundos son espontáneos.

Dentro de los mismos actos humanos existe diversidad; algunos al realizarse tienden perfeccionamiento del que los realiza ó sea de los que obran y otros se manifiestan al exterior con distinto fin o sea que se objetivizan o hacen.

"Es evidente que la necesidad moral no se refiere al hacer, sino al obrar humano ya que en el campo del hacer, también se aplican leyes que expresan necesidades físicas ó lógicas" 3*

Respecto al hacer, cuando el hombre quiere servirse de las cosas debe hacerlo respetando las leyes que rigen a la misma sociedad, entonces la ley que regula la actividad humana hacia un fin que tiende a objetivizarse la llamamos regla técnica.

En cambio cuando la necesidad moral está circunscrita a la relación entre el acto humano y el bien racional, es decir, cuando esa relación se muestra a la voluntad con objeto de exigirle tender hacia el bien, la fórmula que debiera expresarla, deviene en norma.

Al hablar de la norma como expresión imperativa de una relación moralmente necesaria se ha dicho que "Corresponde a un juicio de valor imperativo, en el cual se da una relación de adecuación entre el medio y el fin racional del hombre, exigencia de su naturaleza:" 4*

Es una estimación valorativa, ligada a la manifestación de una relación necesaria e incondicionada.

Cuando conocemos la existencia de una relación necesaria entre lo que conviene a la naturaleza y nuestros actos, encontramos la exigencia de realizarlos y es entonces que descubrimos el deber, la obligación, que solamente puede llamarse tal tratándose de los actos

humanos ya que son los únicos que pueden suponer la libertad.

Puede hablarse, al mismo tiempo, de la inviolabilidad ó violabilidad de la norma bajo aspectos diferentes: Primero porque es imposible mudar la relación de necesidad moral (acto bien racional); segundo porque existe en el hombre la libertad respecto al acatamiento de la norma, por eso el deber, la obligación, es el contenido de la norma.

El fondo, el contenido de la norma, se resuelve en el deber del cual sólo puede hablarse con propiedad, cuando se trata de una relación de necesidad moral.

El deber entraña una exigencia racional para la voluntad.

Sólo las normas son obligatorias, porque son las únicas que contienen un deber, resulta pues que el fundamento de la norma es el bien racional fincado en la naturaleza humana.

Santo Tomás dice: "El hombre es libre, de otro modo serían completamente vanos los consejos, las amonestaciones, los mandatos, las prohibiciones el premio y el castigo". 5*

Y en otra parte: "El hombre no elige por necesidad. El que sea posible elegir algo ó no depende de una noble potestad." 6*

El supuesto filosófico de toda norma es la libertad de los sujetos a quienes obliga: La ley física anuncia relaciones necesarias, es decir, procesos que se desenvuelven siempre del mismo modo.

Las normas en cambio, exigen una conducta que debe ser observada, pero que de hecho puede no llegar a realizarse.

"La norma es válida cuando exige un proceder intrínsecamente obli-

*5 Summa contra Gentiles. libro 4º

*6 Summa theologica I,II.

gatorio. El concepto de obligatoriedad se explica en función de la idea de valor, sólo tiene sentido afirmar que algo debe ser, si lo que se postula como debido es valioso." 7*

Hablando en términos generales, se puede afirmar que todos los deberes y por tanto las normas que los contienen, son siempre éticos, en virtud de que están encaminados a dirigir a un sujeto inteligente y libre y porque entrañan una exigencia racional de hacer el bien.

Considerando en toda su amplitud y en toda su extensión el ser del hombre se antoja necesario admitir, por una imposición de la evidencia, la existencia de un ser supremo, que si bien puede llamarse de la manera que se quiera, en el fondo será la explicación, será el principio, la primera causa de todo aquello que en un momento empezó a existir, si la razón del hombre ha llegado, por los conocimientos científicos, a conocer el modo de ser de esa causa primera, resulta claro el concepto de la existencia de un deber, fundado en la relación de esa misma naturaleza y la suya propia que es una naturaleza creada. Este deber se llama religioso en función de la "liga" de una naturaleza creada con un ser supremo.

El hombre reflexiona en la misma naturaleza de su ser y encuentra que esa naturaleza le marca un camino a seguir, le exige una perfección de la misma como un deber moral.

Por otra parte, el hombre se encuentra con la necesidad de su propio perfeccionamiento a través de múltiples manifestaciones y dando una limitación que existe en todas las cosas, surge la obligación de respeto de lo que a cada uno les es debido de acuerdo con la existencia de su misma naturaleza para el logro de su fin, como un deber jurídico.

Es claro que todos esos deberes sólo pueden existir separadamente en el pensamiento, pero en la realidad es totalmente imposible

*7 García Maynez ob. cit. pág.

su desvinculación entre unos y otros ya que todos están referidos al hombre, y necesariamente lo suponen.

Con la intención de hacer una síntesis, podemos afirmar con el maestro Preciado Hernández:

"La norma religiosa contiene un deber entre el hombre y la primera causa de su ser.

Que la norma moral es la que formula los deberes ordenados al bien personal del hombre, considerado éste individualmente; en tanto que las normas jurídicas están encaminadas al perfeccionamiento de la vida social que se alcanza con la realización del bien común". 8*

Resulta evidente pues, que las normas jurídicas están circunscritas al campo de las acciones, es decir de los actos humanos, en cuanto estos se hacen externos.

Jorge del Vecchio: "Considerar jurídicamente una acción, significa considerar en cuanto pertenece a un orden exterior, en el cual coincide con el obrar de los sujetos. La determinación del valor jurídico de una acción jamás puede existir considerándola por sí sola, tal determinación sólo existe cuando la misma acción está coordinada y armonizada con los demás:

La función del derecho se ejercita allí donde es posible una colisión entre varios sujetos, una antítesis entre la manifestación de varias voluntades, y precisamente tiende a establecer entre ellas un orden objetivo". 9*

Y veamos al maestro Felipe González y González: "La ley es propia de la razón, por cuanto lo propio de éste es ordenar e imperar los

*8 Preciado Hernández.

*9 Jorge del Vecchio - Concepto del derecho - traducción de la segunda edición Italiana pág. 70.

actos humanos, pero como ningún acto humano se produce, si no es por un fin, lo propio de la ley sería dirigirles al fin". 10*

a través del estudio de su origen, en el siguiente punto proseguiremos ahondando en este, junto con su estructura.

ESTRUCTURA DE LA NORMA JURIDICA

Se ha afirmado que la norma jurídica es una expresión imperativa de una relación moralmente necesaria entre los hombres, concretamente sus acciones y el contenido de éstas.

La norma jurídica es tal, en función de que involucra el derecho, es decir lo suyo de cada quien, de acuerdo con los señalamientos de la naturaleza racional del hombre.

Ahora bien, en toda relación jurídica, el vínculo entre las personas (sujeto y término) se establece a través de un objeto (fundamento).

Hablando del sujeto de derecho veremos consideraciones del Dr. Fernando Flores García, investigador del derecho comparado en México.

"Persona, proviene del latín, esta forma de "per" (preposición de acusativo, en su acepción de aumento) y de "sono" (sonar)". 11*

Para Ferrara, "el término persona" tiene tres significados en el sentido físico antropológico, hombre; en el sentido teológico filosófico, ente racional, conciente, capaz de querer; y en el sentido jurídico, ente que tiene función jurídica, cualidades en el derecho, capacidad. 12*

*10 Felipe González y González. (México) Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, "El bien común como principio jurídico", Vol. VIII, pág. 241. Instituto de Investigaciones Jurídicas -Serie C- Estudios Doctrinales, núm. 70. UNAM, 1982.

*11 José Castán Tobeñas. Derecho civil español. Común y foral. Tomo I. (Madrid, 1943, pág. 135).

*12 Francisco Ferrara, Teoría de las personas jurídicas. Traducción de Eduardo Ovejero y Maury (Madrid, 1929, pág. 318).

En opinión de Recasens Siches el concepto de persona tiene propiamente, su sede en el campo del derecho. 13*

En cuanto al objeto, éste es externo, real y para una parte es lo suyo y para otra su deuda o lo debido.

Por tanto, es distinto el derecho (fincado en las relaciones interpersonales) a la fórmula que lo contiene (norma jurídica).

El derecho persigue el perfeccionamiento de lo social, el bien común mediante un orden justo, es decir un orden en el que a cada uno se otorguen las facilidades que le exige su naturaleza para el logro de su finalidad.

DATOS FORMALES DE LA NORMA JURIDICA

El sujeto, el supuesto, la relación, el objeto, el derecho el deber y la sanción.

"Se les llama datos formales porque constituyen elementos de la estructura lógica de la norma, son verdaderas categorías sin las cuales no es posible pensar en las normas de derecho, ni en un ordenamiento jurídico". 14*

Como hablamos, el sujeto es el destinatario natural de la norma jurídica. La norma es una prescripción imperativa, rectora de la conducta que necesariamente pertenece a alguien. Los actos (como accidentes) ineludiblemente deben ser atribuidos a un punto de referencia. Sería ridículo, pretender siquiera, imaginar que un ordenamiento puede ser destinado hacia actos que no pertenecen a nadie.

El supuesto, "es la hipótesis a cuya realización, se atribuye o deriva una consecuencia determinada". 15*

*13 Luis Recasens Siches, vida humana, sociedad y derecho (Méx. D.F. 1940) pág. 145.

*14 Preciado Hernández ob. cit. pág. 127.

*15 García Maynes, ob. cit. pág. 27

La hipótesis en general, se da solamente cuando existe alguna probabilidad de que algo suceda, es decir, de que algo sea posible en el plano de la existencia.

Ahora bien cuando se habla del supuesto jurídico, se comprenden en él, tanto los hechos como los actos y los negocios jurídicos.

La necesidad de plantear hipótesis, o presumir situaciones concretas, lo exige la misma naturaleza de la norma jurídica que siempre tiende a proyectarse hacia el futuro.

El supuesto jurídico es una manera de prever situaciones reales y hace posible la función de la norma, como ordenamiento de las acciones, ya que las regula antes de que esas suceden, o más bien, para que sean de un modo determinado.

La relación jurídica, es el vínculo que se establece entre dos o más personas con fundamento en una prestación que uno exige de otro.

Esta relación tiene, como toda relación, un sujeto y un término (que en este caso son dos personas) en la que una con base (fundamento) en una prestación (hacer ó no hacer...), se convierta la una para la otra en sujeto activo y sujeto pasivo, es decir, una exige un derecho a otra que debe cumplirlo.

Esta relación pues, es totalmente interpersonal, es de persona a persona, pudiendo ser claro está, cualquier objeto el fundamento de la misma.

El derecho en su sentido objetivo y el deber jurídico, son los resultados de la existencia de la relación jurídica.

Si decíamos que el fundamento de la relación jurídica podía ser una pretensión un hacer o un no hacer u otro objeto cualquiera, el

sujeto y el término resultaban una deudora de la otra (hablando de personas), es decir una como sujeto activo, otra como sujeto pasivo. A cargo de una el cumplimiento de lo que la otra puede exigirle.

La sanción jurídica, es la consecuencia que atribuye la norma a la observancia ó inobservancia de lo preceptuado por ella; o bien, como dice Carreras y Araño, " es el conjunto de bienes ajenos a la observancia de la norma, y el conjunto de males inherentes a su transgresión". 16*

Generalmente se piensa que la sanción sólo significa imposición de algún castigo por el incumplimiento de algo mandado.

Esto es cierto relativamente, pero no comprende todo el contenido verdadero de la sanción, ya que éste también incluye el resultado del mismo cumplimiento.

En este sentido deben ser incluidos dentro del concepto de sanción tanto la nulidad como la validez de la conducta, realizada en función de la adecuación ó tergiversación de la exigida por la norma.

Al lado de los conceptos jurídicos y fundamentales de carácter formal, debemos proponer como conceptos jurídicos fundamentales de carácter material, a aquellos elementos igualmente esenciales que constituyen el contenido permanente de la propia norma jurídica.

Estos datos reales podemos reducirlos a los siguientes: "Persona jurídica, sociedad, autoridad, coerción, fines jurídicos y deber de justicia". 17*

La persona jurídica es el dato real que corresponde al elemento formal que llamamos sujeto de derecho. Es evidente que el único sujeto de derecho (destinatario de la norma) solamente puede ser el

*16 Juan Carreras y Araño. Filosofía de la ley según Santo Tomás de Aquino. Madrid 1919 - editorial Reus, pág. 28

*17 Preciado Hernández ob. cit. (130).

hombre con todos sus atributos propios.

El contenido de las nociones de sociedad y autoridad son igualmente datos reales implicados en la idea de norma jurídica.

Toda norma jurídica tiene esencialmente un aspecto de alteridad, supone la existencia de dos o más personas que tienden a conseguir un fin de provechos mutuos, en fin común.

La norma jurídica no tendría razón de ser, sería superflua si pretendiera ordenar la conducta de un sólo individuo (para eso está la norma moral).

En esa existencia de hombres que pretenden conseguir una finalidad común, se hace necesaria la existencia de un principio regulado, coordinador de los esfuerzos comunes, dada la diversidad de los integrantes, y en todo caso esa autoridad debe gozar de una función coercitiva para mantener el orden social establecido.

Por último el fin ó los fines del derecho que pueden resumirse jerárquicamente en seguridad, justicia y bien común.

En otras palabras, el derecho pretende realizar dentro de la sociedad, el logro del bien común a través de la justicia (criterio según el cual debe darse a cada quien lo suyo) en una atmósfera en que se garantice al individuo la protección de su persona y de sus bienes.

CAPITULO TERCERO

DERECHO NATURAL Y DERECHO POSITIVO

Se ha hecho de siempre, el admitir una diferencia definitiva entre el derecho natural y el derecho positivo, a tal punto que pudiera pensarse que la existencia de uno excluye la del otro.

Nada es más falso e irreal, ya que como demostraremos adelante, no se trata de dos derechos, irreductible uno del otro, pues el derecho positivo supone como principio regulador el derecho natural, del cual no viene a ser más que una concreción detallada que tiende a adaptarse a las circunstancias determinadas de una sociedad.

El derecho natural tiene principios fundamentales de valor universal, en tanto que el derecho positivo se encuentra limitado por las barreras del tiempo y el espacio.

Las leyes positivas viven en el tiempo sujetas a las vicisitudes de la existencia: "Nacen, despliegan su fuerza obligatoria y mueren" 1*

Se habla a veces, de que alguien tiene derecho a hacer determinada cosa (como potestad o posibilidad moral), o que determinada persona exige su derecho (como objeto jurídico) o bien se hace equivar el derecho con la norma que lo contiene. o finalmente, se hace referencia al derecho de determinada ciudad queriendo referirse al conjunto de normas pertenecientes a la misma.

Por lo tanto, hablaré del derecho natural y del derecho positivo como un conjunto de normas dictadas por la misma naturaleza o bien por un poder social constituido.

*1 Juan Carreras Araño. ob. cit. pág. 168.

Tomándolo como un concepto de derecho, Javier Esquivel nos dice respecto a ésta controversia:

"Queda claro que sí existe un sentido en el que los filósofos del derecho pueden ser clasificados como positivistas o jusnaturalistas y que el resultado de aplicar el criterio de la conexión necesaria entre derecho y moral funciona también. La discusión ha sido entonces sobre la definición del concepto de derecho, esto es, si debe o no incluir criterios morales tales como la justicia y otros valores, ésta discusión, no es un problema de la ética sino de la filosofía jurídica. Se trata nada menos que de la definición del concepto jurídico por excelencia, el concepto mismo de derecho". 2*

La dualidad del hombre como ser corpóreo y espiritual, le evita cumplir con su fin, sin muchas actividades externas y variado uso de cosas corporales, las cuales están sujetas a los límites del tiempo y el espacio; la misma cosa no puede ser utilizada al mismo tiempo, por muchos individuos para diversos fines.

Por tanto una vida común, digna de hombres, sólo es posible restringiendo en algo la libertad de cada particular para dejar a salvo la ordenada libertad de todos. Cada uno tiene que poseer sus derechos claramente circunscritos, y que otros no pueden lesionarlos.

La historia demuestra que en todos los pueblos se ha dado algún orden jurídico. Nace generalmente de las costumbres de los pueblos, que se convierten en normas obligatorias para todos.

Este derecho se puntualiza más y más, se determina más en concreto y se complementa en las leyes escritas, bastante a menudo se cambia

*2 Javier Esquivel (México) Positivismo jurídico y jusnaturalismo. Primera edición memoria del X congreso mundial ordinario de filosofía del derecho y filosofía social vol. VI pág.131- Instituto de investigaciones jurídicas serie G. Estudios doctrinales núm. 66 - UNAM, México 1982.

o substituye del todo por normas jurídicas de nueva clase. Con lo cual se manifiesta claramente que como este derecho tiene su origen en un ordenamiento humano, su fuente es la decisión del poder legislativo, sea su representante un legislador individual o una corporación (todo un pueblo). Por esta manera de instituir el derecho, éste se llama positivo.

Sin embargo, no todo derecho es solamente institución humana. Existen normas jurídicas que independientemente de todo sentimiento o aprobación de los hombres tienen su valor porque están dados con la misma naturaleza humana y por eso no caen bajo la libre elección de poderes humanos, es decir, existe un derecho natural.

Sólo por razón del orden esencial de la naturaleza, determinadas cosas o actividades están reservadas a determinadas personas, de manera que no es lícito a otros entrometerse en ese campo particular, por ejemplo; "La vida del hombre le pertenece solo a él, los miembros de su cuerpo son de su exclusiva pertenencia, y esto no se funda en costumbres ni ley humana, sino en el orden natural, según el cual el hombre puede llamar "suyo" a su vida y a sus miembros". 3*

He tomado al derecho natural, tan sólo, en el sentido de la totalidad de las normas naturales que se refieren a la vida social del hombre y que prescriben dar a cada quien lo suyo, prescindiendo de hablar de un orden natural que regiría las relaciones del hombre con su ser supremo.

El derecho natural no debe ser tomado como una utopía, (ideal pero irrealizable) sino tal como es, un derecho válido, existente, universal.

*3 Juan B. Lotz y José de Vries - El mundo del hombre. Versión española de la segunda edición alemana pro José A. Menchaca. pág. 341.

No ha existido pueblo, en la historia, que se haya aventurado a afirmar que el causar injurias (daño moral), que el quitar a alguien lo que le pertenece resultaran preceptos válidos. La invariabilidad de dichos preceptos está en razón directa de la inmutabilidad de la naturaleza humana de la cual surgen.

Muchas veces se ha hablado de derecho racional, como sinónimo de derecho natural, en función de que los preceptos impuestos por la naturaleza son descubiertos directamente por la razón, que en un complicado proceso, los aloja en la conciencia.

El derecho natural, si bien contiene preceptos universales, éstos al ser trasladados a los concretísimos y muy complejos casos de la vida pudieran parecer oscuros o al menos dudosos.

Además la idiosincracia de los pueblos es diferente en cada caso.

Por eso se hace indispensable que el encargado de dictar las leyes, concretice y defina los derechos y los deberes de los individuos en una forma clara y patente.

El derecho positivo es tal porque constituye una concreción de los primeros principios del derecho, una aplicación de estos principios del derecho a una materia social concreta mediante la intervención de la voluntad del legislador humano.

"Y en tanto que esa formulación concreta humana de un poder social que tiene, entre otras funciones la de asegurar el cumplimiento del derecho por medios coercitivos, es decir, para asegurar la colaboración de los miembros de una sociedad en orden al bien común, no bastan las orientaciones ni los principios generales que racionalmente rigen la conducta humana; se requiere además que esos principios se apliquen a una materia social concreta, que se formulen así reglas jurídicas que adapten los principios a las exigencias reales y a las

costumbres y tradiciones de una comunidad. La legislación positiva no es obra exclusiva de la voluntad del legislador ya que éste no puede cambiar a su arbitrio, ni desconocer los datos racionales y sociales, de cuya acertada conjugación en la formulación del derecho, depende su eficacia". 4*

Geny, citado por Preciado Hernández, analiza los factores que intervienen en la elaboración del derecho positivo y los clasifica en dos categorías: El dato y la construcción. 5*

El dato representa a toda realidad en cuanto ésta puede ser objeto de nuestro conocimiento.

Conocer significa aprehender la esencia de las cosas y sus relaciones, las cuales no son creación ni producto del entendimiento humano, sino que éste las descubre, las contempla, las aprehende. En éste sentido la realidad que se ofrece al entendimiento como objeto de conocimiento, le es dada.

La construcción en cambio, ya no es estrictamente objetiva y trascendente ó extramental, sino que tiene mucho de convencional y de subjetiva, viene a ser eso que llamamos técnica, conjunto de medios, métodos de procedimiento no necesarios, de que se vale el hombre para lograr un conocimiento verdadero y organizado, y especialmente para aplicarlo a un fin práctico.

Si el dato es el punto de partida del conocimiento teórico aquel que tiene como fin captar ó aprehender la verdad, la construcción a su vez, es la base del conocimiento práctico ya que éste aplica esa verdad a la dirección de nuestros actos. En el orden teórico reina la necesidad; en el orden práctico, reina lo contingente, lo que puede ser de muy diversos modos. Aquí cabe la elección, puesto que se

*4 " Preciado Hernández ob. cit. pág. 160.

*5 Preciado Hernández ob. cit. pág. 162.

puede llegar al mismo resultado poniendo en práctica múltiples procedimientos. La construcción tiene por ésto mucho de subjetiva y convencional.

Geny se pregunta si el derecho es ciencia o arte; y tomando en cuenta estas dos categorías de factores que intervienen en la elaboración del derecho positivo - el dato y la construcción -, contesta que es ambas cosas.

Ciencia en cuanto estudia los elementos o datos de la realidad que el legislador no puede desconocer, elementos que condicionan, limitan o inspiran las reglas de derecho positivo; y arte por cuanto se requiere construir una técnica no sólo para regular las reglas del derecho de acuerdo con los datos que suministran el estudio de las necesidades y posibilidades de una sociedad determinada - técnica legislativa - sino también para asegurar la aplicación de esas reglas - técnica administrativa y judicial o jurisprudencial-.

Los datos pueden ser de cuatro clases: El dato real, que comprende el conocimiento de las realidades físicas, biológicas y psicológicas, y el de las leyes que las rigen, así un legislador no puede desconocer, al reglamentar lo relativo a la investigación de la paternidad, que la concepción de un niño que ha nacido viable no puede remontarse a más de diez meses ni a menos de seis, antes del nacimiento; este conocimiento se refiere a una realidad biológica y tampoco puede pasar por alto la capacidad moral y los sentimientos religiosos de un pueblo que representan realidades psicológicas; el dato histórico, que como su nombre lo indica, consiste en la historia misma de las instituciones jurídicas; el dato racional, o sean los principios que resultan para la dirección de la humanidad, de la consideración reflexiva de los elementos de las relaciones jurídicas, o sea el irreductible derecho natural; el dato ideal, es decir los ideales ó aspiraciones humanas que influyen en el progreso o decadencia de las instituciones jurídicas positivas; ideales que se fundan más

que en razonamientos, en afecciones y en la intuición, que por lo mismo varían con el tiempo, caso que no ocurre con los primeros principios del derecho, que descubre la razón y que son universales e inmutables.

Estos datos son tomados en cuenta por el legislador, y fundándose en ellos, con ayuda de la técnica - legislativa, administrativa y judicial - , establece un ordenamiento jurídico positivo, instituye procedimientos, funciones, presunciones y ficciones.

Ciertamente, en el orden contingente, en el orden de la técnica jurídica, la voluntad del legislador juega un papel muy importante, sin embargo la técnica y la voluntad logran muy poco cuando se desconoce ó se pretende cambiar el sentido de los datos reales.

Renard afirma: "El derecho natural es un bastidor, la ley positiva es el bordado que llena los intervalos; estatuye en aquello que es indiferente al derecho natural y entiéndase bien que una vez dictada la ley, cesa la indiferencia, y el derecho natural se la incorpora reforzándola con su propia autoridad. En cuanto a las decisiones gubernamentales o parlamentarias, y de una manera general las manifestaciones de la voluntad humana que no estén fundadas en el derecho natural a pesar de todas las solemnidades, formalidades y autoridades, nada tienen que ver con el derecho, de tal suerte que no hay una sola parcela del derecho positivo que no participe de cerca o de lejos de la dignidad del derecho natural". 6*

Las propiedades de la ley natural son tres: Unidad, Universalidad e Inmutabilidad.

El derecho natural es uno porque uno es el orden de la naturaleza creada.

El derecho natural es universal, es decir común a todos los se-

*6 Preciado Hernández ob. cit. pág. 163.

res racionales y libres (a todos los hombres) para facilitarles el cumplimiento de sus finalidades.

El derecho natural es inmutable porque la naturaleza humana permanece siempre idéntica en todos los hombres, en todos los tiempos y en todas las circunstancias.

Con todo hay que tomar en cuenta que "la razón específica de la ley se mantiene inmutable aunque sea mudable la aplicación concreta a casos particulares dentro de ella". 7*

Cuando el principio (dato ideal), se aplica a una realidad contingente y compleja, la conclusión sólo puede ser aproximada o probable; más si el principio se aplica a un dato esencial de la naturaleza humana, a un dato común a los hombres, la conclusión es válida para todos. Esto explica que el derecho natural no sólo comprenda criterios y principios, sino también normas cuyos supuestos son precisamente notas esenciales, comunes a todos los hombres, normas que consagran desde luego, las prerrogativas de la persona humana, y que si bien representan conclusiones o aplicaciones de los primeros principios, se impone casi con la misma evidencia que éstos, y no requiere formulación expresa en el derecho positivo.

Son los conocidos derechos naturales, que forman parte del derecho natural, pero que no son todo el derecho natural.

Así como no es posible organizar racionalmente una sociedad desconociendo los criterios supremos de la vida social y los principios necesarios que en ellos se fundan, tampoco es posible esa ordenación jurídica si se infringen las normas promulgadas en la conciencia de la casi unanimidad de los hombres y que consagran las prerrogativas esenciales de la persona humana.

*7 Summa Theologica I-II q. 100 q. 8.

Por consiguiente todo perfeccionamiento posterior que dentro del orden positivo jurídico sea llevado a cabo por el hombre debe estar vinculado a los fundamentos dados por la naturaleza y ha de limitarse a desenvolver los preceptos del derecho natural, o donde esté presente un vacío y deje posibilidades de elección, a llenar éste vacío con determinaciones concretas según las necesidades prácticas.

Así pues, el derecho positivo y el derecho natural no corresponden a sendos órdenes jurídicos independientes e irreductibles, sino que los dos pertenecen a un orden jurídico común. El uno es prolongación del otro.

El derecho positivo, fundándose en el derecho natural, lo amplía.

Constituyen dos aspectos de una misma realidad, Esa realidad es el derecho y sus dos aspectos o dimensiones son: Lo natural y racional y lo positivo o técnico.

Todo ordenamiento jurídico realiza en cierta medida los principios del derecho natural a través de una técnica; y puede decirse que los diversos sistemas de derecho se perfeccionan en la medida en que se encuentran las fórmulas técnicas que les permiten adaptar esos principios a las exigencias peculiares de un pueblo determinado.

Santo Tomás de Aquino dice " que la ley humana (positiva) constituye la aplicación de los principios del derecho natural a una materia social concreta". 8*

Por hablar sobre las cualidades de la ley positiva, ya que de tal modo se llama a la norma impuesta y establecida por los hombres constituidos en autoridad, para buen régimen de la comunidad debemos tener presente la definición que hace de la ley, Santo Tomás de Aquino: "Ordenación de la razón, en vista del bien común, establecida y promulgada por aquél que tiene el cargo de la comunidad". 9*

*8 Summa Theologica I-II q. 95 q. 2.

*9 Ibidem I-II q.90 q.4.

La ley positiva es pues, una norma imperativa, legítima, ordenada y promulgada para el bien de la comunidad.

La Imperatividad hace referencia al valor obligatorio del mandato, intrínseco a la ley positiva.

"La imperatividad es lo más absoluto que puede contemplarse en la ley (mandar - prohibir)." 10*

La legitimidad, puede ser considerada bajo dos aspectos; En primer lugar, el precepto es legítimo porque está adecuado a la racionalidad del hombre (naturaleza humana); en segundo lugar se considera legítima una norma porque está dictada por aquél que tiene potestad para ello, es decir por aquél que ha sido comisionado por la comunidad para tal fin.

La promulgación debe ser considerada como un requisito esencial de la ley. Como dice Santo Tomás, "Las leyes se instituyen cuando se promulgan... La ley se impone a los súbditos a modo de regla y medida, toda regla, toda medida, entonces se impone cuando se aplica a los objetos que han de ser regulados y medidos. Por consiguiente, para que la ley tenga obligatoriedad - y la obligatoriedad es una propiedad indispensable de la ley - es precisa su aplicación a aquellos individuos para quienes se prescribe; aplicación que se realiza por el mero hecho de ponerla en conocimiento de tales individuos, es decir mediante la promulgación. Esta, pues, es necesaria a fin de que la ley adquiera vigor." 11*

Podemos añadir que la única manera de que los individuos puedan obedecer una ley, es poniéndola en su conocimiento; de otra manera la obediencia de la ley sería superflua a la misma, lo que con sinceridad es inaceptable.

*10 Enrique Kuri. ob. cit., pág. 186

*11 Summa Theologica - I - II, q. 95. a. 3.

A continuación, citaré algunas opiniones de juristas del X congreso mundial ordinario de filosofía del derecho y filosofía social, en relación con el derecho natural y derecho positivo, Agustín Squella N., de Chile, nos da su punto de vista:

"Las diferencias entre el derecho natural y el derecho positivo, siempre sobre la base del pensamiento aristotélico, son las siguientes:

El derecho natural encuentra su causa en la naturaleza y porque "la naturaleza es la misma entre todos los hombres, las normas de este derecho natural poseen similar fuerza y virtud en todas partes.

Son, si se quiere, universales e inmutables, "como el fuego, que quema aquí lo mismo que en Persia". según la expresiva declaración de Aristóteles.

El contenido de las normas de derecho natural, por lo mismo, no es discurrido por el hombre, sino que proviene directamente de la naturaleza. Dicho contenido se traduce según palabras de Santo Tomás, en "ciertos principios indemostrables y en las cosas próximas a ellos, tales como debe evitarse el mal, a nadie debe dañarse injustamente, no debe hurtarse, y otros semejantes".

En cambio, el derecho positivo encuentra su causa en la voluntad o decisión del hombre, quien lo instituye dotándolo de los más variados contenidos.

Sus normas, por lo mismo no son inmutables ni universales, sino, por la inversa, esencialmente mudables y limitadas en cuanto a su ámbito de validez temporal y territorial.

En todo caso, cabe tener en cuenta algo que no carece de importancia en relación con lo que seguirá de esta ponencia: Lo justo legal, esto es, el derecho positivo, no está constituido únicamente por el derecho legislado, que promulga el legislador, sino, también, por las sentencias dadas por los jueces.

"La tercera diferencia de lo justo legal -comenta Santo Tomás- es que se llaman parte de lo justo legal las sentencias dadas por los jueces".

Y agrega: "Lo justo [sentencia] es aplicación de lo justo legal a los hechos particulares".

No obstante las ya anotadas diferencias entre derecho natural y derecho positivo, debemos señalar, a continuación, que éste, según Aristóteles, se entiende derivar de aquél.

Ahora bien, esta derivación del derecho positivo a partir del derecho natural, puede tener lugar de dos formas: por conclusión y por determinación.

La derivación ocurre por conclusión cuando el contenido prescriptivo del derecho positivo resulta ser una aplicación directa de alguna norma o principio del derecho natural. Así, por ejemplo, cuando el legislador humano tipifica como delito las conductas que consisten en privar a otro de su vida o de su propiedad y anexa un castigo a la emisión efectiva de estas conductas por un sujeto determinado, no está sino fijando dos de las muchas conclusiones que se pueden derivar de la norma o principio del derecho natural que dispone, por su parte, que a nadie debe dañarse injustamente." 11-A*

"Por determinación, en todo aquello que el derecho positivo puede normar, por no proceder directamente de un principio del Derecho Natural".

*11-A Agustín Squella N. (Chile) Derecho Natural y Equidad X congreso mundial ordinario de filosofía del derecho y filosofía social primera edición -vol. v pág. 152-Instituto de Investigaciones Jurídicas - serie G - núm. 70 estudios doctrinales - UNAM 1982.

Javier Esquivel de México, en su obra *Positivismo Jurídico y Jusnaturalismo* nos establece su punto de vista respecto de este tema:

"Ninguna controversia dentro de la historia de la filosofía de derecho puede compararse en importancia a la sostenida entre los partidarios del positivismo jurídico y los del derecho natural.

Los filósofos del derecho se clasifican, en uno u otro bando, de una manera que no tiene parangón en otras ramas de la filosofía, en las cuales existe una mayor variedad de posiciones.

En los últimos años, gracias a los métodos analíticos, este encasillamiento ha sido sometido a serias críticas y hoy por hoy puede decirse que las etiquetas ya no se aplican con la sencillez que se hacía antes.

Es aconsejable entonces buscar si hay alguna tesis que haya sido sostenida por todos los positivistas (o, al menos, los más notables), y en caso afirmativo, caracterizarlos en consecuencia.

Si, a su vez, se encuentra que los jusnaturalistas más destacados rechazan esta tesis, la controversia tendrá un sentido.

Para ejemplificar la controversia podría tomarse el caso del derecho de la Alemania nazi.

Los jusnaturalistas dirán que eso no era derecho, mientras que para un positivista lo que hay que decir es:

"Esto es derecho; pero es demasiado inicuo para ser aplicado u obedecido." 11-B*

* 11-B Javier Esquivel, *Positivismo Jurídico y Jusnaturalismo - Memoria del x congreso mundial ordinario de filosofía del derecho y filosofía social - primera edición vol- VI pág. 129 Instituto de investigación jurídica serie C - núm. 70- estudios doctrinales, UNAM 1982.*

Con la intención de producir un ligero resumen de lo expuesto entre la relación que guarda el derecho natural con el derecho positivo (a los cuales hemos estimado como dos aspectos de una sola realidad; el orden jurídico universal) traemos las palabras de Corts Grau y que resume en cuanto principios fundamentales.

- Primero: De uno u otro modo, toda ley justa deriva de la ley natural.
- Segundo: Las leyes humanas son necesarias, además de la ley natural, porque vienen a ser como un desenvolvimiento de éstos principios supremos.
- Tercero: La maldad del hombre, en general, hace necesaria una legislación que sancione inmediatamente las conductas, dado que a muchos hombres no les bastaría pensar en la ley natural, y hay que obligarlos coactivamente.
- Cuarto: Las leyes humanas no pueden prescribir todas las virtudes ni prohibir todos los vicios y en ellas cabe cierta mudanza dentro de la justicia." 12*

EL DERECHO OBJETIVO Y SUBJETIVO

El derecho entendido como criterio para dar a cada quien lo suyo, ha sido analizado, principalmente, desde dos puntos de vista: Objetivo y subjetivo.

El maestro Fernando Assad y Trejo nos dice: "El derecho es uno, pero se contempla desde dos aspectos diferentes; el derecho como norma, que viene constituyendo el derecho objetivo y dentro de dicha norma implícitamente se contiene el derecho subjetivo en cuanto la norma establece, la facultad del sujeto para actuar, confiriéndole esa facultad para la ejecución de las actividades, que estime necesarias a la satisfacción de sus intereses. Por tanto, no se trata de dos principios diferentes, ni menos aún, que puedan contraponerse, sino dos conceptos

*12 Preciado Hernández, ob cit, pág. 253.

que se contemplan dentro de la misma cosa, de la misma norma, que es la norma jurídica, uno en sí y el otro en cuanto a las facultades que confiere el sujeto." 13*

Así, hemos hablado de un solo derecho, visto desde dos ángulos, pero inseparables, ya que uno supone el otro, evitando hablar de dos ya que traería como consecuencia una confusión que nos haría pensar en una diferencia esencial que no existe.

Se habla de derecho en sentido objetivo, cuando se le hace equivaler a las normas obligatorias que se establecen en una comunidad pública como reglas de conducta.

O bien como dice Leclercq: "La noción del derecho en sentido objetivo corresponde a un conjunto de reglas de acción destinadas a ordenar las relaciones humanas. Está ligada con la noción de la vida social, es decir de la vida común organizada." 14*

El derecho considerado objetivamente (como conjunto de normas reguladoras de la conducta del hombre) se caracteriza por las siguientes cualidades: Exterioridad, Bilateralidad, Heteronomía y Coercibilidad.

El derecho es externo porque el objeto material se circunscribe a los actos humanos en cuanto éstos se exteriorizan, cuando se convierten en acciones.

Al derecho no le importa el resultado de éstas acciones, sino se limita a observar lo que hay de externo en ellas, a los efectos que pueden producirse respecto de los demás.

*13 Fernando Assad y Trejo (México) conceptos filosóficos de derecho y moral-primera edición. Memoria del x congreso mundial ordinario de filosofía del derecho y filosofía social-vol. VIII pág. 122 Instituto de investigaciones jurídicas serie G. núm 70 estudios doctrinales UNAM. 1982.

*14 Jacques Leclercq - Les grandes lignes de la philosophie morale. Tomo I. Le droit naturel. segunda edición 1934. pág. 11.

Sin embargo debe aclararse que el aspecto externo supone el interno del acto, ya que antes de exteriorizarse alguna acción, primero es pensada y querida.

El derecho, como realización de justicia, ordenará, registrará y regulará las acciones del hombre en sus relaciones con los demás, es decir, sus acciones exteriores en cuanto por ellas y mediante ellas el hombre se relaciona y coordina con los demás.

La Bilateralidad del derecho, se entiende en función de que el derecho busca que los actos externos del hombre, surjan en coordinación con los demás, recaigan en otra (s) persona, con el fin de lograr una convivencia pacífica.

Aquí cabe un principio de alteridad ó de equidad ya que provoca, al mismo tiempo que una posibilidad de hacer, una posibilidad de no ser impedido, compara las acciones que un hombre puede hacer frente a los demás.

Sería negativo que el derecho concediera tan sólo la facultad a una persona de hacer algo y que por otra parte no la respaldara con un deber a cargo de los demás.

La Heteronomía del derecho, como su nombre lo indica, se refiere a que la norma se origina en sujeto distinto del destinatario de la misma, así que no sólo es indiferente, pues no toma en cuenta la aceptación de los destinatarios de la norma a quienes está dirigida.

De ser autónoma, la norma requeriría un previo reconocimiento de los destinatarios.

Es oportuno recordar el viejo aforismo de que la ignorancia de la ley a nadie aprovecha. Y es evidente pues si la obligatoriedad estuviera condicionada al reconocimiento ó aceptación por parte de los obligados, el ordenamiento jurídico se negaría a sí mismo.

La coercibilidad es una característica que deriva de su fin, pues el derecho tiende a ordenar los actos externos de una manera imperativa, creando la obligación de adecuar la conducta al bien común.

Ahora que el cumplimiento de las obligaciones no puede quedar supeditado a la espontánea voluntad de los particulares; es necesario que exista un órgano que garantice su cumplimiento, exigiendo de todos los miembros de la comunidad, por medios coercitivos.

Es necesario aclarar que la coercibilidad es la posibilidad jurídica de coacción: La coacción virtual o en potencia, no en acto.

La coacción significa la fuerza o violencia que se hace a una persona para precisarle a que haga o ejecute una cosa. La coacción entraña la idea de una fuerza que se impone, sujeta y constriñe.

"There is no nation that could achieve anything without law, but there is neither any nation for which law alone would be sufficient. Even law could not exist, without coercion." 15*

("No hay nación que pueda realizar nada sin la ley, pero tampoco hay nación, quien por la sólo ley sea suficiente. No obstante, la ley no podría existir sin la coercibilidad").

Peric, nos habla en "estado y coacción" de que no concibe a la ley sin un concepto de coercibilidad junto a ella.

O como dice Ihering: "La coacción consiste en la realización de un fin mediante la sumisión (conseguida de cualquier modo) a una voluntad extraña." 16*

*15 Berislav Peric (Yugoslavia)- The state and coercion-Memoria del x congreso mundial ordinario de filosofía del derecho y filosofía social-primera edición vol.-VII pág. 187-instituto de investigaciones jurídicas-serie G-estudios doctrinales. n.ºm. 69 UNAM 1982.

*16 Rudolph Von Ihering - El fin del derecho. pág. 195.

La base ética de la imperatividad y el supremo valor de la justicia objetivada en el derecho y realizada mediante la norma, son incompatibles con el hecho físico de la coacción. Sin embargo, la imperatividad, que es la verdadera fuerza directiva del derecho y de la ley, tiene como instrumento para cumplir su fin, a la fuerza coactiva, tan sólo utilizable en aquellos casos, excepcionales en que sea preciso vencer la resistencia de la voluntad humana para imponer el precepto y forzar su cumplimiento.

"El derecho en sentido subjetivo, es decir, en cuanto se considera el sujeto (persona) a quien va dirigida una norma significa la totalidad de las facultades jurídicas que aún no pertenecen inmediatamente por razón del derecho en sentido objetivo." 17*

Leclercq lo concibe como un poder subjetivo: "Equivale a decir que se tiene derecho de hacer tal cosa o de abstenerse. Más ese poder, esa libertad no son cualesquiera poder y libertad, son un poder y una libertad morales. La noción de derecho en sentido subjetivo, poder moral, se opone a la noción de poder físico que da la fuerza material. Mientras que la fuerza material se impone al cuerpo, la fuerza moral se impone a la razón." 18*

Ese poder moral, el derecho en sentido subjetivo, encuentra su fundamento en el derecho en sentido objetivo. Si yo tengo el derecho de realizar determinado acto o de abstenerme, es porque ese acto o esa abstención concuerda con las reglas de la vida común, previstas por el derecho en sentido objetivo.

Al derecho en sentido subjetivo se contraponen el deber.

"En tanto que el derecho es un poder moral, el deber es una necesidad moral. Cuando tengo el derecho de realizar un acto, yo puedo ha-

*17 Victor Catheín - ob. cit. pág. 204.

*18 Jacques Leclercq ob. cit. pág. 12

cerlo; cuando debo cumplirlo, debo hacerlo. El derecho y el deber son nociones correlativas, porque no hay derecho que no entrañe uno o varios deberes, ni deber que no suponga el derecho." 19*

El derecho en sentido objetivo prescribe (como regulador de la conducta humana) dar a cada quien lo suyo; de lo mismo surge el derecho en sentido subjetivo, como facultad de obrar y de exigir de los demás lo suyo, en concepto de lo debido, para el cumplimiento de los fines individuales y sociales.

Haciendo referencia a las especies de justicia, descubrimos tres facultades que son verdaderos derechos subjetivos, claro, que con diferente grado de perfección:

Por un lado existe la facultad que tiene la sociedad de exigir lo suyo a sus miembros para el logro del bien común.

Por otra parte, el hombre tiene facultad de exigir lo suyo a los demás.

Y por último el hombre considerado como miembro tiene la facultad de exigir lo suyo a la sociedad.

Y ya que hablamos de conductas citaremos al maestro Francisco Puy que nos dice:

"Conductas objetivas son aquellas formas de conducta individual determinadas por la pertenencia al grupo. Mientras que conductas subjetivas son las que desarrolla cada individuo, independientemente de su estar en el grupo." 20*

Es decir, si yo hago lo que hace el grupo sencillamente por eso

*19 Jacques Leclercq ob. cit. pág. 13

*20 Francisco Puy (España)- Derecho objetivo y derecho subjetivo - Memoria del x congreso mundial ordinario de filosofía del derecho y filosofía social - 1a. edición-vol.-gág. 129 - Instituto de investigaciones jurídicas serie G. estudios doctrinales - núm. 58 UNAM 1981.

(porque lo hace el grupo) hago algo que de algún modo me viene impuesto desde fuera. Pero cuando me conduzco al margen de como se conduce el grupo, es cuando hago lo que quiero sin obstáculos (sólo porque lo quiero).

La acción objetiva depende de una voluntad heterónoma. La conducta subjetiva de una voluntad autónoma.

En éste orden de conductas del hombre, éste está obligado a cooperar dentro de la sociedad para el logro del bien común. Resulta lógico el que la misma norma que lo obliga lo provea de facultades suficientes para cumplir: Nadie está obligado a lo imposible.

Así pues, el derecho subjetivo no puede ser absoluto, debe ajustarse al reconocimiento que de él hace el derecho objetivo y su limitación lo establece la norma que lo crea.

El derecho subjetivo crea una relación jurídica y el término de ésta corresponde a las demás personas que rodean al sujeto destinatario de la facultad.

Así, si una persona tiene un derecho subjetivo, surge una conexión con los demás que la rodean de tal manera que si no tienen la obligación directa de cumplir con la contraprestación de esa facultad, si al menos, tienen el deber de no impedir su cumplimiento.

Se trata de una relación interpersonal, en la que una persona exige algo de otra, por lo que necesariamente se comprende que un sujeto puede ser agente de derechos y deberes pero nunca por el mismo concepto.

El contenido del derecho subjetivo se integra por la facultad y por el deber de respetar la norma. No existe una sin la otra.

CAPITULO CUARTO

LA OBLIGATORIEDAD DE LAS NORMAS JURIDICAS

FUNDAMENTACION

El aspecto más relevante en las normas (en todas las normas no sólo las jurídicas) es la obligatoriedad, pues ésta equivale al contenido de las normas.

Como lo dejamos asentado en el capítulo segundo, la norma es una fórmula que expresa, en forma imperativa una relación de necesidad moral; y como esta relación necesaria moralmente, en cuanto es conocida por el entendimiento humano se traduce en una exigencia racional para la voluntad, la llamamos deber, éste viene a ser su contenido.

Por eso, la norma siempre será obligatoria, siempre estará encaminada a producir un deber.

El deber es la necesidad moral - exigencia racional - de realizar los actos que son conformes al bien de la naturaleza humana y que por esto mismo la perfeccionan y de omitir aquellos que la degradan.

Debo hacer notar que el término obligatoriedad, es el sustantivo abstracto del cual se deriva el sustantivo concreto obligación, el cual está tomado en sentido equivalente de deber, significan lo mismo.

Obligación significa etimológicamente: Vínculo, ligadura, sujeción.

El deber, se entiende por la razón de necesidad de que está investido, es vínculo y lazo, en sentido inmaterial y significa necesi-

dad y sujeción moral porque está encaminado a lograr que el hombre realice ciertos actos en relación con las exigencias del orden impuesto por la naturaleza.

Y por estas razones, siempre que hablemos de obligación, piénsese en el deber como dos conceptos sinónimos.

El deber (necesidad moral) puede ser considerado como el fin próximo de la norma, si para algo existe una norma, es precisamente para producir obligaciones.

En la norma, como repetidamente se ha manifestado, se expresa, en forma imperativa, una relación de necesidad moral; es decir pretende vincularse el entendimiento y la voluntad del sujeto, moralmente (no por la fuerza física), a fin de adecuar sus acciones a los lineamientos marcados por su misma naturaleza racional.

Distinguimos antes, tres diferentes clases de normas:

La norma religiosa contiene un deber nacido precisamente de la naturaleza del hombre como criatura y la primera causa, como bien absoluto, al cual debe tender.

La norma moral en sentido estricto (ya que en sentido amplio todas las normas son morales en función de que ordenan al hombre dotado de inteligencia y voluntad libre hacia el bien) formúla imperativamente los deberes ordenados al bien personal del hombre, considerado éste individualmente.

Por otra parte la norma jurídica está encaminada al perfeccionamiento de la vida social que se alcanza con la realización del bien común.

Es fácil detectar que el deber que origina, cualquier norma. pro-

viene de una relación necesaria que surge de la misma naturaleza del ser.

Esta relación se contempla al reparar en la existencia de dos términos cuyo fundamento siempre será el bien en cualquiera de sus formas, ya sea absoluto, personal ó común.

Así, el deber tiene un carácter absoluto, su cumplimiento se exige a todos, siempre y en cualquier lugar.

Por eso se dice que la norma siempre contiene un deber, ésto es porque como fórmula imperativa está encuadrando, expresando una relación necesaria y está ordenando la adecuación del hombre a la misma.

La norma es la única capaz de generar el deber, obligación de ordenar la conducta en determinado sentido; es la única que puede llamarse norma imperativa porque supone, estando dirigida al hombre, la libertad.

Asimismo, la libertad viene a constituir el presupuesto de la norma, por tanto requisito, también del deber.

No tendría caso el imponer una norma, un deber, una obligación moral, si no se tuviera en cuenta que el hombre puede mover su voluntad por lo menos en dos direcciones opuestas; tampoco sería justificable la imposición de un deber si no existiera un bien al cual pretendiera vincularse la tendencia de la voluntad.

Así pues, los dos pilares fundamentales de la creación de una norma, por lo tanto de una obligación con su respectivo deber, son el hombre como sujeto racional y libre y el bien en cualesquiera de sus múltiples aspectos.

"El hombre, precisamente porque es libre ha de estar sujeto a la ley". 1*

Si bien todas las normas tienden a generar un deber, la norma ju-

*1 Carreras y Araño. ob. cit. pág. 40.

jurídica es la única que puede producir deberes jurídicos, es decir aquellos que nos compelen a hacer algo en beneficio de otro, a hacer por otro lo que se le debe a título legal en una palabra, a darle a cada quien lo suyo.

El campo de actividades en el que se posa el deber jurídico es el de los actos humanos, considerando principalmente su aspecto externo, en cuanto por ellos se crea una relación de coexistencia.

La naturaleza del deber jurídico queda caracterizada por la naturaleza de la norma jurídica que lo contiene.

La norma jurídica se crea para regular varias conductas humanas entre sí, limitando su esfera de actividad a diferencia de la norma moral que ordena la actividad de un hombre y lo enfrenta consigo mismo. Por el contrario la norma jurídica es esencialmente social.

No puede concebirse siquiera, la necesidad de una norma jurídica que pretendiera imponer un deber para proteger el derecho de un individuo que existiera, solo, aislado. No habría necesidad de protección, de imposición de un deber porque no habría posibilidad de violación, ya que no existiría alguna otra persona capaz de realizarla. La norma jurídica se hace necesaria precisamente por el campo a que está destinada.

La sociedad pues, viene a ser el campo propio y único de la aplicación de la norma jurídica.

En el capítulo primero hablamos, con detenimiento, de la vida social que los hombres desarrollan, originada por su naturaleza misma, y se insistió sobre la necesidad que los hombres tienen de vivir en sociedad, orillados por su insuficiencia física, intelectual y moral.

Resalta de manera preponderante, la necesidad que tiene el hombre

de satisfacer sus intereses y aspiraciones en todos los planos equivalentes a sus capacidades características: Por una parte, su necesidad de conocer la verdad, por otra su necesidad de tender al bien que en primera instancia equivale a su bien personal y que al ser pretendido por todos los integrantes de la sociedad se llama común.

Resulta evidente que si los hombres viven en sociedad, no es otro el fin que conseguir la realización del bien común, que es así en cuanto pertenece a todos.

Ahora bien, si la norma jurídica está encaminada a marcar el derrotero que debe seguir la vida social, imponiéndole deberes a todos aquellos que la hacen posible, es necesario que persiga las mismas finalidades, es decir, pretender en el fondo la realización del bien común.

Siendo el bien común la finalidad perseguida en la vida social, la norma que lo rige como propio y único campo de aplicación, se pronuncia con la imposición de deberes relativos al bien común que son la esencia de la sociedad, su base y la necesidad misma de la norma jurídica.

De este argumento, pretendidamente claro, se deduce que el único fundamento, la única justificación racional que puede tener la norma jurídica, dada su naturaleza social, en su aplicación a la vida comunitaria, se encuentra en perseguir el mismo fin deseado por esa vida al constituirse.

Así, si la norma jurídica no persigue en el fondo la aplicación del bien común, propio de la vida social, no tiene razón de ser.

La norma jurídica sólo puede imponer deberes jurídicos. Estos por ser de esa naturaleza sólo a la vida social pueden referirse.

Como el bien común de ésta es el fin perseguido, equivalente debe ser, en el fondo, el fin pretenido por el deber.

Es más, la norma jurídica solamente es obligatoria si ordena la actividad humana hacia el bien común.

Si pretendiera desvincular la vida social del bien común no habría obligación, deber.

Y una norma que carece de deber, no puede llamarse tal.

Creo interesante comparar este punto de vista con algunas de las ideas más sobresalientes que han emitido algunos filósofos y juristas acerca del fundamento del deber.

Un grupo de autores, entre los que sobresalieron Kirchmann y Hold Von Ferneck, 2* han pensado que el hombre está obligado a hacer el bien y evitar el mal, a causa de las recompensas y castigos que son sus consecuencias; "tal deber jurídico se funda, según dichos autores, en la acción motivadora que ejerce la amenaza de la sanción la conciencia de los sujetos".

Tal teoría, que abandona el campo normativo para entrar en el de la Psicología, resulta inadmisibles, porque conduce ineludiblemente a negar la existencia del deber jurídico cuando falte tal acto psíquico de motivación.

Podemos distinguir entre los sujetos que cumplen el deber y los que lo violan. En los segundos mal puede hablarse de una fuerza motivadora del ordenamiento jurídico, de una coacción psíquica ejercida por él, pero también en estos casos precisamente, por los mismos más

*2 Luis Recasens- Panorama del Pensamiento Jurídico en el siglo xx - Editorial Porrúa, S.A. 1963 - México.

que nunca se ve forzado el jurista a admitir la existencia del deber jurídico. Ahora bien, cuando los sujetos cumplen lo establecido por el derecho, no obedece esto siempre a la fuerza motivadora de la sanción. Muchas personas no cometen delitos o actos ilegales, bien porque no tienen ganas de ello, bien porque aun habiéndose sentido inclinados a realizarlos, fueron apartados de tal conducta por motivos religiosos, morales, o por el miedo de perder el aprecio social, sin pensar de modo decisivo en las sanciones jurídicas.

Además, el temor a la sanción o influjo motivador, puede variar de una conciencia a otra, hasta faltar totalmente; y si fuera exacta esta teoría, de igual manera se modificaría el deber correspondiente hasta llegar a desaparecer en la conciencia de un hombre depravado.

Añádase a esto que siendo la sanción una consecuencia de la obligación, no podría ser al mismo tiempo su principio.

La razón de todos los absurdos a que conduce esta teoría radica en que identifica el deber (que es un concepto normativo) con el hecho real de la conducta que lo cumple. Esta teoría no investiga el concepto del deber, sino sólo su influjo psicológico sobre la mayoría de los hombres.

El formalismo ético de Kant, 3* funda el deber necesidad de realizarse una acción únicamente por respeto a la ley moral en el principio de la autonomía de la voluntad.

La autonomía de la voluntad es esta propiedad que tiene la voluntad de ser para sí misma su ley (independientemente de toda propiedad de los objetos del querer).

El principio de la autonomía es pues, elegir siempre de tal suerte que las máximas de nuestra elección sean comprendidas al mismo tiem-

*3 Citado por Preciado Hernández o. p. pág. 81.

po como leyes universales en el mismo acto de querer. Es decir, el deber supone la ley moral; la acción obligatoria no es valiosa por razón de los fines materiales que se impongan a la voluntad o que ésta pueda perseguir, sino por virtud del principio según el cual la voluntad realiza tales fines.

No basta que la acción sea conforme a lo prescrito por la ley moral, es preciso además, que se realice por respeto a la ley.

La voluntad necesita algún móvil que la determine, pero si es movida por un objeto (por sus propiedades) o por una inclinación o sentimiento, resulta una voluntad interesada y sujeta por esto mismo a los objetos, propiedades o inclinaciones que la han determinado: Ya no es autónoma sino heterónoma. Es el respeto el único que aquí conviene por ser un sentimiento original, que se distingue de cualquier otro sentimiento, porque es producido en nosotros por una idea pura, la idea de la ley, a la cual tiene por causa y por objeto. ¿Y cuál es esta ley que no puede ser definida por la conformidad con algún objeto? -Es la que se define por la conformidad con la idea misma de ley, esto es: Que la máxima o regla subjetiva de la voluntad, sea tal que el sujeto pueda querer que sea erigida dicha máxima en ley universal. Así por ejemplo, mantener nuestras promesas es una obligación, la idea de promesa se destruye por una contradicción interna: se convierte en una cosa absurda, desde el momento en que se establece el principio de que la promesa no debe ser observada universalmente.

Esta solución es igualmente inadmisibles.

Kant pretende fundar el deber y la moralidad, no en la idea de un bien anteriormente conocido y trascendente a la voluntad del hombre, sino en la forma misma universalizada del querer, y en éste sentido, inmanente a la voluntad; el bien no es una relación necesaria que conocida por el entendimiento se impone a la voluntad y se convierte en medida determinante de la acción moral, sino que es la volun-

tad misma en cuanto obra libre de los móviles surgidos de las inclinaciones, voluntad cuyas máximas son capaces de constituir una legislación universal.

Aquí es donde se hace evidente la contradicción del sistema kantiano; pues la universalidad como pura forma, reclama un contenido, y como no todo contenido es universalizable, lógicamente tenemos necesidad de un criterio conforme al cual podamos determinar las reglas subjetivas (como máximas de la voluntad) que pueden convertirse en principio de una legislación universal, criterio que no puede ser el de la propia universalidad. Será entonces ese criterio o en último extremo la misma idea de universalidad el fundamento del deber, fundamento que por su propia naturaleza no puede ser subjetivo sino objetivo y trascendente y en éste sentido heterónimo.

Por último la autonomía de la voluntad destruye la conexión que pudiera haber entre la voluntad y los motivos tomados de la realidad.

Hans Kelsen ^{4*} para quien el derecho es fundamentalmente un orden coactivo- en el que cada norma jurídica prescribe y regula el ejercicio de la coacción - sostiene que su esencia tradúcese en una proposición, en la cual se enlaza un acto coactivo como consecuencia jurídica de la coacción -, a un determinado supuesto de hecho o condición. "Así la proposición jurídica penal reza, según la mayoría de las leyes penales positivas, del modo siguiente: 1º si alguien roba, 2º si un determinado órgano del Estado interpone acción, el tribunal debe castigar.

A su vez, la proposición jurídica civil dice: 1º si dos hombres han convenido mutuamente en algo; 2º si uno de los dos no se comporta de acuerdo con lo pactado; 3º y el otro interpone acción, el tribunal debe provocar la ejecución".

*4 Preciado Hernández. Ob. cit, pág. 122.

Se trata, pues, de un específico enlace de los elementos: el supuesto y la consecuencia.

Pero este enlace no tiene lugar en el mismo sentido que se enlazan la causa y el efecto en la ley natural (se refiere a las leyes físicas, químicas y en general, cosmológicas), sino en un sentido específicamente jurídico. "Lo que expresa esta autonomía normativa del Derecho frente a la legalidad de la naturaleza es el deber ser.

La ley jurídica dice: si a es, debe ser b; mientras que la ley natural dice: si a es, es también b.- Y esta distinción expresa lo siguiente: la condición jurídica no es la causa de la consecuencia jurídica, ni la consecuencia jurídica es el efecto; la consecuencia del acto coactivo sigue al hecho de la condición por vía jurídica, no por vía naturalista; por necesidad del derecho, no por necesidad de la naturaleza".

Ahora bien, de las diversas proposiciones en que se descompone la norma jurídica, "sólo la última establece como consecuencia el acto coactivo, al paso que las restantes sólo pueden ser agrupadas en una unidad por relación a aquella. Es pues esa última proposición la norma primaria, ya que para Kelsen el acto coactivo " es el último compás del ritmo de la dinámica de las normas".

¿Y qué ocurre con el deber jurídico? ¿No lo establece la norma? "Una determinada conducta - expresa Kelsen - sólo es contenido de un deber ser jurídico en tanto que la conducta contraria hállese bajo una sanción coactiva", de manera que aquella proposición, según la cual debe uno comportarse de acuerdo con lo pactado, constituye una norma jurídica secundaria; y esto porque "a la unificación de todas las condiciones del acto coactivo definitivo, llégase especialmente valiéndose de la hipótesis auxiliar según la cual debe omitir la conducta condicionante del acto de coacción".

Esta teoría es inadmisibile. En primer lugar porque no es exacto que lo fundamental en el derecho sea la coacción. Es fácil distinguir en la norma jurídica su función directiva y su función coercitiva.

La norma prescribe, ante todo, lo que es preciso hacer para alcanzar un determinado fin (no se olvide que toda norma es una regla y que la esencia de la regla estriba en una ordenación de medios o fines) así podemos decir que la norma jurídica es fundamentalmente dirección, orientación.

Dirección que dada la naturaleza del fin a que tiende, es indispensable imponer -en caso necesario- por medio de la fuerza. La función coercitiva es consecuencia de la función directiva, y no a la inversa; de manera que una norma jurídica puede carecer de sanción coercitiva, y no por esto pierde su carácter de norma; en cambio resulta un absurdo, algo impensable, una norma jurídica que no implique una dirección para alcanzar un fin determinado.

Ni la misma coercibilidad del derecho -que es cosa distinta de la coacción-, puede considerarse como una nota esencial, sino como una propiedad de lo jurídico.

Ciertamente en la norma jurídica se alcanzan un supuesto o hipótesis y una consecuencia; pero no es exacto que la consecuencia de que se trata sea siempre un acto coactivo, y el supuesto un hecho condicionante del ejercicio de la coacción.

Las normas constitucionales que organizan el poder público establecen en primer término requisitos o condiciones para la designación de los funcionarios, determinan sus facultades y deberes y sólo en segundo lugar prevén las responsabilidades en que pueden incurrir, y la forma de exigir las. Y las normas civiles sobre los contratos, también

se ocupan primero de precisar las consecuencias jurídicas inmediatas de un convenio, y después reglamentan las sanciones o consecuencias para los casos de incumplimiento, por parte de alguno de los contratantes.

La estructura lógica de estas normas pueden reducirse a este esquema: si a es, debe ser b; si b no es, debe ser c; en el cual a representa el supuesto de la designación de los funcionarios o de la celebración del convenio, b la consecuencia consiste en los deberes y facultades correspondientes a dichos funcionarios, o bien las relaciones jurídicas que nacen para la parte por virtud del convenio, y c la sanción prevista por la ley para los casos de incumplimiento de sus deberes por parte de los funcionarios o de los contratantes.

En esta estructura hay dos proposiciones, cada una con un supuesto y una consecuencia. Primera proposición: si a es, debe ser b, segunda proposición: si b no es, debe ser c. Luego podemos afirmar que la estructura formal de la norma jurídica se reduce al enlace de un supuesto y una consecuencia, ya que en las dos proposiciones que integran una norma completa, los conceptos de supuestos y consecuencia se repiten, aunque con contenidos diversos.

Y como en otra parte indicamos que la estructura lógica de toda norma es juicio de valor en forma imperativa, relacionando esto que dijimos de toda norma con lo que acabamos de expresar, podemos concluir que la estructura formal de la norma jurídica es un juicio de valor en modo imperativo, que atribuye a un supuesto una consecuencia.

Esta estructura formal de la norma jurídica responde al razonamiento siguiente: en orden al fin propio del ordenamiento jurídico, tal acción o tal conducta es necesaria, opuesta, indiferente o sancionable, y por tanto debe ser, respectivamente, imperada, prohibida, permitida, y castigada o premiada.

En orden al fin propio del ordenamiento jurídico; pues sólo así la adecuación de las acciones al fin reviste el carácter de un deber ser, o simplemente de un deber; ya que si no se trata de alguno de los fines valiosos del "obrar" sino del "hacer", aun cuando la acción sea conducente al fin, esta relación no constituye un deber ser sino en el mejor de los casos un tener que ser.

Esto es lo que tampoco distingue la teoría kelseniana, pues su deber ser, desvinculado de todo fin valioso, se traduce en la expresión lógica de un devenir, de algo que se postula llegará a ser, no por necesidad moral, sino para evitar la coacción, es decir por el motivo psicológico del temor a la sanción.

¿Qué es lo que fundamentalmente interesa a derecho: regular el ejercicio de la coacción, o coordinar las acciones con miras a la pacífica convivencia humana? para nosotros esto último; pues consideramos que la función coercitiva del derecho sólo se justifica por su función directiva, por el fin propio, valioso, del ordenamiento jurídico.

Para Kelsen, en cambio, parece que el derecho tiene por objeto el ejercicio de la coacción y sólo como finalidad secundaria el comportamiento pacífico y ordenado de los hombres de una sociedad.

Lo que interesa es unificar en la mente una serie de datos, relacionándolos con un acto coactivo; como si la coacción fuese un fin en sí misma, el derecho mera lógica o metodología, y el deber jurídico una simple hipótesis auxiliar.

Sea suficiente este pequeño esbozo de las teorías expuestas para hacer patente que en todas ellas no se llega a la base racional que justifica la existencia del deber jurídico como el contenido de una norma jurídica.

Para remachar, en su base, mi pensamiento acerca del verdadero fundamento, de la real justificación del deber jurídico, deseo repetir la definición que hace de la ley Santo Tomás de Aquino, quizá con el oculto deseo de aumentar el valor de mi raquítica e inexperta investigación: "Ordenación de la razón, en vista del bien común, constituida y promulgada por aquél que tiene el cargo en la comunidad.

Aparece en esta definición, como nosotros lo hemos venido afirmando, que el fundamento de la obligatoriedad de las normas jurídicas se asienta en el bien común.

Pudiéramos llamarlo requisito intrínseco de validez de la norma, con el objeto de contraponerlo a los requisitos extrínsecos de validez, que por ser tales también fundan y determinan la obligatoriedad de la norma jurídica y que se manifiesta, primero, por la necesidad de promulgación que debe hacerse de la norma para que sea conocida y en tal medida sea obligatoria y segundo por el aspecto de legitimidad del sujeto que la promulga; no puede ser cualquiera, sino precisamente aquel que tiene el encargo en la comunidad.

CONCLUSIONES

Como expuse al principio de éste estudio, se busca una respuesta racional a la obligatoriedad de la ley encontrando así una validez a éste deber jurídico.

Asimismo, llegamos a descubrir un orden que la sociedad busca para su beneficio y realidad social, que lo hace como necesidad moral, hasta encontrar el ordenamiento propio, que se convierte en la norma jurídica.

Así la sociedad se impone así misma ésta norma jurídica que va dirigida a su bienestar propio que al final de cuentas, es la realización de un fin o un bien común, ya que como analizamos no se trata de dirigir éste, hacia un individualismo ó colectivismo, corrientes extremas que son erróneas, sino a la sociedad que busca la integración del hombre a una unión que logra el bien común mencionado, con una idea de justicia que nos delimita la participación o cooperación de cada hombre en el logro del mismo.

Para lograr estos objetivos, encontramos que la sociedad encuentra una dirección, una autoridad que forza el cumplimiento de la norma jurídica como medio de organización. Llegamos a encontrar que sólo la norma es obligatoria, pues contiene un deber que es fundamento de la norma, por medio de analizar la primera causa de las cosas entendemos que existe un deber que está fundado en el mismo interés que el hombre tiene en encontrar y perfeccionar la norma.

Así pues la función del derecho se ejercita por medio de la norma jurídica que persigue el bien común de la sociedad, como una necesidad.

Encontramos también que para la formación de la norma jurídica, se complementan el derecho natural y el derecho positivo pues no hay una diferencia definitiva, ya que todo ordenamiento jurídico realiza los principios del derecho natural en alguna medida, formando un orden jurídico universal, asimismo hemos encontrado los conceptos que se contemplan dentro de la misma norma jurídica como son el derecho objetivo y el derecho subjetivo pues éste no puede ser absoluto sino que debe ajustarse al reconocimiento que de él hace el derecho objetivo y la norma que lo crea.

Finalmente, en el último capítulo de esta investigación encontramos que la norma, como mencionamos anteriormente, contiene un deber, que se convierte en OBLIGATORIEDAD, en un proceso que hace que el hombre sea racional y libre, busque un bien que le permita perfeccionarse y quede sujeto a la norma jurídica y ésta le impone deberes jurídicos. Analizamos opiniones de juristas en relación al fundamento de esta OBLIGATORIEDAD, encontrándolas inadmisibles pues en todas ellas no se llega a la base racional que justifica el deber jurídico como contenido de una norma jurídica.

Y por último, llegamos a la conclusión que el fundamento de la obligatoriedad de las normas jurídicas no es otro que el bien común y encontramos dos clases de requisitos llamados requisitos intrínsecos de validez que hace que la norma esté encaminada a dirigir la conducta de los hombres hacia la realización del bien común y el requisito extrínseco de validez que pregoná que la norma sea promulgada por el que tiene facultad para hacerlo.

BIBLIOGRAFIA

- Aristóteles: La política - Espasa Calpe Argentina, S.A., 8a. edición; 1958. México.
- Assad y Trejo Fernando: Conceptos Filosóficos de Derecho y Moral - Dirección General de Publicaciones primera edición vol. VIII.- UNAM - 1982 - México.
- Brugger Walter: Diccionario de Filosofía Editorial Herder 1958. Barcelona, España.
- Carreras y Araño Juan: Filosofía de la ley según Santo Tomás de Aquino. Editorial Reus, S.A. 1919, Madrid, España.
- Cathein Victor: Filosofía del Derecho - Séptima edición - Editorial Reus - 1958 - Madrid - España.
- De Aquino Tomás (sto): Summa Theologica.
Summa contra gentiles.
- Del Vecchio Jorge: Concepto del Derecho - Traducción de la segunda edición Italiana - 1936.
- Esquivel Javier - Positivismo Jurídico y Jusnaturalismo - Dirección General de Publicaciones - Primera edición - vol. VI UNAM - 1982. México.
- García Maynes Eduardo: Introducción al estudio de Derecho tercera edición. 1958. México.

González Anaya Rafael de J: - Libertad, Derecho y Destino - Dirección General de Publicaciones - Primera edición - vol. VIII - UNAM - 1982 - México.

González y González Felipe: - Autoridad y Sociedad - Dirección General de Publicaciones - Primera edición - vol. VII UNAM - 1982 - México.

González y González Felipe: - El Bien Común como Principio Jurídico - Dirección General de Publicaciones - Primera edición - vol. VIII - UNAM - 1982 - México.

Kuri Enrique: - Las Doctrinas de la Cultura y del Ser en la Fundamentación del Derecho - Editorial Jus - México.

Leclercq Jacques: - Les grandes Lignes de la Philosophie Morale. Tomo I: Le Droit Naturel - Dème - édition.

Lotz Juan B. y De Vries José: El Mundo del Hombre - Versión española de la segunda edición alemana por José A. Menchaca - 1954 - Bilbao - España.

Luño Peña Enrique: Derecho Natural - Editorial La Hormiga de Oro, S. A. 1947 - Barcelona.

Montesquieu: Del Espíritu de las Leyes - Libro I cap. I.

Peric Barislav - The State and Coercion - Dirección General de Publicaciones, primera edición - vol. VIII - UNAM - 1982. México.

Petit Eugene: Tratado Elemental de Derecho Romano - Traducción de la novena edición francesa por - José Hernández.

Preciado Hernández Rafael: Lecciones de Filosofía del Derecho Tercera edición, 1960.
Editorial Jus. México.

Puy Francisco: Derecho Objetivo y Derecho Subjetivo - Dirección General de Publicaciones - Primera Edición. vol. V UNAM-1981. México.

Recasens Siches Luis: Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX. Editorial Porrúa, S.A. 1963. México.

Squella N. Agustín: Derecho Natural y Equidad - Dirección General de Publicaciones - primera edición vol. V. UNAM - 1981. México.

Stell Lance K. - Equal Protection and the Rights of Groups: Are there group rights. - Dirección General de Publicaciones - primera edición. - vol. VIII UNAM - 1982. México.

Von Ihering Rudolph: El fin del Derecho. Traducción de la 9a. edición alemana por José A. Menchaca.