

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO



CREACION Y APLICACION
DEL DERECHO.

TESIS

que para obtener el grado de
LICENCIADA EN DERECHO

presenta la alumna

GLORIA ITALIA ROBLES SASSO

México, D. F.

1955



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

D.

A mis padres

Sr. Lic. B. Daniel Robles

y

Sra. Doña Rogelia Sasso de Robles.

Con todo mi amor.

*A la Sra. Doña
Maria Luisa Urquiza de Galindo.
Con especial cariño.*

*A mi mamá Mundita y a mis hermanos.
Amorosamente.*

La Justicia, el Derecho, la Ley, eternos problemas del hombre a través de la vida; del sabio, del juez y del gobernante ante la realidad histórica; la intranquilidad que todos sentimos cuando hemos visto cometer injusticias, y la satisfacción experimentada tantas veces de haber contemplado a la verdad en toda su esplendidez; así como llenar el requisito ineludible que se exige para obtener la Licenciatura en Derecho, han inspirado la elaboración del presente trabajo, que, sinceramente, carece de la más mínima pretensión.

Si me he atrevido no solamente a tratar aspectos jurídicos, sino también problemas filosóficos, es porque tengo la convicción de que en los cimientos que sostienen a la ciencia del Derecho, hay mucha filosofía, y cómo dudarlo, si es esta la única rama del saber humano capaz de resolver las preguntas de las causas primeras. Es por ello por lo que creo que solamente la filosofía puede dar una respuesta, más o menos precisa, al problema del Ser del Derecho y al problema de su valor para poder justificar su aplicación.

Se que el tema a desarrollar es muy amplio, como comprendo también que mis limitados conocimientos apenas han podido bosquejarlo ligeramente.

Dicho lo anterior y antes de someter mi ensayo a la alta consideración del Honorable Jurado, me resta suplicar la benevolencia a que todo principiante aspira.

G. I. R. S.

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO

1.— *Concepto de Creación.*

2.— *Idea de lo Justo.*

3.— *Concepción Griega y Concepción Romana de la Justicia.*

4.— *La Justicia y el Derecho.*

CONCEPTO DE CREACION

El término creación viene del latín **creatio** y significa el acto de crear, y crear, en el amplio significado de la palabra, es dar a luz algo no conocido sino hasta el momento mismo de su nacimiento.

Se conciben varias ideas cuando meditamos sobre el concepto de creación.

En el sentido más propio se dice que la idea auténtica es **creatio ex nihilo**, o sea la creación de la nada por la voluntad de Dios. Este sentido es una forma peculiar de la cual se hallan excluidas todas las nociones habitualmente confundidas con la idea de la creación, desde la de causa, hasta la mera aplicación de una forma a la materia.

A la tesis capital del Cristianismo que es la que sostiene que lo creado surgió de la nada por la voluntad de Dios, se opone decididamente la concepción típicamente Griega del **ex nihilo nihil fit**, en donde el demiurgo se ocupa solamente de determinar lo indeterminado.

Sólo el paso de la nada al ser, expresado en la tesis del **ex nihilo fit omne ens qua ens**, equivale propiamente a la creación y llega a constituir uno de los problemas capitales de la metafísica, pues en ella la nada no es pensada como una simple negación del ser, sino como algo anterior a él, como su fundamento, principio y posibilidad.

También pensamos que ya en **stricto sensu** o ya en **lato sensu** todos los hombres pueden ser creadores. Aceptando esta idea, podemos decir que creación es la formación de una cosa a partir de algo preexistente. Este sentido puede expresarse mejor por medio de los términos de formación o producción.

Cuando hablamos de creación en el sentido lato, no perdemos de vista que hay que identificar el verbo hacer con el verbo crear, y así decimos que se es sencillamente creador al haber hecho algo, que aunque sean conocidos muchos objetos parecidos o iguales, lo que se hizo no existía antes. Es decir, en este sentido puede ser creador todo aquel que, utilizando materia preexistente e ideas realizadas de antemano ha hecho algo, ya sea, por ejemplo, una joya, una casa, un mueble, un vestido, un juguete, etc.

En este mismo sentido también podemos decir que todos los hombres son creadores cuando han dado al mundo un hijo.

Ahora bien, en **stricto sensu** el hombre es creador al hacer surgir a la vida del mundo desde las profundidades de la idea la obra que antes no existiera. En este sentido el verdadero creador es el genio, llámese artista, científico o inventor.

El artista, sea poeta, músico, pintor o escultor, cuando ha logrado cristalizar su pensamiento y su sentimiento unidos, o sea su idea misma, ya en el poema, en el pentagrama, en el lienzo o en la piedra, ha creado.

Los hombres que dedican su vida al estudio de la filosofía, de las matemáticas, de la biología, de la física, etc., son crea-

dores cuando han fundado escuelas tan luminosas, que han dejado cataratas de bondad en el corazón del hombre y abierto surcos de luz en el cerebro de la humanidad.

Los investigadores que viven arrancando a la naturaleza sus secretos, son creadores cuando han plasmado su obra ante los ojos del mundo que los contempla estupefacto; así por ejemplo, fué creador el que inventó la pólvora, el radio, la máquina, etc. y creadores también son los contemporáneos nuestros que después de profundos estudios y experimentos continuos, lograron la desintegración del átomo en su creación atómica.

Dicho ya lo anterior, aunque sea solamente a grandes rasgos, pasemos a hablar de la creación de la ciencia jurídica.

Nuestra ciencia se ha venido formando a través de los siglos. La idea de lo justo que todos sentimos ha inspirado su creación. Los profetas, los moralistas y los filósofos fueron los primeros pilares que se levantaron para sostener a la ciencia que nació inspirada en el sentimiento más noble que existe, en el valor justicia.

La idea de lo justo, el estudio de las máximas morales y de las escuelas filosóficas, crearon al jurista, y el jurista, después de haber comprendido a su pueblo, creó normas, y sus normas se convirtieron en reglas de conductas de observancia obligatoria.

De las primeras etapas de la formación de la ciencia jurídica poco nos dice la historia. No podemos apreciarla bien sino mucho después, ya en Grecia, y luego en Roma, que es en donde se desenvuelve maravillosamente.

Podemos decir que la ciencia jurídica se creó a través del tiempo, que ha vivido creando, pero que aún no ha logrado dar su verdadera creación.

IDEA DE LO JUSTO

Para el hombre antiguo, lo justo era lo que exclusivamente pertenecía a cada cosa.

De un diccionario de filosofía pude sacar en conclusión, que antiguamente la función de administrar justicia era propia, en última instancia, de la razón universal, que daba a cada quien lo que de derecho le pertenecía. Lo opuesto a la justicia era, por consiguiente, lo desmesurado, lo que clamaba venganza y exigía que las cosas volvieran a ser puestas dentro de sus límites. La idea de la justicia no equivalía, pues, a negar la existencia efectiva de lo injusto en el mundo, ya que, como afirma Heráclito "los hombres no conocerían su nombre si las cosas injustas no existieran".

De esta noción capital procede toda la concepción antigua de la justicia, con inclusión de la platónica.

A esta idea de lo justo, se opone la noción cristiana de la caridad, ya que ésta desborda la limitación impuesta a cada cosa y la hace partícipe inclusive de lo que no le corresponde por derecho, de lo que no merece, y le es otorgado simplemente por la gracia de Dios.

A mi juicio, la tesis Aristotélica sobre la justicia, me parece la más completa, puesto que el Estagirita estudia muchos de los aspectos que esta idea inspira. Aristóteles explica lo que es la justicia, en qué individuos se encuentra y a qué objetos se aplica:

Dice el filósofo que "si estudiamos la naturaleza misma de lo justo, reconoceremos que es de dos clases. La primera es lo justo según la ley, y en este sentido se llaman justas las cosas que la ley ordena. La ley prescribe, por ejemplo, actos de valor, actos de prudencia y, en general, todas las acciones que reciben la denominación conforme a las virtudes que las inspiran. Por esta razón se dice también, hablando de la justicia, que es una especie de virtud completa".

A esto comenta Aristóteles que "si los actos que la ley ordena son actos justos y la ley sólo ordena los actos que son conformes con todas las diferentes virtudes, se sigue de aquí que el hombre que observa escrupulosamente la ley y que ejecuta las cosas justas que ella consagra, es completamente virtuoso. Por consiguiente, repito, dice el Estagirita, que el hombre justo y la justicia se nos presenta como una especie de virtud perfecta".

Esta es la primera especie de justicia que nos explica Aristóteles; que, como hemos visto, consiste en los actos y se aplica a las cosas que acabamos de referir.

Sigue hablando el maestro y dice: "pero no es esto por completo lo justo ni toda la justicia que buscamos. En todos los actos de justicia, comprendidos tal como la ley los comprende, el individuo que los realiza puede ser justo para sí mismo, puesto que el prudente, el valiente, el templado, sólo tienen estas virtudes para sí y no salen de sí mismos. Pero lo justo que se refiere a otro es muy diferente de lo justo tal como resulta de la ley, porque no es posible que el justo, que lo es relativamente a los demás, sea justo para sí solo. He aquí precisamente, lo

justo y la justicia que queremos conocer y que se aplica a los actos que acabamos de indicar".

Creo yo que lo que continúa, es la parte cumbre de la explicación Aristotélica sobre la justicia.

"Lo justo que lo es relativamente a los demás es, para decirlo en una sola palabra, la equidad, la igualdad; y lo injusto es la desigualdad. Cuando uno se atribuye a sí mismo una parte del bien más grande o una parte menos grande de mal, hay iniquidad, hay desigualdad; y entonces, creen los demás que aquél ha cometido y que ellos han sufrido una injusticia. Si la injusticia consiste en la desigualdad, es una consecuencia necesaria que la justicia y lo justo consistan en la igualdad perfecta en los contratos".

Después de esta segunda explicación, agrega el maestro otra más, diciendo que la justicia "tiene otra consecuencia, que es el punto medio entre el exceso y el defecto, entre lo demasiado y lo demasiado poco. Dice que el que comete una injusticia tiene gracias a la injusticia misma, más de lo que debe tener; y el que la sufre, por lo mismo que la sufre, tiene menos de lo que debe tener. El hombre justo es el que ocupa el medio entre estos extremos. El medio o, lo que es lo mismo, la mitad, es igual; de tal manera que lo igual entre lo más y lo menos es lo justo, y el hombre justo es el que en sus relaciones con los demás sólo aspira a la igualdad. La igualdad, en tanto que es relativa a los demás, es lo justo y el hombre verdaderamente justo es el que acabo de describir y que no quiere más que la igualdad".

Aristóteles afirma que "consistiendo la justicia en lo justo, en lo igual y en un cierto medio, lo justo sólo puede ser lo justo entre ciertos seres, lo igual no puede ser igual sino para ciertas cosas, y el medio solo puede ser el medio también entre ciertas cosas. Agrega que de aquí se deduce que la justicia y lo justo son relativos a ciertos seres y a ciertas cosas. Ade-

más, siendo lo justo lo igual, lo igual proporcional o la igualdad proporcional será también lo justo".

Para hacernos más clara la idea de la proporción, Aristóteles continúa diciendo "que una proporción exige, cuando menos, cuatro términos, y, para terminarla, es preciso decir, por ejemplo: A es a B como C es a D". El maestro nos cita otro ejemplo más de proporción y nos dice: "el que posee mucho debe contribuir con mucho a la masa común, y el que posee poco, debe contribuir con poco". Recíprocamente, resulta una proporción igual diciendo que el que ha trabajado mucho reciba mucho salario, y el que ha trabajado poco, reciba poco. Lo que el trabajo mayor es al menor, es también lo mucho a lo poco, y el que ha trabajado mucho está en relación con lo mucho, lo mismo que el que ha trabajado poco está en relación con lo poco".

Esta regla Aristotélica de proporción relativa a la justicia es la que parece haber querido aplicar Platón en su República, cuando dice: "El labrador produce trigo, el ingeniero contruye la casa, el tejedor teje el vestido, el zapatero hace el calzado. El labrador da el trigo al ingeniero, y a su vez, éste le da la casa; las mismas relaciones existen entre todos los demás ciudadanos que cambian lo que poseen con lo que poseen otros".

Vemos aquí cómo se establece la proporción entre ellos. "Lo que es el labrador respecto al arquitecto, el arquitecto lo es recíprocamente respecto al labrador. La misma relación tiene lugar con el tejedor, con el zapatero y con todos los demás, entre los cuales subsiste siempre la misma proporción. Esta proporción es la que precisamente constituye y mantiene los vínculos sociales y en este sentido ha podido decirse que la justicia es la proporción, porque lo justo es lo que conserva las sociedades y lo justo se confunde e identifica con lo proporcional".

No deja ahí su explicación el Estagirita, sino que la hace más amplia al agregar "pero el arquitecto daba a su obra un valor mayor que el zapatero, y era difícil que el zapatero pudie-

ra cambiar su obra con la del arquitecto, puesto que no podía hacerse una casa como un par de calzado. Entonces se imaginó un medio de hacer todas las cosas vendibles, y se resolvió en nombre de la ley, que sirviera de intermediario en todas las ventas y compras posibles cierta cantidad de dinero, que se llamó moneda, en griego **nomisma**, del carácter legal que tiene, y para que, entregándose en todos los tratos los unos a los otros una cantidad en relación con el precio de cada objeto, se pudiese hacer toda clase de cambios y mantener por este medio el vínculo de la asociación política. Consistiendo lo justo en estas relaciones y las demás de que se ha hablado arriba, la justicia, que enlaza estas relaciones, es la virtud que pone al hombre en el caso de practicar espontáneamente todas las cosas de este orden con una intención perfectamente reflexiva y de conducirse como se acaba de ver en todos los casos.

Después de haber hablado sobre lo justo en sus diversos aspectos y de la justicia social que es la que nos ha ocupado hasta ahora, Aristóteles habla de lo justo en sí y por sí, diciendo lo siguiente.

"Entre las cosas que se llaman justas, unas lo son por la naturaleza y otras por la ley. Pero no se crea que estos dos órdenes de cosas son absolutamente inmutables, puesto que las cosas mismas de la naturaleza están sujetas al cambio. Me explicaré por medio de un ejemplo. Si nos proponemos servirnos de la mano izquierda, nos haremos ambidextros, y, sin embargo, la naturaleza procuraría siempre que hubiera una mano izquierda. Jamás podremos impedir que la mano derecha valga más que ella, por más que hagamos para que la mano izquierda haga las cosas tan bien como la derecha. Pero sería un error deducir del hecho de que podemos hacer las dos manos igualmente derechas, que no hay una tendencia determinada por la naturaleza para la una y para la otra, y como la izquierda subsiste izquierda más ordinariamente y por más tiempo, y la derecha subsiste igualmente derecha, se dice que esto es una cosa

natural". "Esta observación se aplica exactamente a las cosas justas por naturaleza, a la justicia natural; y porque lo justo de esta clase pueda mudar algunas veces para nuestro uso, no por eso deja de ser justo por naturaleza. Lejos de esto, subsiste justo, porque lo que subsiste justo en el mayor número de casos es evidentemente lo justo natural. La justicia que establecemos y sancionamos en nuestras leyes es también la justicia, pero la llamamos justicia según la ley, justicia legal. Lo justo según la naturaleza, es, sin contradicción, superior a lo justo, según la ley que hacen los hombres".

Si me he permitido transcribir casi al pie de la letra las explicaciones Aristotélicas sobre lo justo, ha sido porque además de ser ciento por ciento amplias, no creo que de ninguna otra manera hubiera yo podido hacerlo mejor.

Con mucha razón se ha dicho que Aristóteles es uno de los maestros más grandes de la humanidad. El, Platón, que fué su maestro, y Sócrates que lo fué de este último, formaron el triángulo luminoso de la filosofía antigua.

CONCEPCION GRIEGA Y CONCEPCION ROMANA DE LA JUSTICIA.

La justicia materialmente entendida ha variado a través del tiempo y del espacio. Lo que pareció justo en la época primitiva, no fué así para la posterior a ella, y lo que en determinado lugar se llamaba justo, en otro no lo era. Así sucesivamente va cambiando en los diferentes pueblos y en las distintas épocas la concepción humana de la justicia.

En un principio se creía justo que el fuerte acabara con el débil, por ser superior físicamente a él. A medida que el mundo fué avanzando, el hombre fué controlando poco a poco sus instintos bestiales, y el bárbaro, pero entonces justificado principio del derecho del más fuerte, desapareció.

Así van pasando los tiempos oscuros de la historia, de los que verdaderamente no sabemos casi nada. Es a partir de la época de los griegos desde donde podemos hablar con alguna seguridad histórica; digo con alguna seguridad, porque de toda esa maravillosa cultura bien poco ha llegado hasta nosotros; y nos ha llegado poco de lo mucho que ellos hicieron por el bárbaro incendio de la biblioteca de Alejandría, en donde estaban guardadas verdaderas joyas de la literatura, de la oratoria, de la filosofía y de todas las ciencias que los griegos dominaron.

Si no podemos hablar de ningún arte sin remontarnos a la divina Grecia, si no podemos hablar de filosofía sin mencionar a Sócrates, a Platón y a Aristóteles; si de mitología se trata la más rica es la helenica, si el genial matemático Arquímedes allí nació, y si Empedócles el químico también fué griego y la argentina voz de Demóstenes en Grecia se escuchó; tenemos forzosamente que hacer hincapié al hablar sobre la justicia, y ver la forma en que este pueblo la concibió.

Como todos sabemos, la cultura griega llegó a elevarse a alturas majestuosas; sin embargo, en lo que toca a su concepción de la justicia, dejó mucho que desear.

A la mujer no se le concedía la misma categoría humana que al hombre, y esto naturalmente es injusto. La esclavitud estaba legalmente autorizada, el esclavo trabajaba forzosamente para su dueño, y vista a todas luces la esclavitud es una infamia, puesto que a nadie se le debe negar el derecho a la libertad.

Aristóteles que indiscutiblemente es uno de los sabios más grandes de la humanidad, entre sus maravillosas disertaciones sobre la justicia, tiene un desacierto espantoso cuando dice lo siguiente: "También puede decirse que la justicia es el talión; pero no en el sentido que lo entendieron los Pitagóricos. Según estos, lo justo consistía en que el ofensor sufriera el mismo daño que había hecho al ofendido. Esto no es posible respecto de todos los hombres sin excepción. La relación de lo justo no es la misma la del sirviente al hombre libre, que la del hombre libre al sirviente; el sirviente que golpea al hombre libre no debe recibir, en recta justicia, tantos golpes como él dió, debe recibir más, puesto que el talión no es justo sin la regla de proporción. Tanto como el hombre libre es superior al esclavo, otro tanto el talión debe diferenciarse del acto que da lugar a él. Y añadido que, en ciertos casos, la misma diferencia debe haber tratándose de dos hombres libres. Si uno

ha sacado un ojo a otro, no es justo contentarse con sacar un ojo al ofensor porque es preciso que su castigo sea mayor conforme a la regla de proporción, puesto que el ofensor fué el primero que atacó y cometió el delito. En estos dos conceptos se ha hecho culpable, y por consiguiente la proporcionalidad exige que, siendo los delitos más graves, el culpable sufra también un mal mayor que el que ha hecho”.

Vemos, pues, que el Estagirita no solamente justifica la esclavitud y la bárbara ley del talión, sino que cuando se trata de aplicar esta a un esclavo, la pide más cruel. Si Aristóteles habla de esta manera es porque él sinceramente cree que la esclavitud es justa, y si él, que es inmensamente grande así la juzga, quiere decir que a los ojos del pueblo griego también así parecía. Esta es la mancha de la cultura helénica.

Ahora bien, disculpando eso, Grecia desde el punto de vista legal, adelantó mucho, no podemos negar que las obras legislativas de Licurgo y de Solón, son grandes.

El adelanto de Grecia en la ciencia jurídica fué grande con el Espartano y con el Ateniese, pero no logró nunca los vuelos que Roma alcanzó.

Siendo Roma considerada como el **alma mater** de la ciencia jurídica, y teniendo esta ciencia como suprema aspiración la realización de lo justo, veamos como concibió a la justicia este pueblo.

El pueblo romano veía a la justicia en sus códigos, en sus costumbres, en los fallos de los Magistrados y en las opiniones de los renombrados jurisconsultos.

Desgraciadamente la justicia romana apesar de su magnanimidad, tiene la misma lacra que la justicia griega. Ante los ojos del pueblo romano, también era justa la esclavitud.

Entonces, pues, Roma la madre del derecho, Roma que

hasta nuestros días mantiene vivo el recuerdo de su ciencia jurídica, Roma la justiciera, tampoco pudo entender que la esclavitud es injusta.

El que todos los pueblos hayan tenido esclavos, no asombra tanto como que el romano los tuviera, puesto que este pueblo fué grande en el derecho, y el derecho a la libertad es uno de los más sagrados.

Vemos como la concepción humana de la justicia ha variado a través del tiempo, pero no olvidemos que la justicia en sí, es la misma, es única, es absoluta, y que lo que ha variado es la manera de apreciarla, de entenderla. Aunque esto suceda y nadie la haya concebido, ni nadie la pueda concebir tal cual, el valor es inalterable, es inmutable.

LA JUSTICIA Y EL DERECHO.

Hemos dicho que la justicia es valor, y los valores valen en sí y por sí, independientemente de toda apreciación humana y fuera del tiempo y del espacio.

Siendo la justicia un valor absoluto, su existencia es, por lo mismo, independiente de cualquiera apreciación subjetiva que de ella se haga.

Si las apreciaciones humanas son exactas a la idea del valor mismo, podemos decir entonces, que serán verdaderamente justas.

Puede el hombre creer sinceramente que su idea respecto a la justicia es la auténtica y estar en un error, entonces su estimación será injusta.

Entendamos, pues, que la justicia como valor absoluto es siempre la misma, no importa que las estimaciones humanas sean distintas y que varíen en las diferentes épocas y en los diversos pueblos como lo demuestra la historia.

El maestro Eduardo García Maynez en su libro **El problema Filosófico y Jurídico de la Validez del Derecho**, ha dicho: "La justicia es siempre la misma, aún cuando las consideraciones de hecho en que este valor se realice sean distintas".

Desde antes de Sócrates, los Pitagóricos concibieron a la justicia como una igualdad proporcional expresada por el número cuadrado.

Sócrates exige que el hombre sea justo, que obedezca no tan solo a las leyes del Estado, sino también a las leyes no escritas que valen en todos los pueblos. Sócrates al decir leyes no escritas, declara expresamente que son las que los hombres no han hecho, sino las que se sienten y están gravadas en nuestro entendimiento y en nuestro corazón con caracteres indelebiles. Creemos nosotros que lo que Sócrates dice con esto, es que el hombre siente, intuye lo justo, y que si no está escrito, no importa, pues el hombre debe obedecer a su sentimiento. Estas son leyes que tienen un carácter imperativo que viene de su esencia misma. Y, ¿cuál es la esencia misma de este sentimiento? Es a nuestro modo de pensar, la justicia, que no vemos, pero que sentimos hondamente.

Platón estima a la justicia como un elemento armónico entre partes diferentes e integrantes de un todo.

La justicia, dice Platón, quiere que el hombre realice sus propias funciones y que tome el mando de sí mismo, que en sí establezca un orden de berá tener la eúritmia de su propio espíritu, que ponga a su alma en tono perfecto con los tonos de la armonía. Dice que como armonizan los tonos en la escala, así deben armonizar los hombres.

Como anteriormente vimos, Aristóteles la instituye como la medida proporcional de los opuestos. Explica la justicia tomando en relación la idea de proporción; en otros términos, la justicia tiene la significación de las verdades **a priori**, como son las verdades matemáticas, es decir, la justicia es única, pero su esencia es de medios con relación a extremos.

Desde el punto de vista subjetivo, hemos visto que define a la justicia en el individuo como la virtud suprema entre las

demás virtudes. Así, pues, si la virtud es el equilibrio entre dos partes extremas, es el punto medio entre dos opuestos. Resulta de aquí que la justicia es la virtud suprema, puesto que mide a las demás virtudes.

Pero al lado del aspecto subjetivo, ve a la justicia en su aspecto objetivo cuando la refiere no ya a la conducta de los hombres para consigo mismo, sino para con los demás. Entonces la define como la virtud por medio de la cual todos tienen lo suyo. Establece, pues, una igualdad proporcional entre los poseedores y sus pertenencias.

En Roma Ulpiano la definió en los siguientes términos: **Justitia est constans et perpetua voluntas in suum cuique tribuendi** —Justicia es la voluntad constante y perpetua de dar a cada quien lo suyo—

Ahora veamos a la justicia en relación con el Derecho.

Indudablemente la ciencia del Derecho o ciencia Jurídica está inspirada en el valor justicia.

El verdadero valor del derecho reside en el valor de la justicia, porque si el derecho en sí vale, es por el hecho de ser la ciencia que se inspira en ella, porque sus tangibles manifestaciones muchas veces se acercan y otras se identifican con la justicia auténtica.

Muchas opiniones se han dado acerca de los valores objetivos que el derecho debe realizar para que se considere válido. Unos han dicho que el derecho realiza valores morales, otros que realiza solamente los valores morales que tienen carácter social.

Hay también una teoría que dice que el derecho se considera válido cuando tiene por fin realizar el orden y mantener la seguridad social. Además de estas opiniones hay las de quienes encuentran en el bien común el objeto y fin de to-

do derecho válido.

Y, por último, los que creemos que la justicia es el valor supremo del derecho, pensamos que la validez del orden jurídico depende de la armonía de sus postulados con la justicia.

Ahora bien, la validez de la justicia dentro de las normas jurídicas, depende de los valores objetivos que ellas postulen; de esta manera el ordenamiento jurídico tendrá validez si sus postulados contienen valores objetivos.

Si todo mundo entendiera verdaderamente al derecho como manifestación de la justicia y comprendiera en toda su plenitud este valor absoluto, no tendríamos ningún problema en los órdenes jurídicos que rigen a la humanidad. Las leyes serían elaboradas con toda precisión e interpretadas de la misma manera.

Desgraciadamente varía con la persona el modo de entender la justicia y esto muchas veces da lugar a que objetivamente se manifieste en la ley el modo erróneo con que fué interpretada.

Habrán muchísimas normas que se identifiquen con ella, y entonces serán normas justas, pero habrá también otras que no solamente no se le acerquen en nada, sino que serán contrarias a este valor; entonces esas normas serán normas injustas.

Dentro de la verdad que vivimos, el ordenamiento jurídico debe respetarse de todas maneras, sea justo o injusto, dado que es la única forma de garantizar el orden y la paz de la sociedad. Este ordenamiento, como dice el maestro García Maynez, "Vale por sí mismo como orden, independientemente de la bondad o maldad de su contenido".

Aunque esto suceda, la justicia es inviolable, no se manilla nunca, aunque nadie jamás la haya entendido y todos hayamos sido injustos.

CAPITULO SEGUNDO

- 1.—FUENTES DEL DERECHO.
- 2.—LA LEY. — Su Creación.
- 3.—LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. — La Equidad
- 4.—LA COSTUMBRE.
- 5.—LA JURISPRUDENCIA.
- 6.—LA DOCTRINA.

FUENTES DEL DERECHO.

La palabra fuente da la idea de brote, de manantial; señala el lugar de origen y da a entender el sitio del nacimiento de las cosas.

Claude Du Pasquier dice: "El término fuente crea una metáfora feliz, pues remontarse a las fuentes de un río es llegar al lugar donde sus aguas brotan de la tierra; de manera semejante, inquirir la fuente de una disposición jurídica es buscar el sitio en que ha salido de las profundidades de la vida social a la superficie del derecho".

El maestro García Maynez al hablar de las fuentes del derecho dice que "en la terminología jurídica la palabra fuente tiene tres acepciones que debemos distinguir con cuidado". Se refiere el prestigiado maestro a las fuentes reales, a las formales y a las históricas del derecho.

Citando las mismas definiciones del maestro diremos "que por fuente formal se entienden los procesos de manifestaciones de las normas jurídicas.

Llamamos fuentes reales a los factores y elementos que determinan el contenido de tales normas.

Y, por último, el término fuente histórica lo aplicamos para denominar a los documentos, ya sean inscripciones, papiros o libros que encierran el texto de una ley o conjunto de leyes".

Si las fuentes formales son los procesos de manifestación de las normas jurídicas, la idea de proceso nos hace pensar en una serie de momentos continuados, que constituyen diversas etapas que se suceden en determinada forma y que deben realizar determinados supuestos.

Los diversos elementos que integran el proceso legislativo, el consuetudinario y el jurisprudencial, constituyen la validez formal de las normas que ellos mismos han creado. La reunión de estos elementos es indispensable para la creación de las normas del derecho. El maestro García Maynes dice que se trata de requisitos de índole puramente extrínseca, o lo que es lo mismo que declarar que nada tienen que ver con el contenido de las normas, es decir, con lo que los preceptos jurídicos en cada caso prescriben. Dice que ese contenido deriva de factores diversos. Así, por ejemplo, en el caso de la legislación, que se encuentra determinado por las situaciones reales que el legislador debe regular, como las necesidades económicas o culturales de las personas a quienes la ley está destinada y, sobre todo, por la idea del derecho y las exigencias de la justicia, de la seguridad y el bien común. Agrega el maestro que todos estos factores y muchos otros del mismo jaez, determinan la materia de los preceptos jurídicos y, en tal sentido, asumen el carácter de fuentes reales. Dice también el maestro que la relación entre las fuentes reales y las formales podría explicarse plásticamente diciendo que las segundas representan el canal por donde corren y se manifiestan las primeras.

Las definiciones del Dr. Eduardo García Maynez y sus comentarios sobre las mismas fuentes, creemos nosotros que sean

indiscutibles por la precisión y claridad con que las expresa.

Todos los que nos hemos iniciado en el estudio de la ciencia jurídica sabemos que se consideran como fuentes formales del derecho, la Ley, los Principios Generales del Derecho, la Costumbre, y la Jurisprudencia. Se ha discutido mucho si la Doctrina pudiera también considerarse como tal.

Nosotros a continuación diremos algo sobre cada una de estas fuentes y veremos también el caso de la Doctrina.

LA LEY — (su creación).

En épocas muy remotas de la antigüedad, existía una errónea e injusta idea del derecho, basada en el equivocado principio del derecho del más fuerte.

Para no tener que continuar haciendo uso de la violencia se vió el hombre en la necesidad de encontrar la manera de proteger su vida social en contra de las barbaridades que dicho principio provocara. La necesidad lo hizo crear normas de conducta que protegieran al débil contra el fuerte y al desheredado contra el poderoso.

Los profetas y los filósofos fueron los que en un principio se preocuparon en crear las normas que debían regir a la humanidad. El hombre que temía espantosamente a lo desconocido y atribuyendo a estos pensadores origen divino, acató las normas que ellos redactaban y su miedo les dió fuerza de ley.

Esos son los tiempos oscuros de la ley, oscuros, porque, como hemos dicho antes, bien poco sabemos de ella antes de la época de los griegos y de llegar a la luminosa Roma.

Zoroastro el Persa nos relata pasajes acerca de la existencia de la ley (avesta) que rigiera en su tierra, haciendo bellísimos comentarios de la misma. Hasta ahora, desafortunadamente, no tenemos mayores datos de su existencia, y menos aún de su forma de regulación.

En China el moralista y filósofo Confucio, que ha sido catalogado como el mejor intérprete de la antigua humanidad, formula reglas de conducta en forma de máximas, y su pueblo, que cree en él, las acata dándoles categoría de leyes.

Hablemos ahora de la más vieja gema de las leyes escritas. Es en Babilonia en donde se hace el primer código escrito, el llamado Código de Hammurabí. El que además de tener en la historia del derecho el inapreciable valor de haber sido el primer código escrito que existiera en el mundo, tiene gran importancia en la evolución de la ley, pues prolonga su vigor por más de mil quinientos años e influye entre los Mahometanos, entre los Griegos y entre los Romanos.

El código Hammurabí estaba dividido en siete capítulos, conteniendo disposiciones que por haber sido hechas en aquella época colaboraron inmensamente fortaleciendo los cimientos de la principiante ciencia jurídica.

Hablaba sobre la garantía personal del deudor, sobre exenciones de embargo, sobre contratos de arriendo, de la responsabilidad en casos de fraude; contenía leyes marítimas que reglamentaban el precio de las embarcaciones, los salarios de la tripulación, la responsabilidad del capital respecto de las pérdidas de las mercancías, trataba del tráfico de licores; hablaba sobre operaciones bancarias y establecía reglas protectoras de la mujer. Otra parte la dedica al derecho penal, castiga con pena de muerte al ladrón, al incendiario; el adulterio, a la bigamia, a la mala conducta de la esposa, etc.; y como si todo esto fuera poco, organiza al poder judicial, marcando su competencia en atención a las personas y dentro de una determinada extensión.

No se puede pasar por alto hablar del capítulo XX del Exodo, donde están contenidos los diez mandamientos de Moisés. Sapientísimos preceptos, en los que, a juicio nuestro, de

una manera o de otra, están inspiradas todas las leyes conocidas en el mundo, y que siempre han constituido una guía fundamental para la humanidad.

En Grecia, para tratar el punto de vista legal, enfocamos nuestra mirada hacia sus dos grandes ciudades-estados, la heroica Esparta y la cultural Atenas.

En Esparta nace Licurgo, uno de los legisladores más grandes de todos los tiempos, modifica las costumbres establecidas e instituye un Consejo de ancianos y una Asamblea. Licurgo implanta sus leyes mediante la educación de la juventud, hasta lograr obtener su respeto por hábito. Desde los siete años los varones eran educados por el Estado, a los veinte estaban obligados a rendir su servicio militar y a los treinta entraban en goce de todos sus derechos ciudadanos, para lo que era menester, además de ser Espartano y educado por la ley, pertenecer a un club o refectorio.

En la sabia Atenas, las leyes de Solón regulaban la vida pública y privada de los ciudadanos. Estas leyes establecían una penalidad para los crímenes y fueron las primeras que castigaron la vagancia, reglamentaban el matrimonio y fomentaron la protección a los extranjeros en Atenas. Lo verdaderamente sorprendente del contenido de ellas, es el afán de despertar en los ciudadanos el interés por la vida pública, de inducirlos a participar en los asuntos del Estado por medio de una ley que deshonraba al hombre que se abstenía de participar en un partido en caso de sedición civil.

Con mucha justicia se atribuye a las leyes de Solón la gloria de haber sido las que estatuyeron el gobierno del pueblo.

Al hablar de la ley del pueblo heleno, no se puede olvidar el nombre de Pericles; él es uno de los más grandes gobernantes de Grecia. La posteridad, al siglo de oro Griego, le

ha llamado el siglo de Pericles.

En Roma el derecho estaba formado por las costumbres, las que se transmitían de generación en generación, y que eran conocidas con el nombre de *mores majorum*. Naturalmente, eran los patricios los que manejaban el poder, pero esta situación no podía continuar por más tiempo así, y empezaron las reclamaciones de la plebe por la imprecisión de los actos de éstos en la administración de justicia; así pasan algunos años, los plebeyos reclamando y los patricios poniendo resistencia, hasta que, el Senado y los Tribunales acordaron la promulgación de una ley que fuera aplicable a ambos órdenes. Es por esto por lo que nace la ley de las doce tablas, hecha en los años de 303 y 304, obra legislativa de los Descenviros, en la que se reglamenta tanto el derecho público como el derecho privado, y que se constituye por la justicia que encierra como la fuente principal del derecho. En su libro de Derecho Romano, Eugenio Petit nos dice que con toda verdad se ha dicho de esta ley que "es la ley por excelencia y que todo lo que de ella deriva es calificado de legitimun".

En la página que continúa agrega Petit lo siguiente: "Tal legislación estaba lejos de dar entera satisfacción a los plebeyos..... más por grandes que fuesen las imperfecciones de la Ley de las Doce Tablas, realizó un verdadero progreso. En lo sucesivo había una ley pública aplicable a todos, y sí es cierto que una nación está constituida cuando tiene una legislación que rige a todos los ciudadanos, puede decirse que la ley de las Doce Tablas muestra realmente la fundación romana".

Cuando los Descenviros desaparecen del poder queda la legislación encomendada a los Magistrados que presiden los comicios por curias y tribus, y a los Cónsules y a los Pretores. Pero esto era solo cuando se trataba de leyes de derecho público, pues por lo que toca a las leyes de derecho privado,

estaban estas encomendadas a los Tribunos que presidían los consejos de la Plebe.

El voto legislativo que estaba en poder de los Comicios pasa, bajo el Imperio, a poder del Senado hasta que es el quien directamente hace la ley, dando lugar al nacimiento de los Senado-Consults y a las Constituciones Imperiales.

Como cada vez es mayor el número de leyes, esto requiere que se haga un trabajo especial de codificación, y la mejor de todas estas obras codificadoras es la de Justiniano, que reúne en un solo código todas las leyes contenidas en los códigos Gregoriano, Hermogeniano y Tedosiano; esta obra ve la luz en el año 529.

- Roma el alma mater de la ciencia del derecho. Desde el florecimiento del derecho romano hasta nuestra época, cada nación, tomando como Base este derecho, ha elaborado su propia ciencia jurídica.

En los tiempos modernos, para la creación de la ley, o sea para la elaboración legislativa de ella, existen seis etapas distintas que son: iniciativa, discusión, aprobación, sanción, publicación e iniciación de la vigencia.

Para poder explicar el moderno proceso legislativo, me parece que lo mejor es tomar como ejemplo los diferentes momentos de la formación de las leyes, de acuerdo con la Carta Magna de los Estados Unidos Mexicanos.

Son el poder legislativo y el poder ejecutivo los que en nuestro país intervienen en la elaboración de la ley.

La intervención del primero está intimamente ligada con las tres primeras etapas y la del segundo con las tres últimas.

a) Iniciativa es el acto por el cual determinados órganos del Estado someten a la consideración del Congreso un deter-

minado proyecto de ley. Según el artículo 71 de la Constitución Federal "el derecho de iniciar las leyes o decretos compete:

- 1.— Al Presidente de la República.
- 2.— A los Senadores y Diputados al Congreso de la Unión.
- 3.— A las legislaturas de los Estados.

Las iniciativas presentadas por el Presidente de la República, por las legislaturas de los Estados o por los Diputados de las mismas, pasarán desde luego a comisión. Las que presentaren los diputados o los Senadores, se sujetarán a los trámites que designe el reglamento de debates".

b) Discusión es el acto por el cual las Cámaras deliberan acerca de las iniciativas legales, a fin de determinar si deben o no ser aprobadas. "Todo proyecto de ley o decreto, cuya resolución no sea exclusiva de alguna de las cámaras, se discutirá sucesivamente en ambas, observándose el Reglamento de Debates sobre la forma, intervalos y modo de proceder en las discusiones y votaciones".

"La formación de leyes o decretos puede comenzar indistintamente en cualquiera de las dos Cámaras, con excepción de los proyectos que versaren sobre empréstitos, contribuciones o impuestos, o sobre reclutamiento de tropas, todos los cuales deberán discutirse primero en la Cámara de Diputados".

A la Cámara en donde se inicia la discusión de un proyecto de ley se le llama Cámara de Origen; a la otra, Cámara Revisora.

c) Aprobación. Se dice aprobado un proyecto de ley cuando las Cámaras lo aceptan. La aprobación ya puede ser total o solamente parcial.

d) Sanción. Es el poder ejecutivo el que hace un hecho

este término al aceptar una iniciativa legal. El derecho de sanción que tiene el Presidente de la República se denomina Derecho de Veto.

e) Publicación. Como su nombre lo indica es el acto de dar a conocer una vez aprobada y sancionada la ley a quienes deban de cumplirla. La publicación se hace por medio del llamado Diario Oficial de la Federación. Además, tenemos en México para publicar las leyes locales, los Diarios o Gacetas Oficiales de los Estados.

f). Iniciación de la Vigencia. Dos sistemas existen en nuestro país para fijar la iniciación de la vigencia: el sucesivo y el sincrónico. El primero lo enuncia el artículo tercero del Código Civil del Distrito y Territorios Federales del modo siguiente: "Las leyes, reglamentos, circulares o cualquiera otras disposiciones de observancia general obligan y surten sus efectos tres días después de su publicación en el **Diario Oficial**. Para que las leyes, reglamentos, etc., se reputen publicados y sean obligatorios, se necesita que además del plazo que fija el párrafo anterior, transcurra un día por cada cuarenta kilómetros de distancia o fracción que exceda de la mitad".

El sistema sincrónico se consagra en el artículo cuarto del mismo Código y a la letra dice: "Si la ley, reglamento, circular o disposición de observancia general, fija el día en que debe comenzar a regir, obliga desde ese día, con tal que su publicación haya sido anterior".

Desgraciadamente este precepto no señala el término de la *vacatio legis* y esto daría origen a un sin número de inconvenientes y abusos.

Hemos visto, pues, todas las facetas del proceso legislativo. Se concibió la ley con la iniciativa, su época prenatal fué la discusión, la aprobación y la sanción; y su nacimiento la publicación e iniciación de la vigencia.

Pero, hablemos también de la derogación. La derogación no es más que la muerte de la ley, ya sea total o parcial. A una ley solamente puede derogarla otra ley posterior que sobre su mismo tema encierre conceptos contrarios a ella. Hay leyes a las que tácitamente las deroga otra, diciendo esta última que aquella a partir de tal fecha queda sin efecto, y hay también leyes que traen en su contenido el término de su vigencia, o sea la fecha de su derogación.

Muchas definiciones se han dado de la ley. Nosotros nos concretaremos a decir, que la ley es la norma jurídica emanada del poder público, que es el medio empleado para establecer los principios del derecho positivo y hacer más accesible su conocimiento a todos los miembros de la sociedad. Para completar esto, definiremos con las mismas palabras del maestro García Maynez lo que se entiende por norma, y diremos que "Norma es toda regla de conducta de observancia obligatoria".

Muchos autores dicen que la legislación y no la ley es la fuente formal de derecho, nosotros nos inclinamos a creer que la verdadera fuente es la ley, puesto que es esta la que a nosotros llega con carácter definido, la que tenemos que observar estrictamente regulando todos nuestros actos en su contenido. Además, mucho antes de que existieran procesos legislativos, ya existían normas de conducta, estas son anteriores a la legislación y, por lo mismo, no puede ser esta la fuente desde el momento que es posterior a aquella.

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. (LA EQUIDAD).

El artículo 19 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales, siguiendo la orientación del artículo 14 de la Constitución Federal, autoriza al juez a recurrir a los principios generales del derecho, para buscar en ellos la solución de un caso concreto no previsto en la ley.

Pero, cabe aquí preguntarnos, ¿Cuáles son los principios generales del derecho?

Para responder a esta pregunta, a nosotros no nos queda más que tratar de contestarla diciendo algo de lo mucho que se ha escrito sobre este tema.

Pueden reducirse a cuatro las corrientes que tratan de explicar la naturaleza de dichos principios.

a.— La primera corriente nos dice que son los principios generales los que informan un derecho positivo determinado, obteniéndose por inducción de las normas particulares que integran el ordenamiento jurídico respectivo.

Esta corriente nos parece inexacta, porque si son principios generales, tienen que serlo de todo el derecho y no na-

da más de un derecho positivo determinado; además, por otra parte, la inducción es una inferencia que va de lo particular a lo general, y para que de ella pudiera obtenerse una generalización, se necesitaría que las normas ofrecieran un denominador común; lo más que podrá hacerse será ir de un razonamiento de lo particular a lo particular análogo, pero no a la médula de un principio general, el error de esta escuela consiste en querer aplicar el método inductivo propio de las ciencias de los hechos a la jurídica que es una ciencia de normas.

b.— La segunda corriente afirma que son aquellos principios que nos proporciona el derecho romano.

Al igual que la primera, esta otra corriente nos parece errónea, porque solamente pudo haberse aplicado en Alemania o en países como este, en los que en otro tiempo el derecho romano era el supletorio de todos los derechos locales. Aunque en realidad el derecho privado derive y tenga como precedente al derecho romano, esto no quiere decir que en todos los países se puedan considerar a los principios generales como los derivados de aquel.

c.— La tercera corriente afirma que los principios generales del derecho son los principios universalmente admitidos por esta ciencia.

El único, pero gran problema que nos deja por resolver esta corriente, es establecer categóricamente cuales son ellos y a que puede atenerse el juez para no incurrir en errores.

d).— Esta última corriente sostiene que dichos principios no son mas que los inspirados del derecho natural.

Es esta la que presenta Giorgio del Vecchio y nos encamina directamente a la conclusión de que son estos los del derecho natural, por ser éste el que se funda en la naturaleza misma, en la naturaleza humana, y que tiene como característica el ser un derecho intrínsecamente válido; por lo tanto, el juez al colmar una laguna debe cuidar que la norma creada respete a la naturaleza del hombre y constituya una realización de la justicia. Esto quiere decir, que el juez no deberá fallar de acuerdo con sus opiniones personales, teniendo además como limitación que los principios generales del derecho que le sirvan de base para colmar la laguna de la ley, no deben oponerse nunca a los demás preceptos contenidos en el ordenamiento jurídico de que se trate. Este requisito se funda esencialmente en la naturaleza del sistema jurídico, el cual debe constituir el todo único y homogéneo, un verdadero organismo lógico, capaz de suministrar una norma segura, no ambigua y menos aún contradictoria, para hacer posible toda relación de convivencia.

En México la Suprema Corte considera que son principios generales de derecho los consagrados por el orden jurídico positivo, que son las verdades jurídicas notorias, indiscutibles y generales, elaboradas por la ciencia del derecho, que permiten al juez dar la solución que habría adoptado el legislador, siempre que no sea incompatible con el orden jurídico. (TOMO XLIII-858 y L-283).

Antes de pasar adelante y ya que la equidad es el único indiscutible principio general universalmente aceptado, queremos hablar algo sobre este tema.

Al hablar de la equidad, no podemos pasar por alto las definiciones Aristotélicas que han llegado hasta nuestros días y que siguen siendo, según opiniones autorizadas, lo mejor que sobre el particular se ha dicho.

Dice el Estagirita: "La equidad que asegura la rectitud del juicio, se aplica a los mismos casos que la moderación, a los derechos pasados en silencio por el legislador, que no ha podido determinar con precisión. El hombre equitativo juzga de los vacíos que deja la legislación, y, reconociendo estos vacíos, insiste en que el derecho que reclama es muy fundado. El discernimiento es, pues, lo que constituye al hombre equitativo. Y así, la equidad, que distingue exactamente las cosas, no puede existir sin la moderación; porque el hombre equitativo y de buen sentido corresponde juzgar de los casos, y luego al hombre moderado obrar según el juicio formado de esta manera".

En la tesis que he transcrito, vemos, pues, que desde la antigüedad se considera a la equidad como la indicada para llenar las lagunas que deja la ley, o en otras palabras, desde entonces podemos decir, es catalogada como principio general de derecho.

Desgraciadamente en nuestro derecho positivo, solamente el artículo 16 de la Ley Federal del Trabajo menciona a la equidad.

En el capítulo cuarto, que trata sobre la integración, hablaremos algo más sobre este asunto.

LA COSTUMBRE.

En las sociedades primitivas las relaciones entre los hombres fueron reguladas por la costumbre.

La continua repetición de hechos casi inconcientes, manifestados de manera indiferente por considerable cantidad de habitantes de un grupo determinado, fueron normando el comportamiento de las razas primitivas.

A medida que el hombre madura intelectualmente y principia a formarse su criterio, va distinguiendo los hechos buenos de los hechos malos. La realización constante de sus actos se cristaliza en una determinada línea de conducta y es entonces cuando empiezan a diferenciarse las costumbres, adquiriendo cada una de ellas sus propios rasgos y su campo de aplicación.

El intercambio racial ocasionado por las continuas luchas humanas, produce un desquiciamiento a las costumbres ya trazadas, el vencedor siempre quiere imponer al vencido su manera de vivir y lógicamente el vencido defiende sus propias costumbres. Frente a este problema y ante la dificultad de la asimilación y fusión de las dos corrientes, surge el derecho escrito para evitar las dificultades que esto ocasiona y para llenar las deficiencias de las costumbres y garantizar mejor los derechos.

Los pueblos primitivos hacen el más extenso volúmen jurídico de la costumbre.

La costumbre, considerada como un producto de hechos que obedecen al mismo principio, deja de ser simplemente costumbre para convertirse en costumbre jurídica cuando para justificarse a sí misma y revelando un sentimiento jurídico se realiza por la convicción de su obligatoriedad, por la persuasión de su forzocidad, es decir, cuando se descubre la **opinio iuris seu necessitatis** de que hablan los romanos. Entonces es cuando se manifiesta esta su verdadera trascendencia en el derecho, cuando adquiere la categoría de fuente creadora del ordenamiento jurídico.

Claro está que la costumbre necesita de varios requisitos para su estimación como regla de conducta jurídicamente obligatoria. "Los elementos jurídicos de toda costumbre obligatoria pueden reducirse a dos, uno de índole material, que viene a ser el largo y constante uso; el otro de naturaleza psicológica, o sea el convencimiento de una sanción jurídica especificando y cualificando el uso como costumbre obligatoria". Esto nos lo dice Francisco Geny en su libro **Método de Interpretación y Fuentes de Derecho Privado Positivo**.

Al uso o elemento material lo forma la reiteración constante y prolongada con que un hecho se ha venido ejecutando por los miembros de la sociedad sin que protestara nadie, ni los que hubieran tenido derecho de hacerlo; lo que es el elemento psicológico es lo que más tarde se convierte en la **opinio iuris seu necessitatis**, que es precisamente la convicción de la obligatoriedad de ese uso; que como dice el ya citado Geny "el uso para engendrar costumbre debe tener entre los que la practican el carácter de ejercicio de un derecho subjetivo que contiene la expresión de un derecho objetivo".

Ya integrada la costumbre con los elementos antes mencio-

nados se nos manifiesta como la reiteración constante de un hecho, aceptado por la colectividad como jurídicamente obligatorio. Boneccasse nos la define como "una regla de derecho que se constituye progresivamente bajo la influencia subconciente de la noción de derecho y de las aspiraciones sociales".

Las modalidades que la costumbre ha presentado en la trayectoria del derecho son: la delegante, que tiene lugar cuando no habiendo texto legal, la costumbre autoriza la elaboración escrita de la norma jurídica; esto ocurre en Inglaterra, nación por excelencia conservadora de su tradición, en donde la costumbre es la fuente de derecho más importante; el sentimiento conservador de esta raza ha permitido que el derecho consuetudinario tenga mayor importancia que el legislado. La segunda forma en que la costumbre se manifiesta es la que se denomina delegada, la que por cierto es la más aceptada en los países donde cuyo ordenamiento jurídico da su validez en la ley, ya que la costumbre se aplica supletoriamente, es decir, la costumbre delegada funda su fuerza jurídica en un precepto elaborado por la autoridad competente. A la última forma en que suele manifestarse la costumbre se le llama derogatoria, es esta su existencia menos probable, ya que para existir, tendría que contravenir un precepto legal para poder imponerse como jurídicamente obligatoria.

Antes de pasar a hablar de la costumbre en el derecho mexicano quiero anotar las definiciones que Du Pasquier y Geny han dado de ella: según el primero "es un uso implantado en una colectividad y considerado por esta como jurídicamente obligatorio; es el derecho nacido consuetudinariamente, el "jus moribus constitutum". Para Francisco Geny es "un uso existente en un grupo social, que expresa un sentimiento jurídico de los individuos que componen dicho grupo".

Por lo que respecta a México la costumbre se encuentra admitida como fuente del derecho en algunas ramas de éste. El

Código Civil para el Distrito y Territorios Federales se refiere a ella en forma aislada en los preceptos que a continuación cito, el artículo 997 de dicho Código, al referirse al usufructo de un monte talar o maderero, otorga al usufructuario el derecho de hacer talas o cortes en la forma que un dueño lo haría "acomodándose en el modo, porción o época a las leyes especiales o a las costumbres del lugar". Vemos, pues, que este precepto se refiere a la costumbre, pero utiliza el término equivocadamente, porque la confunde con el uso, y este, a diferencia de aquella, solo es uno de los elementos que la componen; además el mencionado precepto, cita a la costumbre después de referirse a la ley.

El artículo 1796 del mismo Código habla del uso al referirse a los contratos, en cuanto a que sus consecuencias obligan a los contratantes, "que según su naturaleza, son conformes a la buena fé, al uso o a la ley".

El artículo 2607 determina que "a falta de convenio los honorarios se regularán atendiendo justamente a la costumbre

En cuanto a las condiciones de los contratos de aparcería el artículo 2754 establece que "se regularán por la voluntad de los interesados; pero a falta de convenio se observará la costumbre general del lugar....."

La Ley Federal del Trabajo acepta la aplicación supletoria de la costumbre. Su artículo 16 así lo establece cuando dice: "Los casos no previstos en la presente ley, o sus reglamentos se resolverán de acuerdo con la costumbre o el uso....." Así también el artículo 33 remite las obligaciones pactadas en el contrato de trabajo a la buena fé, al uso o a la ley. Así mismo el artículo 197 de dicha ley, en su inciso tercero, dice, al referirse a las obligaciones del patrón en el trabajo del campo, "proporcionar gratuitamente a cada peón acasillado para siembra propia en las fincas que tengan más de cincuenta hectáreas de cultivo agrícola, terreno cuya extensión se determinará, a falta de convenio expreso, en relación con la extensión de la finca, clase de tierra laborable y número de peones, según las costumbres del lugar. En ese terreno los peones acasillados podrán

emplear los animales, aperos y demás instrumentos de labranza del patrón, sin perjuicio de las labores de la finca'.

La Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, en el inciso III, después de referirse a la ley mencionada y a la Legislación Mercantil en general, menciona a los usos bancarios y mercantiles como preceptos que rigen los actos y operaciones de crédito.

La costumbre en el derecho agrario, es también considerada como fuente.

Dentro del derecho penal, la costumbre carece de validez, pues ni siquiera supletoriamente se le toma en cuenta, pues nuestra Constitución en el artículo 14 textualmente dice: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata".

Aquí, como claramente se vé, la costumbre queda totalmente eliminada; esta eliminación se debe a que, afortunadamente, el derecho penal carece de lagunas.

Es la costumbre la más antigua fuente del derecho, aunque actualmente haya perdido gran parte de su importancia, considerándose únicamente como fuente supletoria de la ley.

LA JURISPRUDENCIA.

Muchas y muy diversas opiniones hay acerca de la Jurisprudencia como fuente formal del derecho. Autores de reconocido renombre le niegan tal categoría, así como también autores de la misma calidad la reconocen como fuente del ordenamiento positivo.

Geny que no reconoce más que a la ley y a la costumbre como fuentes formales, ha dicho de la jurisprudencia lo siguiente: "Si considerando la verdad misma y en interés de una investigación jurídica bien organizada, no debería reconocerse a la jurisprudencia moderna una verdadera fuerza creadora de derecho, haciendo de ello por consiguiente una fuente sui-generis, que por su misma naturaleza se imponga con un poder adecuado a esta naturaleza", y luego en otra parte agrega: "a la jurisprudencia no debe mirarse como una fuente verdaderamente creadora de derecho objetivo, análoga sino a la ley, a la costumbre más bien, o lo menos contribuyendo a la formación de esta y, por lo tanto imponiéndose al intérprete como fuente formal de derecho positivo".

También Bonaccasse niega a la jurisprudencia el valor de fuente formal, argumentando la inconstitucionalidad de la aplicación de las sentencias de los jueces como normas de observancia general. Esto lo funda Bonaccasse en la separación tripartita de poderes consignada en la Constitución francesa.

Podemos citar entre otros autores que comparten la misma opinión de los anteriores respecto a la jurisprudencia a Goldsmít, Planiol, Ruggiero, Savigny, etc.....

Naturalmente, como anoté al principio, también hay muy buenos autores que sí le reconocen su valor; Valverde, Manresa, Lambert, y otros sostienen que la jurisprudencia sí es fuente formal de derecho.

Nosotros no vemos por qué negar a la jurisprudencia su lugar entre las fuentes formales, porque como dice Joaquín Dualde "lo que le falta a la ley: contacto más íntimo con los hechos, lo tiene la jurisprudencia. Lo que le falta a la costumbre: posesión consiente de los principios, lo tiene la jurisprudencia".

En realidad, nosotros no vemos por qué asimilar a la jurisprudencia con la costumbre por la sola repetición de las sentencias, es más, esa repetición está manifestando precisamente que la relación causal propia de la jurisprudencia es permanente. Decir que no puede ser fuente porque viene del Poder Judicial y éste no tiene facultades legislativas, no creo que sea poderosa razón, desde el momento que las lagunas en la ley son una verdad innegable y ante la imposibilidad de una solución legal, el caso concreto no se puede pasar por alto, pues si esto se hiciera, tendríamos conflictos y relaciones jurídicas al margen de la ley. Como esto no debe ser, es aquí en donde surge la labor creadora del juez para poder llenar esas lagunas, siguiendo un procedimiento inductivo que interprete el fenómeno social y cree la norma en que fundar su decisión.

Por otra parte, volviendo los ojos al pasado de la ley, creo que esta antes de ser tal, fué jurisprudencia, pues los conflictos sociales primitivos cuando las leyes no existían, fueron resueltos siguiendo un procedimiento inductivo hasta encontrar la norma, darle forma y aplicarla.

Claro está que la jurisprudencia no pretende de ninguna manera imponerse a la ley, pues como hemos visto, solo en ausencia de ella puede adquirir sus caracteres propios, de aquí precisamente su calidad de fuente supletoria.

Además, no olvidemos que la ley trata a la generalidad de los casos, la jurisprudencia a los especiales.

Me parece oportuno citar aquí lo que en su libro titulado La Jurisprudencia, ha dicho Italo A Luder. "La ilusión de que el legislador puede preverlo todo se ha desvanecido..... De ahí la misión supletoria de la jurisprudencia para dar solución a los casos que la ley no ha previsto y que no pueden quedar sin solución como si fueran elementos extraños a la vida jurídica que es, desde luego, mucho más amplia que la ley".

Nuestro derecho Mexicano en el artículo 18 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales, reconoce a la jurisprudencia cuando dice: "El silencio de la ley no autoriza a los Jueces o Tribunales el dejar de resolver una controversia". Este artículo es tan amplio, que si no estuviera restringido por el 19 del mismo Código, podría dar lugar a que el Poder Judicial cometiera arbitrariedades, así pues, este mencionado artículo marca el camino a seguir al Poder Judicial cuando se encuentra ante una situación no prevista en la ley, diciendo: "Las controversias judiciales de orden civil..... a falta de ley se resolverán conforme a los Principios Generales del Derecho".

Cuando se ha autorizado al juez o al Tribunal a fallar conforme a los Principios Generales del Derecho, entendemos nosotros que se le ha autorizado a buscar dentro de estos la resolución deseada, y así crear la norma aplicable al caso concreto.

Si el Tribunal que crea la norma se llama Suprema Corte de Justicia, empezaremos a vislumbrar a la jurisprudencia, la que adquirirá categoría de fuente cuando se hayan llenado los

requisitos legales necesarios.

A continuación me permito transcribir los artículos 193 y 193 bis de nuestra Ley de Amparo, los que, como podemos ver, dan a la jurisprudencia la fuerza suficiente para considerarse como fuente supletoria de nuestro derecho mexicano.

Art. 193.— La jurisprudencia que establece la Suprema Corte de Justicia funcionando en pleno sobre interpretación de la Constitución y leyes federales o tratados celebrados con las potencias extranjeras, es obligatoria tanto para ella como para las Salas que la componen, los Tribunales Colegiados de Circuito, Tribunales Unitarios de Circuito, Jueces de Distrito, Tribunales de los Estados, Distrito y Territorios Federales y Juntas de Conciliación y Arbitraje.

Las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia en Pleno constituyen jurisprudencia siempre que lo resuelto en ellas se encuentre en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por lo menos por catorce Ministros”.

Art. 193 bis.— La jurisprudencia que establezcan las Salas de la Suprema Corte de Justicia sobre interpretación de la Constitución, leyes federales o tratados celebrados con las potencias extranjeras, es obligatoria para las mismas Salas y para los Tribunales Colegiados de Circuito, Tribunales Unitarios de Circuito, Jueces de Distrito, Tribunales de los Estados, Distrito y Territorios Federales y Juntas de Conciliación y Arbitraje.

Las ejecutorias de las Salas de la Suprema Corte de Justicia constituyen jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se encuentre en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por lo menos por cuatro Ministros”.

LA DOCTRINA.

Hace ya mucho tiempo, en los pueblos antiguos, el conocimiento de las reglas de conducta se encomendaba a determinados individuos de reconocida inteligencia e indiscutible caridad moral. A ellos pues, es encargada la aplicación y el desarrollo del derecho.

En la época de los Romanos la doctrina se manifiesta con perfiles adquiridos. Así, por ejemplo, se puede llamar doctrina a los dictámenes emitidos en las consultas de los litigios, los que en un principio fueron orales; tiempo después estas resoluciones se manifestaron en forma escrita.

A partir del gran emperador Tiberio, las consultas de derecho se dan públicamente, antes de él, el conocimiento de los días fastos era privilegio secreto de los Pontífices y de los Magistrados. El fué quien generalizó el hecho de acudir a consultas en los litigios.

A los jurisconsultos no solamente acudían los particulares, sino también los Magistrados, que se rodearon de un Consejo al que consultaban la forma en que debían aplicar el derecho.

Las opiniones de los jurisconsultos, ya orales o ya escritas, eran manifestadas en el foro.

En Roma estos hombres vemos que adquieren el prestigio y la consideración merecida, alcanzando una importancia que fué desconocida en otros pueblos. Aún apesar de esto su fuerza moral no logra todavía en esta época, tener en la aplicación jurídica carácter obligatorio.

Como hemos visto, a un principio en Roma las opiniones de los jurisconsultos fueron fuente de derecho no escrito.

El emperador Augusto les otorga el Jus Publice Respondendi. Así ellos al ser consultados en las disputas, responden con facultad conferida por el mismo emperador.

Sin embargo, la importancia máxima de sus opiniones la adquieren bajo el gobierno del emperador Adriano, quien al final de su reinado, a los dictámenes que ellos emiten, les da fuerza de ley, siempre y cuando los jurisconsultos oficiales estuvieran de acuerdo con el fallo. En pocas palabras podemos decir, que sus dictámenes eran una fuente de derecho.

Todo esto nos lleva a la feliz conclusión que desde entonces la facultad de hacer la ley era propia de los jurisconsultos. *Permissio Jura Condendi*.

Exagerando esto, una flaqueza del gobierno romano da una significación más extensa del *Responsa Prudentium*, al consignar que además de los dictámenes, también sus opiniones personales tienen fuerza jurídica.

Naturalmente está bien claro que la obligatoriedad de su doctrina no dependía de ellos, sino de una declaración expresa manifestada en forma de ley.

En nuestros tiempos, según el maestro Eduardo García Maynez, se conoce con el nombre de doctrina "a los estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del Derecho, ya sea con el propósito puramente especulativo de sistematización de sus preceptos, ya con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación".

Las conclusiones de la doctrina carecen de fuerza obligatoria, es por esto por lo que la corriente general acerca de si la doctrina constituye fuente de derecho, es que ella por sí sola no puede considerarse como tal.

En verdad no podemos negar a la doctrina su influencia en el derecho positivo y tenemos que reconocer el gran valor que tiene dentro de la ciencia jurídica.

Si algún día en nuestra Patria se exigiera que para ser legislador se fuera jurista de verdad, el derecho mexicano lograría elevarse a inmensas alturas.

CAPITULO TERCERO

1.— Concepto de Aplicación. 2.— La Interpretación del Derecho.

3.—La Interpretación en el Derecho Mexicano.

4.— El Juez y la Ley Injusta.

CONCEPTO DE APLICACION.

Aplicación: acción de aplicar; aplicación del derecho, es entonces, la acción que consiste en aplicarlo.

Dentro de la terminología jurídica, al proceso por el cual una situación abstracta se transforma en concreta y una norma general se individualiza, se conoce con el nombre de aplicación.

Si examinamos el derecho a la luz de su aplicación —dice A. Merkl— descubriremos el criterio que permite establecer una ordenación jerárquica entre las diversas normas de aquel, y entre éstas y los actos jurídicos concretos.

La cantidad de situaciones jurídicas que se eslabonan unas con otras formando un orden que lleva a la concretización para emitir su fallo, se denomina proceso de aplicación.

El Dr. Eduardo García Maynez nos dice que "toda situación concreta hállase condicionada por una norma abstracta. Las normas de general observancia, que en relación con los actos jurídicos son condicionantes, encuéntrase a la vez condicionadas por otros preceptos de mayor rango. Una norma es condicionante de otra, cuando la existencia de esta depende de la de aquella. Los actos jurídicos son condicionados por las normas del derecho, porque tanto la formación como la validez y consecuencias de los mismos derivan de dichas normas, y en ellas encuentran su fundamento".

El conocimiento, la interpretación y la aplicación de todo este ordenamiento, forma la base más sólida de garantía para el mantenimiento de la sociedad.

El campo de la aplicación del derecho es muy grande, y muy grande también es el número de los que intervienen en él.

Estudiemos, pues, lo que se necesita para saber aplicar el derecho. Nosotros creemos que primeramente es necesario conocer hasta donde es posible esta ciencia de la sociedad en todas sus manifestaciones conocidas ya sea la ley, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina; auxiliar los conocimientos jurídicos con los principios éticos y lógicos, no perder de vista a la sociología, ni a la psicología y recordar la historia.

Después de haber consumado la labor anterior, es decir, de conocer las diversas manifestaciones de la ciencia jurídica y de todas las demás que tienen relación con ella, viene la tarea de la interpretación, y, como más adelante veremos, interpretar es desentrañar el sentido de las cosas, para cuyo objeto, hay que valerse de todos los medios humanamente posibles.

Saber con quien se está tratando, o lo que es lo mismo, conocer bien al sujeto o sujetos a los que habrá que aplicar una norma, nos parece también requisito indispensable para no tener más tarde que lamentar errores.

En caso de que se presentare una laguna legal, es menester que el juzgador del caso concreto, además de saber bien cuales son los principios generales del derecho, tenga un recto criterio para aplicar el principio que fuere indicado creando la norma que deba llenarla, con la convicción de que no pudo quedar integrada de mejor manera, y que la aplicación jurídica que se hizo, fué, si no la exacta, sí la más acertada.

La cantidad de personas que intervienen en la aplicación del derecho, es muy numerosa. Podríamos dividir las en dos

grandes grupos: los sujetos activos y los sujetos pasivos. Los primeros son aquellos que tienen el carácter de autoridades, y naturalmente, son ellos los que tienen que aplicarlo. Los segundos son los sujetos pasivos que por circunstancias especiales tienen que ver con la justicia, y a los que hay que aplicárselo.

Cabe también hablar de otro grupo más, a los que podemos llamar colaboradores de la aplicación jurídica, este grupo está formado por los abogados.

Todo aquel individuo que esté revestido de alguna autoridad, está obligado a saber aunque sea algo de derecho; esto en realidad no se puede pedir a la totalidad de la masa que forma el segundo grupo, porque, como sabemos bien, la mayor parte de sus componentes son gentes que carecen hasta de la elemental instrucción primaria, y que, por diversas circunstancias sus medios de vida han sido miserables.

Dentro del grupo de individuos que están revestidos de autoridad, se encuentran los Jueces, los Magistrados y los Ministros de la Suprema Corte. Todos ellos son los que forman el Poder Judicial, y como este es precisamente el Poder administrador de justicia, todos sus integrantes deben ser gentes profundamente conocedoras de la ciencia jurídica, poseedoras de un amplio criterio y de sólidos principios morales, ya que en sus manos ha quedado depositada la justicia social y que son exactamente ellos los que la van a convertir en realidad sabiendo aplicarla.

LA INTERPRETACION DEL DERECHO

La palabra interpretar inmediatamente que la escuchamos nos da la idea de desentrañar, nos induce a buscar el sentido de una expresión, nos lleva a determinar su verdadero significado; de todo esto, llegamos a la conclusión que se interpretan las expresiones para saber lo que en verdad significan, y que la expresión es un conjunto de signos que poseen un determinado significado.

El problema consistente en determinar qué es la interpretación, no es exclusivo del campo jurídico; en todo caso se trata de un problema filosófico, que resulta oportuno exponer aquí en relación con los anunciados de nuestro sistema de derecho.

Interpretar es el ejercicio de la mente que averigua y define algo; es la acción por la cual nos explicamos y aclaramos lo confuso. Interpretar es hacer deducciones de un hecho para llegar a conclusiones de alguna cosa; es el verdadero desentrañamiento del sentido de una expresión. Por todo esto desprendemos que, cuando logramos interpretar las expresiones hemos llegado al descubrimiento de lo que significan.

El filósofo austriaco Edmund Husserl encuentra tres elementos que integran una expresión: En primer lugar nos habla de la expresión en su aspecto físico, refiriéndose a los signos que nos los hacen sensibles los sentidos; en segundo lugar nos dice de la significación de la expresión, o sea del sentido que esta tiene, y como tercer y último elemento, habla del objeto de la expresión, o sea a lo que esta se refiere. Husserl nos hace la aclaración, que estos tres elementos no siempre se hallan unidos.

El punto más difícil de la teoría de Husserl está en encontrar la diferencia existente entre la significación y el objeto y la necesidad de encontrar en cada expresión esa distinción; esto resulta claro cuando después de pensar en varias expresiones, nos damos cuenta que muchas de ellas pueden tener la misma significación, pero que son objetos distintos; bien nos podemos encontrar con la posibilidad de que existan expresiones con significación distinta, pero que sin embargo su objeto sea el mismo; lo curioso es, que además de esto, existe el caso de que tanto la significación como el objeto sean diferentes, o viceversa, que coincidan ambos.

Los tres elementos que hemos mencionado no siempre se presentan, puesto que hay palabras que carecen de sentido y de objeto, por ejemplo: abracadabra, palabra que nos cita García Maynez, y a la que ni siquiera se le puede llamar expresión. Hay también palabras que tienen significación a pesar de carecer de objeto, por ejemplo podemos decir: un triángulo de diez lados.

Existen expresiones que encierran un sentido, pero que se refieren a algo que no podemos percibir por medio de nuestros sentidos, estas son las expresiones relativas a objetos ideales, siendo de esta clasificación las que se refieren a los valores como la justicia, la santidad, etc. Esto nos lleva en consecuencia a ver que se puede hablar de objetos reales e irreales y de objetos ideales.

Ahora bien, los conceptos expresados al principio, podemos aplicarlos al caso especial de la interpretación del derecho, diciendo que interpretar es descubrir el verdadero sentido que encierra una determinada idea jurídica; decimos así porque esta idea se nos puede presentar ya verbalmente o como conjunto de signos, a los cuales hay que buscarles un significado. Es decir, podemos hablar de interpretación jurídica cuando se trate de descubrir el significado de la expresión que esta nos presente en sus formas, y por lo pronto podemos aceptar que una forma de expresión es jurídica, cuando trata normas bilaterales de conducta, ya después de esta primera conclusión el trabajo consiste no en interpretar la materialidad de los signos sino su sentido, su significación.

Es la ley una forma de expresión que se nos presenta como un conjunto de signos escritos que postulan normas de conducta manifestadas en artículos. Si aplicamos lo anteriormente dicho al caso concreto de la interpretación de esta, concluiremos entendiendo que interpretar la ley es desentrañar el sentido que encierra.

Este sentido se puede investigar por puro deseo de saber o con el fin de aplicar una disposición jurídica a un caso de la vida real.

Repetiendo las mismas palabras del tantas veces citado maestro García Maynez diremos que "Todo precepto jurídico encierra un sentido. Pero éste no siempre se halla manifestado con claridad. Si la expresión es verbal o escrita, puede ocurrir que los vocablos que la integran posean acepciones múltiples, o que la construcción sea defectuosa y haga difícil la inteligencia de la frase. En tal hipótesis, el intérprete se ve obligado a desentrañar la significación de la norma. El conjunto de procedimientos destinados al desempeño de esta tarea constituye la técnica interpretativa. La labor de que hablamos representa, por ende, un trabajo previo, relativamente al acto por el cual las reglas de derechos son aplicadas".

Hemos dicho que la interpretación de la ley consiste en la actividad encaminada a descubrir su insito sentido, toca ahora referirnos a lo que és ese sentido en ella encerrado y en donde debemos buscarlo.

Antes de pasar adelante es necesario decir que la principal actividad interpretativa es la que hace el Poder Judicial, y la que a nosotros más nos importa.

Son dos las corrientes que existen sobre el problema consistente en determinar qué debemos entender por el sentido de la ley. Tenemos por una parte a los subjetivistas y por otra a los objetivistas.

Los primeros buscan este sentido en lo que llaman la voluntad del legislador, argumentando que, si la ley es producto de la legislación, el sentido de la ley debe considerarse como la voluntad del legislador expresada en los textos legales, ya que el propio legislador es el autor de ella y su voluntad se manifiesta a través de los preceptos jurídicos.

Los defensores de esta tesis como Baudry Lacantinery, Demolombe, Aubry y Rau y otros, consideran que el sentido de la ley debe buscarse por medio de una reconstrucción del pensamiento del legislador. Estos autores son precisamente los representantes de la escuela de la exégesis.

De manera contraria a la interpretación de tipo subjetivo, se nos presenta la de tipo objetivo, que se funda exclusivamente en los textos legales en su afán de encontrar el sentido de la ley. Los que esto opinan pasan por alto lo que el legislador quiso decir respecto a un determinado precepto y se fundan nada más en lo que los textos dicen.

A continuación citaremos las opiniones que emiten algunos autores que se apegan a la corriente objetivista. García Maynez al respecto dice: "De acuerdo con esta segunda posición tienen los textos legales una significación propia implícita

en los signos que los constituyen e independientemente de la voluntad real o presunta de sus autores".

Luis Legaz y Lacambra, después de comentar las opiniones subjetivistas diciendo que es impropio hablar de la voluntad de la ley a diferencia de la voluntad del legislador, agrega: "lo que el legislador quiso no lo sabemos sino a través de la ley".

De las citas hechas desprendemos que el objetivismo es un método interpretativo materialista ciento por ciento, pues no busca el tan discutido sentido legal en la verdad que quiso ser y que se manifestó más o menos claramente, sino que trata de encontrarlos basándose exclusivamente en la interpretación de los vocablos contenidos, entendiendo su sentido por la significación que estos tengan, y solo ayudándose en esta tarea por la concepción sistemática de los demás preceptos del ordenamiento.

Ahora bien, expuestas estas dos corrientes interpretativas y antes de continuar con el estudio de la interpretación en el derecho mexicano, quiero que veamos cuales son los elementos de que puede valerse el juez para poder llevar a cabo la interpretación de los preceptos.

Estos elementos que marcan su tarea interpretativa, consisten en los medios intelectuales y de investigación creados por la Técnica Jurídica de Aplicación con el fin de componer un procedimiento de interpretación que nos lleve a una correcta aplicación de los contenidos del derecho.

En primer lugar se encuentra el elemento gramatical, que consiste en aclarar y determinar la significación de los vocablos con que se ha expresado la norma. Me refiero, como dice Legaz Lacambra, a "los giros del lenguaje técnico jurídico". Para la comprensión de estos giros es necesario el conocimiento de los vocablos de este tipo empleados a través de todo el ordena-

miento, lo que nos permite llegar al segundo elemento o sea al lógico sistemático, que es la conexión del precepto que se interpreta con el resto de los preceptos del mismo ordenamiento y de los demás ordenamientos vigentes.

El tercer elemento es el histórico y comprende los antecedentes en los que se inspiró el legislador al hacer la ley, en los proyectos y anteproyectos de ella y en los trabajos preparatorios efectuados para su creación.

El cuarto y último elemento es el teleológico, que es precisamente el fin propio de la ley, ya que todos los preceptos legales tienen además del fin justicia, un fin determinado consistente en una protección o dirigidos a regir las relaciones de determinados grupos sociales.

El maestro Rafael De Pina en su libro **Curso de Derecho Procesal del Trabajo** nos dice que: "La interpretación del derecho es la actividad intelectual encaminada a conocer el verdadero sentido de una norma jurídica y también el resultado de esta indagación".

Si interpretar una norma es desentrañar y entender su auténtico sentido, nosotros creemos que además de los elementos que hemos citado, puede el juez auxiliarse en su labor de todo lo que juzgue adecuado para su verdadero esclarecimiento.

LA INTERPRETACION EN EL DERECHO MEXICANO

Dice el artículo 14 de nuestra Carta Magna:

"A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el cual se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal, queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho".

Es el citado artículo 14 de nuestra Constitución el que nos habla claramente sobre la interpretación de la ley. Al hablar sobre este asunto dentro de nuestro derecho mexicano, trataremos de manera especial la interpretación en materia penal y en materia civil, por ser estas las ramas más importantes y porque expresamente las consagra este artículo en sus párrafos tercero y cuarto.

El párrafo tercero de este artículo marca una prohibición para la aplicación analógica de la ley penal, esto indiscutiblemente se debe al innegable principio de derecho penal que reza así: nullum crimen, nulla poena sine lege, lo que equivale a decir que no hay más delitos que aquellos que definen y castigan como tales las leyes y además que no hay más penas que las señaladas por ellas mismas. Por lo tanto, nadie podrá ser castigado sino por los hechos que la ley haya definido como delictuosos, ni con otras penas que las marcadas en el texto legal.

Con toda claridad establece este artículo que es la ley la única fuente de derecho pena, y cabe aquí agregar, que las leyes penales son las únicas que carecen de lagunas, y esto da lugar precisamente a la prohibición de aplicar penas por simple analogía y aún por mayoría de razón.

Pero claro es que la ley penal de todos modos tiene que interpretarse, ya que la prohibición del artículo 14, sólo es una forma de expresión, relativa únicamente a la integración. Los códigos penales conceden al juez la facultad conocida como arbitrio judicial, en virtud de la cual, tiene éste libertad para actuar dentro de cierto margen, tomando en cuenta las circunstancias especiales de los hechos.

El párrafo cuarto del mencionado precepto Constitucional es el que se refiere a los juicios del orden civil, pero que, como hemos podido darnos cuenta, adolece del defecto de no referirse más que a la sentencia; esto afortunadamente no tiene mayor importancia porque se completa con lo dispuesto por el artículo 19 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales que dice lo siguiente: "Las controversias judiciales del orden civil, deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica; a falta de ley se resolverán conforme a los principios generales del derecho.

Si hacemos el examen comparativo entre el artículo 19 del Código Civil y el inciso cuarto del 14 Constitucional, encontra-

mos una igualdad existente entre ambos.

Cuando nos dice la Constitución que las sentencias del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley, quiere decir que el Juez está obligado a resolver de acuerdo exactamente a la letra de ésta, si se le brinda la solución buscada, pero cuando el sentido de la ley es dudoso, puede recurrir a la interpretación jurídica que comprende la histórica, la lógica y la sistemática.

Todas las leyes de nuestro derecho, como todas las leyes del mundo, no creo que puedan decirse interpretadas, sino después de haber desentrañado y entendido su verdadero sentido.



BIBLIOTECA
CENTRAL

EL JUEZ Y LA LEY INJUSTA

¿Debe cumplirse una ley injusta cuya validez formal es indiscutible o debe atenderse más al valor intrínseco de la justicia aun cuando el incumplimiento de la norma constituya una violación al orden positivo?

El hecho de que las normas jurídicas no logren la justicia y que inclusive constituyan un fracaso filosófico, ha dado lugar a un conflicto entre su imperatividad y las consecuencias que su aplicación pueda traer consigo.

Con respecto a este problema Stammler dice: "Este conflicto no se podrá llegar a resolver nunca plenamente. El derecho imperativo no puede dejar de ser inviolable mientras se halle en vigor y, por otra parte, sus normas no son más que un medio al servicio de la idea del derecho".

La profunda filosofía griega, honda en los problemas que la injusticia de las leyes contienen, nos muestra cómo no basta la validez formal de una ley, porque por encima de ella está el valor mismo que debe entrañar.

Como ejemplo a lo que decimos, recordamos el caso de Antígona cuando se rebela contra los mandatos de la ley que prohibía dar sepultura a su hermano. Muerto éste en la contienda fratricida, Creonte prohibió darle sepultura como castigo a su

gal, y dijimos que para llevarla a efecto puede valerse de todos los medios posibles. Pues bien, el juez ya interpretó y tiene que actuar después de comprender que se encuentra ante una ley injusta. ¿Cuál debe ser su actitud en ese caso concreto..... ¿aplicarla?..... ¿violarla o renunciar? En los dos casos primeros que son los que más nos importan, se encuentra el juez frente al problema del Ser y del Deber Ser del derecho.

Si la aplica y cumple con el ordenamiento positivo, comete una injusticia, él, que precisamente se supone que está en ese puesto para hacer respetar a la justicia, cargo que ha sido depositado en sus manos por sus conocimientos y su reconocida calidad moral.

Si la viola y pasa sobre ella, está cometiendo una ilegalidad, él, que precisamente está en ese puesto para aplicar la ley y darla a respetar, cargo que le ha sido conferido por sus conocimientos y por su amplia observancia hacia los preceptos legales.

Si después de haber sostenido una lucha entre el Ser y Deber Ser, no puede ni manchar la justicia, ni tampoco manchar la ley y se decide a renunciar mejor que a pasar sobre cualquiera de ellas, se declara incapacitado defraudando a la sociedad que ha depositado su confianza en él, cosa que tampoco puede parecerle bien.

Pero al juez no solamente se plantean las injusticias que contienen las leyes, sino también las injusticias de los hombres que no tienen sentimientos y que justifican su actitud amparados por un precepto que a todas luces se puede llamar justo. Creo que ésto lo podré explicar mejor planteando un problema y haciendo una pregunta.

Ciertamente es muy justo que aquel que da rentada una casa reciba en la forma establecida por el contrato el precio económico por el que la ha rentado; pero si el propietario de

traición a la patria. Antígona pasa sobre esa ley y lo sepulta; es sorprendida y llevada ante Creonte, que le pregunta si desconocía los dictados de esa ley. Ella confiesa conocerlos, pero considerándolos injustos, actúa obedeciendo a los mandatos divinos que no están escritos pero que han existido siempre; los dictados de la ley, dice: "son palabras percederas del hombre contrarias a los mandatos de los dioses, que llevamos gravadas en nuestro corazón".

Dentro de las leyes injustas, pero como caso contrario al de Antígona, podemos citar el de la muerte de Sócrates.

La vida y muerte de Sócrates han sido en la historia, el ejemplo más grande de fidelidad a la ley. El filósofo tiene la oportunidad de escapar a la ejecución de una ley injusta, pero prefiere, inspirado por un sentimiento no menos justo, mantener la estructura jurídica existente. Sócrates no desconoce la injusticia de la sentencia que lo condena a tomar la cicuta, pero no por ello pretende escapar a la ley en que fundan su condena los jueces.

Sócrates dialoga consigo mismo como si estuviera hablando con la ley y dice: "Si faltas a las leyes, no harás tu causa, ni la de ninguno de los tuyos ni mejor, ni más santa..... pero si mueres, víctima de la injusticia, no de las leyes, sino de los hombres en lugar de que si sales de aquí vergonzosamente volviendo injusticia por injusticia y mal por mal, faltarás al pacto que te liga a mí, dañarás a una porción de gentes que no debían esperar eso de tí, te dañarás a si mismo, a tus amigos y a la patria.

Giorgio del Vecchio, tratadista italiano dice en su libro de **Filosofía del Derecho**: "Sólo un ciego dogmatismo, podría impedir el reconocimiento de que existen injusticias en la historia jurídica de la humanidad. Pero el Derecho Natural sin embargo, subsiste inmutado e inmutable en su esfera y así "brilla" con

su esplendor "insólito" como dijo Rosmini cuando es violado en los hechos o contradicho por el Derecho Positivo".

En esta cita de Del Vecchio quedan comprendidos los dos casos citados, el de Sócrates y el de Antígona, y todos aquellos a los que ha tenido que aplicarse una ley injusta. Encierra también todas las equivocaciones en que ha caído el derecho positivo a través de la historia, cuando se ha basado para su formación exclusivamente en las realidades contemporáneas. Ya en páginas anteriores hemos recordado que la esclavitud era permitida y legalmente autorizada en Grecia, en Roma y en muchas otras naciones, y..... ¿es justo que hayan existido esclavos?..... A esta pregunta formulada en nuestros días, un sencillo no sería su categórica respuesta, y si alguien insistiera en sostener lo contrario, su argumento se derrumbaría solo por el inmenso peso de su error.

Para que una norma cumpla plenamente su verdadero destino, que no es otro sino regir sabiamente la vida humana, debe tener no sólo un hecho formal, sino un valor intrínseco, no sólo debe ser jurídica, si no también debe ser justa.

Ciertamente la injusticia contenida en una ley no la hace menos válida formalmente, aún cuando a lo justo legal se oponga lo justo absoluto, la norma no deja por eso de tener valor: es decir, el hecho de no concordar con el ideal no invalida al precepto jurídico, pues una ley que debidamente elaborada ha sido puesta en vigor, ha reunido todos los requisitos indispensables para tener auténtico valor jurídico.

Las leyes injustas, como derecho que son, deben ser estimadas y respetadas en atención a su juridicidad.

Pero,..... ¿Cuál debe ser la actitud del juez con relación a la ley injusta.....?

Ya anteriormente hablamos sobre la interpretación de las normas, haciendo hincapié en la interpretación del precepto le-

gal, y dijimos que para llevarla a efecto puede valerse de todos los medios posibles. Pues bien, el juez ya interpretó y tiene que actuar después de comprender que se encuentra ante una ley injusta. ¿Cuál debe ser su actitud en ese caso concreto..... ¿aplicarla?..... ¿violarla o renunciar? En los dos casos primeros que son los que más nos importan, se encuentra el juez frente al problema del Ser y del Deber Ser del derecho.

Si la aplica y cumple con el ordenamiento positivo, comete una injusticia, él, que precisamente se supone que está en ese puesto para hacer respetar a la justicia, cargo que ha sido depositado en sus manos por sus conocimientos y su reconocida calidad moral.

Si la viola y pasa sobre ella, está cometiendo una ilegalidad, él, que precisamente está en ese puesto para aplicar la ley y darla a respetar, cargo que le ha sido conferido por sus conocimientos y por su amplia observancia hacia los preceptos legales.

Si después de haber sostenido una lucha entre el Ser y Deber Ser, no puede ni manchar la justicia, ni tampoco manchar la ley y se decide a renunciar mejor que a pasar sobre cualquiera de ellas, se declara incapacitado defraudando a la sociedad que ha depositado su confianza en él, cosa que tampoco puede parecerle bien.

Pero al juez no solamente se plantean las injusticias que contienen las leyes, sino también las injusticias de los hombres que no tienen sentimientos y que justifican su actitud amparados por un precepto que a todas luces se puede llamar justo. Creo que ésto lo podré explicar mejor planteando un problema y haciendo una pregunta.

Ciertamente es muy justo que aquel que da rentada una casa reciba en la forma establecida por el contrato el precio económico por el que la ha rentado; pero si el propietario de

ella es millonario y el que la tiene alquilada es un pobre hombre agobiado por la adversidad, sobre cuyos hombros pesa la carga de una familia en donde hay niños enfermos y ancianos inútiles, y a este pobre hombre se le hace imposible cumplir con el pago del alquiler de dicha casa. ¿Cómo debe actuar el juez si ante su conocimiento se expone una demanda fundada en el justo precepto legal.....? ¿Debe fallar ordenando el lanzamiento de esa infeliz gente.

Si al juez ante la ley injusta no le queda más remedio que aplicarla, ni más camino a seguir que el que le ha trazado la legislación, nada se diga ya de esta otra situación que hemos planteado ahora.

Al juez le está vedada la transformación de las injusticias, para él debe ser más importante que la seguridad garantice el mantenimiento de la sociedad, que el desplazamiento de la ley por consideraciones éticas.

La ley injusta ya se derrumbará por sí sola y para su sustitución se elaborará otra que sí se apegue a la justicia o al menos que no esté en riña con este ideal.

El maestro García Maynez nos habla del peligro que puede traer el radicalismo de la imposición de un orden que no tiene justificación ética; lleva a los pueblos a la resistencia y aun a la revolución.

"Es posible —dice— que en una sociedad injustamente organizada impere el orden; el Poder logrará quizás imponerlo momentáneamente; pero la paz aparente, fundada en el temor, y el orden impuesto por la fuerza, tendrán vida muy efímera. El conflicto entre justicia y seguridad jurídica, se da siempre dentro de ciertos límites muy cercanos entre sí. Cuando un poder arbitrario intente traspasarlos y crear un estado de seguridad sobre los cimientos de un derecho injusto, la seguridad desaparece, la ley mala es violada, y la resistencia se organiza pa-

ra culminar en casos extremos con la revolución y la ruptura violenta de una situación insostenible. Lo que se afirma en relación con todo un sistema jurídico, puede decirse en relación con cualquier norma aislada. La autoridad es capaz de aplicar coactivamente una ley injusta; pero si la injusticia va más allá de cierto límite, sus destinatarios se resisten a cumplirla, y la violan sistemáticamente”.

Formalmente está justificada la conducta del juez que actúa de acuerdo con la ley injusta; filosóficamente su conducta no tiene justificación.

CAPITULO CUARTO

- 1.—Las Lagunas de la Ley.
- 2.—Método de Integrar la Laguna.
- 3.—Libre Albedrío del Juez.

LAS LAGUNAS DE LA LEY

"La ilusión de que el legislador puede preverlo todo se ha desvanecido".

Es sabido de todos aquellos que se dedican al estudio del derecho o que tienen alguna relación con él, que en muchas ocasiones la ley presenta vacíos, presenta lagunas, que no son más que la imprevisión por parte del legislador de casos que pueden presentarse en la vida real.

Todo ordenamiento jurídico contiene innegablemente un conjunto de vacíos, de obscuridades y contradicciones que la técnica jurídica se encarga de colmar, porque así lo exige la esencia misma del derecho. Estos huecos son precisamente los que conocemos con el nombre de lagunas de la ley.

Si se emplea una expresión sencilla, en este sentido podemos decir que por laguna se entiende algo que falta en la ley, no en el derecho, puesto que en el derecho, no creemos que de ninguna manera pueda existir algún vacío.

A pesar de la auténtica existencia de las mencionadas lagunas, es defendidos en nuestros días por muchos autores, el principio de la plenitud hermética del orden jurídico; tal afirmación se traduce en sostener que dentro de un ordenamiento jurídico determinado, siempre existe una norma formulada o im-

plícita que permita dar una resolución jurisdiccional a cualquier controversia que se presente, y en consecuencia de esto, jamás debe el juzgador rehusar el conocimiento y la resolución de ningún caso que se le someta.

Esta corriente es sostenida por Zitelmann, Donati y Cossio, son ellos los que niegan la existencia de las lagunas en la ley. Nosotros no podemos negarle a la exposición que hacen defendiendo su punto, que es brillante, sobre todo la tesis de Zitelmann.

Después de hacer una precisa exposición argumenta Zitelmann: "En resumen; en los casos en que generalmente se habla de lagunas, se trata en realidad de que falta en la ley para determinar los hechos, una regulación jurídica diferente de la norma general. Y cuando se habla de suplir lagunas, quiere con ello decirse que el juez rompe aquella regla general para estos hechos especiales y les aplica un precepto jurídico nuevo, la mayoría de las veces desarrollando otras reglas especiales ya existentes". En conclusión podemos decir que para Ernesto Zitelmann: "Una laguna en el sentido de que el juez no puede fallar, no existe, puesto que si el juez se encuentra con que la ordenación jurídica no ha atribuido al hecho más determinados efectos, ya tiene el juez ahí una posible decisión que es la de negar dichos efectos".

El italiano Donato Donati en su obra "Il problema della lacune dell'ordenamiento giuridico", explica el problema de ellas diciéndonos que no admite distinción entre lagunas de las leyes y lagunas del ordenamiento jurídico "pues decir lo uno es decir lo otro y viceversa puesto que una vez afirmada la existencia de lagunas en la legislación, ya no es más posible ponerse la cuestión de si existen lagunas en el ordenamiento jurídico: La existencia de éstas ya está afirmada al afirmarse la existencia de las lagunas en la legislación".

El autor argentino Carlos Cossio en su obra "La Plenitud

del Ordenamiento Jurídico, expone la teoría del apriorismo filosófico por medio del cual trata de explicar el problema de las lagunas. Claramente Cossio nos dice que él sostiene la misma tesis de Zitelmann y de Donati, porque también él considera que no hay lagunas en el ordenamiento jurídico.

Dice Cossio que no pueden existir esos vacíos en el derecho porque "el juez debe juzgar siempre porque es juez, es decir, porque esa es su antología, y no por ninguna otra causa", en otros términos, Cossio considera al juez como un "tramo de la estructura total del ordenamiento....."

Vemos, pues, que para Cossio tampoco existen las lagunas, ni en el derecho ni en la ley. Así este autor afirma "El Derecho como un todo no es la mera suma o yuxtaposición de normas; y únicamente si la ley fuera miembro de una suma puede causar en buena lógica la noción de lagunas en el derecho. El derecho como un todo, además de la suma de normas es la estructura que las totaliza en una unidad y como cualquier todo empírico no tiene una realidad separable de cualquiera de aquéllas".

Zitelmann, Donato y Cossio se declaran en sus teorías como adoradores de la ley, no ven a ésta como un producto de la legislación y a la legislación como obra humana susceptible de errores, sino que por el contrario, extreman su defensa al grado de confundir a la ley con el derecho. El error de ellos consiste precisamente en llegar al extremo de asegurar que desde el momento que el derecho no tiene lagunas, tampoco las puede tener la ley. Más claro, involucran en la ley toda la plenitud del derecho, confundiéndolos como una misma cosa.

Todavía más cerrada que las teorías anteriormente expuestas sobre la negación de las lagunas, es la de Hans Kelsen, puesto que este autor para negar su existencia se basa en el principio que dice LO QUE NO ESTA PROHIBIDO ESTA PERMITIDO. Kelsen afirma la carencia de estos vacíos diciendo que sólo exis-

tirían al encontrarse el juez en la situación de no poder resolver un litigio, cosa que, a su parecer, es imposible en la época actual, dado a que todos los casos posibles han sido previstos por el legislador. Agrega Kelsen que el juez no tiene más que dos caminos, que son: o bien estimar o bien rechazar la demanda. Si encuentra el juez fundamento para resolver el conflicto en la ley, la aceptará, y en el caso de que no haya manera de resolver la controversia, el juez no tendrá más remedio que rechazar la demanda.

Nosotros creemos que este autor se inspira en una base falsa para negar la existencia de las lagunas, porque ese principio no es un precepto positivo no es una disposición dotada de validez formal, es decir, que por no estar consagrado como precepto positivo, sólo podría aplicarse en ausencia de ellos, o dicho mejor, para que pudiera ser aplicable el mencionado principio, se necesitaría que no existiera la disposición expresa, y esto vendría equivaliendo precisamente a aceptar la realidad de las lagunas existentes en la legislación.

Es más, a este principio que no es sino uno de los generales del derecho, solamente puede recurrir el juez después de haber agotado todos los otros medios posibles para llenar el hueco que el legislador ha dejado.

Con ideas distintas a las de los autores que antes hemos mencionado, Legaz Lacambra, García Maynez y Recasens Siches, sí admiten la posibilidad de encontrar las lagunas en el derecho legislado y en el consuetudinario, pero nunca en la totalidad del Derecho.

Nosotros pensamos con estos últimos autores, que la laguna sí existe en la ley, porque por perfecta que sea, humanamente es imposible que abarque todos los casos que puedan presentarse; nosotros también creemos que dentro del derecho, concibiendo a este como el TODO no puede de ninguna manera hablarse lagunas.

La ley no es más que una de las manifestaciones de esto seguramente la mejor de todas, pero el que sea la mejor no quiere decir qué sea completa, y menos aún que sea la única, pues cuando ella en su camino ha dejado un hueco, otra sale a cubrirlo.

La verdad es que este problema es muy serio y sí se presenta ante el juez cuando no encuentra, precisamente porque no la hay, una regulación expresa para poder resolver el caso concreto planteado a su conocimiento.

METODO DE INTEGRAR LA LAGUNA

El legislador mismo ha reconocido lo incompleto de su obra; los innegables vacíos que sus leyes contienen, lo han llevado muchas veces a manifestarlo expresamente, facultando al juez a decidir según los principios generales del derecho o según la equidad, que es precisamente la justicia aplicada a su caso concreto.

Hemos aceptado la existencia de las lagunas dentro de la legislación. Es decir, dentro del material que la constituye y que está formado por leyes, reglamentos, decretos, etc., pero, ¿por qué aceptamos la existencia de ellas dentro de la ley? Porque es imposible poder negarla ante la evidencia y, porque naturalmente el legislador no puede prever todas las situaciones que en la vida lleguen a presentarse dentro de las relaciones sociales, en virtud de la evolución que sufre la sociedad en sus diversos aspectos, como son el arte, la industria, la ciencia, el comercio, que cambian en una forma continua las maneras de apreciar una determinada situación y que así mismo hacen hacer variar las soluciones que se pueden dar. Como consecuencia de esto el legislador no puede preverlo todo y de la imprevisión que ha sufrido no se le puede culpar por las mismas razones expuestas.

Pero bien, ¿por qué aceptamos las lagunas en la ley y no las del Derecho? Porque, como ya hemos dicho, el Derecho es el todo, y la ley es solamente una de sus manifestaciones. Al decir todo, quiero expresar el sustratum de lo que ha existido y existirá siempre dentro del amplísimo campo de la ciencia jurídica; lo considero a través del tiempo, del espacio, de los diferentes pueblos, razas, civilizaciones y culturas de la humanidad. Lo creo ley, costumbre, jurisprudencia, doctrina, equidad y juez. Lo considero como la demostración más grande y como a la única ciencia capaz de acercarse y de interpretar mejor el ideal de la justicia. Y como de esta manera concibo la idea del derecho, no puedo aceptar ninguna laguna dentro de su plenitud.

Ahora bien, si la Ley, llámese Constitución Política, Código Civil, Penal o de Procedimientos; Ley Federal del Trabajo, Reglamento de Tránsito, etc. etc., garantiza la armonía social protegiendo la vida, el honor, la propiedad; otorgando derechos y marcando obligaciones, en una palabra, siendo el timón que guía la conducta de los hombres, a veces presenta vacíos o se manifiesta obscura, entonces se plantea el problema. ¿Cómo llenar el vacío.....? ¿Cómo esclarecer el punto dudoso? En ayuda de lo segundo acude la interpretación, pero, de lo primero ¿Qué?

Muchas soluciones se han dado al caso y mucho se ha dicho sobre el particular.

Como ya vimos, hay autores que pretenden dar un carpeazo al asunto concreto no previsto en la ley, diciendo que lo que no está prohibido está permitido. Esta solución es inadmisibles, porque si se presenta un caso que no está prohibido, pero que tampoco se puede juzgar permitido, basándose en dicho principio lo único que se hace, en vez de ponerse a estudiarlo, es tranquilamente rechazar la demanda.

Los procedimientos de integración que se siguen en casi todos los países del mundo, consisten principalmente en la uti-

lización de los siguientes elementos: Los principios generales del derecho, la costumbre, la jurisprudencia y la analogía.

Consideremos estos elementos.

El artículo 14 de la Constitución y el ya varias veces citado artículo 19 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales, remiten al juez cuando éste se encuentre frente a un caso no previsto en la ley, a resolverlo conforme a los principios generales del derecho.

En el capítulo segundo de este trabajo hemos hablado sobre dichos principios y estudiado hasta donde nos ha sido posible las corrientes que sobre ellos existen.

Ahora que hablamos de la forma de integrar la laguna dejada por la ley, repetimos que el deber del juez es estudiar y tratar de encontrar la anhelada solución dentro de los principios generales del derecho, y, ¿qué mejor solución que la inspirada en la equidad? No olvidemos que desde la antigüedad era el hombre equitativo al que se le consideraba capaz de resolver los casos no previstos en la ley.

Nosotros creemos que si la equidad es el más justo de los principios generales, es el principio indicado para colmar la laguna.

Es verdaderamente lamentable que en nuestro derecho positivo apenas si se trate sobre la equidad. El artículo 16 de la Ley Federal del Trabajo es el único que la menciona expresamente, diciendo: "Los casos no previstos en la presente Ley o sus Reglamentos, se resolverán de acuerdo con la costumbre o el uso y, en su defecto, por los principios que se deriven de esta Ley, por los del derecho común en cuanto no la contraríen y por la equidad".

Antes de pasar a hablar de la analogía como método de integración, veamos si el vacío no puede llenarlo la costumbre o la jurisprudencia.

El derecho consuetudinario es uno de los procedimientos que se pueden emplear para colmar las lagunas que ha dejado la ley por medio de la costumbre que sí prevea la situación por resolver; propiamente hablando se podría decir que la costumbre no es un procedimiento de integración, ya que la laguna supone la falta de una norma jurídica, y si analizamos, llegamos a la conclusión que tan norma jurídica es la dada por el derecho legislado como la que nos ofrece el derecho consuetudinario, ya que las dos forman parte de un mismo ordenamiento jurídico. En el caso de aplicarse ésta, lo que sucede es que una fuente supletoria (la costumbre), está auxiliando a una fuente normal (la ley).

El juez cuando se encuentra con un hueco que presentan las normas escritas, debe investigar si la costumbre no puede llenarlo.

Desgraciadamente en México, como en todos los países jóvenes, no existe tradición jurídica en el derecho consuetudinario. Esto como consecuencia lógica se debe a que son naciones recién formadas y que por lo mismo sería exigente querer encontrar demasiadas normas no escritas para pretender llenar todas las lagunas que presenta la ley, que viene siendo en estos lugares casi la única fuente bien documentada.

En los países anglosajones como son Inglaterra, y a pesar de su juventud los Estados Unidos, la costumbre conserva la primacía en el derecho privado, pudiendo inclusive darse casos contrarios, al nuestro, es decir, que se acuda a una disposición legal para cubrir la laguna que presenta el derecho consuetudinario.

En países europeos donde la ley es la principal fuente de derecho, vemos sin embargo, que la costumbre ocupa un lugar muy relevante, lo que se debe sin temor a dudas, a que son países muy antiguos, y que naturalmente tienen una gran tradición jurídica.

El caso de los Estados Unidos con respecto a la costumbre

es muy especial, porque al igual que los países Latino Americanos, es muy joven; pero eso se debe a que sus principales pobladores fueron ingleses, y esta raza es, ciento por ciento, conservadora de su tradición.

Jurídicamente hablando, lo ideal sería que las lagunas pudieran ser colmadas con la costumbre, ya que en esa forma se llenarían con una norma del derecho vigente. Si desafortunadamente ésta no logra tapar el vacío, entonces el juez tendrá que recurrir a otros medios de integración.

Después de haber hecho hincapié en la costumbre y no encontrar la manera de solucionar el caso no previsto en la ley, debe el juez estudiar detenidamente la jurisprudencia, tal vez ésta ya pueda ofrecerle la solución buscada, porque no olvidemos que el conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los Tribunales es lo que la forma.

Si en las reiteradas decisiones de los Tribunales, tampoco encuentra el juzgador la resolución aplicable al caso, entonces no le queda más remedio que buscarla analógicamente.

La analogía se presenta cuando un punto determinado coincide con otro, concluyendo que al ser semejantes deben presentarse singularmente estudiadas, notas comunes entre sí.

La analogía nos habla de una identidad parcial, y en virtud de ésto podemos decir que dos objetos son análogos cuando presentan ciertas notas comunes; en cambio, diremos que dos objetos son idénticos cuando todas sus notas coinciden. Si trasladamos las ideas anteriores al derecho, veremos que la analogía no se puede presentar como analogía de supuestos y como analogía de suposiciones; esto es porque un supuesto legal consta de un supuesto jurídico y de una suposición, el supuesto viene a ser la hipótesis de que se presente un determinado caso concreto y la suposición será aquella que exprese las consecuencias normativas que produzca el supuesto. Así es, pues,

que para hablar de analogía en derecho, no basta que ésta se refiera a un solo elemento del precepto jurídico, sino que tanto el supuesto como la disposición deben ser análogas.

La aplicación analógica en derecho debe partir de las situaciones jurídicas análogas, una prevista y otra no, sacando como consecuencia que si, por ejemplo la situación A es análoga a la situación B, aquélla debe tener la misma resolución que ésta. En muchas ocasiones se dice que la norma que rige al caso previsto se aplica analógicamente al caso no previsto, sin embargo, es impropia la forma de expresar la analogía jurídica, en virtud de que lo que se aplica al caso no previsto, no es el precepto legal del caso previsto, sino viene a ser una norma completamente nueva que es por consiguiente un supuesto jurídico diverso.

Este método de integración, según los estudios que se han hecho de él, no corresponde por completo a un método lógico, sino que también en él intervienen juicios valorativos.

En un caso concreto, además de tomar en cuenta las características que podríamos llamar lógicas de la analogía, también debe de existir un juicio valorativo que consiste en ver si se justifica la aplicación de una regla a un caso no previsto y si existen razones iguales para resolver aplicarla.

El resolver que dos hechos deben producir las mismas consecuencias de derecho, no es tocar un problema lógico, sino más bien axiológico, ya que se tiene que hacer un juicio valorativo de ellos.

La analogía es importante para llenar algunos de los vacíos que la ley a dejado, porque sólo es aplicable a los casos semejantes previstos en el ordenamiento jurídico, es como nos dice García Maynez, un medio que va de lo particular a lo particular análogo y que por lo tanto carece de la fuerza probatoria del sologismo.

Es la analogía un método bastante eficaz para llenar las lagunas; este método garantiza más la seguridad jurídica, pero, como hemos visto, no puede aplicarse en todos los casos.

Hemos estudiado aunque solamente haya sido a grandes rasgos todos los medios posibles que existen para llenar las lagunas.

El buen juez siempre encontrará dentro de ellos la manera de fallar justamente.

LIBRE ALBEDRIO DEL JUEZ

La palabra Juez viene del latín Judex: de judicare, que quiere decir juzgar, y esta expresión se da a la función del derecho a través de un fallo.

Juez, ampliamente hablando, es todo aquel que administra justicia, pero los que lo hacen en tribunales de mayor jerarquía se conocen con el nombre de Magistrados o Ministros.

Nuestra ley establece que para ser juez se necesita primero, ser mexicano por nacimiento, en ejercicio de sus derechos civiles y políticos; segundo, no tener más de sesenta y cinco años, ni menos de treinta el día de la elección; tercero, ser abogado, con título expedido por la Facultad de Derecho dependiente de la Universidad Nacional Autónoma de México, o de demás escuelas de Derecho legalmente autorizadas, cuyos planes de estudio coincidan a la letra con el de la Universidad; cuarto, acreditar cuando menos cinco años de práctica profesional, que se contarán desde la fecha de la expedición del título; quinto, ser de notoria moralidad; y sexto, no haber sido nunca condenado por sentencia ejecutoria dictada por los tribunales.

Nosotros creemos que el juez debe ser de reconocida calidad moral, de recto criterio y profundo conocedor de la ley. El papel que realiza es delicadísimo, no solamente tiene que comprender el sentido de la norma, no es simple aplicador de la ley, sino que también es creador cuando tiene forzosamente que resolver un caso concreto que se ha planteado a su conocimiento y que la ley no ha previsto.

Cuando la ley sí le ha marcado el camino a seguir el juez no debe de desviarlo por ningún motivo, aunque su fallo le duela en carne propia. El ejemplo personificado de este tipo de juez lo tuvo Irlanda en Jaime Lynch. Hay en uno de los muros de la iglesia de San Nicolás de la vieja ciudad de Galway, una lápida que lleva inscrita la siguiente leyenda: "Memoria de la estricta e inflexible justicia del primer magistrado de esta ciudad, Jaime Lynch Fitzstephen, elegido alcalde en el año del Señor de 1493, que condenó y ejecutó en este lugar a su hijo Walter, convencido de su crimen".

Jaime Lynch tenía un hijo que amaba entrañablemente, pero que distaba mucho de parecerse a su padre, sino que era audaz y libertino, pendenciero y enamorado. En cierta ocasión, el muchacho riñó con un soldado español, resultando muerto éste de una puñalada en el corazón. El hijo de Lynch fué detenido y conducido frente a su padre. Todo Galway conmovióse al saber el caso. ¿Qué haría Lynch.....? ¿Condenaría a su propio hijo?

El viejo alcalde se sentó en su sitial, oyó a los testigos y después de discutir la pena con los síndicos de la ciudad, habló de esta manera al pueblo reunido en la Casa del Consejo: "Soy padre y soy juez. Y si como padre no dejaría sin pena el delito de mi hijo, menos como juez. Por lo tanto, en nombre de la justicia condeno a mi hijo a la horca por homicidio".

Jaime Lynch vivió todavía muchos años más desempeñando con inflexible justicia el cargo de alcalde de la ciudad. Cuan-

do murió, murió, tranquilamente amado y llorado por todo su pueblo.

No cabe duda, —Dura Lex, sed Lex— la ley es dura, pero es la ley.

Como vimos, este caso es de derecho penal; bien, hablemos de la actitud de los jueces en esta materia.

Ya en páginas anteriores hemos anotado que afortunadamente la ley penal es la única que carece de lagunas. El principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, equivale a decir que no hay más delitos que aquellos que definen y castigan como tales las leyes, y que no hay más penas que las señaladas por las mismas leyes. En esta materia el trabajo del juez, se reduce a interpretar y a aplicar la ley, no puede por ningún motivo ser creador. El párrafo tercero del artículo 14 Constitucional hemos visto que traza la medida de los pasos del juez penal en los términos siguientes: "En los juicios de orden criminal, queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata".

Los Códigos Penales nos hablan de los agravantes y de los atenuantes que debe de considerar el juez antes de dictar su sentencia. Además de la prohibición del razonamiento analógico en derecho penal, se considera también que en esta ley se encuentran otros dos principios que son: a.— En caso de obscuridad en la ley, debe interpretarse en la forma más favorable para el acusado y, b.— La interpretación extensiva sólo es lícita en aquellos casos en que favorezca al acusado.

Ahora bien, en casi todos los Códigos Penales modernos se acepta, en mayor o menor grado, el arbitrio judicial, que permite al juez dentro de un cierto margen, tener libertad de movimientos para poder darse cuenta de las circunstancias especiales que hayan rodeado al hecho delictuoso.

De este arbitrio judicial quiero ocuparme ahora. Entiendo yo, que si el juez es una persona que reúna todas las cualidades de las que hemos hablado, o en otras palabras, es un juez como debe ser; se le deben conceder amplias facultades, para que, con su recto criterio juzgue y falle justamente después de tener la seguridad que su sentencia es como debe haber sido. Esto no quiere decir que su libertad sea absoluta, no, pues no podrá salirse nunca al margen de la ley penal, lo que quiero explicar es que se le debe dejar actuar con toda libertad, cuando se trata de atenuar o de agravar la pena según las circunstancias del caso, de los antecedentes del delincuente y de los de la víctima.

Pero veamos, dentro del derecho privado cuándo se ha presentado una laguna. ¿Cómo debe actuar el juez?..... ¿Se le debe autorizar libre albedrío?

Aunque ya hayamos citado anteriormente el párrafo cuarto del artículo 14 de nuestra Carta Magna y el artículo 19 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales, tendremos necesidad, para poder pasar adelante, de volverlos a transcribir.

El primero dice: "En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la intervención jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho". La primera parte de este párrafo marca al juez la manera cómo debe resolver, aunque, como hemos dicho anteriormente, adolece del defecto de no referirse, sino únicamente a la sentencia. Esto no tiene mayor importancia porque vemos que el artículo 19 del Código Civil lo completa en los siguientes términos: "Las controversias judiciales del orden civil, deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica; a falta de ley, se resolverán conforme a los principios generales del derecho".

Tanto el precepto Constitucional como el del Código Civil, cuando dicen que estas controversias deberán resolverse con-

forme a la letra de la ley, no dejan al juez ningún campo de movimiento: pero al agregar que a falta de ésta, se resolverán conforme a los principios generales, verdaderamente están autorizando el arbitrio judicial, porque aunque de la interpretación de esos artículos se deduzca que el juez no podrá salirse de ellos, no aclara cuál es el más indicado para aplicarse, ni en qué consiste, ni cómo debe entenderse.

Nosotros creemos que está muy bien que cuando la ley brinde la solución, se ordene al juez no separarse de ella, aunque ésta sea injusta; pero cuando se presenta una laguna, se debe dejar al juez libre albedrío para resolver. Naturalmente, repito, el juez debe ser una persona limpia y digna de considerarse como administrador de justicia, debe ser inflexible, pero si alguna vez llegara a doblar la vara de la justicia, que no sea nunca por la dádiva, sino por la misericordia.

CAPITULO QUINTO.

- 1.— Breve historia de la Abogacía.
- 2.— Formación moral y Jurídica del Abogado.
- 3.— Colaboración del Abogado en el campo del Derecho.

BREVE HISTORIA DE LA ABOGACIA

Como es necesario que todo tema para ser tratado se empiece por recordar sus antecedentes históricos, por lo mismo, antes de pasar a hablar sobre la formación moral y jurídica del abogado, quiero explicar, aunque sea a grandes rasgos, la evolución de la abogacía a través del tiempo.

Hablaré primeramente sobre el abogado griego, porque es precisamente en Grecia donde principia a manifestarse nuestra profesión.

La obra Divagaciones sobre la Abogacía de la que es autor el Licenciado Antonio Pérez Verdía nos dice: "De la remota Grecia sabemos que el abogado no tuvo las manifestaciones activas a que llega en Roma. Actuaba en la política y en función de orador; la elocuencia era su mayor dialéctica y el juicio debía llenarse con arengas concluyentes".

Pero no solamente en el orador empieza a manifestarse el abogado, sino también en el logógrafo como se denominaba entonces al que hacía su defensa por escrito.

Hay pues dos tendencias en la principiante abogacía, la de los oradores que convencen utilizando su palabra y la de los logógrafos que producen su defensa por escrito.

La política es el campo donde actúan los oradores, pues se dedicaban más a ella que a la defensa de los intereses privados. Los logógrafos defendían a través de sus escritos solamente las causas importantes, porque los derechos del ciudadano él mismo tenía que defenderlos, y de los pobres incapaces se encargaban los amigos.

Por la carencia de leyes positivas, el orador toma como arma su palabra para imponer la justicia, expone magníficamente el problema que apoya en la fuerza de los acontecimientos y su garganta de oro le da vida. El pueblo puede escuchar al orador y a los arcontes, pues estos eventos tenían lugar en la plaza pública.

Esta época llena bellísimas páginas en la historia de la elocuencia, porque aún en nuestros días y a pesar del daño que los imbéciles como Omar hayan causado a la humanidad, bien podemos apreciar en toda su esplendidez la inmensa persona de Pericles, de Cleón, de Critias, de Alcibiades, de Isócrates, de Demóstenes y de Temístocles.

La egregia figura de Solón surge también en esta misma luminosa época en que la oratoria florece. Solón, como ya hemos anotado en capítulo anterior, fué el gran legislador de Atenas; aquí solamente me resta decir de él, que no solamente legisló, sino que también tuvo grandes méritos como orador.

Quede dicho, pues, que en Grecia el ejercicio de la abogacía estaba reservado para los oradores, los que generalmente se dedicaban a asuntos políticos, ya que los negocios privados si tenían mayor importancia eran atendidos por los mismos interesados, y que el grupo formado por los llamados logógrafos solamente se encargaba de las causas grandes, las que argumentaban por medio de escritos.

En roma, naturalmente, tenía que ser en donde a medida que se va perfeccionando el conocimiento del derecho, se dis-

tingue a los jurisconsultos de los oradores.— Los jurisconsultos son los consultores y para los jueces los abogados son los oradores. Estas dos cualidades solían reunirse alguna veces en una misma persona.

Cuando hablamos de la doctrina en el capítulo que trata sobre las fuentes del derecho, hemos anotado la importancia que alcanzan los jurisconsultos dentro del derecho romano; a pesar de esto, cabe apuntar aquí lo que el licenciado Pérez Verdía dice al respecto: "los hombres de Estado se preparaban para su carrera, estudiando el derecho, que vino a ser, bien pronto, un poderoso medio para adquirir brillante reputación: pero los jurisconsultos no se ceñían a estudiar el derecho existente; por la naturaleza misma de sus ocupaciones fueron inducidos a desarrollarlo y reformarlo; consultados por los ciudadanos acerca de las transacciones civiles, les daban su parecer y redactaban las fórmulas, adquiriendo respetabilidad sus opiniones que, con su doctrina y las de los debates judiciales, formaban las fuentes que se denomina el *jus civile*".

Cuando el derecho romano ha adquirido su madurez, la personalidad del abogado se define con mayor claridad y se principian a determinar dos funciones del abogado actual, la del consultor y la del postulante. El primero emitía opiniones ya verbalmente o por escrito sobre las pretensiones del cliente, y el segundo dirigía el procedimiento encargándose de realizar un determinado número de actos procesales encaminados a un fin. Esto da por resultado la concretización del derecho romano.

Cicerón representa en Roma la historia de su siglo, es a él a quien puede llamarse el más grande jurisconsulto de su época. Cicerón nos enseña lo que era el ejercicio de la abogacía en su tiempo. Después de alcanzar merecida fama por las célebres causas que defendió, ocupó puestos de gran importancia, destacándose como Cónsul, y como tribuno es uno de los más brillantes de todos los tiempos.

Dice también el licenciado Antonio Pérez Verdía "Atenas y Roma fueron etapas luminosas de la abogacía de la antigüedad. Sus grandes exponentes, lo mismo Solón que Pericles y que Demóstenes en Grecia, que Cicerón, Ulpiano, Cayo y otros tantos en Roma, son los representativos de la noble profesión en su tiempo en su Patria; son los dioses mayores a quienes debemos recordar".

En España no encontramos antecedentes claramente definidos acerca del ejercicio de la abogacía, sino hasta las Siete Partidas, que es donde aparece un principio de reglamentación a dicho ejercicio profesional.

Al abogado en España también se le llamaba vocero, y en la Ley de las Siete Partidas se dice que su oficio es necesario para la buena decisión de los pleitos, puesto que la ciencia de las leyes es fuente de justicia como antes se dijera en la Instituta.

El Rey Alfonso X, por tal virtud, admitió el concurso de los abogados exclusivamente en defensa de los necesitados. De esta manera toma relevancia en España la perfección de abogado que casi estaba olvidada con el derrumbe del Imperio Romano.

Antes de que el rey sabio gobernara, claramente establecían las leyes que los interesados en los pleitos debían defenderse por sí mismos; exceptuando al Pater Familias, pues éste podía intervenir por cualquiera de los suyos, al patrón le permitían defender a su criado y al esposo a su esposa.

Aunque esto decía la ley, la aristocracia dispuso que los obispos, los prelados y las gentes ricas podían estar representadas en los litigios por procuradores, que aunque no fueran jurisconsultos, sí sabían algo de derecho.

Como se ve, en España, desde el momento en que se reglamenta en la Ley de las Siete Partidas el ejercicio de la abogacía considerándola como un elemento que sirve para el desenvolvimiento de la administración de justicia, se reconoce a través de

normas una de las características que actualmente determina el ejercicio profesional del abogado.

En México, el abogado no surge sino hasta la creación de la Real y Pontificia Universidad.

Aunque sin ningún título de abogado, llegan a nuestra patria, procedentes de España, a desempeñar el papel de defensores, Fray Toribio de Motolinia, Fray Bartolomé de las Casas y Pedro de Gante. Me parece muy justo hablar de ellos porque defienden a nuestros indios de manera única, no sólo ante las autoridades ya creadas, sino que su intervención llega hasta los mismos reyes españoles.

En el Imperio Azteca no se tienen noticias de la existencia de los abogados, pues los jueces daban sus resoluciones según la equidad, influenciados por las costumbres y el medio nacional.

Cuando se crea la Audiencia de México se hace necesario el abogado. Naturalmente durante los comienzos de la dominación, esta profesión es ejercitada exclusivamente por españoles; tiempo después, también los criollos pueden profesarla.

Los versados en derecho de su época, se inclinan más a la política, es decir, se inclinan más a la defensa de los intereses públicos que a la salvaguardia de los intereses privados.

Lo curioso es que todavía llega hasta nuestra patria la distinción romana entre el jurisconsulto y el abogado; este último es el que asiste a los tribunales, mientras que el primero dedica su actividad a la consulta.

Así va pasando la función del abogado en la vida colonial, hasta llegar al movimiento de Independencia, en el que toman parte algunos abogados mexicanos, cooperan en forma determinante en la Fundación de la Institución Republicana.

Consumada la Independencia, la actividad legislativa comienza a tener gran intensidad y como consecuencia lógica, la

actividad del abogado tiene mayor importancia, pues intervienen los abogados mexicanos como consultores y como políticos.

Con la consolidación de nuestras instituciones jurídicas se determina la actividad profesional tal y como la conocemos actualmente.

FORMACION MORAL Y JUDICIAL DEL ABOGADO

El verdadero abogado, además de ser conocedor perfecto de la ciencia jurídica, debe ser hombre de nobles sentimientos y bien definidos principios morales, pues, de modo contrario, sería un malvado en el ejercicio de su profesión.

Desgraciadamente la carrera de leyes es la que más se presta al lucro y por lo mismo los que la ejercen tienen mayores tentaciones que cualquier otro profesionista.

La gente que necesita los servicios profesionales de un abogado, al ir a buscar al señor que ostenta este título, deposita en él toda su confianza, pone en sus manos su patrimonio, su honor y, muchas veces, hasta su misma vida. Si desafortunadamente cayó en manos de un negligente o en las garras de un aprovechado sin escrúpulos, esta pobre gente está perdida. Por esto mismo, pienso, que para permitir el ejercicio profesional, debiera garantizarse, hasta donde los medios alcancen, la calidad moral del individuo.

El hombre recto que ha obtenido la licenciatura en derecho, es una garantía para la sociedad. Sus conocimientos, su responsabilidad y su rectitud salvaguardan plenamente los intereses que en su poder han depositado.

La importancia de la actitud del abogado en el manejo de los intereses privados es innegable. Así también lo es en el manejo de los intereses públicos, de la colectividad y de los intereses de la Patria.

El abogado casi siempre tiene madera de político y naturalmente es el profesionista más indicado a intervenir en la administración pública, ya como legislador, como juez o como gobernante. El que conoce las leyes es el más indicado para gobernar, porque gobernar es saber dirigir, y no se puede dirigir bien a un pueblo si se desconocen sus leyes. Tampoco concibo que se pueda legislar en toda la extensión de la palabra, si se carece del sentido de la ley. Y ya no se diga nada de la misión del Juez, que es precisamente la de saber administrar la justicia y la de aplicar la ley. Ahora bien, qué sería del país, si todos estos cargos estuvieran en manos de hombres sin escrúpulos?

El abogado chicanero es un real peligro para la sociedad, pues no solamente acepta patrocinar negocios sucios, sino que en el procedimiento se vale de toda su maldad tratando de sorprender a la autoridad para obtener un fallo favorable.

El abogado honorable no acepta, por ningún motivo, ser defensor de una causa injusta, aunque ésta revista caracteres distintos, y su obligación es hacerle ver a su cliente la verdad y tratar de disuadirlo por todos los medios posibles de ese pleito.

La Facultad de Derecho nos forma jurídicamente, pero moralmente no existe una escuela que nos haga, porque si bien es cierto que el buen ejemplo de nuestros maestros es una guía, también es innegable que el que nació malo, será siempre un abogado sin escrúpulos.

El maestro Rafael De Pina, en la página 48 de su obra **Temas de Derecho Procesal**, ha dicho lo siguiente: "La actividad del abogado tiene límites morales que no debe olvidar. Los detractores de la profesión confunden en una censura común a los abogados que saben mantenerse dentro de los límites y a los que los traspasan.

"El abogado tiene el deber de rechazar todo asunto que suponga una agresión injusta al Derecho y a la tranquilidad ajena. Hay que rechazar la opinión, que no puede fundarse más que en la inevitable realidad de algún caso particular, de que el abogado es el defensor de todas las causas, buenas o malas que se le ofrezcan, sin que se le reconozcan, según sea creencia, notoriamente injuriosa, la entereza moral de someter la aceptación de esos asuntos a una norma inquebrantable de moralidad.

La moralidad del abogado es una cualidad sin la que la profesión queda virtualmente desnaturalizada. Moral y técnica jurídica no son incompatibles; pero la moral debe ser la primera de las cualidades de quienes se consagran a la abogacía. Sin ella, el ejercicio de la abogacía degenera en una de las actividades profesionales más peligrosas y nocivas".

El escritor Reynaldo Temprano Azcona, ha redactado un decálogo de los abogados, que marca la verdadera línea de conducta que debe seguir todo Licenciado en Derecho:

- 1.—Nunca traspasarás los dictámenes de tu conciencia.
- 2.—No te rendirás ante la popularidad, ni adularás la tiranía.
- 3.—No finjas una seguridad de que careces.
- 4.—Recuerda siempre que tú eres para el cliente, no el cliente para tí.
- 5.—En estrados nunca sentirás ser más que el Magistrado, pero tampoco menos.
- 6.—Ten por cierto que la razón, aunque sea tarde, siempre prevalece.
- 7.—La equidad siempre debe anteponerse a la ley.
- 8.—Procurarás la paz como el mayor de los triunfos.
- 9.—Piensa detenidamente que el sentido común es el mejor de los códigos.
- 10.—Busca siempre la justicia por el camino de la integridad y sean las leyes solamente tus armas.

La Barra Mexicana —Colegio de Abogados—, elaboró un Código de Ética Profesional verdaderamente admirable, pues no solamente representa la aspiración de este organismo en la conducta que deben seguir sus agremiados, sino de todo aquél que ejerza la profesión de la abogacía: Las normas que postula ese Código deben ser las que guíen la conducta de todo aquél que ostente esta profesión, independientemente de sus ideas políticas, de sus creencias religiosas y de sus condiciones sociales y económicas.

“El abogado —dice este código— ha de tener presente que es un servidor del Derecho y un coadyuvante de la justicia; y que la esencia de su deber profesional es defender diligentemente y con estricto apego a las normas morales, los derechos de su cliente.

Además, marca puntos tan importantes y tan nobles que indiscutiblemente deben seguirse al pié de la letra; pide obrar con probidad y buena fé, prohíbe dar consejos útiles sobre actos dolosos, sobre la negación y la afirmación falsa y prohíbe que se ejecute el acto que pueda entorpecer la buena administración de justicia.

Trata también sobre el secreto profesional que es tan importante en cualquiera actividad humana. Al hablar de este punto dice que no sólo es un deber inviolable, sino un derecho del abogado. Es deber desde el momento en que la confianza del cliente lo obliga a guardar absoluta discreción, y en derecho porque ni aún por orden de la autoridad está obligado a hablar; puede persistir en la negativa antes que violar el secreto.

Agregado a todo esto, este Código procura la fraternidad y el respeto entre los compañeros de profesión.

Los principios éticos que encierran estas normas son indiscutibles; tienen como fin primordial la superación moral del abogado y el enaltecimiento de la profesión.

COLABORACION DEL ABOGADO EN EL CAMPO DEL DERECHO

La colaboración del abogado en el campo del derecho, en el sentido amplio de la palabra, es muy valiosa, pues como hemos visto anteriormente, colabora legislando, administrando justicia, haciendo estudios que vienen a formar la doctrina, etc.

Ahora bien, de la colaboración del abogado en lo que toca a la aplicación del derecho, se puede decir que para la buena marcha de la justicia en los asuntos muy complicados, se exige que el procedimiento judicial no sea llevado por los propios interesados o por gentes inexpertas que debido a su ignorancia dificultan más el desenvolvimiento del asunto.

Por este motivo, surge la necesidad de que en los asuntos jurídicos intervenga un técnico o un profesional del derecho. Naturalmente nadie mejor que un abogado puede llevar estos negocios.

La intervención del abogado hace más expedita la administración de la justicia, aconsejando a las partes, promoviendo instancias y siendo, en resúmen, un auténtico defensor de los intereses de los contendientes.

Este profesionista es un auxiliar de la justicia. Su carrera comprende las atribuciones de consultor, postulante y defensor; encamina el procedimiento y hace que se realice cierto número de actos procesales dirigidos hacia el logro rápido de un justo fin.

Al encargarse de la defensa de algunas causas, expone ante los tribunales, ya verbalmente o por escrito las pretensiones del cliente. Estas peticiones deben ser hechas con todo respeto y moderación, no solamente para el funcionario ante quien se actúa, sino para con la parte contraria. Debe también plantear con toda claridad los hechos.

El abogado es manifestado en todas sus formas como colaborador indispensable del Derecho.

CONCLUSIONES

Crear, en el amplio sentido de la palabra, es dar a la luz algo no conocido, sino hasta el momento mismo de su nacimiento.

La Ciencia Jurídica se creó a través del tiempo; ha vivido creando, pero aún no ha logrado dar su auténtica creación.

Lo verdaderamente justo es lo equitativo, es la igualdad. El hombre justo es el que encamina todos los actos de su vida a la realización del bien común. Es el hombre que no aspira a más de lo que en conciencia le corresponde.

La cultura del pueblo griego, que ha apasionado a todos los que la han estudiado y que todavía asombra al mundo, tiene la mancha de haber consentido y justificado la esclavitud.

Roma, que fué el Alma Mater de la Ciencia Jurídica, y teniendo esta ciencia como suprema aspiración la realización de lo justo, no pudo tampoco comprender que la esclavitud es injusta.

Ni Grecia con su Cultura, ni Roma con su Ciencia Jurídica, lograron la sólida cristalización de la justicia.

Siendo la justicia un valor absoluto, su existencia es independiente de cualquiera apreciación errónea que de ella se haga.

La Ciencia del Derecho, indudablemente está inspirada en el valor justicia.

Muchas normas del ordenamiento jurídico se identificarán con este valor, y entonces serán normas justas; otras serán contrarias a este ideal y se conocerán entonces como normas injustas.

El Ordenamiento Jurídico debe ser respetado de todas maneras, sea justo o no, puesto que es el único medio que garantiza la seguridad social.

Son fuentes de derecho todas aquellas causas de donde éste brota.

Desde el nacimiento del Código de Hammurabí que existió en Babilonia y que rigió por más de mil quinientos años, es la ley la fuente formal más importante dentro del Derecho Positivo.

Es la Costumbre la más antigua fuente del derecho, los pueblos primitivos la utilizaron en grado superlativo, ya que todas las relaciones humanas de aquellos tiempos estaban reguladas por la costumbre.

En nuestro derecho positivo es considerada con el carácter de fuente supletoria, pues solamente a falta de disposición legal expresa, se puede recurrir a ella.

A pesar de que muchos y muy famosos autores nieguen a la jurisprudencia la categoría de fuente formal, sí la tiene, de acuerdo con nuestro derecho positivo.

Aparte de la Ley de Amparo, el artículo 18 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales, atribuye a la jurisprudencia el carácter de fuente supletoria del derecho.

En Roma la Doctrina tuvo caracteres de fuente formal. En nuestros días no es posible considerarla como tal. Aceptarla co-

mo fuente equivaldría, dado la diversidad de teorías existentes, a dejar al juez en completa libertad a fallar conforme a la tesis que le pareciera mejor, y esto sería un desquiciamiento, ya que otro juez en idénticas condiciones podría resolver el mismo caso concreto de acuerdo con la tesis contraria a la que su colega hubiera aplicado, alegando simplemente que en su criterio esa tesis era mejor.

A la doctrina, sí podemos reconocerla, en cambio, como elemento de la interpretación del derecho.

Para que el derecho pueda ser justamente aplicado, se necesitan varios factores. En primer lugar, el factor Ordenamiento Jurídico, sujeto pasivo y autoridad competente, y en segundo término, que esta autoridad conozca, interprete y aplique exactamente dicho ordenamiento.

Interpretar es desentrañar el sentido de las cosas. Interpretar una norma, es encontrar la verdadera esencia de ella.

En su labor interpretativa debe valerse el juez de todos los medios humanamente posibles.

El artículo 14 Constitucional marca exactamente la interpretación de la ley penal. En cambio por lo que respecta a la civil, solamente se refiere a la sentencia, pero esto lo completa el artículo 19 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales.

Al Juez ante el problema de la ley injusta, no le queda más remedio que aplicarla. A él le está vedado reparar esas leyes, colocándose al margen del Ordenamiento; él, sin embargo, puede ayudar a corregirlas, poniendo en conocimiento de los legisladores el fracaso ético de la norma, y ellos deben anularla inmediatamente elaborando la disposición que satisfaga plenamente.

El Derecho, considerado como un TODO, carece de vacíos, pero la existencia de las lagunas en la ley es indiscutible.

Para llenar estas lagunas se debe acudir a las normas supletorias dictadas por el legislador.

Si todos los jueces fueran personas de manos fuertes y limpias, incapaces de vender su fallo al mejor postor, se debería autorizar su libre albedrío, siempre y cuando no existiera la norma escrita que guía sus pasos, de lo contrario, mientras no esté completamente depurado el Poder Judicial, este arbitrio resultaría un serio peligro.

La profesión de la Abogacía principia a manifestarse en Grecia. Los oradores y los logógrafos son sus representantes.

En Roma se definen sus caracteres con la existencia de los jurisconsultos, y desde entonces ya se distinguen dos funciones del abogado actual; la del consultor y la del postulante.

No se encuentran en España antecedentes definidos de la existencia de la abogacía, sino hasta las Siete Partidas, en donde se reglamenta el ejercicio de esta profesión.

Durante la vida del Imperio Azteca, no creemos que los abogados hayan existido.

En nuestro México, no aparecen sino hasta la creación de la Real Pontificia Universidad.

La formación moral del abogado es tan indispensable como la jurídica. La persona de conducta intachable que ostenta este título, ofrece un punto de garantía para la sociedad; en caso contrario, constituye un verdadero peligro. Ojalá algún día llegue a ser una realidad la observancia del Código de Ética Profesional elaborado por La Barra —Colegio de Abogados.

El Abogado es uno de los principales colaboradores en la aplicación del Derecho.

C O N T E N I D O

INTRODUCCION

Capítulo Primero.

1.-Concepto de Creación. — 2.-Idea de lo justo. — 3.-Concepción griega y concepción romana de la justicia. — 4.-La justicia y el Derecho.

Capítulo Segundo.

1.-Fuentes del Derecho. — 2.-La Ley (su creación).—3.-Principios generales del Derecho (equidad). — 4.-La costumbre. — 5.-La Jurisprudencia. — 6.-La Doctrina.

Capítulo Tercero.

1.-Concepto de aplicación. — 2.-La interpretación del Derecho. — 3.-La interpretación del Derecho Mexicano.— 4.-El juez y la Ley injusta.

Capítulo Cuarto.

1.-Las lagunas de la Ley. — 2.-Método de integrar la laguna. — 3.-Libre albedrío del juez.

Capítulo Quinto.

1.-Breve historia de la Abogacía. — 2.-Formación moral y jurídica del abogado. — 3.-Colaboración del abogado en el campo del Derecho.

BIBLIOGRAFIA

ARISTOTELES.—Moral.

BONECASSE.—Introducción al Estudio del Derecho.

COSSIO CARLOS.—La Plenitud del Ordenamiento Jurídico.

CODIGO CIVIL DEL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES.

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

DE PINA RAFAEL.—Curso de Derecho Procesal del Trabajo.

DE PINA RAFAEL.—Temas de Derecho Procesal.

DEL VECCHIO GIORGIO.—Filosofía del Derecho.

DUALDE JOAQUIN.—Una Revolución en la Lógica del Derecho.

DU PASQUIER CLAUDE.—Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit.

GARCIA MAYNES EDUARDO.—El Problema Filosófico-Jurídico de la Validez del Derecho.

GARCIA MAYNES EDUARDO.—Introducción al Estudio del Derecho.

GENY FRANCISCO.—Método de Interpretación y Fuentes de Derecho Privado.

KELSEN HANS.—Teoría Pura del Derecho.

LEGAZ y LACAMBRA LUIS.—Filosofía del Derecho.

LEY DE AMPARO.

LEY FEDERAL DEL TRABAJO.

LUDER ITALO A.—La Jurisprudencia.

PEREZ VERDIA ANTONIO.—Divagaciones sobre la Abogacía.

PETIT EUGENE.—Derecho Romano.

STÄMMLER.—Tratado de Filosofía del Derecho.

ZITELMANN ERNESTO.—Las Lagunas del Derecho.

*Abuelitos, mamá Lilla, papá Nano,
quede en ésta página de mi tesis, un re-
cuerdo a vuestra amada memoria.*