

684  
2c;



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**PROBLEMATICA TEORICA Y PRACTICA  
PLANTEADA POR EL DESCONOCIMIENTO  
DEL DERECHO**

FACULTAD DE DERECHO  
SECRETARIA AUXILIAR DE  
RELACIONES EXTERNOES

**T E S I S**

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

**ARTURO AMADO RAMIREZ SIGNORET**

ASESORA DE TESIS  
LIC. MARIA ELODIA ROBLES SOTOMAYOR



## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

## I N D I C E   G E N E R A L

	PAGINA.
Introducción.....	1
CAPITULO I	
Concepto y Definición del Derecho.....	1
1.1. ¿Qué es un Concepto y que una Definición?.....	1
1.2. La importancia del concepto y la definición....	9
1.3. El Concepto y la Definición en el Ambito Juridico.....	10
1.4. La Metodología del Derecho.....	27
CAPITULO II	
Corrientes Jurídicas Contemporáneas en Torno al Concepto y Definición del Derecho.....	36
2.1. Positivismo Jurídico.....	36
2.1.1. Características Generales del Positivismo.....	36
2.1.2. Teorías Positivistas.....	38
2.1.3. Elemento Común del Positivismo.....	55
2.2. Realismo Sociológico.....	57
2.2.1. Características Generales del Realismo..	57
2.2.2. Teorías Realistas.....	57
2.2.3. Elemento Común del Realismo Sociológico.	78
2.3. Iusnaturalismo.....	79
2.3.1. Características Generales del Iusnaturalismo.....	79
2.3.2. Teorías Iusnaturalistas.....	80
2.3.3. Elemento Común del Iusnaturalismo.....	93
2.4. Teoría de los Tres Círculos.....	94
2.4.1. Características Generales.....	94
2.4.2. Elementos de la Teoría de los Tres Círculos.....	105

CAPITULO III

Identificación de la Problemática Creada por las Corrientes Contemporáneas en Torno al Concepto y Definición del Derecho.....	106
3.1. Controversias Insolubles de esta Problemática..	106
3.2. El Desconocimiento del Verdadero Derecho.....	108

CAPITULO IV

Efectos Teóricos en la Ciencia Jurídica por el Desconocimiento del Verdadero Derecho.....	110
4.1. Desunificación de Criterios Jurídicos.....	110
4.2. Confusión sobre cuál y qué es el sistema normativo que rige la convivencia humana, con otros órdenes normativos.	111
4.3. Avance de Otras Ciencias y Supuesto Estancamiento de la Ciencia Jurídica.....	113

CAPITULO V

Influencia Jurídica en el Hombre, por el Desconocimiento del Verdadero Derecho.....	115
5.1. Efectos Jurídicos en el Hombre.....	115
5.1.1. Injusticias y Abusos de Poder.....	115
5.1.2. Ignorancia e Indiferencia de este Problema.....	123
5.1.3. Revestimiento de Legalidad de Leyes que Atentan Contra la Convivencia Humana....	124
5.2. Deshumanización de las Normas Jurídicas.....	125

CAPITULO VI

Avances Jurídicos Teóricos y Prácticos en Beneficio del Hombre, si se Llegara a un Acuerdo sobre que es el Verdadero Concepto y Definición del Derecho.....	127
---	-----

	PAGINA.
6.1. Unificación de Criterios Jurídicos.....	127
6.2. El no Confundir el Derecho con Otros Ordenes- Réctores de la Conducta Humana y el Precisar- que es el Derecho.....	128
6.3. Avance de la Ciencia Jurídica en Todas sus -- Ramas.....	130
6.4. Beneficios para el Hombre por el Conocimiento de Verdadero Concepto y Definición del Dere-- cho.....	132
6.4.1. Reducción de Injusticias y Abusos de - Poder.....	132
6.4.2. Incremento de Derechos y Prestaciones- Sociales.....	133
6.4.3. El no Revestimiento de Legalidad de -- Leyes que Atentan Contra la Conviven- cia Humana.....	136
6.4.4. Creación de Leyes más Justas de Acuer- do al Momento Histórico Vigente.	137
6.5. Humanización del Derecho.....	143
CONCLUSIONES.....	146
CITAS BIBLIOGRAFICAS.....	163
BIBLIOGRAFIA.....	166

## INTRODUCCION

Es notable la evolución alcanzada por el pensamiento del hombre, en el transcurso de la historia de la humanidad. Su impulso, motivado por su innata tendencia hacia el progreso, se ha traducido tanto en el descubrimiento de nuevas formas que han mejorado cualitativa y cuantitativamente su supervivencia, como en el perfeccionamiento de disciplinas científicas y tecnológicas y de métodos y mecanismos, que le han facilitado la solución de los problemas fundamentales afrontados en el proceso de su propio desarrollo.

De tal forma, son significativos sus brillantes avances científico-tecnológicos, como el logrado al traspasar las fronteras de su propio planeta y alunizar en la superficie de su satélite natural; sus valiosos descubrimientos en la ciencia médica; y, el desarrollo y perfeccionamiento de las disciplinas jurídica, económica, política y social; por mencionar sólo algunos de los ámbitos en que han sido mas relevantes sus realizaciones.

No obstante, no todos sus logros se han traducido en resultados progresistas o satisfactorios, como por ejemplo, su aludido avance nuclear, que entre múltiples aplicaciones positivas, le permitió también la creación de la devastadora bomba atómica y otras sofisticadas armas, igualmente atentatorias de la supervivencia o seguridad no sólo de la raza humana, sino del mismo planeta que es su hábitat.

Y en el balance de sus aciertos y errores, avances y retrocesos; en el panorama de los objetivos que se ha propuesto en el seguimiento de su desarrollo integral, se refle

jan los múltiples aspectos, que, -referidos a su preservación o progreso-, aún permanecen velados a su conocimiento o inaccesibles a sus posibilidades de dominio, inquietándolo con las incógnitas o cuestionamientos que le impelen para -continuar la trayectoria de su evolución; consciente de que, de la esencia, forma y alcance de las soluciones que descubre y aplique para resolver la problemática -que en tantos aspectos-, aún confronta en la actualidad, dependerá la supervivencia humana: su digna, equilibrada y justa convivencia, su estabilidad, su seguridad y su orden.

En este contexto, la presente investigación profesional -en el ámbito de la ciencia jurídica-, persigue como propósito fundamental, reflejar el avance logrado por el hombre, en este campo. Las respuestas que ha encontrado a las interrogantes planteadas por su deseo de conocer su verdad y la de cuanto le rodea; por descubrir su origen; su ubicación en el tiempo y en el espacio; y, el orden normativo -que lo rige. Entre el sinnúmero de incógnitas que se ha visto precisado a despejar, referidas a la ciencia del conocer (Lógica); a la ciencia del ser (Metafísica); y, a la ciencia del deber ser (Ética): fundamento de la ciencia del Derecho.

En la dimensión de las posibilidades que permite -el presente estudio, tanto en su alcance como en la profundidad que es posible sondear; los temas de su estructura han sido analizados en sus aspectos fundamentales, a partir del concepto y definición del derecho y cuál es su finalidad. Se han abordado las diversas corrientes jurídicas en torno a estas nociones, identificándose la problemática creada por dichas corrientes alrededor de los aspectos mencionados. Asimismo, han sido analizados los efectos teóricos en la ciencia jurídica y la influencia jurídica en el hombre, producidos por el desconocimiento del verdadero derecho. Final

mente, se enfocan los más significativos aspectos perfectibles que pueden traducirse en avances jurídicos, teóricos y prácticos y que redundarían en beneficio del hombre, si se lograra un común acuerdo sobre el verdadero concepto y definición del derecho.

El interés de examinar estos temas, no sólo es difundir la teoría de sus conceptos, sino primordialmente, evidenciar los aspectos obsoletos en su aplicación práctica; como una modesta aportación, que pretende concientizar a los profesionales del área, de la imperiosa necesidad de detener el retraso del progreso científico del derecho, impidiendo que la ciencia jurídica continúe perdiendo terreno al permitir la independencia de ella, de otras ciencias que eran de su dominio; y, acelerando, así fuera sólo en el plano práctico, la resolución de la problemática que es tema central del presente estudio; además de atender esa otra apremiante necesidad, de que el derecho contemple, regularice y resuelva problemas actuales, que no están incluidos en la ciencia jurídica.

Por otra parte, del mismo rango de importancia que los aspectos aludidos, es enfatizar el insoslayable deber ético de que la filosofía del derecho continúe inspirando y fundamentando esta ciencia, como la mejor garantía para la creación de normas que sean eficaces y justas, evitando con ello que se perpetúe la comisión de injusticias, abusos de poder, arbitrariedades legales, violación de garantías individuales o la no aplicación de normas totalmente positivas; aspectos que son, evidentemente, atentatorios de la convivencia y preservación humana.

Consecuentemente, los temas abordados deben ser motivo de reflexión para conocer sus alcances y limitaciones, con el propósito de determinar si son válidas y aplicables,



y en qué medida, las sugerencias que se plantean, tendentes a superar: "Los efectos jurídicos -en su teoría y práctica- causados al hombre, por el desconocimiento del verdadero concepto y definición del derecho".

## CAPITULO I

### CONCEPTO Y DEFINICION DEL DERECHO

#### 1.1 Qué es un concepto y qué, una definición

No obstante, ser aspectos ampliamente estudiados, conocidos y difundidos, atendiendo al propósito fundamental de esta investigación conviene precisar, en primer término, ¿Qué es un concepto y qué, una definición? Determinar qué son y cuál es el significado de estas dos nociones, son aspectos importantes para el procedimiento o función científica de cualquier disciplina, por ser dos instrumentos esenciales para la investigación. Puede considerarse que son el principio, inicio y base de todo trabajo científico. Es por ello necesario conocer qué son, cuál su función, sus diferencias y sus relaciones.

Para algunos autores y para los estudiosos del lenguaje, la palabra "concepto", tiene diversas acepciones, a saber:

Concepto, es una idea que concibe o forma el entendimiento; pensamiento expresado en palabras; agudeza, sentencia o dicho ingenioso; opinión, juicio, creencia, suposición, supuesto; crédito, consideración, estimación, valía. También es de uso cotidiano, la expresión: "En concepto de", cuyo significado, es: determinar una cosa en la mente, después de examinadas las circunstancias.

Por otra parte, la filosofía general aporta la idea de este término, con el siguiente significado: concep-

to, es toda representación intelectual de un objeto; es una simple aprehensión y es el primer conocimiento que se tiene de una cosa, sin afirmar ni negar nada de ella. De tal forma, la filosofía nos permite descubrir más elementos, ampliándonos la noción de "concepto" al darle el sentido de "una aprehensión" y el primer conocimiento o idea que tenemos de una cosa pero sin negarla ni afirmarla, ya que apenas se está conociendo este objeto en su significado y por lo tanto, aún no se ha estudiado.

De la anterior aportación filosófica, se desprende la recomendación de no confundir idea o concepto de una cosa, con la llamada representación sensible; porque son dos cosas distintas: "el concebir" y "el imaginar".

Al respecto, el filósofo Balmes, afirma: la idea de un triángulo no es su representación sensible o aquella imagen interior por medio de la cual nos parece que estamos viendo la figura. La idea del triángulo es una necesaria, constante, la misma para todos; su representación sensible es múltiple, contingente, mudable; luego la idea y su imagen sensible son esencialmente distintas. La unidad de la idea del triángulo consta de la geometría: las demostraciones que versan sobre él se refieren a una misma cosa; en hablando del triángulo en general, se sabe de que se trata; no puede haber equivocación. No hay varias geometrías, sino una. La necesidad de las propiedades del triángulo es preciso reconocerla, so pena de luchar con la evidencia y destruir la geometría. La constancia y la identidad para todos resulta de la unidad y necesidad. Lo uno no puede ser vario; lo necesario no se muda... Nada de esto se halla en la imagen sensible. (1)

Ha sido muy debatido entre los filósofos, el cuestionamiento en torno a que si los conceptos ¿pueden llamarse

o no, lógicamente verdaderos? Para unos, la respuesta es afirmativa y en cambio, para otros, es negativa.

Los que sustentan que los conceptos no son verdaderos, se fundamentan en que no habiendo en el concepto o simple aprehensión, ninguna afirmación o negación, no se le podrá atribuir al concepto, verdad o falsedad lógica.

La otra corriente, postula que la verdad lógica, no es otra cosa, que: un conocimiento conforme con un objeto, en virtud de que no se puede negar que el concepto lo posea. Es decir, el concepto, por una parte, es un conocimiento, y por otra, es conforme a su objeto, al grado que no puede menos que serlo.

La unificación de estos criterios, para algunos autores, dependerá de la definición que se dé, de la verdad lógica.

Ahora bien, otros autores, como Aristóteles y Santo Tomás, a veces parecen negar toda verdad lógica al concepto y otras, concedérsela o atribuírsela.

Para la filosofía tradicional, idea y concepto, son nociones equivalentes: el concepto es la idea abstracta y general; la idea es la forma intelectual que presenta a nuestro espíritu lo que hay de universal en las cosas; en tanto que la imagen y la sensación nos presentan indirectamente lo individual.

Según Kant, hay que distinguir entre concepto e idea. Los conceptos son "formas" o condiciones ontológicas que se aplican sobre el material proporcionado por la percepción sensible, como las nociones de espacio y tiempo -o formas a priori del entendimiento-; mientras que las ideas ya

no recaen sobre el material suministrado por la experiencia sensible. (2)

Dada la diversidad de clases y tipos de conceptos, para los efectos que persigue esta investigación, se comentan sólo los más representativos o que mejor ilustran el significado de "concepto":

#### CLASIFICACION

1. Por su valor objetivo
  - a) Verdaderos: aquellos a los cuales corresponde un objeto real o posible.
  - b) Falsos: aquellos a los que no corresponde ningún objeto real o posible.
  
2. Por la perfección de la representación
  - a) Adecuados: los que representan al objeto, todo entero, con todos sus elementos; e  
Inadecuados: los que representan sólo una parte del objeto y un cierto número, mayor o menor, de sus elementos.
  - b) Claros: los que de tal manera nos representan un objeto, que podemos distinguirlo de todos los demás; y  
Oscuros: los que no nos hacen distinguir su objeto, de los otros.
  - c) Distintos: los que no sólo nos hacen distinguir un objeto de todos los demás, sino que nos representan y dan a conocer, aquello por lo cual se distinguen; y  
Confusos: los que no dan a entender lo anterior detallado.
  
3. Por razón del modo como el objeto se ofrece a la mente
  - a) Concretos: los que representan un atributo u objeto,

tal cual existe o puede existir; y

Abstractos: los que representan un atributo o conjunto de atributos, sin el sujeto en el cual existen o pueden existir.

b) Intuitivos: los que representan al sujeto, como actualmente es; y

Abstractivos: los que representan al objeto, prescindiendo de su actual presencia.

#### 4. Por razón de su extensión

a) Individual o singular: el que representa un individuo determinado. V.gr.: Platón.

b) Particular: el que representa algún o algunos individuos indeterminados. V.gr.: algún hombre.

c) Universal: el que representa un objeto común a todos los seres de una clase o especie.

c) Trascendental: el que representa algo aplicable a todos los seres, sin excepción.

#### 5. Por razón de su comprensión

a) Simples: los que representan un objeto que consta de una sola nota o elemento. V.gr.: el ser.

b) Complejos: aquellos cuyo objeto consta de dos o más elementos. V.gr.: el hombre, en el cual hay notas o elementos: señ, substancia, cuerpo, viviente, animal, racional.

Como se puede apreciar, las diversas clases y tipos de conceptos, aportan los alcances y finalidades para su manejo y aplicación; radicando la importancia de conocerlos, en que son el punto de partida para la postulación de los principios básicos de cualquier ciencia o para la formulación de sus procedimientos.

Para F. Carnelutti: en el campo del trabajo inte-

lectual, la materia prima son los fenómenos y el producto - son los conceptos. El concepto, nacido y formado del pensamiento debe, hasta cierto punto, salir de éste, transfiriéndose a una idea y así tomar sede diversa en el hombre. Precisa dicho autor: no veo, al menos por ahora, otro medio para tal transferencia, que el lenguaje. Así, de la formación interna se pasa a la formación externa del concepto; pudiera decirse, de su formación a su expresión. (3)

De tal forma, Carnelutti considera que el concepto es el producto del trabajo intelectual, y que, sus fases, - son: la definición y la denominación.

Por lo que respecta a la "definición", que, como - se desprende de lo antes mencionado, es una fase del concepto; su significado es el siguiente:

Definición f. (Lat. definitio - tionis: acción y efecto de definir), es la operación metódica que caracteriza de modo suficiente una noción para delimitarla y separarla - de otras.

A partir de Aristóteles y los escolásticos, la clsificación tradicional de la definición, supone dos grandes clases: definición real, que expresa la naturaleza o esencia de una cosa; y, definición nominal, que expresa la significación de un término. Aunque la metafísica aristotélico-escolástica pretende que se puede percibir o captar la llamada "esencia" de una cosa ("esencia" en el sentido de aquello que determina lo que es la cosa), y la expresaba mediante la conjunción del género próximo y la diferencia específica.

Esta concepción ha desatado múltiples y diversas - críticas, en particular la de Ueberweg y Bolsano. Ueberweg, dice: que la noción del género próximo será relativa al es-

tado del conocimiento científico en el momento de definir. Así, la consideración de la circunferencia como una figura cerrada plana, pasó a ser la de una sección cónica. (4)

Desde el punto de vista científico, se concibe que la definición es una operación puramente conceptual, por medio de la cual se introduce un nuevo término en un sistema de signos (o sea el lenguaje de determinada teoría) y se especifica el término introducido, en la medida que sea precisa la significación de los términos definientes.

De tal forma, es de hacerse notar, que, la definición es una operación que siempre tiene lugar en el nivel lingüístico, es decir, en un lenguaje.

Según el punto de vista formal, la definición debe ser consistente internamente y con el sistema en que se presenta. A la vez, se exige de la definición explícita, que establezca identidades o equivalencias formales, de modo que sean intercambiables el definiendum y el definiens, sin que exista cambio veritativo, y sólo en algunos casos, se exige que no haya cambio de significación.

Desde el punto de vista pragmático, se exige de la definición, bien que sea fecunda, en sentido práctico, que suponga cierto ahorro de tiempo o porque establezca relaciones entre conceptos, contribuyendo a una mayor y mejor sistematicidad o creación teórica.

Por otra parte, desde el punto de vista de la forma lógica de la definición nominal, se pueden diferenciar dos géneros: la definición explícita, en la que el definiendum y el definiens están claramente separados por un signo especial, esto es, que diferencia conceptos; y, la definición implícita, en donde el definiendum y el definiens,



son distinguibles pero inseparables, toda vez que, el definiendum no se presenta aislado, en un lado de la relación, sino que forma parte de una expresión compleja.

Las definiciones implícitas, se llaman simples, cuando formulan las condiciones necesarias y suficientes, de la introducción de un símbolo.

La definición recurrente o recursiva, introduce un término, relacionándolo con uno o más términos de un conjunto o de una serie numerable. Su uso más frecuente, es en lógica o matemáticas.

En síntesis, las principales funciones de la definición, en la ciencia, son:

1. Introducción de signos nuevos, principalmente, para abreviar o simplificar expresiones;
2. Introducción formal de conceptos nuevos, a partir de otros antiguos;
3. Especificación de significaciones. Util, en el caso de términos que ya se hayan usado de modo presistemático;
4. Interrelación de conceptos, con lo cual, contribuye a la organización y sistematización del conocimiento;
5. Suministrar criterios de identificación de objetos. Función que cumple junto con las descripciones; y,
6. Reducir la ambigüedad o vaguedad, de que pueda estar afectado un término.

Por su parte, Carnelutti considera, que: la definición en sustancia, no es más que la expresión verbal de los caracteres originarios del concepto. Puede decirse, exactamente, la fórmula del concepto. La definición, es al concepto, como el modo, al contenido; según los términos adaptados por mí, para la teoría de la forma de los actos.

Definir los objetos, no quiere decir otra cosa, que fabricar los conceptos. Una ciencia sin definiciones, es tan poco concebible, como una ciencia sin conceptos. (5)

La anterior afirmación, es muy discutible. Los conceptos no se fabrican, son representaciones intelectuales de todos los objetos observados en la realidad.

Ahora bien, antes de entrar en el campo jurídico, se estimó necesaria la previa comprensión de la importancia, alcances, y posibles controversias de las dos nociones analizadas, en sus aplicaciones en diversas ciencias; toda vez que, el concepto y la definición del derecho, es quizá el problema más discutido y a la fecha, aún sin solución.

El análisis de los términos aludidos, sin contemplar en su significación la influencia jurídica, sienta bases para describir al concepto y a la definición en el ámbito del derecho, y permite la valoración y comparación de las teorías mencionadas con las jurídicas, a efecto de conocer lo verdadero de éstas últimas, sobre el concepto y definición del derecho.

## 1.2 La importancia del concepto y la definición

De lo expuesto con antelación, en el desarrollo del tema precedente, destaca la importancia de las nociones que se han venido analizando así como el papel que desempeñan para cualquier ciencia, su proceso científico y para su desarrollo y funciones; toda vez que, como se ha establecido, es necesario conocer la unión y relación de todo lo existente, para lo cual, es preciso comprender sus principios rectores o guías; como es el caso de los términos "concepto" y "definición", enfocados al objeto de estudio de que se tra

te, es decir, según la ciencia en que se vayan a aplicar.

Como ya ha sido mencionado, es tal su importancia, que si no se contara con el auxilio de los conceptos y las definiciones, sería inútil la tarea de las ciencias, ya que, para toda parte o conocimiento de éstas, se necesita de los instrumentos y de la base para ubicarse, estabilizarse, conocer o identificar, analizar y lograr una finalidad u objetivo; para no extraviarse en un conjunto de conocimientos o simplemente en el tiempo; para poder después transmitir esos conocimientos. De lo contrario, todo el metalenguaje no tendría sentido, ni ser, ni coherencia. En fin, no existiría cierto medio de comunicación entre la humanidad. De ahí la importancia del concepto y la definición.

Cabe reiterar, que son las definiciones las que proporcionan dinámica, certeza, coherencia y las que corrigen y detectan fallas en los principios generales de una ciencia, porque son su principio. Además, puede decirse que la definición en sí, es un instrumento que da a conocer, precisando y simplificando los conocimientos para que sean comprendidos.

### 1.3 El Concepto y la Definición en el ámbito jurídico

Existen diversas opiniones acerca del papel y función que desempeñan el concepto y la definición, en el ámbito jurídico.

Para muchos autores, el método erróneo para llegar a la definición del derecho, es el "realismo verbal", ya que esta doctrina, según ellos, conduce a ciertas conclusiones imposibles, ya que, si sus afirmaciones fueran ciertas, no cabría establecer una distinción entre hecho y derecho.

Para una mayor objetividad y clara diferenciación en la tesis sustentada por cada connotado jurista que ha estudiado estos aspectos; se ha estimado como lo mas conveniente, analizar por separado los principales postulados de cada autor.

De tal forma, el Dr. Herman Kantorowicz, en su obra, "La definición del derecho", comenta, que, una definición sólo puede tener sentido lexicográfico y que, por ello, no puede expresarnos nada verdadero o falso en relación con la cosa definida, y que, esto no quiere decir, sin embargo, que la tarea de definir un término, como este de "derecho", no tenga valor alguno.

Estima, que, el enemigo más peligroso de la ciencia es ese servidor desleal y recóndito amo del pensamiento que es el lenguaje; que, se ha intentado, una y otra vez, averiguar el significado de la palabra derecho sin indagar antes sobre la naturaleza de semejante intento, sin reflexionar sobre las "acepciones de la palabra significado". Una definición científica, dice, no puede ser estructurada a través de la lexicografía, aún cuando una gran parte de los juristas de todos los tiempos, hayan creído en la posibilidad de utilizar ese método.

El autor mencionado, con lo anterior, detecta y ha ce notar, una de las causas por las cuales ha sido imposible indagar el significado del derecho.

Así, el científico debe adscribir a los términos que emplea, un sentido permanente, si bien constituye asunto irrelevante el hecho de que los utilice para sus propios fines con un sentido diferente al hasta entonces empleado. Constituye, por ello, error fundamental, que ha viciado numerosas investigaciones en todos los campos del conocimiento,

el hecho de estimar las definiciones como algo relacionado con la cuestión del uso verdadero o erróneo del lenguaje.

No hay confucionismo más peligroso y, como ha dicho Hume, método más frecuentemente utilizado entre los filósofos, que el irrumpir en el terreno de los gramáticos y el ocuparse en disputas terminológicas, creyendo que están debatiendo sobre asuntos de la mayor importancia e interés. Estas son las consecuencias del realismo verbal.

La validez de las afirmaciones arriba comentadas, cimienta el enfoque correcto para definir el derecho: no se debe invadir el terreno de la gramática sino, más bien, contestarse la naturaleza y el significado del derecho.

Ciertamente, puede tomarse en consideración la pregunta: ¿qué es el derecho?, sin percatarse de que, estrictamente hablando, esta cuestión familiar tiene solamente significado lexicográfico, y que, la palabra "es" viene a excluir una adecuada respuesta. Esto, podrá no ser admitido por muchos filósofos y lógicos que, si bien perciben la imperfección del método lexicográfico, creen en otra clase de verdad para las definiciones: la verdad esencial o metafísica.

En este sentido, puede citarse el platonismo antiguo, el realismo escolástico y el fundamentalismo moderno, como sistemas que se han basado en la creencia de que cabe encontrar conceptos con carácter de verdad esencial o de "necesariedad", por un procedimiento de intuición intelectual o mística, ya que son ellos los únicos conceptos de lo que puede constituir la esencia inmutable de las cosas, su esencia absoluta, que los distingue del resto de las cosas.

Esta verdad esencial o metafísica del platonismo antiguo sobre las definiciones, es más correcta que el método

do lexicográfico. Posee un procedimiento que cree encontrar conceptos basados en la intuición intelectual y que se acercan más a la realidad y verdad del derecho, por fundarse en los anteriores conceptos, constituidos por la esencia inmutable y absoluta de las cosas.

Comenta Kantorowicz, que, si, por ejemplo, existiera algo semejante a la "esencia" del derecho, debería entonces admitirse que entre las muchas acepciones del término "derecho", el único significado y la única definición verdaderos, serían el significado que indicara dicha esencia y la definición que encerrara este significado.

Lo anterior, hace evidente la realidad de que, la jurisprudencia y el positivismo jurídico no han podido librarse de la influencia del nexo metafísico ni de la magia verbal o lexicográfica.

Por su parte, Hans Kelsen, también detectó este nexo metafísico en las definiciones de derecho, aportadas por el positivismo jurídico del siglo XIX.

Para Rudolf Von Ihering, al igual que para Hart, - la esencia del derecho radica en la obligatoriedad que le da el Estado y, critica a Puchta por no haber "retrocedido con terror ante la idea monstruosa de una norma jurídica que carezca de obligatoriedad legal".

Kantorowicz, reitera, que, a pesar de numerosos intentos, nadie ha podido aportar una idea clara de lo que se entiende por el término metafísico "wesen", o "esencia"; ni indicar un método de enseñanza de la intuición necesaria para captar dicho término. Comenta, que si en verdad, existen ciertas definiciones que se imponen tan claramente en nuestra mente que parecen, a excepción de cualquier otra defini-

ción, ser "verdad" y, por consiguiente, absolutamente válidas. Como las definiciones de la geometría clásica, a las cuales ya se hizo referencia al citar a Balmes, de las que, sin embargo, no podemos decir sino que la definición clásica y sólo ella, es útil para un determinado propósito, a saber, el de la geometría clásica.

Para el citado autor, el método correcto es el pragmatismo conceptual, por ser el que investiga y muestra donde radica realmente la función legítima de las definiciones; sin tener ciertamente la categoría de una manifestación verídica y la oportuna cópula "es", es altamente desorientadora, pues implica la presunción tácita de que el nombre de una cosa prueba la existencia de la cosa nombrada y de que el nombre lleva consigo el conocimiento de los caracteres esenciales de la cosa en cuestión. Constituyen ambas afirmaciones, dos nuevos vestigios de la magia verbal. Naturalmente, la definición de la cosa es considerada como una descripción ulterior -verdadera o falsa- de una cosa suficientemente identificada, en lugar de ser reputada como un medio para identificar la cosa y para distinguirla de las demás. Por ello, el "realismo verbal" conduce a definiciones circulares; y que, el único jurista que percibió este fallo en las discusiones sobre el "concepto del derecho", declaró que estaba preparado para avanzar en el mismo círculo, porque era algo "absolutamente" inevitable.

Es de hacerse notar el acierto del anterior punto de vista, porque es más útil para la definición del derecho, ya que el pragmatismo conceptual investiga y demuestra la función legítima de las definiciones.

De tal forma, dice Kantorowicz, la respuesta no puede, evidentemente, encontrarse por métodos lexicográficos. El lexicógrafo puede continuar empleando estos métodos

meramente de hecho puesto que sirven para contestar a su problema, es decir, "¿qué se entiende por derecho?". El jurista, el sociólogo, el tratadista de política y el filósofo social, deben preguntarse "¿qué debe ser entendido por derecho?", si desean que la definición sea provechosa para cada uno de estos ámbitos. La respuesta tiene, por consiguiente, el carácter de una simple proposición.

Conviene aclarar que lo anterior es discutible. El derecho no puede ser una simple proposición. Es, objeto real que se palpa al regular nuestra conducta; al recibir sus beneficios y al imponernos sus obligaciones.

No obstante, el punto de vista de Kantorowicz, no es nuevo: fue ratificado por Aristóteles, propuesto por ciertos lógicos modernos y aplicado por investigadores, entre los que cabe destacar por su coherencia a Max Weber; puede basarse en las doctrinas de lo que ahora se denomina "semiología" o "simbolismo". Estima Kantorowicz, que, su éxito hubiera sido mayor si se le hubiera encontrado un nombre apropiado, tal como "pragmatismo conceptual".

Por otra parte, resultaría exagerado decir, que como las discusiones en torno a una definición no dependen de la verdad o falsedad, están necesariamente desprovistas de importancia teórica o práctica y que constituyen meras sutilezas terminológicas. Consecuentemente, no se pueden relevar de temeridad a aquellos escritores que presentan peligrosos aterradores, por el hecho de que no hayan sabido familiarizarse con una teoría conveniente sobre la interpretación de las definiciones, y que, por ello, no hayan podido llegar a una provechosa definición del derecho.

Por lo que se refiere a la utilidad de una definición amplia, Kantorowicz, considera que la jurisprudencia ge



neral debe tener la tarea de suministrar las diferentes definiciones que utilizan las diferentes ciencias, jurídicas y no jurídicas. Y si bien, el método adoptado se basa en la jurisprudencia y es, por consiguiente, estrictamente jurídico, y el contenido a definir está integrado por "normas", se debe, además, fundamentar la justificación de esta definición, sobre hechos, para que sea útil. En relación con los hechos, se debe recurrir a la sociología, a la antropología y a la historia; y debido a este procedimiento, se le acusa de confundir el método "normativo" con el método "empírico"; debiéndose este reproche, a la confusión existente entre la tarea de definir y la de justificar.

Al respecto, es de hacerse notar que el autor de referencia omitió aclarar lo que entiende por jurisprudencia. Bien pudo decir que la jurisprudencia general, se entendiera como aquella que consiste en todas las sentencias de los tribunales o antecedentes sobre determinados casos jurídicos concretos.

Kantorowicz, aporta la siguiente definición provisional del derecho: el derecho es un cuerpo de normas que tiene como finalidad la prevención o la ordenada solución de conflictos. Comenta: nuestra definición provisional es ciertamente vasta: no contiene las definiciones corrientes del derecho, como son la positividad, la imperatividad, el origen estatal y el carácter obligatorio.

Ciertamente, este jurista, en su definición provisional, no contiene lo que las definiciones corrientes del derecho. Pero se olvida de elementos de suma importancia como: "justicia" y "efectividad", que deben tener estas normas, que van a resolver los conflictos y a regular el comportamiento humano. No obstante, en su definición, si se acuerda de la justicia.

Finalmente, Kantorowicz, define al derecho, como: "Un cuerpo de normas que ordenan el comportamiento externo y que son consideradas como justiciables". Tiene buen cuidado en señalar que no pretende que su definición sea la única posible, pero si cree que proporciona una medida adecuada que permite la clasificación de las diferentes normas de conducta que gobiernan la actividad humana. (6)

Por su parte, el profesor H. L. Hart, en su obra: "El concepto de derecho", hace la observación de que existen pocas preguntas referentes a la sociedad humana, como la que se ha formulado y respondido por los pensadores, de forma tan diversa, extraña y paradójica, como la siguiente: ¿Qué es el derecho?

Al respecto, puntualiza, que: aunque limitemos nuestra atención a la teoría jurídica de los últimos ciento cincuenta años, y dejemos a un lado la especulación clásica y medieval acerca de la "naturaleza" del derecho, nos encontraremos con una situación que no tiene paralelo en ningún otro tema estudiado en forma sistemática como disciplina académica autónoma.

La observación de este autor es acertada y en ella cabe destacar la lucha que sostienen el positivismo jurídico y el llamado iusnaturalismo, respecto a la definición del derecho.

Concreta que en derecho, o en él, se han afirmado, con bastante frecuencia, cosas extrañas y se ha insistido en ellas con elocuencia y pasión, concibiéndolas como verdades del derecho, falseando su naturaleza. Cita como ejemplo: lo que los funcionarios hacen respecto de las disputas, es... el derecho mismo; las profecías de lo que los tribunales harán... no partes del derecho mismo; el derecho constitucio -

nal no es otra cosa que moral positiva; no se debe robar; si alguien roba deberá ser castigado... si existe la primera norma está contenida en la segunda, que es la única norma genuina... el derecho es la norma primaria que establece la sanción.

Hart, contesta así, a las que cree que están en conflicto con las creencias más arraigadas y refutables: por supuesto que las leyes son derecho, al menos un tipo de derecho aunque hay otros; seguro que derecho no puede significar simplemente lo que los funcionarios harán, puesto que es menester una norma de derecho para que alguien sea funcionario o juez. Y aclara, que estas expresiones aparentemente paradójicas, no fueron formuladas por filósofos; sólo son el resultado de una prolongada reflexión sobre el derecho, realizada por juristas dedicados a la práctica y a la enseñanza del derecho (jueces).

Al respecto, conviene hacer notar que este jurista se olvida de mencionar a los tribunales en general y a los legisladores por completo.

Respecto a la definición, dice, que como la palabra lo sugiere, es primeramente una cuestión de trazar límites o discriminar entre un tipo de cosas y otro; que el lenguaje distingue mediante una palabra separada. La necesidad de tal delimitación es experimentada con frecuencia por quienes están perfectamente habituados al uso cotidiano de la palabra en cuestión, pero no pueden enunciar o explicar las distinciones que, según ellos sienten, dividen un tipo de cosas de otro. Aclara, que: se dice a veces que la definición es "meramente verbal" o "simplemente acerca de palabras"; pero esto puede ser sumamente equívoco cuando la expresión definida pertenece al uso corriente. Como la definición del triángulo, aún con toda su exactitud. Por esto, ha

ce falta algo más fundamental que una norma de definición - que se usa con éxito para ubicar alguna clase especial, su - bordinada, dentro de alguna clase de cosas en general, fami - liar, bien entendida. (7)

En este aspecto cabe reiterar lo que se comentó ya respecto a la definición del derecho: no se debe invadir el terreno gramatical o del lenguaje, sino más bien, indagar la naturaleza y significado del derecho.

Otro de los autores estudiados respecto al tema - que nos ocupa, el profesor Hans Kelsen, en su "Teoría pura - del derecho", sustenta, que, la ciencia jurídica puede apor - tar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámi - ca.

La primera fórmula pone el acento en las normas. La segunda, sobre las conductas, pero ambas indican que la - ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

El autor mencionado, olvidó las características - esenciales del derecho, a saber: justicia y efectividad, y sólo menciona uno de los aspectos positivistas de las normas jurídicas.

Considera, que, el carácter ideológico de la doc - trina tradicional, a la cual se opone la teoría pura, apare - ce ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy por la influencia de la teoría conservado - ra del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, par - te de una noción trascendente del derecho. En la época en -

que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta.

Cuando la burguesía traslada esta teoría al siglo XIX, se produce una reacción contra la metafísica y la doctrina del derecho natural, como consecuencia de la correlación estrecha con el avance y progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa. Lo anterior, origina que la ciencia burguesa del derecho abandone el derecho natural y tome una inclinación al positivismo.

Es válida parcialmente esta afirmación, toda vez que, en realidad, el positivismo no logra librarse completamente del derecho natural y su influencia.

Esta evolución radical, nunca fue completa, por ello, Kelsen, dice que el derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Pero que sí se le reconoce que su contenido varía según las épocas, y por ello sostiene, que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y lugar.

A pesar de ello, la idea de la existencia de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido completamente, ya que subsiste en la idea moral de la justicia, a la cual el positivismo jurídico no ha dejado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estos dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Considera, que se sigue sosteniendo y enseñando que un orden estatal positivo no puede pertenecer al ámbito del derecho, si este no tiene contacto de alguna manera con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aun que de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y

justo. (8)

Después del somero planteamiento de la problemática que encierra la noción universal de lo jurídico o la definición y concepto del derecho en el ámbito jurídico a través de la síntesis de las corrientes contemporáneas del positivismo jurídico y el llamado iusnaturalismo, que tratan de solucionar esa problemática, independizándose el primero del segundo mencionado para definir al derecho, y como ha regresado éste a aquél; es oportuno recordar a Hans Welzel.

En este sentido, el Dr. E. García Máñez, en su obra: "Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo", citando a Hans Welzel, dice, que, para los juristas de nuestra generación, el contraste entre derecho natural y positivismo jurídico ha vuelto a convertirse en una excistente experiencia. Todavía hace veinte años el positivismo dominaba de manera totalmente indiscutida en la ciencia y en la práctica. La doctrina que afirma que hay derecho natural, parecía un pensamiento altamente extraño, superado de muy atrás, que sólo en algunos círculos católicos arrastraba una existencia apartada, en extremo modesta. La limitación al derecho positivo y el rechazo de todo derecho natural suprapositivo, era la, de suyo evidente, base de trabajo de la generación de juristas del siglo XIX y comienzos del XX. Una de las mejores cabezas de la época, Karl Binding, ha designado expresamente tal limitación como su "orgullo".

Esta situación que Kelsen detectó al finalizar la primera guerra mundial, también la detecta Welzel, como hemos visto, sólo que en la época del nazismo y concluida la segunda guerra mundial, lo cual provocó en los juristas alemanes, una abierta desconfianza y hasta cierto repudio al positivismo jurídico.

Por lo que al respecto escribe Welzel: "Pusieron de cabeza la anterior valoración del derecho positivo. Allí donde el delito es el contenido de las leyes, la ley deja de dar positividad al derecho, pues no ofrece ya ninguna garantía de ser su indicadora".

Otro autor, que anteriormente intentó justificar - al positivismo, Radbruch, afirmó después: "La ciencia jurídica tiene que recordar nuevamente la milenaria verdad de - que existe un derecho superior a la ley, natural, racional o divino, frente al cual el entuerto sigue siendo entuerto, - aún cuando aparezca revestido de formas legales". (9)

Es conveniente reiterar, que siempre ha predominado la corriente jurídica del positivismo jurídico y como consecuencia, la existencia de leyes desprovistas de justicia o bondad con las que se ha cometido toda clase de injusticias, abusos de poder y arbitrariedades legales. Cabe recordar al respecto, que hasta los juristas que inicialmente las postularon, posteriormente renegaron de ellas.

En relación con el tema que nos ocupa, el profesor Rafael Preciado Hernández, en sus "Lecciones de filosofía - del derecho", dice: que, el concepto del derecho sirve para deslindar una categoría de actos de la voluntad, frente a - otras modalidades de la misma voluntad; "resuelto este problema, y por encima de él, surge en seguida otra cuestión: la de saber si son legítimos, intrínseca y fundamentalmente, los dictados de la voluntad así investigados y clasificados". Una cosa es el concepto del derecho, y otra muy distinta, la idea del derecho. Basta que una regla reúna las - notas conceptuales del derecho, para que tenga el carácter - de jurídica, aún cuando no responda a la idea del derecho.

El citado jurista, propone la siguiente definición -

ción: el derecho es la ordenación positiva y justa de la acción al bien común. Con el término ordenación no sólo significamos la acción de dirigir, de conducir u orientar hacia el fin que se menciona en la definición, sino también la idea de orden como unidad de lo múltiple, como subordinación de medios a un fin; orden que por estar regido por la justicia -la justicia dice relación a otro- y tener como objetivo el bien común -fin propio de toda sociedad-, no puede ser sino un orden normativo y social, a base de relaciones igualmente sociales -allí comprendidas las societarias y las comunitarias-.

Es de hacerse notar que en esta definición, ya aparece la característica de justicia o valor intrínseco del derecho.

Esta concepción del derecho no es ecléctica, no pretende conciliar el iusnaturalismo de la llamada escuela de derecho natural, con el positivismo -aquí comprendidas las corrientes sociologista, voluntarista, estatista y logicista-, pues que es anterior a ambos sistemas; es la concepción de la filosofía tradicional, aristotélico-tomista. Rechaza al iusnaturalismo de la llamada escuela clásica, protestante, porque ésta desprecia el dato social del derecho y lo reduce a un sistema de normas que la razón construye sin tomar en cuenta la realidad; y rechaza al positivismo, porque hace del derecho una pura técnica de hechos desprovista de fines y principios racionales; y en abierta oposición a ambos sistemas, afirma que en el derecho se conjugan, como en el hombre, dos elementos fundamentales, social uno, racional el otro. Que hay en el derecho algo esencial, necesario, permanente, fines supremos y principios racionales inmutables, pero que estos fines y principios pertenecen al orden práctico, y para realizarlos o aplicarlos, se requiere todo un aparato o cuerpo de disposiciones y procedimientos -



técnicos. Es, por tanto, una concepción realista del derecho. No está por demás insistir en este punto capital: el derecho no es un mero enunciado de principios, ni tampoco pura técnica: "Proclamar que el derecho es pura técnica, y dejar a los políticos, a los economistas, a los hombres de negocios, a los moralistas, el honor de elegir los fines a los cuales debe él servir, es abdicar de nuestro oficio y de nuestra dignidad; el jurista no es un criado que sirva para hacerlo todo".

En esta apreciación, ya aparece el elemento común del llamado derecho natural, consistente en el rechazo a todo derecho positivo desprovisto de fines y principios racionales.

Para concluir el tema que nos ocupa, es relevante la síntesis de la investigación sobre los primeros principios del derecho, del profesor Preciado Hernández, en su obra citada, en la que, analizando la definición estrictamente formal del derecho, dice de ella, que es la que considera al derecho como mero instrumento, como un recipiente apto para recibir cualquier contenido, como un vaso que lo mismo se puede llenar de agua, de vino o de aceite. Y como tratándose del derecho, su contenido u objeto material son las acciones humanas, cuyo sentido se determina en relación con los criterios racionales o fines supremos de la conducta, una definición que no toma en cuenta el contenido del derecho, tampoco hace referencia a sus fines como datos esenciales de lo jurídico.

Cita como ejemplo de estas definiciones, a:

Picard, quien define el derecho como "el conjunto de los deberes, al cumplimiento de los cuales puede uno ser constreñido por la fuerza social organizada".

Para Roguin, "el derecho es el orden consistente - en que un hecho social sea seguido de otro hecho social, con sanciones forzadas en caso de inejecución".

Según Jezu, "el derecho de un país es el conjunto de reglas -ya se las juzgue buenas o malas, útiles o nefastas- que, en un momento dado, son efectivamente aplicadas - por los prácticos y por los tribunales".

Duguit, por su parte, expresa que el derecho es - "la línea de conducta que se impone a los individuos en so - ciedad, regla cuyo respeto es considerado en un momento dado por una sociedad, como la garantía del interés común, y cuya violación entraña una reacción colectiva contra el autor de esta violación".

Y conocida es la definición conceptual de Stammler, el derecho es, para este autor: "voluntad vinculatoria, autárquica e inviolable".

Todas estas definiciones, que no contienen o están relacionadas con los fines y principios racionales, son definiciones positivistas y sociológicas realistas del derecho, a las cuales se opone el derecho natural.

Todas ellas tienen un rasgo negativo común: ninguna considera que determinados fines estén relacionados necesaria o esencialmente con el derecho.

La idea del derecho -la justicia- consiste en - una absoluta armonía, en el ideal de una comunidad pura, de una comunidad de hombres con voluntad libre, cuyas relacio - nes recíprocas estén regidas por dos grupos de principios: los del respeto a la personalidad del otro, y los de la coo - peración.

Grave error contienen las definiciones formales de tipo positivista y de tipo sociológico. En el fondo confunden el orden de la causalidad, o en el mejor de los casos la ley de los grandes números, con el orden de la finalidad -de la racionalidad y libertad humanas-. Equiparan hecho y derecho. Si el derecho se redujera a meros hechos, aplicando el mismo procedimiento, también la justicia, la belleza, la verdad y el bien se reducirían a hechos.

No podemos admitir que el derecho y la justicia - sean puras formas o unidades mentales. Son entes de razón, objetos ideales, desde el punto de vista de su forma, pero - tienen su fundamento en la realidad, expresan y postulan un orden ontológico. El derecho no es sólo la noción que la - mente abstrae, sino también el ajustamiento de personas y co sas a que dicha noción se refiere. Y ese ajustamiento u ordenación de las personas, no de las impresiones en la con - ciencia, deriva de la naturaleza de tales personas. El derecho es algo más, mucho más, que un simple método lógico, es una realidad fundada en las exigencias ontológicas del hom - bre; de ahí que su esencia sólo pueda determinarse a través de un profundo conocimiento de la naturaleza humana. Ese co nocimiento nos muestra los fines necesarios de la vida so - cial, a los cuales no puede ser ajeno el derecho; lógicamen - te no se concibe un instrumento -la técnica tiene carácter instrumental- sin un fin propio, específico, natural -fi - nis operis-, independientemente de los fines particulares - de quienes utilizan el instrumento o la técnica -finis ope - rantis-, y que no caben otros fines racionales específicos de la técnica que entraña el derecho, que la seguridad, la - justicia y el bien común. Luego no es válida una definición estrictamente formal del derecho.

Ciertamente, el derecho es un objeto real basado - en las exigencias y necesidades ontológicas del hombre y no

un simple instrumento técnico o una idea abstracta.

Dado que el derecho es un objeto real -por cuanto constituye un orden de relaciones entre seres reales, de acuerdo con sus necesidades ontológicas-, no una ficción, podemos tener de él un concepto o idea, y su definición real. (10)

Como se desprende de los criterios sustentados por los autores a que se ha hecho referencia, son diferentes las posturas y puntos de vista acerca del problema del concepto y definición del derecho, detectándose a través de ellos las tres grandes corrientes contemporáneas que tratan de solucionar este problema fundamental; a saber: el realismo sociológico, el positivismo y el iusnaturalismo, y cómo, estas dos últimas actitudes libran una infinita y tremenda lucha por descubrir cuál es el verdadero derecho en su concepto y definición.

El análisis particular de estas corrientes y su problemática, se realiza como temas subsecuentes, con la amplitud necesaria para una clara comprensión de su fondo substancial y su trascendencia.

#### 1.4 La metodología del derecho

No obstante ser obvia la importancia de la metodología en cualquier ciencia, conviene analizarla respecto de la jurídica, por ser su base fundamental de investigación.

Para tal efecto, es necesario partir del enfoque etimológico y filosófico general, que en su obra: "Elementos de introducción a la Filosofía y Etica", considera, el profesor A. Marquez Muro; quien a partir del método inicial,

define la noción o palabra "método", como derivada del griego, y cuyo significado, es: "en camino".

En consecuencia, si etimológicamente se le define en general, significa el camino que sigue el entendimiento, o el orden que establece ciertas operaciones para obtener un fin determinado. Este método, lógico, es el camino que debe seguir el entendimiento para alcanzar la ciencia. Se considera, que en todo camino hay que tomar en cuenta: a) El principio que inició o punto de partida; b) El camino a seguir, y, c) El resultado final de éste; viniendo a ser, el método inicial, el método evolutivo y la ciencia.

Los filósofos, han aportado tres sistemas para plantear y explicar el método inicial, o sea, el origen de la ciencia, a saber:

1. El psicologismo, que concibe como el origen de todos nuestros conocimientos el yo humano con los diferentes fenómenos psíquicos que en éste se efectúan. Ahora bien, cuando se habla del idealismo, lo anterior no es aceptado; es decir, el psicologismo confunde al investigador con el método que éste debe seguir, y el yo, se puede decir, que es el propio entendimiento que conoce, cuando lo que se trata de saber, es, cuál es la base o punto de partida del entendimiento.
2. El ontologismo, que establece el origen de la ciencia, en cierta intuición que posee el ser humano acerca de Dios, como causa primera de todo ser viviente; pero esta intuición, supuesta por él, es totalmente gratuita, ya que la conciencia nada nos dice de ella, por el contrario nos dice, que al conocimiento de Dios, se llega por medio del raciocinio: por esta razón, para muchos autores, el ontologismo no puede ser aceptado.

3. El dogmatismo, para el cual el método inicial parte de - primeros principios indemostrables, basa su doctrina, en que, nuestra alma para dar el primer paso hacia la ciencia necesita apoyarse en algo y ese algo son ciertas verdades de evidencia inmediata, que la inteligencia percibe desde luego con toda claridad, de un modo connatural y espontáneo; porque las lleva como impresas en su propia naturaleza.

Se considera que de estos primeros principios de la ciencia, deduce el entendimiento las verdades que próxima o remotamente se contienen en ellos; y ese conjunto armónico de conocimientos correlativos a un mismo objeto constituyen la ciencia; a condición de que, aunque se trate de conocimientos de observación para que pertenezcan a la ciencia, sean como aplicaciones de los mencionados primeros principios. Aristóteles concebía que estos primeros principios son los semilleros de la ciencia, claro está que esta última doctrina es la aceptable.

El profesor A. Marquez Muro considera que la última doctrina descrita es la correcta, ya que los primeros principios son indemostrables y que por eso a este sistema se le llama Dogmatismo.

Se cree que el entendimiento humano en camino hacia la verdad, adopta para lograrlo, uno de estos dos procedimientos o los combina al mismo tiempo: parte algunas veces, del conocimiento de los fenómenos de observación, investigando así, las causas que produjeron a estos fenómenos o las leyes que lo regulan; en otras ocasiones, empieza por tener en cuenta las causas o los principios de las cosas, para llegar al conocimiento de los efectos que estas causas provocan o a las verdades que de estos principios se infieren.

Lo anterior, puede considerarse acertado. No siem  
pre en todos los casos, por ser diferentes, se adopta el mis  
mo sistema; generalmente, emplea los dos sistemas simultánea  
mente.

A la ciencia, se le considera en sentido amplio, -  
como cualquier conocimiento cierto, y se ha definido, como:  
un sistema de conocimientos fundado en principios ciertos y  
evidentes obtenidos por la demostración de sus causas.

El problema ha surgido, cuando se ha tratado de es  
tablecer la división formal de las ciencias, para lo cual se  
han creado varios modos pero todos son objetables.

El modo empleado por la filosofía escolástica, se  
cataloga como el más racional y fundado. Se basa en la natura  
raleza misma de las cosas; en el grado de abstracción que -  
exigen las ciencias para obtener su objeto formal. (11)

Este método es el correcto, toda vez que se basa -  
en la naturaleza de las cosas y toda ciencia se debe de fun-  
damentar en todo lo existente en la realidad.

Por su parte, para Carnelutti, la metodología no -  
es otra cosa que la ciencia que se estudia a sí misma y así  
encuentra su método. Pero si también la metodología es cien-  
cia, o mejor, si también la metodología es acción, el proble-  
ma del método se presenta también a la metodología. Así, -  
aquello que se puede llamar introspección de la ciencia lle-  
ga hasta el infinito.

El autor de referencia, opina, que, como la metodo-  
logía ayuda a la ciencia, la ciencia sirve a la metodología  
o, en otras palabras, esta última, en cuanto descubre la re-  
gla de la ciencia, descubre su regla propia; y concibe, que,

no hay, pues, razón para que yo no aplique al estudio de la ciencia del derecho aquellos principios del método que he venido descubriendo uno por uno, en el estudio asiduo del derecho.

La rebusca de la regla del obrar, determina que se forme la ciencia; más precisamente aquella parte de la ciencia que podría llamarse ciencia de la práctica.

Señala Carnelutti, que, en cuanto al acierto para descubrir tal regla, la ciencia enseña la vía del obrar que es lo que se llama método. (12)

Las anteriores opiniones propician confusión. El autor citado concibe al método como la vía del obrar, y la metodología es algo más que eso.

Ahora bien, el profesor Héctor Fix Zamudio, en su obra: "Metodología, docencia e investigación jurídica", al tratar el tema de la metodología del derecho, habla primero de los problemas en torno a ella y lo primero que se cuestiona es, ¿existe una ciencia jurídica? y puntualiza, que, todo el que estudie al derecho debe formulársela. Porque para las disciplinas que estudian la naturaleza, no existe la ciencia del derecho, a la cual ha defendido el profesor Luis Recasens Siches o el filósofo Enrique Rickert, que expresaba que muchos investigadores de la naturaleza se sentían ofendidos porque se les decía que no eran los únicos que trabaja ban científicamente.

Considera que, la incertidumbre que surge sobre el carácter científico de los estudios jurídicos, frente a la firme convicción que se tienen comúnmente respecto del de las investigaciones físico-matemáticas y las de las disciplinas naturales, deriva de una serie de factores muy comple



jos, que no son fáciles de desentrañar.

A su vez, reconoce, que, tampoco resulta más afortunada la denominación de "jurisprudencia" para significar - el estudio del propio derecho, puesto que también se presta a confusiones, ya que de igual manera significa los principios establecidos en los fallos de los tribunales, especialmente los de mayor jerarquía.

Citando a Carnelutti en su afirmación que viene a sostener la existencia de la ciencia jurídica, dice que, la comparación entre ciencia del derecho y las matemáticas, la física y la biología, podía llevar a la conclusión de que éstas son más modernas, pero no que ellas sean ciencia y la del derecho no.

Estima que, a pesar de las desventajas en que se encuentra el jurista, su labor, en cuanto se constriñe a una rigurosa investigación, puede ser tan científica como la de cualquier cultivador de las ciencias naturales o físico-matemáticas. "La ciencia del derecho, no obstante las apariencias, es una de las más elevadas, de las más necesarias y de las más nobles del conocimiento humano, pues sin la existencia de su objeto es decir, el ordenamiento jurídico, no sería posible ninguna otra actividad individual o colectiva, - incluyendo las de investigación de la naturaleza o de los objetivos matemáticos".

Es obvia la validez de lo expuesto por el autor citado: la investigación jurídica es tan científica como cualquier otra, por el solo hecho de estudiar un objeto real como lo es el derecho, y hacer de este estudio ciertos tratados. Además, gracias a que existe el derecho creado por esta labor científica jurídica, es posible que existan y se lleven a cabo todas las demás ciencias, al regular el dere -

cho sus actividades dentro de la sociedad e implantar un orden de seguridad y paz social.

El jurista de referencia, pone de relieve la dignidad del derecho, como objeto de conocimiento de la ciencia jurídica, citando al tratadista Adolfo Maldonado, en su afirmación, que sin el derecho ninguna realización humana sería posible, porque nada humano es posible en la anarquía.

Reconoce, que existe en los juristas un sentimiento de inferioridad ante las disciplinas tradicionalmente científicas. No obstante, que, contra lo que comúnmente se piensa, no existe una tajante diferencia en el procedimiento que siguen los investigadores de las ciencias naturales y de las calificadas como culturales, en la construcción de los conceptos básicos y abstractos de sus respectivas disciplinas. La diferencia radica en la manera de obtener los datos particulares, que son más evidentes y comprobables en la naturaleza, que en los productos del espíritu.

Es aceptable la validez de lo anterior expuesto; pero el temor a que hace referencia, no. Ciertamente, es difícil comprobar y demostrar los avances científicos de la ciencia del derecho, pero conforme ésta se vaya perfeccionando, le será más fácil obtener los datos particulares que le son necesarios para demostrar estos progresos científico-jurídicos.

Hemos llegado al convencimiento de que existe una disciplina científica que se ocupa del estudio del derecho como objeto fundamental de su conocimiento. Pero ahora, nos debemos plantear una segunda pregunta: ¿Qué debe entenderse por método? y ¿Puede hablarse de un método que pueda calificarse de jurídico?

Al respecto, cita al filósofo Nicola Abbagnano, quien estima que el método posee dos significaciones fundamentales, desde el ángulo filosófico: a) Toda investigación u orientación de la investigación. b) Una particular técnica de la investigación.

Considera este pensador, que prevalece el segundo significado, ya que no hay doctrina o teoría, científica o filosófica, que no pueda ser considerada según el aspecto de su orden de procedimiento, y por lo tanto, denominada método.

La metodología puede tener diversos sentidos:

a) Una concepción filosófica del método jurídico, es decir, la llamada metodología filosófica, que se suele subdividir en lógica y epistemología, que tratan, respectivamente, de los caminos por los que se alcanza el conocimiento y de aquellos por los que se interpreta acertadamente, según las ideas del filósofo norteamericano Pepperell Montague.

b) Un segundo enfoque metodológico del derecho, ya desde el punto de vista científico y no puramente filosófico, es decir, se trataría de una metodología científica, que llevada al campo del derecho tiene el propósito de examinar las técnicas más adecuadas para la elaboración, investigación, enseñanza y aplicación del derecho.

c) Una tercera perspectiva de la metodología jurídica y es la relativa al examen de las preocupaciones metodológicas de las diversas corrientes jurídicas, lo que se resuelve en un estudio histórico-crítico, pues como ya lo hemos señalado, de acuerdo con el agudo pensamiento de Abbagnano, toda doctrina o teoría, ya sea científica o filosófica, puede ser considerada como un método.

En este sentido se puede hablar del dogmatismo o - conceptualismo jurídico, de la escuela histórica; de la jurisprudencia de intereses; de la escuela de la exégesis, del realismo jurídico; de las escuelas sociológicas, etc.

Por último, nos comenta este autor, que es frecuente que la preocupación metódica de los tratadistas se concentre más que en la técnica jurídica, es decir, en los instrumentos para conocer, elaborar o interpretar el derecho, en una delimitación del campo de la ciencia del derecho respecto de otras disciplinas que le son afines, como ocurre con la sociología, la filosofía, la ética, la historia, etc. inclusive con el deseo, inalcanzable por otra parte, de establecer una ciencia pura del derecho.

Y al segundo sentido o acepción de la metodología jurídica o sea la de carácter científico, según este autor - es la que se debe de atender, por su mayor utilidad en todos los aspectos de la actividad jurídica, sin que se menosprecie a los otros sentidos.

Por eso puntualiza Fix Zamudio: después de los razonamientos anteriores, podemos concluir en el sentido de - que la metodología del derecho o metodología jurídica es la disciplina que se ocupa del estudio de los instrumentos técnicos necesarios para conocer, elaborar, aplicar y enseñar - ese objeto de conocimiento que denominamos derecho. (13)

Es muy aceptable esta definición de la metodología jurídica. Aunque quizá convendría ampliarla y puntualizar: "Para que éste adquiriera en cada una de sus ramas y normas, - las características de justicia y eficacia".

## CAPITULO II

### CORRIENTES JURIDICAS CONTEMPORANEAS EN TORNO AL CONCEPTO Y DEFINICION DEL DERECHO

#### 2.1 Positivismo Jurídico

##### 2.1.1 Características generales

Una de las corrientes jurídicas contemporáneas que ha tratado de resolver el problema de la definición del derecho, ha sido el positivismo jurídico, el cual, a veces, al tratar de resolver este problema se ha librado de la influencia metafísica del derecho natural, aunque nunca lo ha logrado totalmente, como ya fue mencionado en el capítulo anterior. En ocasiones parece que predomina teóricamente en el ámbito jurídico, pero vuelve irremediablemente a esta influencia.

El positivismo jurídico, tiene su fundamento en el positivismo, cuyo padre es Augusto Comte, que lo fundamenta en afirmaciones como estas:

- a) El único medio que poseemos para conocer algo con certeza es la experiencia de los sentidos, nuestra alma no puede conocer las cosas suprasensibles, la ciencia metafísica es imposible;
- b) La verdadera filosofía desecha de su objeto todo ser teológico, toda realidad metafísica;
- c) El espíritu humano ha evolucionado en sentido ascendente pasando por tres etapas: la teoló-

gica, la metafísica y la de la ciencia positiva;

- d) El testimonio de la conciencia que nos certifica la realidad de nuestros conocimientos espirituales es una vana ilusión;
- e) La diferencia que hay entre animales brutos y el hombre, es accidental;
- f) El concepto de derecho es inmoral;
- g) El concepto de causa es sofisticado e irracional.

Para el profesor Marquez Muro, el positivismo se basa en este principio: Las cosas sensibles son las únicas que pueden ser conocidas, lo que no cae bajo el dominio de los sentidos de ningún modo puede ser conocido. Por eso afirma: Analícese con cuidado cada uno de estos puntos y se encontrarán sus contradicciones y sus falsedades; el positivismo es indudablemente una de las doctrinas más perniciosas que han hecho estragos tremendos en nuestras sociedades; va contra la propia naturaleza del hombre, va contra la moral, es absurdo, es contradictorio, por lo tanto, también debe rechazarse. (14)

Aunque ya se ha hecho referencia a ello, conviene reiterar esta deshumanización del derecho que hace el positivismo, el cual en ocasiones ha revestido de legalidad a las leyes más injustas, productoras de abusos de poder, injusticias y formas o regímenes de gobierno totalmente tiránicos, donde la ley es el delito. Analizar más a fondo varias teorías positivistas, nos permitirá, conocer, aparte de sus características generales, sus aportaciones tendentes a resol-

ver la pregunta básica jurídica: ¿Qué es el Derecho?, además de establecer el elemento común que engloba a todas estas posturas.

### 2.1.2 Teorías positivistas

Según el jurista italiano Norberto Bobbio, al positivismo jurídico se le puede caracterizar en tres aspectos básicos o actitudes, en uno de ellos o en los tres aspectos si es posible.

Sostiene que, históricamente se identifica:

- I. Como una manera especial de abocarse al estudio del derecho.
- II. Representa una concepción específica de este último.
- III. Constituye una ideología sui generis de la justicia.

Concibe este autor, que entre estos tres aspectos, no existe ninguna relación (ni lógica, ni causal).

Para el profesor Bobbio, en el aspecto en el que el positivismo jurídico se presenta como una manera especial de abocarse al estudio del derecho, presupone estrictamente una diferencia entre el derecho real o existente y el derecho ideal, o sea entre el derecho como hecho y derecho como valor, que varios autores mencionan como la diferencia entre "derecho que es" y "derecho que debiera ser".

Por lo tanto, el aspecto positivista, es aquel que asume una actitud no valoradora o axiológica frente al dere-

cho y usa para separar un precepto jurídico de otro no jurídico, solamente datos verificables. Y sólo serán preceptos jurídicos, los que tengan su origen en ciertos órganos y sean producto de procedimientos preestablecidos, además de que en determinado tiempo y espacio sean efectivamente obedidos. Cree que el positivista en su definición del derecho, no incluye aportaciones teológicas (como justicia, libertad, bien común, etc.). De acuerdo con todo lo anterior, sólo será derecho, lo creado por los órganos competentes y con la forma legal prescrita y sin que importe de alguna forma que realicen ideales de libertad, justicia y de bienestar común. Aunque reconoce que el positivista no desconoce que hay un derecho natural, niega rotundamente que este derecho, sea en el mismo sentido del positivo.

Esta postura de Bobbio, contradice la esencia de su concepto del positivismo jurídico, es decir, el monismo jurídico positivo, ya que acepta la separación de dos diferentes especies de derecho y por lo tanto, acepta que el derecho positivo no es el único existente.

El segundo rasgo distintivo del positivismo jurídico, según Bobbio, es el que se cataloga como "teoría" y consiste en la doctrina que une el derecho al proceso de formación de un poder soberano, facultado para aplicar sanciones, en caso de incumplimiento a sus mandatos. Lo que representa a este poder soberano vendría a ser el Estado moderno, que muchos autores conciben como el monopolio de la fuerza.

Erlich, realiza la caracterización de este proceso sustentando que el método tradicional de los juristas, está basado en tres principios:

1. Toda decisión judicial presupone la existencia de los preceptos que aplica;



2. Tales preceptos son formulados por el Estado;
3. El conjunto de lo que el poder político crea y hace cumplir, constituye una unidad.

A esta faceta del positivismo, se le conoce como el principio de la estatalidad del derecho, el cual enlaza - otras características.

Estas características dice Bobbio, son:

1. En relación a la definición del derecho: la teoría de la coactividad que por derecho entiende un sistema de normas que se hacen valer por medio de la fuerza o que reglamentan el uso de ésta dentro de un conglomerado social;
2. En lo que atañe al concepto de norma jurídica: el aserto de que los preceptos del derecho tienen el carácter de mandatos;
3. En conexión con la doctrina de las fuentes formales: la tesis de la supremacía de la legislación;
4. Acerca del orden jurídico como un todo: la idea de que forma un sistema que posee el atributo de la integridad, es decir, de la ausencia de lagunas y, en forma subordinada, el de la coherencia, que excluye las antinomias;
5. En cuanto al método de la ciencia jurídica y de la doctrina interpretativa: la concepción de la actividad del jurista y del juez como tarea esencialmente lógica y, de manera especial, la consideración de la ciencia del derecho como simple hermenéutica (Escuela francesa de la exégesis) o como ciencia dogmática (Escuela de los pandectistas alemanes).

Es válida la crítica que al respecto hacen varios - autores, en el sentido de que el rasgo del positivismo jurídico según Bobbio, es olvidar que el derecho no es necesaria

mente un derecho del Estado, además de que, la coactividad - no posee el carácter definitorio de las normas jurídicas, ya que existen normas legales que no son sancionadas por otras del mismo sistema y su acatamiento no podrá ser en forma - coactiva. En cambio, la coercibilidad si se encuentra en to do precepto jurídico; entendida aquella, como cierta posibilidad de cumplimiento a éste.

El tercer rasgo de esta teoría que caracteriza al positivismo jurídico, se presenta como ideología, y según és ta, el positivismo consiste en la atribución que se le da al derecho, de que por el solo hecho de existir, posee un valor positivo, sin importar si es justo.

O sea por el solo hecho de que sea vigente, pero - esta atribución tiene su origen en dos tipos de argumenta - ción, que son, según el profesor Bobbio:

1. El derecho positivo, por el simple hecho de su positividad, esto es, de emanar de una voluntad soberana, es justo, lo que equivale a sostener que el criterio, acerca - de su justicia o injusticia, coincide con el relativo a su validez o invalidez;
2. Como conjunto de normas creadas o impuestas por el po - der, que tiene el monopolio de la fuerza en una determi - nada sociedad, ese derecho sirve, por el mero hecho de - existir, independientemente del valor material de sus - normas, a la realización de una serie de fines socialmen - te valiosos, como el orden, la paz, la seguridad y la - justicia legal.

Puede considerarse que esta postura provoca el pro - blema del valor intrínseco de los preceptos jurídicos y de - la justificación axiológica del contenido de los mismos, ya que el hecho de que un precepto se cumpla o se aplique, sólo

prueba su eficacia pero nunca su bondad de lo que ordena o la justicia de su contenido.

El autor de estos aspectos básicos del positivismo jurídico, intenta justificarlos de la siguiente forma: juzga o niega que históricamente, la doctrina que concibe que el deber moral de obediencia a las normas jurídicas, sea positivista y que sería más aceptable decir que ésta tiene su origen, en las corrientes iusnaturalistas.

Lo anterior expuesto, es una evidente contradicción del autor de referencia, toda vez que primero expone que la doctrina consistente en el deber moral de obediencia a las normas jurídicas, era positivista, y al justificar esta postura, dice, que ésta tiene su origen en el iusnaturalismo.

El profesor E. García Máynez, cataloga a esta doctrina de la obediencia ética a las normas, como una tesis kantiana y que Kant sólo hace referir a las obligaciones de carácter ético o moral y no a las jurídicas.

Por su parte, en el campo de la filosofía jurídica en Italia, se produce, según Bobbio, la revuelta contra el formalismo que es otra de las posturas del positivismo.

Esta revuelta contra esta actitud positivista o formalista, es porque en este país surge el llamado formalismo y el antiformalismo, que según este autor, son las situaciones extremas, entre las cuales oscila el péndulo de la jurisprudencia.

Según los tratados sobre positivismo jurídico, existe una relación íntima o conexión entre el formalismo y el positivismo, pero Bobbio, antes de decirnos en que consis

te ésta, dice que el giro formalismo jurídico es equívoco, - ya que significa, según sus propias palabras: cosas diver - sas, muy diversas, algunas buenas, otras malas, otras sobre todo, inevitables, con esta consecuencia: que la polémica - general y genérica contra el formalismo, acaba por ser fuente de confusión que produce malos entendimientos, incompre - siones, disputas inútiles, exclusiones injustificadas.

Aboga Bobbio, por la posibilidad y la total justifi - cación de una teoría general formalista del derecho. Pero considera que lo expresado anteriormente, no quiere decir - que se excluye la posibilidad de otros estudios como los si - guientes: a) El estudio de los fines del derecho, ideológico y axiológico; b) El análisis sociológico del fenómeno ju - rídico. Considera que será necesaria la autonomía para la - teoría formal del derecho, ya que consiste en la manera o - forma de enfocar el derecho, o sea desde cierto punto de vis - ta, de ver como el derecho se constituye en un ordenamiento jurídico, o lo que vendría a ser un conjunto de normas selec - cionadas para su estudio o análisis, independientemente de - las ideologías o criterios que impliquen las citadas normas. Para él, el formalismo es una determinada teoría del derecho y no una teoría de la justicia, o sea que en este sentido, - formalistas son las teorías que conciben al derecho como for - ma (generalmente constante) de un contenido (variable).

Como es evidente, ya desde esta apreciación el for - malismo está equivocado. El derecho no puede ser una simple forma, sin un contenido justo o con determinados fines racio - nales.

Por su parte, el profesor García Máñez, advierte que además de estas teorías que buscan el elemento caracte - rístico del derecho en la forma o estructura, teorías forma - les normativas, que según Bobbio, son las teorías que conci -

ben que un hecho se clasifica como jurídico, cuando una norma lo atribuye a determinadas consecuencias de derecho (facultades o deberes), pero reconoce este autor, que en realidad estas teorías remiten el llamado criterio distintivo del derecho. (15)

El profesor Recasens Siches, comenta que el jurista no debe temer por la acusación de que el formalismo conduce al jurista a un campo vacío y árido. Indica que debe rechazar la acusación. Primeramente, porque el estudio de tipo formalista, en ningún momento le prohíbe al jurista, estudiar y analizar otros enfoques (valorativo y sociológico). Segundo, porque el formalismo sólo se aboca o se limita al estudio de la estructura formal de la norma y nunca a tratar de prejuzgar lo axiológico de una norma.

Afirma este autor, que el formalismo es autónomo - del ético o concepción legalista de la justicia, cuyo máximo postulado es que concibe a lo justo, a lo que es impuesto por la ley emanada del poder soberano, y que será injusto lo que prohíba la ley, pero que tarde o temprano este formalismo ético nos lleva inexorable e irremediabilmente a la simple reducción del derecho a la fuerza. Indica, que en cambio el formalismo jurídico tiene como función principal, establecer las condiciones básicas y esenciales para la existencia de los deberes jurídicos y el derecho. Pero que además esta teoría formalista es también una doctrina científica, sin ninguna influencia de alguna ideología política, aunque con cierto sistema ético y enfoque axiológico.

Nos aclara, que a pesar de que las dos teorías anteriores, son diferentes, ha sucedido que en ciertas ocasiones, algunos autores han acabado por sostener la primera por la segunda o viceversa, o a sostener ambas al mismo tiempo. Considera que se debe de ignorar el problema de los factores

psíquicos históricos y sólo mantener la diferencia antes analizada y el llamado excepticismo axiológico. Concluyendo con lo anterior, ésta ha sido otra de las características del positivismo jurídico, y la cual, viene a darle otros de sus aspectos importantes. (16)

Otro sentido del formalismo jurídico, consiste en la manera como es ubicada la ciencia jurídica dentro de él o catalogada como ciencia formal.

Según Bobbio, en este sentido del formalismo, no se está hablando de una teoría formal de la justicia o de la creación del derecho como forma, sino que más bien a concebir a la ciencia del derecho como una disciplina formal. Sostiene en esta teoría, que la lógica jurídica consiste en la aplicación de lo general y la define como un determinado estudio o análisis de la estructura de las normas jurídicas y de los análisis o razonamientos jurídicos.

Las sutiles distinciones que realiza Bobbio sobre los tipos del formalismo, nos permiten ver el gran inconveniente de no puntualizar, donde, el positivismo se liga al formalismo.

El profesor García Máynez, considera que: En el sentido de la lógica de las proposiciones normativas y de la jurisprudencia, de ninguna manera implica una doctrina del derecho que lo conciba como una forma sin contenido o como un sistema racional hipotético-deductivo, ni afirma la pretensión de formalizar en forma rigurosa el raciocinio jurídico. Indica, que no se habla de ciencias formales en sentido estricto, sino que son ciencias cuyo objeto de estudio, son: calificaciones normativas de hechos, y cuya tarea es la explicación, propia de las ciencias de la naturaleza, sino la construcción y, en última instancia, el sistema. Y que este

tipo de investigaciones se identifican, al detectarse su objeto de estudio, que no es una explicación causal o teleológica de una institución. Pero que al contar con las anteriores características, se pueden y se deben de diferenciar las lógicas jurídicas, que también serán formales, aunque en otro sentido del formalismo. (17)

En cuanto a la segunda posición aludida, sus defensores no pueden dejar de ser formalistas en lo referente al concepto de validez, ya que los positivistas la conciben como autónoma de los juicios que hagan los destinatarios de las normas, en cuanto a que sea justa. Es decir, que el concepto de validez intrínseca es del acervo conceptual del filósofo jurista y no del jurista dogmático o del positivista.

Otra característica del positivismo jurídico y de la definición del derecho, es el punto de vista del profesor Hans Kelsen, cuando habla de la concepción del deber ser como idea trascendente. Expresa que a pesar de que la ciencia jurídica se adhiere al principio positivista, principalmente en el concepto de norma y del derecho positivo, y aunque ya extrajo muchas consecuencias posibles del mencionado principio positivista, se sigue insistiendo en la idea de la diferenciación de las normas jurídicas y las normas morales. Pero que lo anterior, no significa que se dude, que la moral sea o constituya un valor absoluto. Considera, que esta actitud ideológica, tiene como única finalidad, el de hacer notar el valor puramente relativo al derecho o la existencia de un valor absoluto y no que lo ponga en duda la ciencia jurídica, para que influya en la definición del derecho.

Afirma Kelsen, que si el derecho y la moral, son de carácter normativo y que si el sentido de la norma jurídica es expresado, como el de la moral, en la idea del deber, entonces por lo tanto el valor absoluto propio de la moral -

se transmitirá a la noción de norma jurídica y al concepto de la definición del derecho. Lo que viene a resultar, que por ejemplo: si un comportamiento está prescrito por el derecho, que debe ser, no se liberarán de la idea de que esa conducta es justa. Y en este sentido la ciencia jurídica del siglo XIX, al definir al derecho ayudado con la noción de norma, no se puede decir que esté exenta de un elemento ideológico. Por eso reconoce, que al elaborar la ciencia jurídica, la definición del derecho, aún está influenciada por la teoría tradicional del derecho o por la doctrina del derecho natural. Por lo tanto, esta concepción del deber ser como idea trascendente, nos muestra como este deber ser, es considerado como la comunicación del valor absoluto de la norma moral a la norma jurídica. Y todo lo anterior va a influir en la definición del derecho, donde la influencia de la teoría tradicional en la definición del derecho, no está exenta de cierto elemento ideológico.

Es válido el punto de vista de Kelsen en cuanto que, la definición del derecho en esa época, estaba influenciada por el derecho natural. Es decir, no estaba exenta de elemento ideológico. Es de comentarse, que a la fecha, al definir al derecho, el positivismo jurídico no ha logrado liberarse de esta influencia.

Para Kelsen, una de las finalidades de la teoría pura del derecho, consiste en eliminar al elemento ideológico o valor absoluto, para que no siga influyendo en la definición del derecho. Y aportar una definición de la norma jurídica, completamente autónoma de la norma moral, o sea, afirmar la autonomía del derecho del orden moral o de la teoría tradicionalista del derecho natural. La regla jurídica establece una relación o una conexión de causa a efecto, o sea, sosteniendo que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Por lo tanto para él, la expresión "deber



ser", está desprovista de cualquier sentido de índole moral y debe de tener un sentido puramente lógico. También sostiene que la mencionada relación que establece la norma jurídica, tiene el carácter de una imputación, pero que al contrario en la norma moral hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero que en los dos casos anteriores, resulta una relación funcional específica creada entre los elementos de estos sistemas o sea el del derecho y la naturaleza. Y por lo que se refiere a la causalidad, el autor destaca, que no significa nada, si se le quita el sentido o carácter mágico metafísico, ya que antes se consideraba a esta causalidad en este sentido, cuando se estudiaba la causa o sea de modo animista y se le concebía como una fuerza secreta que extraña de ella misma su efecto.

Considera Kelsen, que las ciencias naturales, no podrán liberarse o renunciar a este tipo de causalidad, porque al establecer una conexión o relación entre los hechos que capta el conocimiento, reacciona de una sola manera, o sea, responde al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza. Y que la imputabilidad posee el idéntico carácter lógico que la causalidad. Por lo tanto, queda establecido, que la causalidad es una idea trascendente o metafísica.

E. Kant, demostró según sus teorías, que la causalidad no tiene categoría de una idea trascendente o metafísica, sino de lógica trascendental, o sea, que para él, es un principio gnoseológico que permite la comprensión de la realidad natural. Concibe al deber como una idea moral y no lo consideró como una categoría lógica. Tampoco supo o no pudo eliminar al elemento ideológico o a la metafísica, en su tratado de Filosofía del Derecho, que realizó, inspirado en la doctrina tradicional del derecho natural.

Kelsen cree, que la teoría pura del derecho, supe-

ra el principio de la lógica trascendental de Kant y que cataloga al deber ser, como una categoría lógica perteneciente a las ciencias sociales normativas en sentido general y de la ciencia jurídica en particular; ubicando de esta manera, a la imputación en el mismo nivel o plano que el de la causalidad y le da un carácter radicalmente antimetafísico y anti-ideológico, a la cual se opone la doctrina tradicional del derecho natural. (18)

La problemática del punto de vista de este jurista, consiste en concebir un derecho sin ninguna influencia axiológica y sociológica, y, como se ha visto a través de estos puntos de vista positivistas, ello no es posible teóricamente porque la definición del derecho sigue influenciada por el derecho natural. Esto, es correcto porque concebir al derecho sin la característica de justicia, es imposible. Un sistema jurídico sin estos elementos, prácticamente no sería derecho, sino una simple regulación de la fuerza o un régimen jurídico tiránico.

La definición unitaria del positivismo jurídico, tiene como su principal autor al jurista Uberto Scarpelli, quien en su obra "Cos é Positivismo Giuridico", se plantea y trata de solucionar el problema de la definición del positivismo jurídico, con el análisis crítico de las teorías que considera que produjeron un despedazamiento de los elementos de esta definición.

Al referirse a este despedazamiento, sintetiza los criterios de los autores jurídicos contemporáneos: Mario Cattaneo, Norberto Bobbio y H. L. Hart, y de acuerdo con este último, el positivismo jurídico es aplicable a cinco teorías:

1. Que el derecho es un conjunto de mandatos formulados por

seres humanos;

2. Que entre derecho y moral, o entre derecho que es y el que debiera ser, no existe una conexión necesaria;
3. Que el análisis del significado de los conceptos jurídicos debe distinguirse o separarse de las indagaciones históricas sobre el origen del derecho, de las sociológicas sobre las relaciones entre el derecho y otros fenómenos sociales y de los ensayos de valoración éticos y de los fines que el derecho persigue;
4. Que un sistema jurídico es un sistema en el cual, aplicando procedimientos lógicos, es posible inferir decisiones correctas de un conjunto de normas predeterminadas, sin necesidad de tomar en cuenta principios éticos, tendencias políticas, fines colectivos, etc.;
5. Que los juicios morales no se formulan, ni pueden ser racionalmente defendidos, en la forma en que se defienden los hechos.

Hart, aprecia que, entre estas teorías no existe una implicación o conexión necesaria; por lo tanto, un jurista podrá aceptar a una o dos de las mencionadas, pero que esto no significa que sea partidario de las otras.

El profesor García Máynez, detecta lo anterior, considerando que esta posición es idéntica a la de Bobbio, cuando éste, está frente a los tres aspectos básicos del positivismo jurídico.

Ciertamente, el jurista Scarpelli, hace lo mismo que Bobbio, al referirse al positivismo jurídico. Quiere describirlo en una serie de características que quizá no sean realmente las más representativas o las más propias.

Por su parte, el profesor Cattaneo, hace mención del análisis anterior de Hart y externa un cierto convenci-

miento o aceptación, de que entre la segunda y la tercera de estas teorías, hay una conexión necesaria, cuyo fundamento radica en la doctrina de tipo positivista, consistente en la separación entre el derecho y la moral.

Concibe, que las relaciones o implicaciones de estas teorías, se tendrán que analizar en tres planos diferentes: Uno que es el de la teoría del derecho; otro que es el de la aplicación del derecho a través de la tarea de los jueces y los obligados a la norma jurídica y por último, en el campo legislativo, visto como determinación del contenido del derecho positivo.

Comenta que en el primero, el divorcio entre derecho y moral, se suscita un resultado, que consiste en que el derecho se tenga que definir sin hacer referencia a principios morales, pero esto con la condición, de que cuando existan fenómenos en tal definición, se analizarán sin tender a criticarlos y justificarlos. En el segundo plano, según este autor, la separación del derecho y la moral, implica la presencia de una teoría que postula la existencia del deber de fidelidad y obediencia al derecho positivo, independiente del deber u obligación de respeto y obediencia a las normas morales o éticas. Y que en el plano legislativo, la separación del derecho y la moral, presupone una negación de la moral racional y objetiva, en que el legislador deba inspirarse.

Scarpelli, al recordar las opiniones de Hart, Cattaneo y Bobbio, se pregunta: "¿Podemos ofrecer una definición unitaria del positivismo jurídico, que supere la fragmentación operada por aquellos juristas?". Explica, que, la gran problemática que ha resultado por esta definición, obedece a que hay autores que:

...habiendo perdido la esperanza de individualizar un referente, preciso y claro para la expresión positivismo jurídico - en cualquier cosa de índole unitario, - despedazan al positivismo jurídico en - tres, cuatro o más partes independien - tes, a veces históricamente conexas, a - veces, según se observa separadas, por - lo que llega un momento en que ya no se entiende por que deban quedar reunidas - bajo una etiqueta común...

Es esencial, precisar qué clase de definición se busca, ya que según Scarpelli, de otra forma, no será posible "esclarecer el objeto, la naturaleza y el propósito", de esta definición. Por lo tanto, para este autor, es necesario aclarar el significado y el cómo se tenga que definir el positivismo jurídico, en su expresión y concepto. Más: ¿Cómo hay que entender aquí los términos expresión y concepto?

Nos da a entender, que la expresión lingüística, se puede catalogar como una figura, un sonido, o en última instancia como un hecho sensorial, con cierto significado por costumbre o convención y que está ligado a una serie de relaciones con otras expresiones lingüísticas o con entes no lingüísticos. Por otra parte, concibe al concepto como el significado de cierta expresión lingüística y, eventual o realmente, de otras expresiones que difieren de la primera en el aspecto sensible o, dicho de otro modo, como el significado común de una clase de expresiones sinónimas.

A Scarpelli, lo que le interesa, es la definición del concepto del positivismo jurídico, y no el significado que pueda tener esta expresión, sino más bien el común a éste y a cualquier expresión sinónima, en todos los idiomas.

Por su parte, los filósofos analíticos distinguen varios tipos de definiciones:

- a) Las de expresiones o conceptos que sólo tienen la función de registrar usos lingüísticos de ciertos conjuntos humanos o de un solo hombre y a las que se les llama definiciones léxicas.
- b) Otras veces, las definiciones tienen el carácter de convenciones sobre usos futuros del lenguaje, o sea, en la predicción de que en el futuro una expresión y sus sinónimos, se usarán en un cierto contexto y en este sentido según el autor, se denominará a estas definiciones como estipulativas, pero opina que una definición de esta clase, no serviría de nada al positivismo jurídico; y
- c) La definición llamada explicativa, que al igual que la léxica, se quiere ajustar al uso, pero la primera no tiende a registrar todas las variedades y transformaciones del mismo, sino sólo según sus propias palabras: Reajustar y reelaborar el núcleo de mayor importancia y valor operativo, a fin de conseguir un instrumento semántico preciso y eficaz, que pueda emplearse con mayor claridad y fuerza orientadora en la situación cultural a que habrá de aplicarse. Pero que a diferencia de las otras definiciones, la explicativa tiene su fundamento, en usos lingüísticos presentes, para después regresar a otros futuros, ya que aunque conserva los instrumentos semánticos tradicionales, trata de superarlos tanto desde el punto de vista de su forma como desde el án

gulo visual de su función.

Más valioso que buscar una definición unitaria de esta doctrina jurídica, sería analizar y detectar si entre todas estas teorías que tienen la misma denominación, existe un elemento que justifique este nombre común y que además le dé esencia al iuspositivismo o por lo menos, lo caracterice mejor.

Scarpelli, antes de aportar una definición del positivismo jurídico, se pregunta si los análisis críticos de este concepto, hechos por Bobbio, Cattaneo y Hart no establecen una esencia o punto de partida común. Se responde que sí y que el vestíbulo, que nos va a conducir a esos análisis, es una definición de tipo avaladora o voluntarista del derecho.

Esta definición, según el autor, concibe al derecho como un sistema de normas creadas por seres humanos, con determinadas características que hacen posible que se les diferencie de otras especies de normas, cuya validez es autónoma de principios o valores morales o ideológicos. De lo que se trata, según Scarpelli, es de captar en los comportamientos humanos ese aspecto característico y esencial que es la intencionalidad. Para Scarpelli, en su búsqueda de la definición unitaria el positivismo jurídico, sólo una definición de tipo explicativa, nos serviría para obtener un trabajo cultural unitario, que contenga valores, propósitos y direcciones. Asimismo, es acertada su apreciación, en cuanto a que el problema de la definición del positivismo y sus elementos, no sólo se plantee en el plano práctico o lógico, si no que también en el teleológico, porque éste va a enlazar a estos elementos.

Conforme a esta definición explicativa, la caracte

rística esencial del positivismo jurídico consiste en la postura que sus defensores asumen ante la concepción del derecho, ya que para ellos, es un conjunto de normas impuestas por seres humanos, y el asignarle como tarea, a la ciencia jurídica, estudiar el derecho y, a la práctica el aplicar e imponer el derecho.

El gran mérito del profesor Scarpelli es tratar de unificar a todos estos elementos dispersos en tantas teorías, además de analizar a estos elementos, para ver si son positivistas o no, así como el ordenarlos y englobarlos en una sola definición unitaria de tipo explicativa y voluntarista. Pero como toda obra humana, posee fallas y aciertos y su principal error, es el de no definir exactamente al positivismo jurídico, al aportar demasiados elementos de éste, además de no aportar con exactitud al elemento esencial de esta doctrina jurídica.

### 2.1.3.- Elemento común del positivismo jurídico.

Considero que el positivismo jurídico es una corriente jurídica contemporánea, que trata de resolver el problema consistente en saber ¿qué es el derecho?, que tiene como elemento común, el que postula o concibe al derecho como un derecho vigente o válido extrínsecamente, o sea que sólo es derecho para esta doctrina, las normas creadas por seres humanos u órganos legislativos autorizados por una norma suprema y que estas se encuentren en los códigos de leyes, no importando que sean eficaces o que se apliquen a un caso concreto, y que su contenido sea justo o que sean justas sus normas.

Aclaro, que encuentre muchas características o elementos del positivismo jurídico, pero que guiado por los valiosos criterios de otros autores, puede obtener un denomina



dor común de esta postura jurídica, para identificarla en el futuro, sin tener la necesidad de hacer referencia de todos-  
estos elementos.

## 2.2 Realismo Sociológico

### 2.2.1 Características generales

Partiendo de su postura o actitud en el campo jurídico y considerando su futuro como doctrina y corriente contemporánea del derecho, se ha optado por englobar, a grandes rasgos, a las diversas teorías realistas sociológicas, para obtener su elemento común o su aportación para dilucidar ¿qué es el derecho?, además de identificarlo y describirlo, sin la necesidad de recurrir al análisis de cada una de ellas, toda vez que su estudio conjunto contempla la evolución de esta doctrina, sus características y relaciones con el positivismo jurídico, el iusnaturalismo y su papel en la teoría de los tres círculos.

### 2.2.2 Teorías realistas sociológicas

Según Alf Ross, en la teoría general del derecho se tienen que plantear, analizar y resolver tres problemas: el de la interferencia entre derecho y sociedad; el del fin o idea del derecho; y, por último, el del concepto y naturaleza del derecho.

En el problema del concepto y naturaleza del derecho, se analiza la naturaleza de éste y unas nociones fundamentales conexas a lo universal de lo jurídico, como: persona, norma, deber jurídico, bien jurídico, etc. y al discutir esto Ross, hace primero unas consideraciones terminológicas indispensables, para el buen entendimiento de sus teorías. Dice, que, enunciado lingüístico, es el empleo consciente de un idioma, o mejor dicho, según sus propias palabras: del empleo consciente del lenguaje en uso efectivo, oral o escrito. Diferencia entre enunciado lingüístico y significado de éste. Dice, que al reflexionar en que los enunciados diferentes, tienen a veces significado igual y que a la vez pueden contener un significado diferente. Indica, que los sig-

nificados están divididos en: expresivos y representativos o semánticos. Expresa, que todo enunciado lingüístico alberga un significado expresivo, en cuanto expresión o síntoma de algo. Esto quiere decir que, como elemento de una situación psicofísica, siempre se refiere a la experiencia que le ha dado origen. Y que los enunciados representativos, son los que indican, representan y simbolizan un estado de hecho real. Es decir, que un enunciado tiene a veces un significado representativo y otro expresivo, ya que por ejemplo, el expresivo, dice la necesidad del deseo de comunicar a otras personas ese hecho y el representativo de este mismo hecho, es la aserción que éste contiene y que describe a este hecho. Aunque en realidad, según este autor, existen enunciados que sólo tienen un significado, como los expresivos, que sólo son simples portadores de una carga emocional o intencional. A veces, provocan conductas a quien (es) se dirigió, produciendo fenómenos como: peticiones, deseos, súplicas, sugerencias, mandatos, y, a éstos, Ross, afirma que son "directivas".

Agrupar los enunciados lingüísticos en tres clases:

1. Aserciones o enunciados de significado representativo;
2. Exclamaciones, que no tienen significado representativo ni influyen en la conducta;
3. Directivas, que no representan sino que son enunciados que influyen en la conducta de otras personas.

Después, se interroga, a cuál de estas clases de enunciados, corresponden las normas jurídicas y expresa que parece obvio, que pertenecen a las directivas, ya que su fin es provocar determinada conducta, si ésta fue hecha en forma imperativa. (19)

Las anteriores afirmaciones, erróneamente comparan los enunciados con las normas de comportamiento, dando a entender así, que estas normas no imponen deberes o derechos - sino que únicamente expresan el deseo de conducir a otro individuo de cierta forma, no porque tenga que hacerlo así o - tenga derecho a ello. Se entiende con esto, que más bien es porque la norma lo orienta en este sentido. Con ello, se - niega lo normativo y además, se coloca a las normas en el - mismo nivel o categoría de los mandatos, peticiones, sugerencias, deseos, etc. Ross, confunde dos cosas que son diferentes y que es necesario separar: por un lado, la expresión - verbal de un juicio normativo y por el otro, la enunciación que esté de acuerdo con un precepto.

Dentro de la obra "Sobre el derecho y la justicia", el mencionado jurista comenta, que la interpretación del concepto "derecho vigente", se diferencia mucho del concepto - concebido por la teoría tradicional, que predominaba e in - fluenciaba a la teoría jurídica de Europa continental.

Considera que a la interpretación del concepto de derecho vigente, se le puede caracterizar, como teoría realista contrapuesta a la teoría jurídica idealista, la cual - nos aclara, tiene como base la creencia de que existen dos - mundos distintos, los cuales poseen dos diferentes métodos - de conocimiento: uno que es el mundo de la realidad, que - tiene como función el abarcar en su totalidad a los fenóme - nos físicos y psíquicos, en el tiempo y en el espacio, que - se perciben o captan a través de la experiencia, que nos pro - porciona los sentidos. Al otro método, lo denomina como el mundo de las ideas o validez, que comprende a varios conjuntos de ideas de tipo normativo y que son absolutamente válidas (como la verdad, el bien y la belleza), las cuales captamos por medio de la razón, pero que este método de conocimiento es autónomo de los sentidos y por eso se le llama -

a priori.

También expresa, que esta teoría jurídica idealista, concibe que el derecho pertenece a los mencionados mundos y que, según lo anterior expuesto, el conocimiento del derecho está simultáneamente fundamentado en la experiencia externa y el razonamiento a priori.

Esta idealista teoría jurídica, es razonable, en cuanto a que el derecho pertenece a los mencionados mundos, toda vez que el conocimiento del derecho está basado en la experiencia externa y en el razonamiento a priori, porque si se dan estas dos etapas en el conocimiento del citado objeto.

Por otra parte, aclara Ross, que el derecho es un fenómeno de realidad, de acuerdo a la medida en que su contenido sea un hecho histórico, que varía según el tiempo y el lugar, que además es creado por los hombres y que dependerá de los factores externos de poder. Pero que otra cosa será, que su contenido tenga validez como derecho, ya que ésto no se podrá observar en la experiencia.

Considera, que según el punto de vista idealista, la diferencia entre el derecho y la moral, se puede concebir de la siguiente manera: que mientras la norma moral tiene su origen en la razón pura, incluso en lo concerniente a su contenido; la validez del derecho está relacionada a su contenido terreno y temporal. Concluyendo que el derecho es si simultáneamente fenómeno y validez, una intersección entre la realidad y la idea, o la revelación de una validez de la razón en el mundo de la realidad.

Si el derecho es esta intersección entre la realidad y la idea, o la revelación de una validez de la razón en

la realidad, el autor mencionado está en lo correcto, ya que el derecho es una realidad inspirada en esta idea o razón.

Expone, que existen dos principales variedades del idealismo, que se podrían denominar: variedad material y variedad formal. La variedad material, considera al idealismo en serio, concibiendo que la idea específica manifestada en el derecho, es la idea de la justicia, y que no solamente aporta un ideal para apreciar al derecho positivo, sino que viene a constituir el derecho, es decir, que es el principio inherente que le otorga su fuerza obligatoria o validez. Y en virtud de lo anterior, según el autor, limita todo lo que puede ser reconocido o catalogado como derecho. Aunque aclara, que un orden eficaz que no satisfaga las anteriores exigencias mínimas de la idea de justicia, o que ni siquiera es un intento por realizar la justicia, no será derecho y sí un régimen de violencia.

Con lo anterior, el jurista de referencia, ya está aportando los elementos esenciales en el derecho, tales como la justicia y la eficacia.

En cuanto a la variedad formal, que se ha manifestado totalmente en el sistema concebido por H. Kelsen, en el cual rechaza terminantemente la censura ética del derecho natural sobre el derecho positivo y que acepta como derecho a todo orden que posee vigencia fácticamente. Pero a pesar de lo anterior, Ross cree que según su significado inherente, - el conocimiento del derecho, no apunta en dirección de la descripción de lo fáctico, sino más bien a la captación de lo que es válido. Por lo que, para esta concepción, la validez de una norma nunca derivará de un hecho natural, sino de una norma superior. Según lo anterior, para encontrar la validez de los actos jurídicos, se tiene que recorrer la jerarquía de las normas.

Considera, que la ciencia jurídica, será en última instancia, al igual que otras ciencias sociales, un estudio de fenómenos sociales de la vida de determinada comunidad; y que por lo tanto, la tarea de la filosofía jurídica consistirá en la interpretación de la "vigencia" del derecho en términos de efectividad social; consistente en una cierta correspondencia entre un contenido normativo ideal y los fenómenos sociales. Indica, que es la posición o actitud relativa de las dos tendencias principales en la filosofía del derecho, esto es la del idealismo metafísico y el realismo científico. Advierte el autor, que la batalla final entre ambas tendencias, no se librará en el campo de la filosofía jurídica, sino en el ámbito de la filosofía general, ya que la controversia entre las dos, se disuelve necesariamente en problemas fundamentales de epistemología. Cree estar convencido, del hecho de que la metafísica desaparece gradualmente del campo del derecho, así como ha desaparecido del dominio de las ciencias naturales y considera, que corresponde a la filosofía jurídica, el realizar o llevar a cabo una crítica del idealismo en su aplicación a los problemas teóricos del derecho. Por último, advierte, que si se rechaza radicalmente toda censura ética, como lo hizo Kelsen, y se acepta simplemente como derecho el orden que posee efecto, la validez específica como categoría formal, se transforma en algo superfluo. (20)

Es equívoca esta variedad formal sostenida por Kelsen, ya que no existe un derecho, por positivo que sea, que no se consume e inspire por el derecho natural.

El profesor L. Ma. Olaso, comenta que si bien es cierto, que la escuela histórica del derecho está inspirada en el llamado "romanticismo alemán", en cambio el sociologismo jurídico, está y seguirá inspirándose en las teorías de Comte. Considera que por lo anterior, abandonará cualquier

influencia religiosa o metafísica incluso "el espíritu del pueblo". Y tiene como objetivo, el tender a estudiar a la sociedad, imitando y usando el método inductivo empleado por la biología, para estudiar a los seres vivos. Como consecuencia, la sociología según el autor, ingresa al campo positivo de las ciencias naturales.

Para el profesor Olaso, fue primero Durkheim, renombrado sociólogo y después Duguit, jurista; dos de los principales exponentes del sociologismo jurídico. Comenta, que según la teoría mencionada, "La sociedad es un organismo", los individuos, unidos a la sociedad, forman un "ser físico" nuevo, un "organismo vivo", con vida distinta a la de sus miembros, dotado de órganos de los que se sirve, "de la misma manera como una persona se sirve de su cerebro o de sus manos".

También postula la teoría sociologista: que, "Todo lo recibe el individuo de la sociedad", vida, civilización, valores humanos; que no puede salir de ella sin dejar de ser hombre y, por eso, se inclina ante sus exigencias. Una de éstas es el derecho, que nace en la sociedad, no en el individuo, no es subjetivo (de la persona), sino "objetivo o real", es decir, producido por el organismo social. Esta postura se hace el siguiente cuestionamiento: ¿cómo aparece el derecho? y como respuesta, señala, que según el derecho natural, existen derechos subjetivos que son postulados y defendidos por normas, cuya penalidad consiste en prohibir por ejemplo el robo, el homicidio, etc. trayendo lo anterior como consecuencia, el que sea posible la vida social. Pero el sociologismo, se opone a lo anterior, porque sostiene que es todo lo contrario, ya que para esta postura no es primero el derecho y después el delito; para el sociologismo es primero el delito, que al valorarlo la sociedad como un acto antisocial o contrario a sus condiciones de vida social, hace



que la sociedad cree el derecho, ya que por lo anterior, se aprecia que la sociedad castiga a un delito (robo) y después, por medio de la experiencia, crea el derecho de propiedad y que luego surgirá el derecho a la vida, etc. Por lo tanto, según el autor, para el sociologismo, el derecho viene a ser, un producto social; "el medio con que se protege un organismo social para conservar su existencia", o "las reglas de derecho que enuncian las reglas o condiciones fundamentales de solidaridad social". Critica el profesor Olaso a esto, ya que en esta teoría sociologista, como en la escuela histórica, tampoco hay o existe un verdadero fundamento del derecho, o sea algo interior del hombre; sino que solamente encontramos elementos exteriores del derecho. Según esta teoría el organismo social, crea el derecho para defender su existencia y en cuanto al hombre, le toca observar su aparición y sus diversas manifestaciones, que hace por medio de la vía experimental inductiva para elaborar la ciencia del derecho, de idéntica manera como lo hacen las ciencias naturales para construir sus sistemas. Considera el profesor Olaso, que la aportación del sociologismo y de la escuela histórica, es haber destacado la importancia que poseen los hechos sociales para el derecho.

Es muy aceptable lo expuesto por Olaso: no se puede comparar a la sociedad con un organismo viviente, porque esta comparación no viene a ser una realidad, porque difieren los elementos de una y otro.

El error del sociologismo estriba, en que sus conclusiones son exageradas, por tener carácter de unilaterales, por las siguientes causas: En primer término, considera el profesor Olaso, que parece poco acertada la comparación que hace el sociologismo de la sociedad con un organismo viviente, ya que ésta no se puede llevar a cabo, en un sentido "análogo" "muy análogo"; ya que tal comparación, sólo puede

representar una figura del lenguaje, pero que no viene a ser una realidad. Por eso dice, que: "Los miembros de un organismo viven única y totalmente para éste; en cambio, los individuos y grupos humanos en la sociedad tienen su vida y fines propios, o sea una "autonomía material" frente al organismo social, ¿no puede una persona o grupo emigrar y salir de la sociedad?, creemos, además, que la sociedad debe servir a la felicidad y realización del hombre y no lo contrario sino hasta cierto límite. Si el hombre estuviera "totalmente" al servicio de la sociedad, ¿qué inconveniente habría en sacrificar vidas, admitir la esclavitud, etc., cuando está fortaleciendo al Estado?

El error del sociologismo, consiste en sus conclusiones. Son muy exageradas por unilaterales o por ver este problema sólo desde este punto de vista o doctrina.

Opina Olaso, que el proceso "físico o biológico" en que consiste la sociedad, según el sociologismo, sólo podrá explicarse a través de leyes indicativas; pero aclara, - "que sabemos que el hombre, en su nivel superior de 'ser racional y libre' es regulado por normas imperativas". Lo anterior, según Olaso, es porque "el sociologismo se olvida de que el hombre, es un ser moral, que no acata u obedece el determinismo, ni sólo obligado por la coacción forzosa, por lo que se rebela, en ciertas ocasiones, contra leyes que juzga injustas u opresoras, porque se siente adherido a unos valores (dignidad de la persona humana, libertad, etc.), y poseedor de una finalidad superior a la observación de los hechos, finalidad para la que no encuentra respuesta la ciencia positiva". (21)

La aportación del sociologismo, es la misma que la de la escuela histórica. Esto es, haber destacado la importancia que tienen los hechos sociales para el derecho.

Por su parte, el profesor Hans Kelsen, comenta, - que la concepción del derecho como sociología jurídica, tiene su fundamento, en la ciencia llamada precisamente así: - sociología jurídica. Pero que ésta, no estudia el sentido - específico de las normas jurídicas, sino únicamente determinados fenómenos naturales, que en el campo del derecho son - catalogados como hechos jurídicos. Concibe Kelsen, que la - sociología jurídica no establece una conexión o relación entre determinadas normas válidas y los hechos naturales que - analiza, sino que más bien establece una relación entre estos hechos y otros hechos, que cataloga como sus causas o - efectos. Indica, que al efectuar lo anterior, la sociología jurídica tiende a conocer las razones por las que un legislador crea la norma, por otra u otras, tratando al mismo tiempo, este de determinar los efectos futuros de su decisión. Además, se cuestiona el alcance o medida en que los hechos - económicos o las decisiones influyan en una actividad y el - porqué los hombres aceptan o no a las normas jurídicas. Advierte, que tal ciencia concibe al derecho como un hecho natural, que se manifiesta en la conciencia humana o de los legisladores creadores de las normas jurídicas, al aplicarlas o violarlas. Por lo tanto, para Kelsen la sociología jurídica, no tiene por objeto al derecho, sino más bien a otros fenómenos naturales que son paralelos a ella. Para él, el derecho no es sólo un conjunto de normas y aunados a esto, que además se ignora la noción de deber ser. Considera que no - se podrá sostener que una conducta está prescrita, protegida y autorizada por el derecho, o que se declare que determinado objeto le pertenece o no, o que se tiene el derecho de hacer algo, o la obligación de realizar aquello. Por lo que - cree, que las proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su verdadero significado, porque según él, una cosa es decir que alguien está obligado jurídicamente a cumplir una obligación y otra decir que hay probabilidades de que alguien cumpla con esta obligación, o

afirmar que un acto es para la ley un delito y debe ser sancionado y no será lo mismo, según Kelsen, decir "que el que cometió este acto será verosíblemente sancionado". Indica, que una declaración acerca del curso probable de determinados hechos, no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o facultades, creadas por el legislador y dirigidas a los órganos que aplican la ley. Considera que esta declaración, se ubica en un punto trascendente del derecho, consistente en saber que es el derecho y que no contesta correctamente a esta pregunta jurídica, sino que responde a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y la probabilidad del curso de estos o que seguirán.

Debido a todo lo anterior, Kelsen comenta que a la sociología jurídica no le interesan las normas que constituyen un orden jurídico, sino los actos que crearon a estas normas, o sea por sus causas y efectos en la conciencia de los hombres. Y que por el contrario la teoría pura del derecho, que tiende a ser una ciencia específica del derecho, no se aboca al estudio de los hechos de conciencia relacionados con las normas jurídicas, sino más bien a las normas comprendidas en sí mismas, en su sentido específico. Es decir, que no se ocupa del hecho, sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica. Concluye afirmando, que la sociología jurídica, de ninguna forma puede reemplazar a la ciencia del derecho, ya que se ocupa del estudio de problemas totalmente diferentes. De igual manera que una religión necesita de una teología, o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da paso a una teoría normativa del mismo. (22)

Una sociología jurídica, concebida bajo el punto de vista de Kelsen, sólo contempla un orden jurídico o un derecho sin normatividad.

Comenta el profesor Alf. Ross, que en el curso del tiempo, han sucedido muchas tentativas, por lograr el divorcio o separación del concepto de derecho, de todas las apreciaciones y relaciones normativas y determinarlo como un puro hecho, esto es, sólo como una parte de la conducta social de los hombres.

Expresa, que las mencionadas teorías en comparación con la doctrina normativa del derecho, deben su origen y nacen del segundo elemento del dualismo, o sea del elemento de realidad, pero reconoce, que a pesar de la anterior afirmación, al parecer estas teorías que realizan la propuesta de abandonar completamente los puntos de vista normativos, las ideas de validez, están destinadas irremediablemente a fracasar, según Ross, por la siguiente razón: "Si el derecho es definido como una cierta y existente conducta, el dualismo es por cierto evitado desde el comienzo. Las adquisiciones sobre el derecho serán puramente teóricas acerca de lo que sucederá". Por lo tanto, considera que lo anterior, viene a provocar la destrucción completa del concepto de derecho, porque aparecerá el problema de aclarar de qué modo la conducta social que es tomada como derecho, puede ser delimitada con respecto de otra conducta social. Considera, asimismo, que esta delimitación no podrá tener lugar o no se producirá, sin volver a las nociones de validez, que al principio se trataron de evitar. Por lo que para Ross, el decir que es debido al hecho de estas nociones, aunque sean absurdas, viene de cierta forma a simbolizar determinados hechos y cuya naturaleza no es lo suficientemente clara. Aclara, que su objeto al tratar de determinar el concepto del derecho, no es el de dejar las ideas normativas, sino que tiende a interpretarlas de distinta manera; verlas y concebirlas tal como son: "La expresión de ciertas experiencias psicológicas peculiares, que constituyen un elemento fundamental en el fenómeno jurídico. (23)

Por lo que hace a lo anterior expuesto, el jurista mencionado está en lo correcto. El derecho no puede ser sólo un hecho. El derecho también es una norma que regula justa y eficazmente este hecho o esta conducta social y a la cual le va a dar cierta validez. Por lo tanto, las teorías que sustentan ideas tendentes a abandonar al normativismo, están equivocadas.

Considera Ross, que las discusiones filosóficas en cuanto a la naturaleza del derecho, tienen su inicio en el supuesto de que el derecho deriva su vigencia de una idea a priori y que por esto es importante para el derecho su definición, ya que de esto dependerá el que se le dé el título honorífico de derecho, pero reconoce que su definición pierde cierto sentido cuando ya no se tocan estos presupuestos metafísicos. Por ello, indica, que la ciencia jurídica debe describir sistemas jurídicos nacionales individuales, porque todos estos sistemas son hechos, ya que la terminología descriptiva es autónoma y muy aparte de la aprobación o reprobación moral de esos actos, por eso no existe algo que impida catalogar determinado orden como jurídico. Para él, los juristas no sólo se deben dedicar al problema de la definición, sino también al problema consistente en saber como debemos distinguir desde el aspecto del contenido a un sistema jurídico nacional individual de otros conjuntos.

Es de hacerse notar la coincidencia de varios autores en el sentido de que es un error olvidar que todos los sistemas normativos son hechos. Por ello, la cuestión básica para el jurista, debe consistir en saber como distinguir lo que corresponde al contenido de un sistema individual jurídico y lo que se refiere a otros conjuntos individuales de normas.

Pero se cuestiona, acerca de que clase de conduc -

tas y de personas se está hablando y lo anterior lo contesta realizando un análisis de los preceptos de este sistema jurídico nacional e inquiriendo a quiénes se dirigen y cuál es su objeto, afirmando que desde el aspecto de su contenido se dividen en dos grupos, que son: uno que se refiere a las normas de comportamiento y el otro a normas de competencia o procesales. Y que las primeras son las que van a regular la conducta de los particulares. Al segundo grupo, pertenecen las que forman una autoridad, es decir, se trata según este autor, de directivas que establecen otras directivas que bajo determinados preceptos serán reglas de conducta. Pero sostiene que en lugar de ser dirigidas a los particulares -- realmente, están dirigidas a los órganos de la jurisdicción. Por ejemplo: un código de leyes que no indica, ni prohíbe, sino que le dice al juez que sentencia debe de dar. Por eso, considera, que el verdadero contenido de una norma jurídica es una directiva para los tribunales y la que va dirigida a los particulares es sólo la derivación de la otra. Por ello cree, que las normas de competencia se reducen a las de comportamiento y que se interpretan sólo como directivas para los jueces, pero que el derecho no sólo regula el uso de la fuerza, sino que también determina que órganos lo pueden ordenar, por lo que afirma, que: "Podemos resumir que un sistema jurídico nacional es el conjunto de reglas relativas a la organización y el funcionamiento del aparato coactivo estatal".

Si se parte de la dicotomía anterior, tendríamos el error de que, más que hallarse dirigidas las normas a los particulares, se dirigen a los órganos, toda vez que su contenido es un conjunto de directivas para los tribunales, porque las referidas a los particulares sólo son derivaciones de las primeras.

La vigencia del sistema jurídico, también es anali

zada por Ross, estableciendo la siguiente hipótesis: un sistema de normas tiene vigencia si puede fungir como esquema de interpretación de un conjunto correspondiente a actos sociales determinados, lo que según él, permite, al propio tiempo, comprender tal conjunto como un todo coherente, en cuanto a su significado. Y que esa capacidad del sistema de fungir como esquema interpretativo, está basado en un hecho: el de que sus normas sean efectivamente observadas, en la medida en que los destinatarios se sientan vinculados por ellas. Para él, los preceptos jurídicos son normas que determinan las condiciones para usar el poder coactivo estatal o su regulación. Por eso, los fenómenos jurídicos como equivalente de las normas son las resoluciones de los tribunales y de acuerdo con esto, Ross, define a un sistema jurídico nacional: "como el conjunto de directivas que los jueces consideran socialmente vinculantes, razón por la cual las aplican". Y que por lo anteriormente expuesto, el derecho da normas para el comportamiento de los jueces y no para los particulares. Y de acuerdo con esta doctrina, el derecho presupone no sólo regularidad en el comportamiento de los jueces, sino también que se sientan vinculados por las normas jurídicas; pero que, en cambio, con la teoría metafísica del derecho, el derecho significa dos cosas: que estamos en presencia de un orden realmente efectivo o de preceptos cuya fuerza obligatoria viene de principios a priori, por lo que considera que con una dualidad de criterios sólo se provocan problemas lógicos o epistemológicos que sólo provocan antinomias.

Es correcto lo que expone el jurista de referencia. Las leyes que un legislador expide, todavía no son normas jurídicas o derecho, porque aún no tienen eficacia ni condicionan todavía las actividades de los que las aplican porque aún no son aplicadas por los tribunales, además de que, no sabe si los jueces se sienten vinculados. De aquí -



se desprende que la citada labor legislativa no es trazar esquemas o pautas de conducta, sino vincular lógicamente a los hechos que concreten los supuestos legales, la creación de deberes, facultades referidas a la conducta de los particulares; porque el legislador no hace depender la fuerza obligatoria de las leyes, del hecho de que se sientan vinculados.

En cuanto a la comprobación de las proposiciones jurídicas referentes a normas de conducta, este autor hace la diferenciación entre normas jurídicas y las proposiciones en su contenido significativo, sosteniendo que las primeras son directivas y las segundas aserciones. Se cuestiona por el método idóneo, para ver si una norma está en vigor o no o para establecer la verdad de la aserción, por eso indica que este problema tiene dos aspectos y que de esto dependerá el que sean normas de comportamiento o de competencia. Concibe que la ciencia jurídica está fundada en el supuesto de que el principio de verificación se aplique a los objetos de esta disciplina y que eso, se trata de una ciencia social de tipo empírico. Por lo tanto, las proposiciones de derecho vigente no se refieren a una validez que no se observe o a una fuerza obligatoria, que vengan de principios apriorísticos sino a hechos sociales. Por eso implica, que las afirmaciones del derecho vigente están referidas a hipotéticas decisiones futuras o próximas a realizarse, siempre y cuando no exista una reforma a la norma en el instante preciso de planteamiento y aplicación de la cuestión. Es decir, que las proposiciones acerca del derecho vigente son verificadas si esa condición se lleva a cabo y las normas efectivamente se aplican. Considera, que sería bueno saber hasta que punto o grado es la ciencia jurídica un instrumento seguro para el conocimiento del citado derecho vigente, si estas normas se entienden de la manera comentada. Opina, que el propósito de los juristas consiste en exponer hechos, ya que el abogado no se conforma con el resultado probable de un proceso,

sino que al mismo tiempo tratan de influir en determinado juez, haciendo resaltar la mención de la conciencia jurídica y a consideraciones jurídicas prácticas e interpretar los textos legales, con el fin de hacer una influencia en la sentencia futura. Pero aclara el autor, que estas interpretaciones ya no son enunciados sino directivas para inducir al juzgador a que resuelva determinada cuestión en cierta forma. Se dice que esta concepción del derecho vigente convierte a la teoría esclava de la práctica y anula la posibilidad de que una decisión judicial sea incorrecta.

En lo referente a la comprobación de las proposiciones jurídicas concernientes a normas de competencia, se hace el planteamiento siguiente: de que, como las normas de competencia son de conducta no se comprueban de igual forma y que para comprobarlas es necesario previamente satisfacer unas condiciones y es que las normas de competencia previenen la posibilidad de la anulación, es decir, que cabe la posibilidad de que éstas autoricen a los tribunales a que apliquen las normas de conducta que están de acuerdo con las de competencia y a quitar a las que no cumplan con esta condición y que por lo tanto, si estas condiciones no se llevan a cabo, la interpretación de las normas de competencia tomadas como normas de conducta indirectamente formuladas, dirigidas a los jueces, no es posible y estas normas no son derecho vigente ya que no señalan a los jueces directivas.

Algunos autores conciben a la teoría que postula al derecho como las normas que cuentan para su eficacia con el auxilio de la fuerza, pero para este jurista, el error de esta doctrina está en la creencia de que las normas de conducta y las directivas son dos cosas distintas, o dos aspectos diferentes de una misma norma, ya que ésta se dirige al juez y hace de su aplicación una obligación condicionada por una conducta violatoria; además de que la concepción del de-

recho como conjunto de normas sancionadas por la fuerza no es aceptable, porque para él serían excluidas del ámbito del derecho partes esenciales del mismo, que están en conexión inseparable con las citadas normas de comportamiento que la fuerza sanciona, ya que se anularía a las normas de competencia, porque éstas siempre deben de estar unidas a las de conducta. También eliminaría esto de lo jurídico a las normas sancionadoras de tipo secundarias por otras terciarias vale decir, que en cada serie de disposiciones sancionadas y sancionadoras existe una última que ya no está sancionada por otra posterior. Por eso el vínculo de las normas jurídicas con la fuerza, consiste en el hecho de que regulan la aplicación de ésta y no es que refuerce o auxilie a las normas citadas.

Ross, analiza el problema sociológico jurídico de los motivos por los cuales el hombre se somete al derecho, sosteniendo que esos motivos se forman en dos grupos: el primero, lo forman los impulsos fundados sobre la necesidad que surge de ciertos mecanismos biológicos y son sentidos como intereses; el segundo grupo lo forman los que el medio social imprime en el individuo y éste los experimenta como cierto imperativo de tipo categórico, que lo obliga independientemente de sus intereses y muy a menudo en contra de estos mismos. A este grupo lo interpretan como metafísico o revelación en la conciencia, por ejemplo: en el caso del juez, estos motivos los obedece por un sentimiento del deber. El problema surge en este punto de vista, en el caso de las normas sancionadas por las normas jurídicas sensu stricto, ya que las personas no sólo acatan las normas por temor, sino también por respeto a ellas, aunque este autor sí reconoce que los sujetos a un régimen despótico no siempre lo reconoce como válido, por lo que un gobernante en esta situación no es un poder legítimo sino tiránico y en este caso el derecho sólo tiene un carácter honorífico. Aclara -

este jurista, que aún sin el reconocimiento de los particularidades, este conjunto de normas que regula el ejercicio de la fuerza, es un hecho que así debe de ser descrito y aún así, este ordenamiento tiene normas que son obedecidas no por el temor.

Indica que existe un problema entre los nexos de justicia y fuerza, que la doctrina tradicional dice que son opuestas, pero que en esta teoría realista no son antagónicas, por eso afirma: "Si por poder social entendemos la posibilidad de dirigir las acciones de otros individuos entonces el derecho es un instrumento del poder y la relación entre los que deciden que cosa es el derecho y los que están sometidos a sus normas es una relación de fuerza, el poder no es algo que se encuentre "detrás" del derecho, sino que siempre actúa a través de éste". Para Ross, el derecho es caracterizado en función de dos elementos: En primer lugar, como conjunto de reglas concernientes al empleo de la fuerza; en segundo lugar, como un conjunto de normas de competencia que instituyen un conjunto de autoridades dotados con la facultad de dictar o formular diversas normas de comportamiento y de acuerdo a éstas a ejercer la fuerza y que esta característica condiciona la índole institucional del orden jurídico; además de que estas dos características sirven para clasificar otros fenómenos normativos y éstos varían de acuerdo con el tipo de sanciones y porque tengan o no el carácter institucional.

En el primer elemento, existen fenómenos normativos de cierta configuración de tipo institucional análogos al derecho, pero que no poseen sanción de fuerza física sino otras y en éste existen por ejemplo: Asociaciones privadas que tienen un sistema normativo institucional parecido al derecho y que son llamados estatutos o derechos de la asociación. Estas asociaciones tienen también sus órganos, pero

éstos no son jurídicos, ya que sus sanciones no aplican la fuerza física, su máxima sanción es la expulsión; otro ejemplo de este elemento es el derecho de gentes que posee también un carácter institucional, ya que tiene métodos para elaborar normas generales que resuelven controversias, pero carece de procedimientos para aplicar sanciones a través de la fuerza. En el segundo elemento, están las comunidades que poseen tradiciones culturales que son reflejadas en la conducta y que en determinadas circunstancias son acatadas. Por eso afirma el profesor Ross, que: "Son sentidas como normas morales cuando entran en conflicto con los deseos del individuo. Si no hay conflicto, son sentidas como convencionalismos, cual ocurre, por ejemplo: con las de cortesía, la corrección y el vestir". Pero aún siendo sociales tienen carácter de fenómenos que no están en contacto con normas de competencia y que por lo tanto, no tienen en su contenido sanciones. Porque en la moralidad no hay legisladores, ni jueces, por lo tanto no existen moralidad y convencionalismo que sean nacionalmente válidos sólo son dominantes o típicas de un núcleo social.

Aunque en el derecho sí existe el temor a las sanciones y el convencimiento de estar vinculado a la vigencia y que son componentes psicológicos de la conducta. Pero según el autor citado, en la moralidad y los convencionalismos no sucede lo mismo, ya que cada uno tiene su propio ámbito y son independientes entre sí. Para el profesor Ross, existen diferencias entre la moral y el derecho, por eso sostiene que las normas jurídicas tienen siempre la tendencia de fijar conceptos cuyo fin es el de crear cierta certeza y seguridad en la administración e impartición de la justicia y que en las normas morales sólo son determinadas reacciones individuales que se dan en situaciones concretas y, que aún las máximas que son guías, no son normas que vinculen sino sólo generalidades empíricas. (24)

Todas las teorías realistas tienen en común en que interpretan al derecho atendiendo a la efectividad de las normas jurídicas, ya que una norma vigente se diferencia de una iniciativa de reforma o de un proyecto de ley, en que su contenido se aplica en la realidad o actúa en esta. Pero, ¿en qué momento este contenido actúa?, al respecto, Ross sostiene que para contestar lo anterior se puede responder de dos maneras: las versiones psicológica y la conductista del realismo sociológico. La primera versión consiste en que cree descubrir la realidad del derecho fundamentada en fenómenos psíquicos. Según esta postura una norma estará en vigor en el momento en que su obligatoriedad es aceptada por determinada conciencia jurídica popular y además es que la apliquen los jueces, pero esto como algo secundario. O sea, que esto es sólo un resultado de la conciencia jurídica que determina también a las conductas de los jueces y por lo tanto aquí el criterio de efectividad no se refiere a su aplicación sino al factor determinante que se encuentra detrás de esta aplicación. Pero que, para saber si una norma es derecho vigente, es necesario hacer ciertas investigaciones sociológicas y psicológicas, para ver si es aceptada por la conciencia jurídica del pueblo. Aclara Ross, que el problema está en el cómo se debe definir a esta conciencia, sin que para ello se tome en cuenta la opinión del ciudadano, o la de los juristas y teóricos del derecho, por eso sostiene Knud Illum que es uno de los principales representantes del realismo, que esto último es lo que se debe tomar en cuenta. Pero objeta este jurista a esta doctrina, fundamentalmente porque concibe a la conciencia jurídica como un concepto jurídico que pertenece al campo de la psicología individual, ya que al unirse ésta a la conciencia del hombre el realismo sociológico convierte al derecho en fenómeno individual y lo encuadra en el orden moral. Aclara el profesor Ross, que lo anterior está mal, ya que los contenidos de la conciencia varían, hasta la de los propios juristas. Es el afirmar que -

si hay fundamentos racionales para considerar que una norma servirá de base a las decisiones del juez, entonces esta norma es derecho nacional en vigencia y carecerán de importancia las opiniones de otras conciencias jurídicas.

En el realismo conductista, la realidad del derecho está fundamentada en la actuación de los tribunales. Según esta postura, una norma será o es vigente, si existen determinadas causas o razones para creer que será aplicada por los tribunales y el hecho de que las normas vigentes estén de acuerdo con la conciencia jurídica dominante, sólo es para esta actitud un hecho derivado o secundario.

Por lo tanto, la diferencia entre el realismo psicológico y el conductista es lo anteriormente expuesto, ya que el psicológico concibe que el derecho es aplicado porque es vigente y en cambio el conductista afirma que el derecho es vigente porque es aplicado. Considera este jurista, que es un error lo anterior, porque una interpretación completamente conductista de vigencia no es satisfactoria, ya que no se puede prever la conducta de los jueces, apoyándose en hábitos externos; sólo se puede llegar a una explicación correcta de la vigencia a través de una síntesis de los dos puntos de vista.

Ninguno de los dos realismos resuelve el problema de la vigencia sino sólo la síntesis de ambos. No obstante, es de considerarse, que ninguna de estas variaciones del realismo pueden prescindir de los conceptos tradicionales, como: deber jurídico, bien jurídico, derecho subjetivo, etc., ni tampoco, librarse de las significaciones de tipo normativo que éstas contienen.

### 2.2.3 Elemento común del realismo sociológico

Además de describir a esta doctrina, se ha

tratado de obtener el elemento común que englobe a ésta. Por lo tanto, este elemento común de todas las teorías sobre el realismo sociológico, se puede considerar que es el consistente en que, sólo concibe y es para el realismo sociológico derecho, aquel que vincula y por el cual se sienten obligados los jueces y que efectivamente aplican. Esto es, que sólo es derecho aquel que realmente se aplica o el llamado derecho eficaz, el cual es la aportación de esta corriente, para tratar de descubrir el verdadero concepto y definición del derecho.

## 2.3 Iusnaturalismo

### 2.3.1 Características generales del iusnaturalismo.

Se identificarán y describirán las características generales del llamado iusnaturalismo, que por ser -- tan numerosas sus teorías y elementos, sólo se abordarán las más importantes o más representativas de esta corriente jurídica contemporánea.

Para tal fin, conviene analizar las teorías expuestas por el profesor E. García Máynez; las que expone el profesor Rafael Preciado Hernández; y, las sustentadas por el -- profesor I. Recasens Siches.

Con la descripción de estas teorías, es suficiente para conocer las características generales del iusnaturalismo; obtener el elemento común o esencial de esta corriente y conocer su aportación para solucionar el problema fundamental jurídico, consistente en saber: ¿qué es el derecho?



### 2.3.2 Teorías iusnaturalistas

Existen muchas y muy diversas teorías, acerca del denominado "derecho natural", pero, una doctrina que al respecto tiene auge en esta época, es la concepción "tomista aristotélica" sobre el derecho natural.

Un gran exponente de ella, es el profesor Rafael Preciado Hernández, quien además de describir a esta concepción, realiza una crítica a las tesis sustentadas por Stamler y Renard y hace referencia a las de Dabin.

Para el connotado jurista de referencia, la concepción tradicionalista "Aristotélico-tomista" sobre el derecho natural, soluciona en forma satisfactoria el problema de determinar o saber cuál es el fin propio o específico del derecho.

De acuerdo con esta postura, el derecho natural no significa el mero sentimiento de justicia, o un código ideal de normas, sino un conjunto de criterios y principios racionales -supremos, evidentes, universales- que vienen a ser los que presiden y rigen la organización humana verdadera -dentro de una determinada sociedad o vida social, que va a asignar al derecho cierto fin necesario que esté de acuerdo con las exigencias ontológicas del hombre y a la vez establecer las bases para seleccionar reglas e instituciones técnicas que sean las adecuadas para realizar el anterior fin en un medio social histórico.

Conforme a lo anterior expuesto, tales criterios serían: el bien en sus acepciones ontológico, moral y común, la justicia, la equidad, la seguridad; y los principios, los implicados en las anteriores nociones o aquellos que de ellas se deducen lógicamente.

Es decir, que según lo anterior, el derecho es un reglamento exterior de la vida social que no podrá poseer, - racionalmente, fines contrarios a los que ya rigen la convivencia humana. Por ello se pregunta el profesor Preciado - Hernández: "¿No se pueden considerar como fines de esa convivencia, el orden y la paz?" Y responde sosteniendo que el orden postula en la vida social a lo social un fin, además - implica una subordinación de medios a fines; fines que sólo se reducen a la noción de bien común, por lo tanto la paz es un valor derivado, sólo es el resultado de un orden jurídi - co, eficaz y justo o la tranquila convivencia producida por el orden jurídico. Por lo que la paz social y el orden, tam - bién se traducen así, es decir en las nociones de seguridad, justicia y bien común.

Por lo tanto, según lo anterior, el derecho no pue - de tener otros fines, opuestos al término natural de la acti - vidad social. El profesor Preciado Hernández se pregunta - también: "¿Y cuál de los tres valores de lo social a que - nos hemos referido, es el fin específico del derecho?" Al respecto, considera que el que posee ese carácter es la jus - ticia, ya que la seguridad sólo se implica como dato o ele - mento esencial referida a la justicia, y el bien común, com - prende o abarca cosas que extrínsecamente no caen en el ámbi - to jurídico.

Cuestiona el profesor Preciado Hernández: "¿Cabe entonces, aceptar la fórmula de Stamler de 'un derecho natu - ral de contenido variable'; o la de Renard, que substituye - el término 'variable' con el término 'progresivo'?"

Precisa, que no lo considera acertado, ya que se - gún como lo hace destacar Dabin, los primeros principios de la moralidad, así como los principios naturales de la vida - social, no varían ni progresan, aunque reconoce que sí cam -

bían al aplicarse estos principios. Es decir, que no se debe confundir a un principio tal y como es, con sus aplicaciones.

Indica, que a propósito del contenido del derecho natural, se deben evitar dos extremos: uno, que consiste en ampliarlo exageradamente haciendo entrar en él o abarcando cualquier regla razonable de la conducta social; y el error de quienes lo reducen, como lo hace Renard, al catalogarlo como un mínimo de normas muy generales que sólo vienen a representar una simple orientación.

Aclara el maestro Preciado Hernández, que la verdad, es que el derecho natural no es un código ideal de normas que se deducen de una noción abstracta derivada de la naturaleza humana, aplicadas idénticamente a todos los pueblos y en todos los lugares; pero que tampoco constituye la sola idea de justicia o fin en el derecho.

Considera, que el derecho natural comprende los criterios supremos que rigen la vida social, así como todos los principios necesarios para organizar la convivencia humana.

Indica que se debe evitar el problema del determinismo, que lleva a confundir lo natural con lo instintivo, ya que no se puede dejar de considerar que lo específico en el hombre es la razón y la voluntad libre; que esta concepción del derecho natural rechaza a la teoría de los dos órdenes: derecho positivo y derecho natural, no como dos aspectos de una misma realidad, sino como dos órdenes independientes e irreductibles. Considera por lo tanto, al orden jurídico, como un todo real, dinámico, técnico y perfectible, formando parte, por medio del orden ético o moral, del orden universal.

Insiste en el aspecto de las relaciones existentes entre las nociones: derecho natural y derecho positivo, considerando en primer término, que no son dos órdenes o sistemas cerrados, sino más bien, dos aspectos de una misma realidad, o sea, del derecho cuyas dimensiones o aspectos son: lo natural o racional y lo positivo o técnico.

Consecuentemente, todo derecho creado por seres humanos es a la vez positivo y racional, o cuerpo y espíritu y un sistema que ignora el espíritu de los fines y principios racionales que rigen la vida social, no debe denominarse derecho, sería más bien la expresión de la violencia, o la opresión organizada. Aclara que en cada rama del derecho es demasiado fácil identificar o ver como los principios del Derecho Natural, están inspirando o existiendo, en forma expresa o implícitamente, pero siempre constituyendo las bases en que descansan las instituciones que postulan esas ramas de lo jurídico y que por lo tanto, estas ciencias del derecho, no podrán nunca prescindir de esos principios, porque tal construcción de esas instituciones se vendría abajo, por falta de cimientos o bases.

Concluye, considerando, que el Derecho Natural no es un código ideal de normas ni el mero sentimiento de justicia ni un orden o sistema independiente del llamado Derecho Positivo, sino un conjunto: de criterios racionales supremos que rigen la vida social y que constituyen los fines propios de toda ordenación jurídica de la sociedad; así como de principios y normas implicados en ellos o que se deducen lógicamente de tales criterios, y que representan la estructura permanente y necesaria de toda construcción jurídica-positiva. (25)

Por su parte, el profesor Recasens Siches comenta la tesis que sostiene el maestro Preciado Hernández: que el

llamado bien común es "una noción compleja. Como bien, casi se identifica con el bien de la naturaleza humana; como común, alude, ante todo, al acervo acumulado de valores humanos, por una sociedad determinada, objeto de perpetua conquista y de discusión, dada su capacidad o aptitud para ser distribuido, y condición al mismo tiempo, del desarrollo y perfeccionamiento de los hombres; también lo común el hecho de que los individuos no posean ese bien antes de su integración en el organismo social, y que no sólo aprovecha a todos, sino que a la vez requiere el esfuerzo coordinado de todos los miembros que integran la comunidad; lo cual a su vez implica que no está constituido por la suma de bienes individuales, sino que es un bien específico que comprende valores que no pueden ser realizados por un solo individuo, tales como el orden o estructura de la propia actividad social, el derecho, la autoridad, el régimen político, la unidad nacional de un pueblo, la paz social". Por lo tanto, aclara Recasens Siches, que el profesor Preciado Hernández distingue entre el bien común que pertenece a los individuos asociados y el bien de la colectividad.

Sobre la justicia, el profesor Preciado Hernández aporta la definición tradicional, como armonía o proporcionalidad que alude a lo suyo de cada cual; estudiando su tradicional división en conmutativa, distributiva y legal. Y en lo referente al derecho natural, sostiene que: "El derecho natural no es el mero sentimiento de justicia, ni un código ideal de normas, sino que es el conjunto de criterios y principios racionales -supremos, evidentes, universales- que presiden y rigen la organización verdaderamente humana de la vida social, que asigna al derecho su finalidad necesaria de acuerdo con las exigencias ontológicas del hombre, y establece las bases de selección de las reglas e instituciones técnicas adecuadas para realizar esta finalidad en un medio social histórico". Por eso, rechaza la teoría neoescolástica

contemporánea de Renard, que concibe al derecho natural como un mínimo de normas de orientación general. Afirma Preciado Hernández, que el derecho natural aunque no sea un código de normas invariables y universales: "Comprende los criterios supremos de la vida social, así como todos los principios necesarios para la organización de la convivencia humana, fundados en la naturaleza racional, libre y sociable del hombre".

Y por otro lado, insiste, en que esta concepción del derecho natural, rechaza la teoría de los dos órdenes y concibe el orden jurídico como un "todo real dinámico, técnico y perfectible, que forma parte, a través del orden ético o moral, del orden universal". Continúa exponiendo el profesor Rafael Preciado Hernández: "Un orden jurídico es siempre histórico, y a la vez racional, puesto que representa una ordenación de personas unificadas en la tarea colectiva de realizar un fin común, y en esas personas se conjugan un dato social y un dato racional". (26)

Existe una dualidad terminológica, entre el sustantivo naturaleza y el adjetivo natural o entre los giros *ius naturae* y *ius naturale*, la que crea en Erick Wolf una duda: "¿Es la palabra 'naturaleza', en la primera de las dos expresiones, lo 'fundamental' y 'determinante', y por tanto, con ella se alude a un derecho 'de la naturaleza', nacido o dependiente de ésta, o el adjetivo 'natural', como calificativo de 'derecho', es algo 'accesorio' y 'de segundo rango'?"

El profesor E. García Máynez, hace referencia a la significación de la palabra "naturaleza", a través de varios autores, y cómo fundamentan al derecho con este término; como las teorías de San Agustín y Santo Tomás, que fundamentan a lo jurídico, sosteniendo que este fundamento no está en las naturalezas biológica y física, social psicológica, sino

en la naturaleza del creador del universo, que con sus leyes manifiesta su arbitrio o voluntad y su inteligencia. A esta corriente se le denominó "iusnaturalismo teológico", que tuvo su auge en la antigüedad y todavía en la edad media. Según esta corriente, el orden jurídico emana de la voluntad y razón divina y a la vez con estos autores cristianos, nacen los conceptos: Lex aeterna y Lex naturalis (ley eterna y ley natural). Y para San Agustín, la lex naturalis es la transcripción de la ley aeterna en el alma humana, en la razón y en el corazón del hombre, representa el principio subjetivo de la justicia, el hábito que de ésta tiene el alma y la lex aeterna es la razón o voluntad perteneciente a Dios - que va a ordenar o a mandar que se mantenga el orden natural y que a la vez prohíbe el perturbarlo. En cambio, para Santo Tomás, la ley eterna significa la mencionada razón divina, pero en el aspecto de forma de gobierno de todo lo existente y la natural es para él o la interpreta, como cierta participación de la ley eterna en la vida de la criatura racional.

Para Calicles la naturaleza como fundamento del derecho es lo que existe por sí, independientemente de nuestro querer y obra en los diferentes órdenes físico y biológico, que produce desigualdades por el cual los fuertes se imponen a los débiles, o sea la concibe como determinadas características comunes, sociales, psicológicas y del propio hombre, - en las cuales se deberá de buscar la raíz y el origen del derecho natural. Como ejemplo de lo anterior existen varias opiniones de autores del siglo XVII: "El amor a la libertad y al goce tranquilo de todos los derechos" (Locke); "El anhelo de independencia frente a cualquiera que no sea Dios" - (Pufendorf); "El appetitus socialis" (Grocio); "El deseo de no dañar ni ser dañado" (Hobbes). Para Eutifron y Platón, - filósofos griegos que por cierto se oponen a la ideología de los sofistas como Calicles, lo anterior consiste en contrapo

ner al orden de la ley un orden de la naturaleza, o la concepción de que el derecho natural es un modelo o paradigma de los ordenamientos positivos. En cambio, Aristóteles concibe que en el orden jurídico la ley especial o positiva consiste en aquella que es reguladora de la vida de toda una comunidad. También sostiene que ley natural o universal es un conjunto de principios objetivamente válidos, que reciben aplicación en todos los países. Según este autor, el derecho natural es igual en cualquier estado, no así el positivo que es distinto en cada país y que además, el derecho natural es el fin al que debe aspirar el positivo, pero que el derecho natural se debe de manifestar en esta ley positiva.

Algunas corrientes iusnaturalistas buscan el fundamento del derecho en un principio racional como los estoicos, que veían este fundamento en ciertas máximas como el existir de acuerdo a lo dictado por la razón o la naturaleza, ya que decía Crisipo: "El mundo es un enorme estado con una constitución y una ley. En ese estado la razón natural ordena lo que hay que hacer y prohíbe lo que debe ser omitido. Los estados espacialmente limitados son numerosísimos y nunca tienen constituciones y leyes iguales, pues cada uno inventó diferentes usos y costumbres... De este modo, las constituciones particulares se convirtieron en apéndices de una sola ley natural". A este principio de razón lo volvieron un principio cósmico inmanente. Con éste, expusieron la idea de que el alma participa de la razón universal, por lo tanto, los hombres según esto, están unidos por un sentimiento de simpatía y con este principio nacen las ideas de fraternidad universal y de que todo hombre es ciudadano del mundo o cosmopolitismo que crea la igualdad fundamental del hombre. Por ello se considera que los conceptos de *lex aeterna*, *lex naturalis*, *lex humana* del iusnaturalismo de los cristianos, tienen su origen en el derecho natural de los



discípulos de Zenón. Con referencia a lo anterior, Welsel cree, que la ley cósmica universal es la misma ley de la naturaleza y que ésta en sentido estricto, es decir, considera que es la recta razón en su concordancia humana.

Erick Wolf y Werner Maihofer, representan a una de las corrientes contemporáneas del iusnaturalismo que creen encontrar el fundamento del derecho basada en la naturaleza misma de las cosas y ésta es, según Erick Wolf: "el orden o estructura que necesariamente corresponde a cada ente de acuerdo a su determinación o su tarea". Maihofer habla de ciertos complejos del acontecer, que se dan entre la subjetividad (o sea el hombre mismo) y la objetividad (el mundo). Sostiene que se trata de modos o maneras de nuestra conducta en el mundo, como: El arrendamiento, la compraventa, el fraude, etc., o sea, de lo que pensamos y que esté de acuerdo con la naturaleza de las cosas. Todo lo anterior, es, según este autor, las situaciones vitales que encontraríamos exteriormente. Pero se cuestiona: ¿"En qué consiste la naturaleza de tales situaciones de la vida y cómo podemos fundar en ellas los preceptos jurídicos?" y contesta de la siguiente manera: Todas las situaciones tienen una doble dimensión, ya que por un lado poseen aspecto fisiológico y psicológico que integran su lado o aspecto óntico y aquí se encuentran las situaciones o hechos reales sujetos a leyes físicas y por el otro, un aspecto cultural. Sostiene que la naturaleza de estas situaciones vitales consiste en su ser, que es lo que ocurre entre esos dos polos, o sea, la relación o situación vital entre ambas y el ser y del sentido de éstas, se van a derivar papeles sociales. Maihofer concluye que, aunque neguemos al derecho natural en el mundo de la práctica, todos en vez de vivir de acuerdo con las proposiciones de las normas pertenecientes al derecho positivo, en realidad nos vamos a comportar casi exactamente de acuerdo a los principios del derecho ultrapositivo que tiene su funda-

mento en la naturaleza de las cosas, esto es, en los justificados intereses y expectativas y en las justas exigencias y obligaciones.

Según lo anterior, lo único que une a todas las posturas iusnaturalistas es su actitud crítica del derecho positivo y por consiguiente la convicción de que la validez de las normas jurídicas no depende de los requisitos extrínsecos para su creación, sino del valor intrínseco de su contenido y este punto de vista frente a los conceptos formal o extrínseco de validez o positivista y al objetivo o intrínseco axiológico del derecho natural, pero aclarando que estos dos conceptos no se implican ni se excluyen entre sí, o sea, que: 1o. Un precepto formal válido puede no tener para el iusnaturalista una validez objetiva; 2o. Un precepto objetivamente válido, para un positivista puede no tener validez formal; 3o. Una norma formal, puede al mismo tiempo, según el ángulo iusnaturalista, ser intrínsecamente válido; 4o. Una norma objetiva puede ser al mismo tiempo, según el positivismo, formalmente válida. El problema existe cuando surge el conflicto entre los dos y aflora la duda si los dos conceptos no se excluyen. Por eso, se pregunta García Máynez: "¿Podríamos decir que el verdadero derecho deriva de la concurrencia de los dos atributos en el mismo sistema normativo?" y comenta que, muchos autores juristas así como filósofos, han tomado la mencionada teoría para solucionar este problema, pero que el más brillante de ellos es Arthur Kaufmann, con su teoría sobre la estructura ontológica del derecho.

En esta parte, conviene reiterar la pregunta sobre la cuestión fundamental de carácter filosófico jurídico que plantea esta tesis: ¿Qué es el derecho? y concretamente se vuelve a plantear, porque esta doctrina ontológica trata de analizar este problema, ya que se pregunta: ¿Qué forma esen

cial, qué clase de estructura ontológica, qué constitución -  
 óntica tiene esa entidad que llamamos derecho? Opinan va -  
 rios autores, que de la respuesta que se dé a las anteriores  
 preguntas, dependerán los demás problemas jurídicos fundamen -  
 tales. También se comenta qué en lo referente a teorías que  
 dan definiciones tratando de decir, qué es el derecho, existe  
 una innumerable cantidad de ellas, pero que a pesar de és  
 to, sobre la verdadera estructura de lo jurídico, sólo valen  
 dos concepciones como se ha vislumbrado a través de esta ex -  
 posición, las cuales luchan entre sí y se destruyen mutuamen -  
 te: el positivismo jurídico y el iusnaturalismo.

Kaufmann, afirma que el iusnaturalismo radical y -  
 el iuspositivismo unilateral, no hacen caso de la estructura  
 ontológica del derecho, al no enfocar sus estudios en ésta.  
 Para los positivistas, la positividad es la característica -  
 que decide la existencia y validez del derecho. Por eso, -  
 Kaufmann considera que para comprender al positivismo jurídi -  
 co desde el punto de vista ontológico, se debe de tomar como  
 punto de partida la teoría existencialista de Sartre, basada  
 en el principio de que la existencia concibe o da proceden -  
 cia a la esencia, o dicho en idioma francés: L'existence -  
 précède l'essence. Esta fórmula la refiere al ser humano, -  
 pero cree Kaufmann, que es aplicable a todo lo humano y por  
 lo tanto también a los objetos culturales, y por ende, tam -  
 bién al derecho. Sartre concibe, que en el hombre la exis -  
 tencia es anterior a la esencia, ya que la esencia del hom -  
 bre se tiene o no existe a priori, porque para decir que es  
 el hombre se tiene que partir de su existencia que son sus -  
 propias decisiones y no de una idea existente en el cielo, -  
 porque considera que Dios no existe. Lo anterior, Kaufmann  
 lo analiza considerando que en este boceto de carácter onto -  
 lógico de Sartre, la existencia está subordinada a la esen -  
 cia, de manera que ésta, se disuelve en la esencia y por lo  
 tanto, aquí la esencia es identificada como la existencia.

Esta doctrina o postura, trasladada al ámbito jurídico, constituye la forma extrema del llamado positivismo jurídico, ya que si la positividad del derecho es ontológicamente anterior al contenido del mismo, este elemento sólo de penderá de la existencia. Por lo tanto, según este autor, el legislador será completa y absolutamente libre en el momento de declarar qué es y qué ha de valer como derecho, ya que éste, también según Sartre, está condenado a ser libre, porque nada se le dio previamente. Es decir, que todo lo que el autor de la ley reviste de jurídico, deberá estar de acuerdo a su esencia o derecho no importando su contenido, por eso, según lo anterior, la positividad es la esencia del derecho, siendo ésto, el por qué los positivistas identifican la esencia con la existencia del derecho. Kaufmann, critica al positivismo jurídico diciendo, que: "Una teoría que se ve forzada a reconocer carácter jurídico a un sistema legalmente regulado de campos de concentración y de asesinatos en masa, lleva ad absurdum el pensamiento del derecho, y se refuta a sí propia". Pero esta insostenibilidad del positivismo jurídico nos puede inducir al error. En lo que se refiere al contenido de justicia, a la iusnaturalidad y a que la positividad no tenga ningún papel. Pero según las teorías idealistas y absolutistas o mejor conocido como racionalismo, el ius naturale es un derecho estricta o puramente racional, o mejor dicho, esencial por encima del positivo, cuyo contenido es justo y correcto, poseyendo validez supratemporal e inmutable, sólo que la anterior postura, según este autor, no toma en cuenta la estructura ontológica del derecho y al positivismo jurídico.

En cambio, para quienes colocan por encima o a un lado del derecho positivo un derecho justo, se les objeta el hecho de que no puede haber, al mismo tiempo, dos órdenes jurídicos válidos, ya que siempre sobraría uno. Tampoco se soluciona este problema diciendo que el derecho natural vale -

idealmente y el positivo realmente, todo ésto, lo único que demuestra, es la falta de fundamentos del naturalismo idealista y absolutista. Cree Kaufmann, que si entendiésemos por derecho natural un derecho objetivamente válido y correcto, ésto resultaría compatible con los atributos de positividad, concreción e historicidad.

También sostiene este autor que las tesis del positivismo jurídico y la doctrina idealista del derecho natural, poseen cada una parte de la verdad, pero no nos dicen exactamente la estructura ontológica del derecho, porque confunden un aspecto del derecho con la totalidad de este. Por eso, recomienda que hay que dejar de contraponer al derecho natural con el positivo, ya que lo que constituye la estructura ontológica real del derecho es la conjunción de la esencia y la existencia jurídicas, o sea de la iusnaturalidad y la positividad, porque la relación entre estas dos, no es de exclusión sino de polaridad, ya que según él, de lo que se trata es de una relación de carácter recíproco, de complementación y de apoyo o cierta armonía de los opuestos, algo como una cosa necesaria entre estos dos polos. En esta complementación polar, se exterioriza el vínculo entre validez objetiva y efectividad jurídica y aclara el autor, que a través de todo lo anterior, comprenderemos correctamente dos de los grandes temas de la filosofía del derecho, consistente en la justicia y la seguridad, por un lado, y por otro, derecho y poder que si aunado a ésto reconocemos que la realidad del derecho dependerá de los elementos existencial y esencial, resultará que la mencionada justicia y la seguridad jurídica, la validez intrínseca y la efectividad, la sujeción al derecho y al poder, la legitimidad y la legalidad, todo ésto ni se identifica ni se contrapone, sino que se relacionan recíprocamente como fuerzas de carácter popular o complementarias y esto viene a ser la estructura ontológica del derecho. Por eso, sostiene el profesor Kaufmann, que subrayar

en forma unilateral a la justicia es falsificar la estructura ontológica del derecho, como también lo hacen, las teorías que pretenden que es el poder capaz de imponer al derecho. Por lo tanto, para él, según lo anterior, la realidad del derecho tiene una estructura bipolar. Considera que no son idénticas la esencia y la existencia del derecho, pero que la iusnaturalidad y la positividad no deben separarse; son como cuerpo y alma, aunque reconoce que ontológicamente no se identifican, pero que sí forman o complementan una unidad y que por eso mismo rechaza a las teorías que conciben que por encima o a un lado del derecho positivo, existe uno que es ideal.

### 2.3.3 Elemento común del iusnaturalismo

El elemento común que engloba a las corrientes iusnaturalistas, es el aserto de que el derecho vale y obliga, no porque lo haya creado un legislador humano y tenga su origen en las fuentes formales, sino porque posea bondad y justicia intrínsecas en su contenido y consecuentemente, ésto implica la negación de las normas jurídicas positivas, ya que el positivismo jurídico sostiene que las normas jurídicas valen por la observancia del proceso con el que se crearon.

De tal forma, las normas de conducta, creadas por los órganos estatales, aunque sean formalmente válidas, pueden por la tesis anterior, no ser válidas intrínsecamente y no jurídicas, por no ser justas.

Y éstos son los criterios de validez jurídica, que cuando se contraponen, se excluyen ambos teóricamente vale decir, que los criterios formal e intrínseco, se excluyen recíprocamente. Por eso no se admite la teoría de los dos órdenes, sino solamente una teoría monista, aunque ésta va a negar, según sea su doctrina, a una de las dos y nunca acep-

tando a ambas teóricamente.

## 2.4 Teoría de los tres círculos

### 2.4.1 Características generales

Admitirse a dos órdenes jurídicos diversos: uno positivo y otro natural, peca contra el principio de unidad del fundamento de validez y conduce a contradicciones insolubles, ya que si se acepta al monismo jurídico positivo - se tendrán como válidos los preceptos que tienen su fuerza - obligatoria en la norma básica del orden eficaz y no admitirán los encargados de aplicar estos preceptos a un mismo - tiempo, que la obligatoriedad de ellos, dependa de los juicios estimativos de los particulares sobre la justicia o bondad intrínseca de los citados preceptos. O a la inversa, - los que aceptan como válidas a las normas intrínsecamente - justas, considerarán que las que no sean justas no serán - obligatorias aunque sean formalmente válidas.

Por lo tanto, las notas de validez extrínseca (jurídico positiva) y validez intrínseca o material (axiológica), como derivan de criterios diferentes no se implican entre sí, pero lo anterior no obstaculiza en nada el que estos atributos coincidan en un mismo precepto y por eso podrán - ser extrínseca e intrínsecamente válidos. Es decir, que esta valoración que se le da al precepto, está afirmando que - posee la validez extrínseca de que procede de fuentes formales y son compatibles con otros preceptos de superior jerarquía y que para que posea la intrínseca, dependerá de la bondad o justicia que contenga.

La relación entre ambos atributos se expresa en - los siguientes principios: 1. Las notas de validez intrín-

seca (sentido jurídico positivo y validez intrínseca (sentido axiológico material) no se implican recíprocamente; -  
 2. Esas notas no se excluyen entre sí, o a veces se dan en un mismo precepto o en un conjunto de normas.

Opinan algunos autores, que existen nexos entre los conceptos de validez y la noción de eficacia como: La vigencia que se compara a la validez extrínseca y que dimana de la forma de creación de las normas de ese sistema y de su congruencia con otras del mismo conjunto supraordenadas a las primeras. O sea, que los atributos mencionados (validez extrínseca y eficacia) no se pueden separar cuando están referidos al sistema normativo en conjunto y no a preceptos aislados, pero éstos no se confunden, ni necesariamente coincidirán en todas las normas de ese sistema. El decir que un precepto jurídico es eficaz, significa que es cumplido por sus destinatarios o que es aplicado por los órganos públicos.

Se considera que para sostener que todo un sistema es eficaz, significa que las prescripciones que lo forman son obedecidas o aplicadas y esto nos va a revelar, que:

- a) El atributo que estamos comentando, es independiente del de validez, puesto que no está referido a la fuerza obligatoria de los preceptos jurídicos, sino al hecho de que se cumplan, o se apliquen;
- b) La vigencia o validez extrínseca de un sistema de normas considerado como un todo, estará en cambio, bajo la condición de la eficacia que es normal de las mencionadas normas;
- c) Cuando se trate de disposiciones aisladas, puede ocurrir que en ocasiones carezcan de eficacia, sin dejar por este motivo de ser normas.



Es decir, que un precepto puede poseer validez formal y ser eficaz o no. Pero si revisamos - si existen preceptos eficaces pero no válidos en el sentido jurídico positivo, opinarán los órganos estatales que esto no es posible, porque no existe más derecho que el creado y reconocido por ellos.

Acerca de lo anterior, la teoría romano canónica - sobre la costumbre, considera que si puede admitirse una norma como eficaz aunque los órganos no la consideren válida, - que más bien se catalogue a esta norma como consuetudinaria. Por lo tanto, para el estado no existirá esta norma o esta costumbre social eficaz, sólo será derecho vigente, cuando sea reconocida tácita y expresamente por estos órganos del poder público.

Algo semejante a las relaciones entre validez extrínseca y validez intrínseca, acontece con los nexos entre vigencia y eficacia, ya que por ejemplo, la ley en un sentido jurídico positivo puede no ser eficaz y el caso contrario la costumbre eficaz, puede no ser reconocida por los órganos; además de que, los conceptos de validez intrínseca y eficacia, tampoco se implican, ya que la norma jurídica justa puede llevarse a cabo o no y en cambio la costumbre puede no ser justa.

La descripción anterior lleva al punto o cuestión fundamental de esta tesis y que fue el origen y principio de esta investigación. Esto es, dilucidar ¿qué es el derecho? a lo cual nos han llevado las diferentes descripciones de las anteriores corrientes, así como conviene recordar al respecto, los diversos análisis, opiniones y razonamientos expuestos, por lo que la frase de Kant: "Los juristas buscan todavía una definición para su concepto de derecho", la

cual, a pesar de tantos intentos, sigue siendo vigente y verdadera, ya que opinan algunos autores que se ha llegado a la conclusión de que si no se ha podido definir satisfactoriamente al objeto de estudio de la ciencia y filosofía jurídicas, es, porque los autores, al tratar de definirlo, no se refieren a especies distintas de un mismo género, sino a realidades heterogéneas y esto se vislumbra al describir y analizar a las relaciones entre los diferentes conceptos de derecho, lo que nos indica que entre derecho vigente, derecho intrínsecamente válido y derecho eficaz no sucede otra cosa más que lo anteriormente expuesto.

Las tres corrientes, usan el término derecho. Esto indica identidad genérica de los objetos a que se refieren, ya que cada uno tiene un concepto diferente del derecho; por lo tanto, los objetos de conocimiento designados por los términos derecho eficaz, derecho vigente y derecho intrínsecamente válido, no son especies que se excluyen entre sí y tampoco se implican recíprocamente. El profesor García Máynez, sostiene la tesis de que cuando se habla de estos objetos no se hace en un sentido absoluto, sino solamente desde determinado punto de vista. También sostiene este jurista, de que aún cuando se diga con precisión que es derecho vigente, derecho intrínsecamente válido y derecho eficaz, ésto no nos permitiría saber con exactitud que es el derecho en sí mismo, ya que sólo son las locuciones de estas tres doctrinas. Y se pregunta, que si: "¿Lo que desde cierto punto de vista aparece como derecho, es realmente derecho?", "¿tendremos que declarar que éste no existe en un sentido objetivo, y que los términos que hemos venido usando convienen sólo a ciertos aspectos de realidades que se nos escapan?".

Al describir la teoría de Arthur Kaufmann percibimos el anterior problema y se mencionó que sólo es derecho -

genuino el que además de ser vigente, es eficaz e intrínsecamente justo, pero que también se tendría que aceptar, que en los casos de conflicto, los órganos públicos no podrán hacer depender la fuerza vinculante de las normas vigentes de la opinión de los particulares sobre si son justas o no; o de la iusnaturalidad de éstas. Ahora, partiendo del supuesto que la bilateralidad es esencial a la regulación jurídica, este autor trata de definir con rigor y precisión lo siguiente:

1. Derecho vigente en sentido jurídico positivo, es el sistema de reglas bilaterales de conducta que en determinado momento y lugar, la autoridad política considera de acuerdo con los criterios establecidos por la norma básica jurídicamente obligatoria.
2. Derecho intrínsecamente válido, en sentido axiológico material, es la regulación bilateral justa de la vida de una comunidad en un momento dado.
3. Derecho eficaz, o socialmente válido, es el conjunto de reglas bilaterales que efectivamente rigen a una comunidad en tal o cual momento de su historia.

Este análisis lo realiza el maestro García Máynez, antes de exponer su teoría de los tres círculos, para que se tome en cuenta, que:

1. La palabra "derecho" no tiene en ellas el mismo sentido, ni es prueba de identidad genérica de los correspondientes objetos.
2. El giro "regulación bilateral de la conducta" tampoco posee idéntica significación en los tres casos, porque lo que desde el punto de vista de los órganos estatales "vale" como derecho, puede no merecer tal designación en o para el sociólogo o para el filósofo.

Para ejemplificar las relaciones antes discutidas, el profesor García Máñez nos indica que podemos colocar un círculo en una posición superior izquierda que corresponde a al derecho vigente; otro en la parte superior derecha, perteneciente al intrínsecamente válido; y por último uno colocado en la parte inferior y central, para el derecho eficaz.

La combinación de los tres círculos mencionados nos va a dar como resultado siete posibilidades diferentes:

1. Normas extrínsecamente válidas pero que carecen de valor intrínseco y de eficacia; 2. Normas vigentes e intrínsecamente justas, pero no eficaces; 3. Normas o principios intrínsecamente válidos, pero sin vigencia y efectividad; 4. Preceptos vigentes y eficaces, pero totalmente injustos; 5. Normas que contienen los tres atributos de validez: Vigencia, validez intrínseca y eficacia; 6. Normas o principios intrínsecamente válidas y eficaces, pero que no son vigentes o reconocidas por el poder público; y, 7. Normas o reglas consuetudinarias eficaces, pero sin los atributos de la validez formal y de la validez objetiva o intrínseca.

Tal es la teoría de los tres círculos, y se refleja en la posibilidad número cinco, en donde reunen los tres atributos de validez.

También se aprecia, que sectores del diagrama corresponden a las posiciones doctrinales: Vemos que de acuerdo con el iuspositivismo son válidos los sectores: 1, 2, 4 y 5, ya que son normas creadas de acuerdo con los requisitos establecidos por la ley fundamental de un sistema eficaz, aunque los sectores 1 y 2 no tengan eficacia, de todas maneras son vigentes porque proceden de las fuentes formales de

creación jurídica.

Según la posición iusnaturalista extrema, para la cual la justicia es la esencia del derecho, sólo serían jurídicas las normas de los sectores 2, 3, 5 y 6, y por último, según la teoría de Alf Ross, que el derecho son las resoluciones de los jueces, cuando éstos se sienten vinculados por las normas que aplicaron, o sea, las que suponen vigencia y eficacia, son los sectores 4, 5, 6 y 7.

Nos comenta el maestro García Máynez, que la posición más interesante y certera filosóficamente, es la de Arthur Kaufmann. Que es su teoría de la estructura ontológica del derecho, que es la concurrencia de los tres atributos: Positividad, Iusnaturalidad y Eficacia, que sería el sector 5.

Este quinto sector, es para el profesor García Máynez, el caso límite o ideal de realización de la justicia en una sociedad determinada y nos aclara que cuando en el derecho de un determinado país coinciden los atributos de vigencia, validez intrínseca y eficacia, el objeto que los posee es jurídico para el jurista dogmático, el filósofo y el sociólogo y con ello no perderán su autonomía los criterios diversos. O sea, que sólo ocurre que coinciden en un mismo precepto los tres atributos y por lo tanto, éste es "Derecho" para los órganos estatales en la medida que proviene de las fuentes formales; es "Derecho" para el filósofo, en la forma en que realiza ideales jurídicos y lo será para el sociólogo, en cuanto sea eficaz en la ordenación de la convivencia humana.

Por eso dice el maestro García Máynez, que en su libro antes citado, él afirma que el problema de la definición del derecho no se resolvía en el plano teórico por la

discrepancia de los criterios de validez, pero que si es posible resolverlo en el terreno de la práctica, cuando se den estas circunstancias: Una voluntad recta, el espíritu de justicia y la clara intuición de valores, en un orden y que sea al mismo tiempo extrínseca e intrínsecamente válido y sea eficaz. Al profesor García Máynez, le parece que el enfoque más certero es el de Arthur Kaufmann y que merecería un triple reconocimiento: el del jurista oficial, el del filósofo de la justicia y el del sociólogo, pero aclara que nunca hay que olvidar que la coincidencia de los criterios de validez en un orden positivo representa un "ideal" más que una realidad histórica, ya que aún cuando este orden fuera o se considerara satisfactorio, tanto para el legislador, los jueces y los súbditos, su eficacia no tendría nunca excepciones. Pero que, por otro lado, al aplicarse los criterios extrínseco e intrínseco de validez se procede a un conflicto y este orden ya no es perfecto y por lo tanto el reconocimiento de los obligados ya no sería absoluto. Por eso, ahora los sistemas normativos de los estados modernos según este jurista, piensan no sólo en su creación sino también en su reforma, pues en caso de discrepancias de validez ya no cumplirán su función y entonces deberán de ser reformadas.

Pero aclara el autor, que la disparidad de las doctrinas sobre los fines del derecho y del estado, los contrastes de pareceres en el contenido y jerarquía de los valores jurídicos, hacen muy difícil la consumación de este caso ideal, debido a lo anterior y a lo poco estrecho del sentido de validez, o sea, del poco conocimiento de valores tales como la justicia y que va a impedir determinar el contenido de los valores y que origina controversias insuperables, ya que si existieran criterios infalibles para conocer y determinar valores jurídicos, se acabarían estas doctrinas antagonistas. Uno de los supuestos axiológicos importantes de la vigencia, es que aún cuando el poder público no haga depender

la obligatoriedad de sus mandatos del parecer de los particulares, ni los haga depender de juicios de criterios de orden material, sus normas las presenta como encarnación de la justicia, por eso hasta los regímenes dictatoriales pretenden - que su derecho es justo. La idea del derecho según este autor, consiste en realizar determinados fines y no tiene sentido para esta idea su función social, si no sirve para los fines a que debe servir. Esta idea también permite conocer la relación dialéctica que existe entre las variadas pautas de validez y que dan como consecuencia que su aplicación establezca un orden vigente, eficaz y justo. Por eso indica - el profesor García Máynez, que el desarrollo dialéctico de - la idea jurídica, que se inicia con la afirmación de los - ideales de justicia, conduce a la creación de una instancia que si bien tiene como finalidad última la realización de - los citados ideales, empieza por negarles beligerancia como criterios ultrapositivos de valoración y pretende reemplazar los por un nuevo criterio de carácter formal. La oposición existente entre la tesis y la antítesis que sucede dentro de este proceso dialéctico, sólo puede superarse por medio de - una síntesis de los dos criterios o mejor dicho, por la concurrencia de ambas en un mismo ordenamiento, válido a la - vez, en los dos sentidos, formal y material.

Comenta el profesor, que el dualismo normativo es sólo oposición transitoria y relativa, en los primeros momentos de un solo desarrollo y que encuentra su culminación en esta síntesis superadora de estos instantes.

Esta relación y oposición pasajera que se produce entre el ideal no realizado y la realidad, se cumple y elimina todo antagonismo, cuando la idea se convierte en realidad y por lo tanto se realiza la idea; que esta pugna entre los dos criterios es superada en la tercera etapa del proceso, - en el momento de coincidir en un solo orden jurídico los -

atributos de validez formal, validez intrínseca y positividad.

Pero las discrepancias pueden conducir a una revolución. Los movimientos revolucionarios también dan un ejemplo del proceso dialéctico de la idea jurídica y por eso cuando el derecho positivo ya no realiza en determinada medida esa síntesis superadora del antagonismo, el procedimiento dialéctico vuelve a comenzar. Por lo tanto, el primer momento de este proceso es la afirmación de que este orden no realiza los fines o valores para lo que fue creado y a un orden que sólo tiene validez formal siempre le surge una revolución como negador; la cual, tiene un proceso que siempre culmina en la creación de un nuevo orden que sí consagra y realice los anhelos de justicia que produjeron este movimiento, pretendiendo éste, casi siempre, la coincidencia de los criterios formal y material en un mismo orden positivo, al mismo tiempo que el poder revolucionario ahora convertido en autoridad política, deja de ser campeón de la justicia, para convertirse en defensor de la legalidad imperante en esos momentos. (28)

Por su parte, el profesor Recasens Siches, comenta que el maestro García Maynez elaboró una axiología jurídica, inspirada en alguna medida por el objetivismo de Scheler y Hartmann. Y que, lo que llaman derecho natural, o sea el conjunto de normas intrínsecamente válidas, no es propia y rigurosamente derecho, aunque se le designe bajo este término, ya que este autor sostiene que hay exigencias normativas ideales procedentes de valores objetivos, de los cuales se podría hablar de una validez intrínseca. Pero aclara en este punto el profesor Recasens Siches, que los valores son ideas a priori y objetivas y que éstos además son principios que implican la condición de la posibilidad para los fenómenos éticos. Indica, que García Máñez considera que las lla



madras exigencias normativas o derecho natural, no es derecho formalmente válido, o sea, un derecho apoyado por el estado, ni un derecho realmente efectivo, es decir, normas aplicadas a una determinada realidad social.

Por lo anterior, considera Recasens Siches, que - García Máynez ha proporcionado una teoría que va más allá de la doctrina iusnaturalista clásica y del positivismo, o sea, tanto del formalista kelseniano, como del sociólogo, con la intención de superar los tres diferentes objetos significa - dos por este vocablo: derecho intrínsecamente válido, dere - cho formalmente válido y derecho efectivamente realizado. Aclara, que existe una relación dialéctica entre la idea y - el orden justo que cumple con las citadas exigencias del de - recho natural y la idea de una organización social, que es - la única con el poder de formular y aplicar normas jurídicas formalmente válidas, por eso, sostiene, que la producción - del derecho está determinada axiológicamente por principios ideales y que además no hay incompatibilidad entre las tres definiciones del derecho, tanto de la que se refiere al dere - cho natural, como la referente al derecho estatal y la que - menciona al derecho realizado efectivamente en determina - da sociedad, porque puede ser posible que la misma norma jurí - dica, o sea al mismo tiempo formalmente válida, justa y efi - caz, es decir, que contenga los tres atributos, y aclara - Recasens Siches, que el caso anterior es precisamente el "De - sideratum" y que lo que a veces impide la concurrencia de - esos tres atributos, es el hecho de las limitaciones de la - conciencia valoradora, ya que según él, la empresa de crear en realidad a determinados valores, llega a instituir una or - ganización política, pero que al suceder lo anterior esta or - ganización pretende el monopolio de la aplicación y produc - ción del derecho y por virtud de esto el criterio de justi - cia o contenido de las normas es reemplazado por el criterio de validez formal, pero que esta divergencia se soluciona -

cuando coinciden los tres criterios de validez en una misma norma jurídica. (29)

#### 2.4.2 Elemento común de la teoría de los tres círculos

La aportación o elemento común de la teoría de los tres círculos, es el tratar de unificar o que coincidan en una sola norma o en un conjunto de éstas, los tres atributos de validez jurídica, aportadas por las tres corrientes jurídicas contemporáneas descritas, y que por lo tanto, la norma que los posea será jurídica o el verdadero derecho. Con el que se llega al caso ideal de realización de justicia, ya que, supuestamente, para ésto es creado el derecho: para la impartición de justicia en una sociedad de terminada. Y es precisamente la posición de Arthur Kaufmann, a la cual ya se hizo referencia, la considerada como la más acertada o correcta, dentro de la filosofía, por ser la de la estructura ontológica del derecho, que postula la reunión de las tres notas: positividad, iusnaturalidad y eficacia.

## CAPITULO III

IDENTIFICACION DE LA PROBLEMATICA CREADA POR LAS CORRIENTES -  
CONTEMPORANEAS EN TORNO AL CONCEPTO Y DEFINICION DEL DERECHO.

## 3.1. Cotroversias Insolubles de esta Problemática.

Como ya se ha mencionado, ninguna de las tres contemporáneas, resuelve el problema fundamental jurídico, ni tampoco las teorías de la estructura ontológica del derecho y la de los tres círculos. Presentan teóricamente, controversias sin solución, que pueden sintetizarse en las siguientes:

En el positivismo jurídico, encontramos contradicciones en las teorías de N. Bobbio sobre la caracterización del iuspositivismo, en lo que se refiere a las afirmaciones o maneras de distinguirlo, ya que en la primera postura, ésta se basa en un juicio de oportunidad o conveniencia, que consiste en partir del derecho que es, más del que debe ser.

Se considera que el anterior principio, cumple mejor con la finalidad de la ciencia jurídica, o sea, el brindar esquemas de decisión para los órganos y para la construcción del orden vigente. Aquí el problema es de conveniencia.

En la segunda postura, la controversia consiste en la exageración de las fuentes del derecho.

Finalmente, en la tercera postura o aspecto, su contradicción radica en que el autor niega, que ésta sea una tesis positivista.

En cuanto al formalismo, sus contradicciones radican en que todos sus enfoques tienen el inconveniente de no -

destacar con precisión, el punto en que el positivismo está ligado al formalismo. Además de que el término de validez intrínseca, pertenece al acervo conceptual del filósofo jurista.

Por lo que respecta a la tesis de U. Scarpelli, sus controversias consisten en que no supera el despedazamiento de los elementos del positivismo jurídico, además de que, en vez de buscar una definición unitaria, mejor se hubiese cuestionado, si entre todas estas teorías positivistas hay algún elemento común, que sea esencial al positivismo. Desafortunadamente, no supera las discrepancias, porque el reunir en una definición las características del positivismo jurídico, no es suficiente para solucionar los problemas doctrinales.

En lo referente al realismo sociológico, como ya se estableció sus contradicciones estriban en que sólo ve al derecho como un orden eficaz desprovisto de justicia y de validez extrínseca o vigencia, o sea, que sus conclusiones son exageradas, por ser unilaterales. Además, Ross, no debió especificar o referir exclusivamente el problema de la vigencia a las desiciones judiciales, porque la vigencia de las normas aplicadas no deriva del hecho de aplicación, ya que presupone que al aplicarse están en vigor. Ninguna de las posturas del realismo, puede prescindir de los conceptos tradicionales, como norma, deber jurídico, etc., ni librarse por completo de las significaciones normativas que las mismas contienen.

Las contradicciones del iusnaturalismo, estriban en que no existe unificación de criterios, porque existen demasiadas teorías de esta doctrina y la imposibilidad de concebir a las teorías del iusnaturalismo como algo unitario e inequívoco.

En la teoría de Arthur Kaufman, sus contradicciones

radican en que sus postulados no son acatadas por los encargados de aplicar la ley, en ciertas situaciones trágicas y concretas. Además de que provoca problemas, como la admisión de los criterios de validez, que atenta contra el principio de unidad o unicidad del criterio último de validez jurídica. Y al igual la teoría tridimensional, trata de resolver el problema jurídico en el plano teórico, pero se contradice, cuando postula que sólo en el campo de la práctica, se puede resolver el problema de la definición del derecho, por lo que reconoce, que en el campo de la teoría, es casi imposible solucionar el citado problema.

Coinciden varios autores, en la opinión de que este problema de la definición del derecho, no se resuelve en el plano de la teoría, por las discrepancias de los criterios de validez, pero sí en el campo de la práctica, por muchas razones que beneficiarían al hombre jurídicamente y que más adelante se expondrán. Además, se tiene que reconocer, que el caso de coincidencia de los criterios de validez en un orden positivo, es un ideal o aspiración, más que una realidad histórica.

### 3.2. El Desconocimiento del Verdadero Derecho

El desconocimiento de la verdadera definición del derecho, al cual llevan todas las controversias teóricas jurídicas, tiene múltiples consecuencias que afectan al hombre teórica y prácticamente, las cuales es necesario describir y analizar.

Las consecuencias teóricas, son las siguientes o algunas de ellas: 1.- Desunificación de criterios jurídicos; -- 2.- Confusión sobre cuál y qué es el sistema normativo que ri

ge la convivencia humana con otros ordenes normativos; --  
3.- Avance de otras ciencias y supuesto estancamiento de la -  
ciencia jurídica.

El desconocimiento del verdadero derecho, también -  
produce consecuencias en la práctica o efectos jurídicos en -  
el hombre como: 1.- Injusticias y abusos de poder; 2.- Igno--  
rancia e indiferencia por este problema; 3.- Revestimiento de  
legalidad de leyes que atentan contra la convivencia humana;-  
y una de las más importantes: la deshumanización del derecho.

## CAPITULO IV

## EFECTOS TEORICOS EN LA CIENCIA JURIDICA POR EL DESCONOCIMIENTO DEL VERDADERO DERECHO.

## 4.1. DESUNIFICACION DE CRITERIOS JURIDICOS.

Como se ha analizado, las diversas posturas acerca de lo que es el derecho, sólo ha producido como consecuencia el desconocimiento del verdadero derecho, lo que a su vez origina la desunificación de criterios jurídicos.

Esta desunificación, provoca varios problemas, como la desunión o divorcio teórico de las tres corrientes jurídicas predominantes, a saber: el positivismo jurídico, el realismo sociológico y el iusnaturalismo; la confusión teórica y el no ponerse de acuerdo sobre qué cosa es el derecho; la creación de nuevos criterios jurídicos que tratan de unificar de alguna manera esta diversidad; controversias a nivel teórico, insuperables en cada punto que revisan y un sinnúmero de problemas doctrinales, creados por esta desunificación que tiene su auge en el campo teórico y concretamente en la investigación jurídica, como ya fue expuesto al hablar del derecho como ciencia.

Por lo que se refiere a los problemas que provoca esta desunificación, como la desunión teórica de las tres corrientes jurídicas contemporáneas es tan grande el desacuerdo de criterios entre ellas, que hasta en sí mismas existen controversias sin solución.

Por lo tanto, a nivel teórico no existe solución hasta el momento al problema básico jurídico ¿qué es el derecho? y no sólo éso, sino que además, se provoca con este desa

cuerdo en el plano teórico, problemas como el citado conflicto de la desunificación de criterios, que a su vez, provoca la desunión de las tres corrientes teóricamente, para el estudio del mismo derecho.

Otro problema que provoca esta desunión de criterios jurídicos, es crear una confusión teórica, sobre cual de las tres grandes corrientes posee la verdad acerca del problema fundamental ¿qué es el derecho?. Confusión, porque al parecer cada una tiene parte de la razón, pero que sólo en el plano práctico se superan estos problemas, lo que a su vez, provoca un desacuerdo rotundo sobre lo que es derecho, durante ya siglos sin solución y sin que se vislumbre un posible acuerdo acerca de este gran problema.

Aparte de los problemas anteriores, también provoca nuevas teorías o la creación de nuevos criterios o posturas, acerca de lo jurídico, clasificadas en cualquiera de las tres corrientes, que tratan, como tantas otras, de solucionar el multicitado problema, aunque eso sí, en un diferente aspecto, pero lo único que logran es englobar elementos en una sola definición sin que solucionen el problema de lo jurídico, sino al contrario, aumentan el número de teorías sobre el tema, que por cierto, son ya innumerables. Además, produce controversias insuperables a nivel teórico, porque al hablarse del derecho, cada corriente o doctrina lo conciben en diferentes planos, tanto que al compararse estas posturas, más bien de lo que hablan es de cosas muy distintas, muy diferentes, que sólo tienen en común la palabra derecho.

4.2. Confusión sobre cuál y qué es el Sistema Normativo que Rige la Convivencia Humana, Con otros Ordenes Normativos.

La conclusión, después de comentar los anteriores -



capítulos, es que toda la problemática creada por estas diversas corrientes y doctrinas acerca de la definición del derecho, crean sólo desconocimiento del verdadero derecho.

Este desconocimiento de la verdadera definición del concepto de derecho, también produce una confusión sobre cuál y qué es el sistema jurídico que rige la convivencia del hombre, con otros órdenes normativos.

Esta confusión consiste, por ejemplo, en que el positivismo jurídico considera al sistema jurídico como un derecho vigente, desprovisto de eficacia y de justicia en su contenido; el realismo sociológico lo considera como el derecho-eficaz, sin ningún antecedente de vigencia y de justicia; y por último, el iusnaturalismo, como aquel que es justo, sin que importe que sea vigente y eficaz.

El origen de esta confusión, sobre cuál y qué es el sistema jurídico que rige la convivencia humana, surge en las anteriores aportaciones de las doctrinas predominantes en el ámbito jurídico; y es posible que consista en que una doctrina puede estar confundiendo al derecho: como un sistema normativo de tipo moral, como el iusnaturalismo; o como el positivismo jurídico, como un sistema normativo de tipo inmoral, positivo y del uso de la fuerza; o como el realismo, que confunde al derecho como un sistema normativo de tipo social, influenciado por los fenómenos sociales.

Toda esta confusión, hace que no se sepa exactamente, que es o cuál es el sistema normativo que en realidad regula la vida del hombre en sociedad; o que es este sistema jurídico que llamamos derecho. Esta confusión llega a su punto crítico, cuando el hombre en su vida cotidiana, llega a confundir cuál es el sistema normativo que lo rige o a no saber-

cuál de ellos acata para regular su vida, por que a veces se da el caso, de que obedece solamente las normas de tipo moral de determinada religión, o las simples normas costumbristas, heredadas de generación a generación, sin tomar en cuenta las normas jurídicas vigentes, que sólo ve con desprecio o con simple indiferencia.

El caso contrario, consiste en que sólo rige su vida con las normas jurídicas vigentes o eficaces, sin tomar en cuenta cualquier otra norma de tipo moral, o de tipo costumbrista, lo que lo lleva a no saber en realidad, cual sistema-normativo regula su existencia dentro de la sociedad. Y no sólo eso, sino principalmente a no saber qué es el derecho, ya que solo sabe, que es lo que jurídicamente le otorga y qué obligaciones le impone, pero nunca lo que es y cual es el fin fundamental de éste, porque al saberlo y conocer sus características y funciones, automáticamente sabría para qué es y su principal finalidad.

#### 4.3. Avance de otras Ciencias y Supuesto Estancamiento de la Ciencia Jurídica.

Es patente y de fácil comprobación el avance de las ciencias empíricas como las matemáticas, la química, la medicina, etc., lo que produce un notable contraste con el de la ciencia jurídica, ya que éste es más difícil de comprobar en lo referente a su progreso y aportaciones para el bien de la humanidad, por no ser una ciencia exacta como las primeras, sino una ciencia que estudia el pensamiento del hombre en cuanto a lo jurídico.

Por lo anterior, se presupone un avance y progreso de las investigaciones de las ciencias físico-matemáticas y -

de la naturaleza y un supuesto estancamiento de la ciencia jurídica.

Lo cierto es, que las mencionadas ciencias han avanzado notablemente en los últimos siglos y que esto es fácil de comprobar por sus innumerables beneficios para la humanidad, pero también la ciencia jurídica ha progresado, no en el mismo grado, pero sí ha avanzado y creó varias y nuevas perspectivas de investigación jurídica, ya que no solo existe una doctrina contemporánea sobre el derecho (iusnaturalismo), sino que ha surgido el positivismo jurídico y el realismo sociológico y se sigue investigando y llenando lagunas dejadas por el actual sistema jurídico, lo que viene a demostrar su avance y que no está estancada como lo han dicho varios autores, que además no la consideran una ciencia en el mismo sentido de las ciencias exactas y naturales.

Esto, como ya se expuso al hablar de la metodología del derecho, es algo relativo, porque cualquier tipo de investigación que beneficie a la humanidad y parta fundamentalmente de determinados principios, es una ciencia. Además, la ciencia del derecho, no es una ciencia que estude algo que se perciba con los sentidos extrasensoriales, sino que pertenece al campo científico de las humanidades; es una ciencia que estudia el pensamiento del hombre en el aspecto jurídico y por lo tanto, es más difícil de comprobar en el aspecto de su progreso como las ciencias anteriores y de sus beneficios directos al hombre, aunque si deberían ser más palpables éstos, para suprimir tantas injusticias.

## CAPITULO V

INFLUENCIA JURIDICA EN EL HOMBRE, POR EL DESCONOCIMIENTO DEL-  
VERDADERO DERECHO.

## 5.1. Efectos Jurídicos en el Hombre.

## 5.1.1. Injusticias y Abusos de Poder.

El desconocimiento del verdadero concepto del derecho o de lo que realmente es, afecta al hombre también en su vida cotidiana dentro de la sociedad, porque con el letreiro de derecho se cometen injusticias y abusos de poder y un derecho que carece de justicia o que no está inspirado en ella y que además no tiende a beneficiar al hombre, no puede llamarse derecho. Y menos aún, si sirve de instrumento para regular la fuerza y el poder para llevar a cabo injusticias al impartir justicia con la ley y además cometer abusos de poder con leyes totalmente arbitrarias.

En esto estriba la importancia y la necesidad de saber qué es el derecho, porque no se puede seguir cometiendo estas injusticias y abusos de poder en su nombre, que en realidad debiera ser el paladín de la justicia o el emblema de ésta, o mejor dicho, su aplicación en la vida social de los pueblos.

Las injusticias y abusos de poder, que se llevan a cabo con un supuesto derecho, producidas por el desconocimiento de lo que es éste, consisten, por ejemplo, en que una ley no siempre beneficia o aplica la justicia exactamente a quien corresponde, sino todo lo contrario: a veces, a quien menos lo merece.

Es verdad, que el derecho no es culpable del todo por lo anterior, sino también en parte, quienes lo aplican o

interpretan a su favor. Por ejemplo, hay casos concretos en los que el culpable de un delito, al tener un buen abogado o que sea capaz y que cuente con potencial económico para pagar los servicios de éste, recobra su libertad, porque el abogado interpretó la ley a su favor e influyó para que el juez -- fallara de igual forma. No así, la persona que por muy inocente que sea, si no cuenta con los medios que tuvo el que -- era culpable, no saldrá libre por no tenerlos. Esto es una injusticia o laguna del derecho. Y éste debe beneficiar y -- proteger a todos por igual, por la sola condición de tratarse de un ser humano. Estas lagunas, se deben corregir, pero par-- tiendo de saber ya qué es el derecho.

Otro caso concreto de estas injusticias, es el si-- guiente: Una persona es agredida por dos sujetos activos, sin razón alguna y con alevosía y ventaja. El sujeto pasivo acude a las autoridades a denunciar los hechos y las lesiones -- que recibió, son de las que dejan al ofendido, cicatriz perpe-- tuamente notable en la cara. (Art. 290 del Código Penal). -- (30).

Se le inicia averiguación previa y proporciona los-- datos concretos acerca de los agresores para su localización. Las autoridades no actúan contra éstos, porque falta que se -- integre el cuerpo del delito, o que se tipifique el tipo de -- éste concretamente, por lo que prefieren que hasta que se ini-- cie el juicio, se persiga judicialmente a los sujetos activos. Aquí ya existe una laguna del derecho o injusticias del proce-- dimiento penal o de quienes aplican el derecho y a los cuales no los presiona ni obliga a actuar, ninguna ley.

Se inicia el juicio penal, con la declaración del -- denunciante, que exige acción penal contra los agresores, pe-- ro la autoridad le exige testigos para poder actuar. Por des--

gracia, los testigos de los hechos por temor o falta de tiempo, no quieren acudir a las audiencias y por lo tanto, esta acción penal nunca se lleva a cabo. Esto es una injusticia palpable y concreta y un tremendo vacío del derecho, provocado por no saber qué es el derecho y cuáles son sus funciones específicas y el derecho es para impartir justicia y proteger el bien común del hombre y no un simple adorno.

¿Cómo es posible que alguien que agrede y lesiona a un ser humano, sin razón ni derecho alguno, no sea sancionado por la ley, solo por no llenarse un simple requisito administrativo o de procedimiento?, siendo que las pruebas ofrecidas son contundentes, para la impartición de justicia y al mismo tiempo, esta protegiendo a estos delincuentes y fomentando -- que sigan cometiendo este tipo de actos antisociales, porque saben que lo harán y no recibirán ningún castigo por ello o -- que quedarán impunes como otras ocasiones.

Porque, ¿de qué sirvió que el agredido denunciara -- los hechos, comprobara las lesiones, iniciara el juicio y acudiera a las audiencias?, si por un simple requisito que sólo es complementario, no fue beneficiado con la justicia y si ex puesto a una nueva agresión.

Estos vacíos o lagunas del derecho, se llenarían, -- si se partiera de la base de saber que es el derecho y para -- que es, porque éste tendería a la perfección como ciencia y -- para la impartición de la justicia, creando leyes que llenarían dichos vacíos.

En cuanto a los abusos de poder, existen de varias formas. Esencialmente son originados por el problema fundamental jurídico de que nos ocupamos ¿qué es el derecho?, ya -- que al no ponerse de acuerdo las corrientes jurídicas en qué-

cosa es el derecho, a veces predomina una y la otra decaé, o viceversa la que decayó predomina y vuelven a tener validez - sus ideas sobre el derecho.

Caso concreto: cuando ha predominado el positivismo jurídico y como consecuencia existe un derecho positivo vigente desprovisto de justicia, los abusos de poder y de autoridad no se han hecho esperar. Por ejemplo, el derecho positivo que predominó en el régimen nacional socialista, que con el tiempo y fundado en estos abusos que atentaron contra la convivencia social del hombre, se convirtió en una tiranía.

Pues bien, estos abusos de poder o de autoridad, siguen existiendo y siendo de varias formas, como: Violación de garantías individuales, pagos excesivos de impuestos o pago de lo indebido y pago e imposición de multas exageradas.

Como violaciones de garantías individuales, existen muchos ejemplos, pero algunos que cabe señalar, serían los siguientes, que debería corregir la ciencia del derecho, partiendo, como ya se ha dicho, de la base de saber, qué es el derecho, creando así un derecho más integral, social y humano.

Estas violaciones de garantías son, las que por ejemplo, señalan autores como Ian Fuller, que afirman que después de 1945, se producen importantes cambios en autores que defendían al positivismo jurídico como Radbruch, por las causas anteriormente comentadas.

Según Fuller, estos cambios no son una transformación de estos autores internamente, sino provocadas por situaciones externas (a las cuales nos estamos refiriendo), que los afectaron o sea: a) La negación del relativismo y racio-

nalismo, con su inevitable vuelta a la tradición del derecho-natural; b) La formulación del concepto de la "Natur der sache" (situación objetiva) como principio primero de la justifi-filosofía; c) El reconocimiento que la idea de justicia mate-rial ocupa un rango más alto que la seguridad jurídica o efi-cacia.

La amarga experiencia nacional socialista, provoca-a Radbruch tal efecto en él, que lo obliga y lo hace pensar - en la revisión del positivismo y al reflexionarlo lo lleva a rechazarlo, porque descubre que en la separación del derecho, de la moral, se basó el nazismo, para realizar, bajo la apa-riencia de legalidad, una de las mayores injusticias y abusos de poder.

Al respecto, Hart dice, que "Esto lleva Radbruch a sostener que la ley que contraviene los principios básicos de la moralidad no es derecho, aunque sea "formalmente válida".

Radbruch llega a la siguiente conclusión: "El nacio-nal socialismo supo maniatar a sus secuaces. Por una parte a los soldados, por la otra a los juristas, por medio de los -- principios: "órdenes son órdenes" y "la ley es la ley".

El principio "la ley es la ley", en esta época no - conoció limitación alguna. Era la expresión del pensamiento-jurídico positivista, que durante muchos decenios predominó, - casi sin oposición, entre los juristas alemanes.

1.- Fuller dice que: "Arbitrariedad legal", era por lo tanto una contradicción en sí, lo mismo que "derecho supra legal". Pero que sin embargo, la práctica se ve llevada a en frentarse una y otra vez con ambos problemas. Este comenta-rio, nos indica el autor, fue hecho por una decisión del tri-



bunal de primera instancia de Wiesbaden, que consistia, en: - "Las leyes que declaraban transferidas al estado las propiedades de los judíos, estaban en contradicción con el derecho natural y eran por lo tanto, nulas desde el tiempo de su promulgación".

Recomienda Radbruch, que "Debemos buscar la justicia y atender al mismo tiempo a la seguridad jurídica, porque es ella misma una parte de la justicia, y volver a construir de nuevo un estado de derecho que satisfaga en lo posible ambos pensamientos". (31)

Otras violaciones de garantías individuales serían contra las que se antepone uno de nuestros mejores derechos: el de amparo, que es una muestra de lo que es capaz el derecho, cuando reúne las tres características (vigencia, eficacia y justicia) y que lo hacen un verdadero derecho teórico y prácticamente y de lo que sería en sí todo el derecho, si fuera como este de amparo, o sea, en todas las ramas del derecho que aún tienen demasiados vacíos, por no saber ¿qué es el derecho?, por carecer de bases sólidas o de un punto de partida para llenar todos los huecos que dejan en estado de indefensión a los que debería proteger y otorgar derechos. Estas violaciones, serían la pérdida de la libertad, de la vida y de las propiedades, que consagra nuestra constitución como garantía individual, pero que desgraciadamente los encargados de aplicar e interpretar la ley (jueces y funcionarios públicos) casi siempre interpretan a las normas jurídicas y las aplican, influenciados por intereses políticos y económicos. Salvo en muy contadas ocasiones, porque existen juristas auténticos que llevan a cabo y a toda plenitud, el espíritu de la ley y la finalidad que ésta persigue, cuando reúne las tres características esenciales para que exista el verdadero derecho: vigencia, eficacia y justicia.

Estos verdaderos seguidores del derecho, aún sin tener una base tan sólida teórica, como el saber que es el derecho, lo interpretan y aplican tal y como lo consagra nuestra carta magna y al hacerlo, están aplicando el verdadero derecho, que desafortunadamente no abarca todas sus ramas, ya que por ejemplo, aunque existen ramas del derecho, que ya tienen en algunas de sus normas a este verdadero derecho: vigente, eficaz y justo, poseen todavía muchas lagunas o aspectos por contemplar y dejando mucho que desear algunas de sus normas jurídicas, porque no tienen alguna de las características comentadas.

Los casos anteriores se han dado y se podrían catalogar como la aplicación del verdadero derecho o de un derecho eficaz y justo y se han producido en nuestro país. Por ejemplo, el caso en que se otorgó amparo en materia administrativa, contra el precio de placas, que era injusto a todas luces, sucedido en 1983; otro caso concreto, fue cuando se concedió amparo, otorgando justicia contra la orden de apoderamiento de dólares depositados en cuentas de cheques y ahorros, que era una injusticia llevada a cabo en nombre de un supuesto derecho; otros casos, donde también se otorgó amparo contra injusticias, fueron contra el pago elevado de tarifas para el uso de aeropuertos; contra los incrementos desmesurados de las tarifas por el uso de la energía eléctrica y por último, por citar algunos solamente, el que quizá sea de los más comentados: el otorgado a un partido político, para efecto de que conservara su registro y se le permitiera asistir a las sesiones de la comisión electoral federal.

Todos estos casos de aplicación del derecho como justicia, fueron llevados a cabo por el mismo juez, en un ejemplo de lo que debería ser el derecho y sus funciones, al grado que originó que se revisaran los proyectos de ley y lle

vó a otros jueces a reflexionar acerca de sus actividades jurídicas.

Sin embargo no son los únicos casos de justicia, ni tampoco el único juez apegado al verdadero derecho. Existen más casos y más jueces de este tipo, pero son muy contados en comparación con todas las injusticias y los malos jueces.

Existen abusos de poder o de autoridad como el pago de impuestos que no se deben, impuestos exagerados, multas excesivas. Contra estos abusos cabe el juicio contencioso administrativo, que es otro derecho que consagra nuestra constitución y que también otorga justicia al pueblo.

Este tipo de derecho es justo también y como él, debería abundar en nuestra constitución, ya que protege contra las injusticias llevadas a cabo mediante impuestos injustos o elevados que se cobran e imponen a ciudadanos débiles económicamente. Se califican de injustos, porque se les cobra más de lo que deben. Otro caso es de multas excesivamente elevadas, siendo el pago injusto de lo que en realidad ninguna ley establece, pero que en nombre de ésta se lleva a efecto.

Este juicio contencioso administrativo, cuando se efectuá por un juez honesto, apegado al verdadero derecho y al espíritu de la ley, imparte justicia, porque logra que sólo se pague lo justo y lo que realmente se debe de impuestos y multas.

Casos concretos sobre lo anterior, son los impuestos cobrados a casas particulares de quince años atras, pero tasados todos al precio o valor del impuesto más reciente. Según esto, todos los años que se deben de impuestos se pagarán al -

costo que tienen actualmente, más los recargos, siendo injustos ésto, porque hace quince años, no se pagaba lo mismo, ni los subsecuentes, por lo tanto no se debe pagar todos los años por igual.

Otro caso es el de las multas excesivas impuestas por faltas al Reglamento general de giros mercantiles y especulaciones públicas en el D.F., que se cobran a simples giros mercantiles (misceláneas, recauderías, etc.) como si fueran causantes mayores o giros mercantiles reglamentados, y que son en realidad causantes menores o giros no reglamentados y no se deben gravar y sancionar de igual manera.

#### 5.1.2.- Ignorancia e Indiferencia de este Problema.

El problema fundamental jurídico ¿qué es el derecho?, o ¿cuál es el verdadero derecho?, al parecer sólo le preocupa a los juristas (filósofos, dogmáticos y realistas), pero debería importarle a todo ser humano, porque al saber qué es el derecho, se solucionarían infinidad de problemas que afectan al hombre, conoceríamos nuestros derechos y tendríamos mejores oportunidades para una convivencia más humana, porque adquiriríamos muchos beneficios jurídicos.

Lamentablemente es todo lo contrario. A nadie interesa este gran problema (salvo a unos cuantos juristas o estudiosos del derecho). Es más, muy pocos saben la existencia de este problema, quizás por el bajo nivel cultural de nuestro país lo cierto es que existe una total ignorancia por esta problemática y una gran indiferencia porque aunque algunos saben que existe, no han aportado nada para solucionarlo.

Es de considerarse la importancia de concientizar a

las personas acerca de este problema, y que supieran uno de los orígenes de nuestros problemas actuales y de siempre y -- que de cierta manera han detenido el progreso y deshumanizado a las sociedades y propiciado que se cometan tantas injusticias, siempre en nombre de de un supuesto derecho, que todo es menos ésto, además de fomentar la corrupción en todos los niveles y estratos sociales.

Concientizar, para que todos de acuerdo a su propio nivel social, aportemos algo para solucionar esta problemática que nos concierne a todos por igual, pero que es ignorada y que goza de indiferencia entre quienes saben que existe.

#### 5.1.3.- Revestimiento de legalidad de leyes que -- atentan contra la convivencia humana.

El revestimiento de la legalidad de leyes - que atentan contra la convivencia humana, abarca a todas las leyes injustas a que se ha, hecho mención y ésto ha sucedido casi siempre cuando ha predominado el positivismo en el ámbito jurídico.

Caso concreto, la época del mal llamado nacional socialismo, en cuyo sistema jurídico predominó un positivismo jurídico extremo o exagerado, donde, como muchos autores han dicho, el delito se convirtió en ley y que, en lugar de beneficiar y proteger a sus obligados, atentó contra la convivencia humana y la existencia de ésta.

Muchos defensores de este sistema inspirado en el positivismo jurídico, después renegaron de él, porque daba un revestimiento legal a leyes totalmente injustas y que además, imposibilitaban la convivencia humana, permitiendo todo tipo de arbitrariedades legales contra los ciudadanos de este y otros-

países.

Caso concreto, la expropiación masiva de todas las propiedades de los judíos que residían en Alemania, poco después, su persecución y pérdida de su libertad y finalmente la pérdida de la vida. Todo ello llevado a efecto legalmente, - en base a leyes injustas pero con revestimiento legal.

Ninguna ley, por muy legal que parezca o que la haga aparecer el positivismo jurídico como tal, si no es justa y atenta contra la convivencia del hombre y su supervivencia, no será de ninguna manera derecho.

## 5.2. Deshumanización de las Normas Jurídicas.

Las normas jurídicas de las que se ha hablado, desprovistas de justicia y que atentan contra la convivencia humana, provocando violación de garantías individuales, abusos de poder y corrupción, así como los que las aplican y crean, han hecho que el derecho se deshumanice, desvirtuando la finalidad esencial del derecho (la impartición de justicia) produciendo todo lo contrario, ya que a veces sólo sirven para regular la fuerza con la que se lleva a cabo todo lo mencionado en perjuicio de la humanidad.

La humanización del derecho, que se lograría partiendo de la base de saber qué es el derecho, llenaría todos esos aspectos que no contempla y que es importante que regule para humanizar la vida jurídica del hombre y acabar con las normas injustas y arbitrarias y todos los males que provocan.

La ciencia jurídica o del derecho, al resolver el problema fundamental que nos ocupa, se abocaría más al perfec-

cionamiento del derecho, para que éste cumpla real o verdaderamente la finalidad para lo que fue creado: "la impartición de la justicia" y así lograr la felicidad y convivencia social de los hombres.

## CAPITULO VI

AVANCES JURIDICOS TEORICOS Y PRACTICOS EN BENEFICIO DEL HOMBRE, SI SE LLEGARA A UN ACUERDO SOBRE QUE ES EL VERDADERO CONCEPTO Y DEFINICION DEL DERECHO.

## 6.1. Unificación de Criterios Jurídicos.

El principal avance científico jurídico a nivel teórico, que se alcanzaría si se llegara a un acuerdo sobre que es el derecho, sería la unificación de criterios jurídicos, no importando ya si éstos son positivistas, realistas y ius-naturalistas.

Al unificarse estos criterios y a la vez estas corrientes contemporáneas sobre el derecho, se lograría un avance teórico en beneficio del derecho, porque se tendería a perfeccionar a éste, que, como toda obra del hombre, posee grandes defectos (lagunas, vacíos, huecos) que perjudican al hombre en su vida cotidiana y jurídica.

Asimismo, se acabaría con ese debate o lucha teórica entre estas corrientes o doctrinas, que sólo ha detenido el progreso de la ciencia del derecho y esta ciencia, se ocuparía de estudiar aspectos o problemas de la vida humana que no ha contemplado y que es necesario y urgente que resuelva, para llenar las lagunas o vacíos del derecho, además de actualizar muchos aspectos absoletos en esta época, que no protegen al hombre ni regulan los comportamientos de éste, sino por el contrario lo perjudican y no imparten justicia a nadie.

Por lo tanto, es muy importante este avance o logro --



que se obtendría si se llegara al mencionado acuerdo y sería el primer avance o progreso de la ciencia jurídica: la unificación de criterios jurídicos.

También es necesario señalar, que este progreso teórico y científico, redundaría lógicamente en beneficios jurídicos y sociales para el hombre, al contemplar y resolver muchos aspectos que todavía no regula el derecho.

Lo anterior, que todo jurista lo sabe, sin importar la corriente jurídica que le simpatice, solo tiene por propósito hacer resaltar este gran problema y la necesidad de resolverlo, con los consiguientes beneficios para el hombre y los progresos para la ciencia del derecho, que se lograrían si se solucionara este problema de tan gran importancia.

No se puede negar que esta unificación de criterios jurídicos, ya existe de cierta manera en el derecho, aún sin que se resuelva el problema jurídico fundamental ¿qué es el derecho?. Por ejemplo, una unificación de estos criterios en una norma jurídica, sería la protección al bien jurídico que salvaguarda la vida humana, que sin duda está inspirada en el iusnaturalismo en el aspecto moral o ético; a la vez, en el positivismo jurídico con la vigencia de esta norma; y también en el realismo con la eficacia, asimismo existe unificación en otras normas como el derecho a la propiedad privada; el derecho al trabajo; el de las garantías individuales, etc.

## 6.2. El no Confundir el Derecho con otros Órdenes Rectores de la Conducta Humana y el Precisar qué es el Derecho.

Otro de los avances importantes a nivel teórico y quizás hasta práctico, que se lograría al saber que es el derecho o al resolverse este problema fundamental jurídico, se -

ría el no confundir al derecho con otros órdenes que también regulan el comportamiento humano ya que ha sucedido a través de los tiempos, que se ha confundido al derecho con otros órdenes de tipo normativo reguladores de conductas humanas, por que al referirse también estos a la regulación de comportamientos del hombre en una sociedad, da lugar a que el hombre confunda al derecho con un orden religioso, con un orden de urbanidad y etiqueta; con un orden de tipo costumbrista; o con una simple regulación de la fuerza para el sometimiento del hombre.

Podría suponerse que esta confusión sólo es teórica, pero no es así. También en la vida cotidiana del hombre tiene sus efectos en perjuicio de la humanidad, porque se dan casos en que el hombre acata por completo las normas religiosas, más que las que se dicta el derecho o el sistema jurídico vigente, regulando su vida en sociedad inspirado en estas normas y haciendo a un lado las normas jurídicas o teniéndolas cierta indiferencia y hasta repudio.

Otro caso, es el del hombre que sólo lleva a cabo lo que le dictan sus costumbres, heredadas de abuelos a padres y de padres a hijos, sin importarle el sistema jurídico bajo el cual vive o lo que estas normas le imponen, porque considera en este caso, más importante o trascendental sus costumbres ancestrales, a las que obedece y lleva a efecto, no por temor o por alguna obligación, sino por el convencimiento de que está haciendo lo correcto y por tanto tiempo que lo ha hecho.

Por otra parte en muchos de los casos, sólo obedece al derecho por un simple temor a una sanción pecuniaria (multas) o contra la salud (pena de muerte, privación de la libertad), aunque si hay que reconocer que no sólo por eso acata al derecho, sino también por respeto a su nación, a su familia, a su sociedad y a sus instituciones jurídicas, por las cuales ha -

luchado por ser parte de ellas mismas y gozar de lo que le brinden como uno de sus miembros.

Pero sería mejor que ya no se confundiera al derecho -- con estos órdenes normativos si supiera que es el derecho, para que es y qué es lo que le brinda, para gozar plenamente de sus derechos y no sufrir o ser receptor de injusticias, por desconocerlo casi totalmente.

El hombre debe conocer perfectamente el derecho y que -- éste, para poder aspirar a la superación social, es decir para poseer un instrumento para lograrla, para obtener que el derecho lo proteja y tienda sin ningún obstáculo social, a su perfección como ser humano, protegiéndole todas sus instituciones, derechos y hasta sus obligaciones.

### 6.3. Avance de la Ciencia Jurídica en todas sus Ramas

Un avance más que se lograría con el conocimiento del verdadero derecho o lo que es éste, sería el progreso de la ciencia del derecho, superando así su supuesto estancamiento como ciencia.

Como ya fue comentado, los progresos de la ciencia jurídica por ser una ciencia que estudia el pensamiento del hombre y no una ciencia físico matemática o una natural o empírica, es más difícil demostrar sus avances, pero al resolverse el multicitado problema, esto ya no sería un pretexto para -- ver realmente sus progresos como una ciencia que debe beneficiar al hombre y al resolver esta ciencia el problema fundamental del derecho, se ocuparía de problemas trascendentales de los cuales no se ha ocupado, y con lo cual sería más palpable su progreso, al beneficiar al hombre más directamente llenando huecos o lagunas que contiene el derecho y que afectan

tanto al hombre, sobre todo al impartirse justicia.

Estos procesos serían a nivel teórico y práctico. A nivel teórico, serían, por ejemplo, la unificación de criterios el ocuparse de problemas jurídicos trascendentales de la actualidad y que urge que se solucionen y que para ello se necesita de toda la atención de la ciencia jurídica y acabar con el estancamiento aludido, ya que, es verdad que otras ciencias han avanzado más y hasta otras que pertenecían al derecho se ha autonomizado casi de este, como la ciencia política la económica, etc. Además su perfección como ciencia, sería mejorando sus sistemas de investigación y de creación de normas, para resolver los problemas que tengan prioridad jurídicamente.

Los progresos a nivel práctico, serían los que beneficiarían al hombre jurídica y directamente en su vida cotidiana y que lo protegerían sobre todo de las injusticias y la corrupción, como: Creándose normas eficaces y justas que se refieran a la creación de nuevas instituciones, con sus leyes y reglamentos que protejan al ciudadano y a la nación, en sus riquezas naturales no renovables, en riquezas culturales y arqueológicas, la impartición de la justicia, la regulación jurídica de aspectos todavía no contemplados por el derecho y que perjudiquen al hombre, la economía nacional y la política para lograr un mejor país democráticamente a nivel nacional e internacional, etc.

La filosofía del derecho deberá aprovechar al máximo el avance jurídico que se lograría, con el conocimiento del verdadero derecho, para seguir ofreciendo a la ciencia del derecho, material que justifique estas nuevas normas que beneficien al hombre jurídicamente, además de inspirar y fundamentar a esta ciencia, para que siga creando normas que deben tener por esencia la finalidad de impartir justicia.

#### 6.4. Beneficios para el Hombre por el Conocimiento del Verdadero Concepto y Definición del Derecho.

##### 6.4.1. Reducción de injusticias y abusos de poder

Uno de los beneficios en la vida práctica de la humanidad que se lograría con el conocimiento del verdadero derecho sería la reducción de injusticias y abusos de poder, toda vez que, al resolverse el problema fundamental jurídico ¿qué es el derecho?, que ha mantenido ocupada a la ciencia del derecho, ésta, al no tener ya este problema por resolver, se ocuparía de perfeccionarse como ciencia y de crear normas que justa y eficazmente beneficien al hombre, llenando tantos campos jurídicos que faltan por legislar o de que los contemple el derecho.

Básicamente, lo que se lograría con este avance del derecho, sería la reducción de injusticias y de abusos de poder al eliminar requisitos administrativos que impiden la impartición de justicia, la eliminación de intereses políticos y económicos en el momento de otorgar justicia, la eliminación de la corrupción y concretamente, la no violación de garantías individuales y los derechos humanos universales, el no interpretar las leyes de acuerdo a otros intereses que no sean los jurídicos, el no cobrar impuestos indebidos y onerosos y la no imposición de multas injustas y excesivas.

Por otra parte, lo anterior se lograría también, al incrementarse el número de jueces que apliquen exactamente el derecho; al llenarse las lagunas del derecho en materia de amparo y del contencioso administrativo y todo lo anterior, con el perfeccionamiento y atención de la ciencia jurídica, al ocuparse ésta de ello y de saber exactamente qué es el derecho y para que servirá principalmente.

#### 6.4.2. Incremento de derechos y prestaciones

El comentado avance, logrado al aplicarse el verdadero (vigente, eficaz y justo), traería como consecuencia un incremento de derechos y prestaciones sociales a los ciudadanos, -- como uno de los grandes beneficios que traería aparejando.

Los beneficios, en lo referente a derechos, serían, por ejemplo:

A) Incremento de derechos laborales, como:

a) Derecho a pensión de retiro, sin disminución gradual de ésta, ni pago de impuestos;

b) Derecho a jubilación de acuerdo al tiempo trabajando (y no de acuerdo al salario de tres años anteriores);

c) Derecho a una vivienda decorosa, pero de acuerdo a la filosofía del verdadero derecho. Es decir, que se le entreguen viviendas a los trabajadores eficaz y justamente. Sería eficazmente porque se le entregaría esta prestación a los trabajadores en un número total, ya que en la actualidad pocos son los trabajadores que han recibido este beneficio social. (Sólo unos cuantos o los escogidos por intereses políticos o económicos); en cuanto a que esta repartición de viviendas sea justa, se refiere a que se entreguen a quienes -- las merezcan verdaderamente, de acuerdo a los derechos adquiridos laboralmente. Existen trabajadores que legalmente merecen sus viviendas, que tienen la suficiente antigüedad y han pagado quincenalmente sus derechos para ello y nunca han recibido nada; en cambio, otros, por medio de la corrupción, crean por un supuesto derecho y los que lo aplican, sí la tienen -- sin merecerlo.

d) Derecho a préstamos a mediano y corto plazo, impartidos con la misma medida anterior, o sea impartidos de acuerdo a un criterio de vigencia, eficacia y justicia, para la su peración del trabajador, social y económicamente.

e) Derecho a la prestación de una seguridad social integral, consistente en proteger la salud, la economía y socialmente al trabajador, es decir, prestar ayuda de este tipo hasta al trabajador desempleado, con una pensión salarial en caso de no tener un trabajo (esto ya se lleva a cabo en otros países);

f) Derecho a defender sus derechos laborales, sin tener que llegar a una junta de conciliación y arbitraje, sino simplemente con exigirlos, ante una autoridad con el poder suficiente para proporcionárselos, eficaz y justamente.

B) Incremento de derechos políticos como:

a) Derecho a un voto integral o completo, donde este voto no sólo sirva para elegir a sus gobernantes, mediante un candidato que les impone un partido político; sino con un voto consistente en dos fases. La primera sería, elegir un candidato y la segunda fase, para elegir a este candidato como su representante político ante la sociedad y a la vez como su gobernante.

b) Derecho al plebiscito, pero de acuerdo al criterio del verdadero derecho (vigente, eficaz y justo), donde el hombre tenga derecho a opinar y a oponerse a lo que, según el, no convenga ni política ni económicamente a su país.

C) Incremento de derechos sociales, como:

a) Derecho a la no privación de la libertad, sin causa justificada legalmente. Ciertamente esto ya lo consagra nuestra hermosa carta magna, pero por desgracia, continuamente no se respeta a esta garantía individual, pero si se lleva a efecto esta garantía bajo el criterio del verdadero derecho, se consumará en un nivel más alto.

b) Derecho a la impartición de la justicia en materia penal, de acuerdo al criterio del verdadero derecho, esto es con vigencia, eficacia y justicia, para la inmediata impartición de la justicia en esta materia y así eliminar los trámi-

tes administrativos innecesarios, complementarios y de procedimiento, que sólo retardan la solución de esta clase de problemas jurídicos penales o la impartición de la justicia en esta rama.

c) Derecho a ser juzgados por tribunales bajo el régimen del criterio del verdadero derecho, que lo interpreten -- sin tomar en cuenta para sus decisiones, intereses políticos y económicos.

d) Derecho a centros de rehabilitación penitenciaria o rehabilitación social, donde los reos reciban un trato humano de acuerdo a un derecho penitenciario vigente, eficaz y justo que verdaderamente los rehabilite a la sociedad, proporcionándoles todos los derechos que tengan por ley y sus beneficios -- así como trabajo, educación y la más pronta solución a su juicio penal y posteriormente a su caso concreto de rehabilitación social.

e) Derecho a inscripción en cualquier tipo de educación ya que actualmente no se tiene acceso a todas las clases educativas vigentes en nuestro país. Por ejemplo, en muchas universidades no se tiene cupo para más alumnos y en otras carreras profesionales no hay posibilidad de inscripción por lo limitado de éstas, o en muchas ciudades, municipios y localidades no se cuenta con todas las modalidades educativas existentes y esto sólo se lograría a través de normas vigentes, eficaces y justas, que proporcionen en todos los lugares del país, educación en todos los niveles y modalidades existentes.

f) Derecho a educación gratuita en todos los niveles -- educativos, porque existen escuelas, tanto federales como estatales, que cobran cuotas injustificadas, así como también -- el caso de las escuelas particulares cuyas cuotas son excesivas.

g) Derecho al transporte público, dado que existen muchas fallas. Por ejemplo, las zonas urbanas o suburbanas, -- que carecen de cualquier tipo de transportes, además de que -- ya es muy oneroso en algunas partes del país, por lo que, so-



lo creando normas jurídicas vigentes, eficaces y justas, que regulen este tipo de servicio, se podrá reglamentar el uso del transporte adecuadamente y hacer de éste un servicio público constante, uniforme y útil.

h) Derecho a los servicios públicos (teléfono, energía eléctrica, agua y drenaje, alumbrado público y toda clase de servicios urbanos). Actualmente la prestación de estos servicios no es uniforme, constante, ni justa, porque existen muchas colonias que ni siquiera poseen algún servicio público, mientras que otras zonas residenciales gozan en exceso de éstos. Además, en la actualidad son muy onerosas, por lo que se requiere que se impartan a todo ciudadano, por medio de normas vigentes, eficaces y justas, que reglamenten la perfecta distribución de estos servicios.

En síntesis, el derecho debe tener, como finalidad esencial: beneficiar al hombre para llevarlo a una vida social totalmente humana y de acuerdo a un derecho vigente, eficaz y justo.

6.4.3. El no revestimiento de legalidad de leyes que atentan contra la convivencia humana.

Un gran beneficio y quizá el mejor, que traería como consecuencia el conocimiento del verdadero concepto y definición del derecho o del verdadero derecho, sería el no revestimiento de legalidad de leyes que atentan contra la convivencia humana. Se evitaría con este no revestimiento de legalidad, que otra vez, en el transcurso de la historia de la humanidad o de cualquier nación, volviera a suceder lo que aconteció en Alemania antes y durante la segunda guerra mundial, -- donde la ley se convirtió en delito al dársele el carácter de legales, a leyes totalmente arbitrarias, que atentaban totalmente contra la convivencia humana y su existencia.

Porque ¿cómo es posible que una ley que ordene expro --

piar bienes privados, por el sólo hecho de pertenecer a una raza o religión, sea legal o se pueda concebir como derecho?.

O que, una ley que ordena privar de la vida humana a miles de seres por el sólo hecho de ser judíos, ¿pueda ser legal?.

¿Y como puede ser legal, una ley que permite la invasión militar de naciones indefensas?.

Esto no debe volver a suceder, porque un sistema jurídico así concebido, que fundamenta legalmente a las anteriores leyes, no puede ser derecho, porque no es justo, no protege a la sociedad donde es vigente, ni beneficia en nada al hombre, sino por el contrario, atenta contra la integridad física del ser humano y su propia existencia o simplemente, sólo sirve para su explotación y la deshumanización de las normas jurídicas vigentes en esos momentos.

Por lo tanto, toda ley que presuma de legalidad, deberá proteger la seguridad de la sociedad, otorgar bienestar al hombre y ser símbolo de justicia y la misma aplicación de ésta.

6.4.4. Creación de leyes más justas de acuerdo al momento -- histórico vigente.

Un beneficio necesario o que produciría el conocimiento del verdadero derecho y su aplicación a la vida cotidiana del hombre, sería la creación de leyes más justas y eficaces de acuerdo al momento histórico vigente o a las necesidades actuales.

Es decir, que este beneficio para los ciudadanos, consistirá en la creación y actualización de leyes de acuerdo a las necesidades sociales, económicas y políticas, que estén-

en su apogeo en un momento dado.

Lo anterior, porque existen leyes que quizá fueron justas y eficaces, pero que en la actualidad ya no lo son y sólo conservan su vigencia y aunque siguen existiendo, no benefician ni solucionan los problemas jurídicos que afectan a la sociedad.

Por éso, es necesario que con este avance jurídico, consistente en el conocimiento del verdadero derecho, se crearán estas normas justas y eficaces de acuerdo al momento o época y solucione los problemas políticos, económicos y sociales, que en esta se presenten.

La creación y actualización de normas jurídicas, justas y eficaces, que solucionaran esta clase de problemas, serían principalmente en las ramas del derecho: fiscal, internacional público y privado, civil, penal, amparo, administrativo, agrario, mercantil, laboral, y conciliatorio o extrajurídico, en fin, en todas las ramas del derecho, lo que redundará en beneficios de tipo jurídico, económico, social y político, pero no sólo a nivel nacional, sino a nivel universal, además de solucionar todos los problemas de este tipo.

Como por ejemplo, en las siguientes materias, se podrían dar los beneficios que se detallan:

- A) En materia fiscal:
- a) La imposición de impuestos más justos y apegados a la condición económica de cada persona:
  - b) El cobro de impuestos debidamente justificados, en cuanto a su imposición como impuesto:
  - c) El cobro de impuestos que efectivamente se deban, para evitar el co -

bro indebido de éstos.

- B) En materia civil:
- a) El trámite más eficaz y justo de cada juicio civil, que no de lugar o cabida a subterfugios jurídicos o a la corrupción administrativa, aplicándose la ley sin interpretaciones influenciadas por intereses económicos o políticos, sino simplemente la aplicación de la ley en su espíritu y que esta sea eficaz y justa.
  - b) Actualización de normas de procedimiento civil, que ya son obsoletas, para que sean más apegadas a las necesidades jurídicas de esos momentos y éstas, no den origen a la corrupción y sean medio para un procedimiento justo y eficaz de estos juicios.
- C) En materia penal
- a) Creación de normas jurídicas vigentes, eficaces y justas, que protejan las garantías individuales del hombre. Para que por ningún motivo se lleve a cabo injustificadamente: la privación de la libertad, la tortura, el embargo de los bienes patrimoniales y la prohibición de la libertad de prensa.
- Un ejemplo de esto y que es prueba palpable que quizá ya se está llevando a efecto la anterior norma jurídica, es la que prohíbe la tortura a un ser humano, de parte de cualquier autoridad o fuerza públi-

- ca y de cualquier ser humano a otro expedida por el gobierno constitucional mexicano, en el año de 1986.
- b) La creación de normas jurídicas vigentes, eficaces y justas, que protejan al ciudadano en sus intereses económicos en cualquier juicio penal. Es decir, que todo juicio deberá ser completamente gratuito, -- así como todo beneficio que reciba del derecho durante este juicio, -- sin menoscabo de sus bienes y propiedades, por parte de alguna autoridad.

Así como también, que la reparación del daño sea cubierto en el mismo juicio penal y no se tenga que llevar aparte de éste, otro juicio civil para el pago.

Además que éstas normas le den poder de decisión o ejecución a través de eficacia y justicia a las -- instituciones conciliatorias de accidentes de tránsito, para llevar a efecto la reparación del daño eficaz y justamente.

D) En materia de amparo:

- a) Crear normas jurídicas que permitan que el juicio de amparo no sea tan lento para impartir o para proporcionar el amparo de la ley, y que -- además, el citado trámite para este juicio no sea tan estricto, porque por ejemplo: En el procedimiento, -- si en el escrito de demanda existe al-

guna falla, aunque esta no sea --- trascendental o sea de simple re- dacción, es deshechada tal demanda por este motivo. Esto ya es con - templado por la ley de amparo, pe- ro no en forma total, porque sólo- contempla algunos casos del juicio de amparo, en donde el trámite de- este juicio no es tan rígido, don- de se admiten estas pequeñas fa -- llas, desde el inicio de este juic- io.

Por lo que, este beneficio debería extenderse a todo lo relacionado - con esta clase de juicio, para la- impartición de justicia, tan urgen- te en estos casos de violación de- garantías individuales.

- E) En materia Laboral: a) La creación de normas jurídicas -- justas y eficaces, que lleven a e- fecto y obliguen a los patrones a- cumplir con sus obligaciones labo- rales para con sus trabajadores -- sin ningún pretexto, ni evasión, - sino todo lo contrario: como exac- tamente lo ordena la ley federal - del trabajo.
- b) La creación de normas jurídicas de tipo laboral, que bajo el criterio de vigencia, eficacia y justicia, - otorguen más protección social al- trabajador y mejores prestaciones- laborales, para que por ningún mo-

tivo o causa el trabajador deje de recibir sus derechos y beneficios-sociales que le brinde éste, ya -- que con el tiempo el derecho del - trabajo deberá dialécticamente a - vanzar hacia un nuevo derecho que- proteja integralmente al trabaja - dor.

- F) En materia agraria: a) Creación de normas agrarias bajo - el criterio de un derecho vigente, eficaz y justo, que procuren al re- parto de tierras a quien lo merez- ca o esté capacitado para hacerlas producir, para que no existan ya - tierras sin trabajar, lo que ocu- rre en muchas del país, algunas, - por conflictos judiciales y otras, por que no las trabajan los pro - pietarios.
- G) En materia Adminis<sup>trativas</sup> a) La creación de normas jurídicas ad ministrativas que posean las carac- terísticas de vigencia, eficacia y justicia o con la filosofía de un- derecho así concebido, para que -- los trámites administrativos de -- cualquier oficina de gobierno, - - sean constantes, uniformes y ági- les; para que las multas, a nivel- administrativo, sean justas y no - excesivas ni injustas, y así el -- trámite del juicio contencioso -- administrativo, beneficie a todo-- ciudadano que injustamente sea mo-

lestado en su economía con multas o el pago de impuestos injustos y excesivos.

#### 6.5. Humanización del Derecho.

Por último, otro gran beneficio, que traería como consecuencia el conocimiento del verdadero derecho, consiste en la humanización del derecho.

La pregunta obligada es: ¿cómo se humanizaría el derecho?, y la respuesta es: a través de la creación y existencia de un sistema jurídico vigente, eficaz y justo, por eso, se estima que otro de los grandes beneficios que traería como consecuencia este progreso de la ciencia jurídica, apoyada en una filosofía del derecho basada en estos principios, sería, como ya se expuso, la humanización del derecho.

Esta humanización del derecho, tendría como principales finalidades, los siguientes aspectos:

- A) Evitar por medio del derecho, que por ninguna circunstancia o motivo extrajurídico o supuestamente jurídico, o sea, si no está fundamentada legalmente una detención judicial, alguna persona sea privada de la libertad y sea torturada.
- B) Proteger el patrimonio de los ciudadanos, con medidas preventivas o con un reglamento de policía, justo y eficaz, para que por ningún motivo sean privados de sus propiedades y de sus derechos viales o de tránsito, evitando así que sufran robos por parte de la delincuencia y abusos de autoridad con multas excesivas, por supuestas faltas de vialidad.



- C) Proporcionar seguridad social a todo ciudadano por el sólo hecho de ser un ser humano; como: Servicios médicos; -- prestaciones sociales; facilidades administrativas para el pago de impuestos y multas; pensiones bien reenumeradas y retiros conforme las necesidades económicas de cada derecho-habiente; el derecho a cualquier juicio por oneroso que éste sea; prestaciones laborales; protección conciliatoria con poder judicial en las relaciones comerciales de personas con empresas distribuidoras de bienes y servicios; etc.
- D) Proporcionar trabajo o medio de subsistencia a todo ciudadano que lo solicite, de acuerdo a la ley del trabajo.
- E) Proporcionar vivienda o casa-habitación a toda la familia que lo necesite.
- F) Vigilar que todas las leyes y sus reglamentos sean aplicados al pie de la letra, sin ninguna influencia humana que atente contra el hombre y sus derechos.
- G) Procurar a todo ser humano una educación digna, general y amplia. Esto es una educación que en todos los niveles verdaderamente pueda llamarse precisamente educación. -- Que sea siempre tendente a beneficiar al alumno, para que aprenda lo mejor posible todos los conocimientos que se le impartan; general, porque debe llegar a todos los rincones de la nación donde exista un ser humano que la reciba; y amplia, porque debe de ser mejor cada día, para formar mejores profesionales en nuestro país, o sea, que cada día abarque más conocimientos, para impartirlos en las escuelas.
- H) Preservar y fomentar al deporte, la cultura y la educación, para la superación física y mental.

- I) Crear instituciones, leyes y reglamentos, que cuiden y hagan producir, en beneficio del hombre, los recursos naturales.
- J) Crear instituciones y leyes, que recuperen y preserven para siempre nuestra soberanía política, económica y social.
- K) Difundir la paz mundial por todo el orbe, tratando de que nuestras políticas en derecho internacional, sean encaminadas a la creación de un organismo mundial que asegure la paz de todos los pueblos del mundo y la supervivencia del ser humano en este planeta, dotado de poder de decisión y coacción, para que pueda tener voto en el futuro del mundo y oponerse a las injusticias y arbitrariedades de cualquier nación, por poderosa que sea esta.

## C O N C L U S I O N E S

- 1) Es de indiscutible utilidad, conocer lo que es un concepto y una definición para todas las ciencias, así como - su importancia, sus alcances, sus posibles aplicaciones - y sus controversias, dado que, por ejemplo, en la ciencia del derecho, el problema del concepto y su definición, es el más polémico y todavía no tiene una posible solución.

Para todas las ciencias y sus procedimientos científicos, es de gran importancia contar con un concepto y una definición, o con un punto de partida para su desarrollo y finalidades. Porque es necesario el conocer las relaciones existentes entre todos los elementos de determinada ciencia así como sus principios rectores o pautas y - ésto sólo será posible a través del concepto y la definición, enfocados al objeto de estudio de la ciencia en cuestión.

Si no se contara con la ayuda imprescindible de los conceptos y las definiciones para todas las investigaciones científicas, sería casi imposible la tarea de las ciencias. Porque para todo inicio de una investigación, se necesita un punto de partida o base científica, para ubicarse, analizar y lograr un objetivo. Y esto viene a ser la función de estas dos nociones o una de ellas: ser el inicio de toda ciencia.

- 2) En las tres corrientes contemporáneas jurídicas, que tratan de resolver el problema del concepto y la definición del derecho, se libra una tremenda lucha, por descubrir - cuál es el verdadero derecho en su concepto y definición. Las corrientes aludidas son: el positivismo jurídico, el iusnaturalismo y el realismo sociológico.

- 3) Por lo tanto, el problema fundamental jurídico, es: ¿qué es el derecho?, o ¿cuál es su verdadero concepto y definición?. Y toda la problemática que encierra la noción-universal de lo jurídico.
- 4) Ahora bien, método es un viaje o una ruta que sigue el entendimiento humano. O bien las fases que recorre y -- que contienen determinadas operaciones, con la finalidad de que al final se obtenga un resultado negativo o positivo y así lograr un fin determinado. Este método es el lógico y es el camino más corto para alcanzar la ciencia o el más práctico para llegar a ella.

La metodología que es útil al derecho, es aquella que -- tiene como propósito examinar las técnicas más adecuadas para la elaboración, investigación, enseñanza y aplicación del derecho.

- 5) La deshumanización del derecho que hace el positivismo - jurídico, el cuál ha revestido de legalidad a las leyes- más injustas y que ha provocado abusos de poder, injusticias y regímenes de gobierno tiránicos, es el principal-defecto de esta actitud jurídica.
- 6) Cuando los defensores del positivismo jurídico intentan-justificar éste, en el sentido de que esta actitud sea - la causante de ciertos fenómenos del totalitarismo, lo - único que hacen es contradecirse, ya que niegan estos as pectos positivistas, que primero sostuvieron que caracte rizaban al positivismo.

El tercer aspecto expuesto acerca del positivismo jurídi co, es el que más lo caracteriza, aunque no sea tan acer tada la formulación que de el realiza el autor, pero si lo es, que- los legisladores no sólo quieren que sus normas sean -- obedecidas, sino que también pretenden que sean justas

que además, la eficacia de estas normas, al realizar --- ciertos valores de bienestar común o al aplicarse, prò - duzcan un orden que garantice la paz y la seguridad so - cial.

Lo anterior, no quiere decir que las normas de referen - cias sean el verdadero derecho o que su aportación sobre el concepto de derecho sea correcta, ya que este aspecto sólo caracteriza al positivismo toda vez que la mayor -- parte de las citadas normas, no son eficaces ni justas.

Contradicciones como la anterior, son muy frecuentes.

- 7) No es correcto, que a la ciencia del derecho se le ponga -- una sola etiqueta, como la de que es una ciencia formal, ya - que la ciencia jurídica es muy amplia y abarca las ramas de todo lo que se catalogue como jurídico.

Sólo se podría decir que la ciencia del derecho es una - ciencia formal, en el sentido de que se aboca al estudio del formalismo jurídico o de alguno de los sentidos de - este. No se puede ubicar y engoblar en una sola teoría - o doctrina a la ciencia de lo jurídico si sólo concibe - al derecho como una simple forma sin ningún contenido.

- 8) La teoría de la definición unitaria, tiene como mérito, - detener el despedazamiento de los elementos del positi - vismo jurídico así como tender a unificar en una sola de - finición a todos estos elementos dispersos, aunque sólo - logra realizar una buena intensión.

Las teorías de la definición unitaria, son de carácter - positivista, porque para ellas sólo es derecho, el llama - do derecho positivo, es decir el creado por legisladores y comprobando al exponerlas, que entre todas estas teo -

rías hay contradicciones insuperables.

Esta teoría de la definición unitaria, posee fallas y---aciertos, siendo su principal error, porque el de no llegar a definir con exactitud al positivismo jurídico porque -aporta demasiados elementos de éste y no exactamente, al elemento esencial de esta doctrina jurídica.

- 9) El positivismo jurídico, es una corriente jurídico con -temporánea que intenta solucionar el problema fundamen -tal que consiste en saber: ¿qué es el derecho?, y que po -see el elemento común en todas sus teorías, que postula -o concibe al derecho como un derecho vigente o válido --extrínsecamente. Por lo tanto, sólo es derecho para es -ta doctrina, las normas creadas por seres humanos u órga -nos legislativos facultados por una norma suprema, no im -portando que éstas sean eficaces y que su contenido sea -justo.
- 10) Casi todas las teorías realistas sociológicas, tienen en común interpretar al derecho atendiendo principalmente -a la efectividad de las normas jurídicas y que le dan carác -ter jurídico sólo a aquellas que se aplican a un caso --concreto o a un fenómeno social.

La diferencia entre realismo psicológico y el conductis -ta, estriba en que el psicológico sostiene que el derecho es aplicado porque es vigente y en cambio el conductista concibe que el derecho es vigente porque es aplicado.

El elemento común de las teorías sobre el realismo socio -lógico, es que solo concibe y es derecho para el realis -mo sociológico, aquel que vincula y por el cual se sien -tén obligados los jueces y que efectivamente aplican -es decir, el derecho que realmente se aplica o el llama-

do derecho eficaz, el cual es la aportación de esta corriente para tratar de descubrir o encontrar el verdadero concepto y definición del derecho.

- 11) Existen muchas y muy diversas teorías sobre del llamado "derecho natural", pero la doctrina de este tipo, que al respecto tiene auge en esta época, es la concepción "tomista aristotélica" acerca del derecho natural.

Lo único que une a todas las posturas iunaturalistas, es su actitud crítica del derecho positivo y por consiguiente, la convicción de que la validez de las normas jurídicas no dependerá nunca de los requisitos extrínsecos para su creación, sino por el contrario, dependerá del valor intrínseco de su contenido para su elaboración y existencia.

Por lo tanto, este elemento común del iusnaturalismo que engloba a estas teorías, visto desde otro punto de vista, sería el que el derecho vale y obliga, no porque lo haya creado un legislador y tenga su origen en las fuentes formales del derecho, sino porque posea bondad y justicia intrínsecas en su contenido y por lo tanto, esto implica la negación de las normas jurídicas positivas que valen por la observancia del proceso con el que se crearon.

- 12) La aportación o elemento común de la teoría de los tres círculos, es tratar de unificar o de que coincidan en una sola o misma norma jurídica o en conjunto de éstas o sistema jurídico, los tres atributos de validez jurídica que nos aportaron las tres corrientes contemporáneas expuestas y que por lo tanto, la norma que los tenga será jurídica o el verdadero derecho.

La posición más acertada de las anteriores posturas, dentro de la filosofía jurídica, es la de la estructura ontológica del derecho, que postula la reunión de las tres notas de validez jurídica a saber: positividad, iusnaturalidad y -eficacia.

Los positivistas, se contradicen. Primero sostienen que el positivismo, como ideología, es el aserto de que las -normas de derecho deberán ser obedecidas por sí mismas, o que su acatamiento es un deber moral o respeto a la ley y después al defender estos aspectos, se contradicen, por que sostienen que es históricamente falso, que la tesis -del deber moral sea positivista.

La segunda tesis expuesta sobre el positivismo, quizá sea la más correcta o la actitud más positivista, aunque también tiene sus defectos en varios aspectos, ya que los --creadores del derecho vigente no pueden reconocer que sus normas son siempre justas. La concepción de la justicia, como algo tan simple como la legalidad objetiva, crea o -produce el problema del valor intrínseco de los preceptos jurídicos y por lo tanto, de la justificación axiológica de la materia o contenido de estas normas. Por lo tanto, el hecho de que un precepto se cumpla o se aplique, sólo es prueba de su eficacia pero de ninguna manera prueba -su bondad o justicia de lo que ordena.

Las sutiles y superficiales distinciones que realizan los positivistas, sobre los aspectos o tipos de formalismo, -nos dejan ver el inconveniente de no saber destacar con -la suficiente precisión, el punto o relación en el que el positivismo se une al formalismo. Sostener que un concep -to es vigente como lo hacen las teorías positivistas, e -quivale a afirmar que los órganos públicos lo catalogan co -mo algo obligatorio, o que su vigencia es el atributo de-



una norma a la cual, por esta razón, los órganos del estado juzgan como válida y aplicable a algún caso concreto.

Por lo que respecta a las teorías positivistas de la teoría pura del derecho, su autor llega al grado de reformarlas, que las logra cambiar totalmente. La teoría pura, en su definición del derecho, pretende una definición sin ninguna influencia axiológica y no logra desafortunadamente. Quiera o no sigue influenciada por elementos metafísicos en su definición del derecho.

A pesar de innumerables intentos de abandonar al derecho natural, el positivismo lo ha dejado y ha vuelto a él, - por las circunstancias jurídicas, sociales y políticas, - provocadas por un sistema jurídico injusto y antisocial, como el que en ocasiones ha creado un absoluto positivismo. En lugar de encontrar una definición unitaria de esta corriente jurídica, debe buscarse entre todas estas teorías, un elemento que justifique este nombre común y que además le de esencia al iuspositivismo, o por lo menos, el que lo caracterice mejor. Es recomendable, no confundir dos cosas que en realidad son diferentes y que además es necesario separar. Como por ejemplo, por un lado la expresión verbal de un juicio normativo y por el otro, la enunciación que esté de acuerdo con un precepto.

- 13) El realismo sociológico tampoco soluciona el problema de la definición y concepto del derecho, después de identificar su problemática, porque al igual que el positivismo, - para saber que es el derecho o su esencia, llega a la exageración en sus teorías. Esto como consecuencia de considerar y tratar al derecho desde un solo punto de vista, - como en este caso, sólo desde el ángulo del realismo so -

ciológico, que sólo ve al derecho como un orden eficaz, - desprovisto de justicia y de validez extrínseca o vegen-  
cia

- 14) La problemática del llamado iusnaturalismo, estriba en que existen demasiadas teorías del derecho natural. Y teóricamente, tampoco soluciona el citado problema jurídico -- fundamental. Se puede hablar del iusnaturalismo, como -- una posición teórica unitaria, en el mismo sentido del -- que se habla de la actitud. Lo único evidente de las ac-  
titudes iusnaturalistas, es que el elemento que caracteri-  
za al iusnaturalismo, es el aserto de que el derecho vale y obliga, no porque lo haya creado un legislador o una -- fuente formal, sino por la bondad intrínsecas de su conte-  
nido o su justicia y la convicción de que la validez de - las normas jurídicas no dependerá nunca de los requisitos extrínsecos de su proceso de creación.
- 15) Por lo que se refiere a la teoría de la estructura ontoló-  
gica del derecho, en su intento por superar la antítesis-  
entre derecho natural y derecho positivo, no lo logra de-  
safortunadamente, porque esta teoría no es acatada por -- los encargados de aplicar la ley, en ciertas situaciones-  
trágicas y concretas y de tal forma, sólo es una fase de-  
la evolución del derecho y por resolver el citado proble-  
ma, además de una hermosa teoría. Esta teoría ontológi--  
ca, también provoca el problema producido por el enlace -  
de los elementos esencial y existencial, o sea, por la --  
combinación de la positividad y la iusnaturalidad, porque  
se ignora quien va a establecer la iusnaturalidad. Todo-  
lo anterior, sólo viene a confirmar el principio de uni--  
dad o unicidad del criterio último de validez jurídica, -  
pero que tampoco resuelve el problema fundamental jurídico.
- 16) La teoría de los tres círculos, es un análisis o examen -  
de las relaciones entre los conceptos de derecho vigente,

derecho intrínsecamente válido y derecho eficaz, además-- de ser otro intento teórico jurídico por resolver la pro- blemática de saber ¿qué es el derecho?. Además de ser - esta teoría, un buen intento por solucionar este proble- ma, al igual que otras tantas, no lo logra, aunque si -- viene a constituir un paso muy importante de la filoso - fía jurídica, para la solución de esta problemática.

- 17) El problema de la definición del derecho, no se resuelve en el campo de la teoría, porque es imposible por las -- discrepancias de los criterios de validez, pero sí en el terreno de la práctica o de la aplicación del derecho, -- por muchas razones que jurídicamente beneficiarían al -- hombre.

Todas las contradicciones expuestas, vienen a formar las controversias sin solución de esta problemática y que só lo llevan o provocan la consecuencia del "desconocimien- to del verdadero derecho", el cuál, produce a su vez con- secuencias teóricas y prácticas que afectan directa e -- indirectamente al hombre, en su convivencia social.

Las consecuencias teóricas, que produce este "desconoci- miento del verdadero derecho, son las siguientes: 1.- -- Desunificación de criterios jurídicos; 2.- Confusión so- bre cuál y qué es el sistema normativo, que rige la con- vivencia humana, con otros órdenes normativos; 3.- Avan- ce de otras ciencias y supuesto estancamiento de la cien- cia del derecho.

En el campo de la práctica, también produce efectos jurí- dicos en perjuicio del hombre, el "desconocimiento del - verdadero derecho" tales como; 1.- Injusticias y abusos- de poder; 2.- Ignorancia e indiferencia por este proble- ma; 3.- Revestimiento de legalidad de leyes que atentan-

contra la convivencia humana; y una de las más importantes en el campo de lo jurídico: la deshumanización del derecho.

- 18) La desunificación de criterios jurídicos, provoca varios problemas. Uno de los principales, es el divorcio teórico existente entre las tres corrientes jurídicas predominantes: positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo; así como la confusión teórica y el no ponerse de acuerdo en qué cosa es el derecho; también la creación de nuevos criterios jurídicos tendentes a solucionar esta problemática y a unificar de alguna forma esta diversidad de criterios; controversias a nivel teórico insuperables y un sinnúmero de problemas doctrinales.

Uno de los progresos científicos jurídicos, que se alcanzarían si se llegara a un acuerdo sobre qué es el derecho, sería el de la unificación de criterios jurídicos, no importando si estos son positivistas, realistas o iusnaturalistas, porque al haber este acuerdo, la ciencia del derecho ya no seguiría ocupándose de cuestiones terminológicas y teóricas y se ocuparía mejor en estudiar cuestiones que no ha contemplado ni regulado en la vida del hombre y que es urgente y necesario que solucione jurídicamente.

Otro de los avances que se lograrían al saberse exactamente qué es el derecho y que sea aplicado eficaz y justamente, sería ya no confundirle con otros órdenes normativos que son secundarios ante el derecho, que debe regular la vida humana en sociedad, porque tiene el poder de otorgar justicia, mantener la paz social y mantener determinado orden.

- 19) La confusión acerca de cual es el sistema normativo que regula la vida social, parte de ciertas raíces teóricas, que no

dicen exactamente qué es el derecho, sino todo lo contrario. O lo confunden con un orden moral o como un sistema de normas inmorales o como un sistema de normas influenciadas por fenómenos de tipo social, lo que viene a provocar que no se sepa cuál es el sistema normativo y que éste, que regula la vida humana en sociedad.

Esta confusión llega a uno de sus puntos críticos, cuando el hombre en su vida cotidiana, no sabe cuál es el sistema normativo que lo rige y cuál de ellos acata y que es éste, ya que a veces acata sólo las normas religiosas o solamente las normas costumbristas y sólo en ocasiones -- muy contadas, las normas jurídicas, sino es que nunca las contempla por considerarlas injustas, lo que lo lleva a no saber en realidad cuál de estos sistemas normativos regulan su vida social y además, que es éste sistema que -- llaman derecho que se considera como el sistema normativo que debería regir su vida y relaciones sociales.

Es importante el que el hombre se preocupe por saber qué cosa es el derecho y cómo rige su vida jurídica y que es éste el que en realidad debe controlar y regular su actuar en la sociedad.

- 20) Existe un marcado contraste entre el progreso de las ciencias empíricas y la ciencia del derecho, lo que supone un cierto estancamiento de la ciencia antes citada. Esto en parte es cierto, y que por otra parte, no es completamente verdad, porque el avance de las ciencias naturales es más fácil de comprobar y no así el de la ciencia jurídica que por ser una ciencia que estudia el pensamiento del -- hombre, jurídicamente, es más difícil de comprobar sus -- progresos o avances científicos. Aunque es cierto que no ha progresado lo que debería, ya que le faltan muchos aspectos de la vida social por contemplar, para impartir --

justicia y esto constituye un supuesto estancamiento que sólo podrá superarse y abarcar el estudio de todos los aspectos sociales que no ha contemplado, mejorando sus sistemas de investigación y de creación de normas jurídicas que resuelvan los problemas prioritarios para la superación, protección y conservación de la humanidad.

Mientras se siga desconociendo al verdadero derecho en su concepto y definición, o lo que es éste y para qué es, se seguirán cometiendo injusticias y abusos de poder, por carecer los sistemas jurídicos de normas justas y eficaces que beneficien y protejan al hombre. Esto es, mientras se siga catalogando al derecho sólo como un derecho positivo.

Cada día es mayor la necesidad de saber qué es el derecho es decir, concebir al derecho como un conjunto de normas vigentes, eficaces y justas, para que solucione problemas jurídicos y que en la práctica se lleve a cabo y se cumpla su finalidad esencial: "la impartición de justicia", llenando las lagunas existentes y acabando con injusticias y abusos de poder.

- 21) Por lo que se refiere a los abusos de poder y violaciones de garantías individuales, son originados, en parte por el problema fundamental jurídico, ya que al no ponerse de acuerdo las corrientes jurídicas mencionadas en qué cosas el derecho, se ha desvirtuado su función esencial. Como por ejemplo, cuando ha predominado el positivismo en el ámbito jurídico, ha existido un derecho positivo totalmente injusto que produce estos abusos y violaciones.
- 22) El derecho debe de tener como finalidad principal y esencial: beneficiar al hombre jurídicamente, para llevarlo a obtener una vida social integralmente humana, en base a -

un derecho vigente, eficaz y justo.

Así, muchas ramas del derecho que aún no tienen normas de este tipo y que poseen demasiados vacíos o aspectos sin regular, por no saber ¿qué es el derecho?. Esto es, por carecer de una base sólida para crear normas justas y eficaces que llenen estos huecos que tanto perjudican al hombre y lo dejan en estado de indefensión.

Por otra parte, existen seguidores del verdadero derecho que aún sin tener una base teórica tan sólida, como el saber qué es el derecho exactamente, lo aplican e interpretan tal y como lo consagra la carta magna y siempre teniendo a tomar sólo en cuenta las normas justas, eficaces y vigentes, pero cabe aclarar, que aún existiendo estos jueces apegados al verdadero derecho, en comparación con las injusticias y los malos jueces, son muy pocos.

- 23) El problema fundamental jurídico a que se ha venido haciendo referencia, debería importarle no sólo a los juristas (filósofos, dogmáticos y realistas) sino a todo ser humano, porque al saberse qué es el derecho o si existiera un derecho totalmente vigente eficaz y justo, se solucionarían infinidad de problemas que afectan la vida cotidiana del hombre, que, de tal forma, conocería sus derechos para poder aspirar a su superación social, ya que poseería instrumentos para obtenerla, al conocer todas sus obligaciones y derechos, o sea el saber cómo, cuando y dónde lo protege el derecho.
- 24) Igualmente importante, es que no debe seguir existiendo el revestimiento de legalidad de leyes, que atentan contra la convivencia humana. Nunca debe volver a predominar el positivismo jurídico, como en la época del nacional socialismo, que en lugar de beneficiar y proteger a sus obligados, los hizo víctimas de delitos cometidos a través de-

leyes totalmente injustas. Porque no es posible que una ley que ordena expropiar bienes privados, por el sólo hecho de que pertenezcan a una cierta raza humana o secta-religiosa, sea legal o se pueda concebir como derecho; - o que una ley que ordena privar miles de vidas humanas, - pueda ser legal. Por otra parte el derecho debería beneficiar por igual a todo ser humano, por el sólo hecho de serlo, sin que importe su condición social y económica.- Así como las ciencias naturales o exactas benefician por igual al hombre, también la ciencia de lo jurídico lo debe hacer.

La filosofía del derecho deberá aprovechar en la mejor forma posible, el avance jurídico que se lograría con el conocimiento del verdadero derecho, para que siga ofreciendo material que justifique nuevas normas justas y -- eficaces que beneficien al hombre jurídicamente, además de seguir inspirando y fundamentando a esta ciencia.

- 25) Básicamente lo que se obtendría con el avance del derecho, serían los siguientes beneficios: reducción de injusticias y abusos de poder; eliminación de requisitos administrativos que impiden y retrasan la impartición expedita de justicia; eliminación de intereses políticos y económicos en el momento de otorgar justicia; eliminación de la corrupción; la no violación de garantías individuales; y los derechos universales el no interpretar las leyes de acuerdo a otros intereses que no sean los jurídicos; cobrar impuestos indebidos y la no imposición de multas injustas y excesivas, todo esto, regulado con normas jurídicas eficaces y justas.
- 26) Es una necesidad conocer y saber con la mayor exactitud posible: qué es el derecho, porque los mejores pueblos -- son los que exigen sus derechos pero para poder exigirlos es necesario primero conocerlos y por ello es urgente co-



nocer qué es el derecho y para qué es.

- 27) Para llenar las lagunas o aspectos que no ha contemplado el derecho, deben crearse normas jurídicas partiendo de la base de saber qué es el derecho, y que se cumpla con los aspectos que obliguen a los jueces y a todo encargado de aplicar la ley, a interpretarla y aplicarla respetando siempre sus características de vigencia, eficacia y justicia y no sean interpretadas de acuerdo a intereses económicos y políticos y además, que éstas superen las fallas técnicas jurídicas de procedimiento, para que por ningún motivo se retarde la impartición de la justicia.
- 28) Es preciso enfatizar que sería una buena medida conocer el verdadero concepto y definición del derecho o sea el verdadero derecho (vigente, eficaz y justo) y para qué sirve (sus finalidades esenciales) y que se aplicara éste, para acabar con la corrupción, no dejándole ningún vacío o laguna sin regular, por donde se cuele a cometer injusticias.
- 29) El derecho debe tender a beneficiar al hombre para su progreso, para resolver sus problemas jurídicos, para la conservación de la vida humana y su perduración, por lo que debe ser más humanizado y justo, que no propicie la explotación o los perjuicios sociales.
- 30) El avance de la ciencia del derecho, logrado con el conocimiento del verdadero derecho, en un nivel científico sería, en nuestro país, en la transición del derecho social al que estamos llegando a un derecho de seguridad integral, en el que todo ser humano por el sólo hecho de serlo, gozaría por igual de derechos y obligaciones, así como de todos los beneficios sociales, a que debe aspi-

rar el hombre.

- 31) Si al derecho se ha catalogado como razón, entonces, el derecho, para serlo, deberá ser justo y eficaz para ser razón, y que beneficie al hombre, a través siempre, de la razón del derecho.
- 32) Es un hecho que la justicia existe, quizá no como todos-quisiéramos, porque todavía no abarca todas las relaciones humanas que es deseable que ampare, por medio del perfeccionamiento del derecho.
- 33) Mediante la práctica del verdadero derecho, ya que teóricamente no es posible, se irán solucionando todos los problemas y se irán abarcando con justicia, orden y eficacia, todos los aspectos aún no contemplados por el derecho.
- 34) Así como el hombre creó al derecho por la necesidad de vivir racional y ordenadamente, de respeto a la propiedad, de dar a cada quien lo suyo; ahora, surge la misma necesidad ante la situación actual: crear un derecho vigente, eficaz y justo, inspirado en los derechos humanos universales, para solucionar los problemas actuales que atentan contra la convivencia humana y su existencia.
- 35) Quizá nunca se sepa exactamente ¿qué es el derecho? o nunca se conozca su definición y concepto, pero sí se sabe que sólo existiendo y aplicando un sistema jurídico vigente, eficaz y justo, será útil y benéfico al hombre y la posible solución a sus problemas.
- 36) Todo intento de perfeccionamiento, debe engendrarse en la convicción de que el verdadero derecho, es aquél capaz de aprobar las tres fases (aunque de distintas realidades) -

que debe enfrentar una norma jurídica para poder serlo y que son: la esencial, la existencial y la de aplicación. La esencial, es la etapa del derecho en la que sólo es la idea que va a regular la conducta del hombre o que lo va a beneficiar jurídicamente y va a inspirar su creación o su fundamentación filosófica y que le va a dar a su contenido justicia; la etapa existencial o de vigencia, es el momento de su aprobación por un legislador humano y una fuente formal del derecho; y por último, la de la eficacia o su verdadera aplicación.

## CITAS BIBLIOGRAFICAS

- 1) Balmes: Jaime. Filosofía Elemental. Estudio Preliminar de Raúl Cardiel. México, 1975.
- 2) Preciado Hernández, Rafael. Lecciones de Filosofía del Derecho, México, Editorial Jus, 1976, Pág. 263.
- 3) Carnelutti, Francesco. Metodología del Derecho, Traducción Directa de Dr. Angel Ossorio, Buenos Aires, 1962, Págs. X- y 65.
- 4) Diccionario Salvat Enciclopédico, Tomo 8, México, 1975, -- Pág. 479.
- 5) Carnelutti, Francesco. Ob. Cit. Pág. 66
- 6) Kantorowicz, Herman. La Definición del Derecho, Traducción de J.M. de la Vega, Madrid, Revista de Occidente, 1964, -- Págs. 22-32-34-37-41-42-44-45-46-57.
- 7) Hart, H.L.A. Concepto de Derecho, Traducción de Genaro R. Carrio, México, Ed. Nacional, 1978, Págs. 1-2-7-16-17.
- 8) Kelsen, Hans. Teoría Pura del Derecho, Traducción de Moisés Nilve, Buenos Aires, Eudeba, 1971, Págs. 45-65-69.
- 9) García Maynez, Eduardo. Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo, México, Textos Universitarios, 1977, Págs. 125-126
- 10) Preciado Hernández, Rafael. Ob. Cit. Págs. 262-264-268-271.

- 11) Márquez Muro, Antonio. Elementos de Introducción a la Filosofía y Etica, México, Porrúa, 1968, Págs. 59-60-61-62.
- 12) Carnelutti, Francesco. Ob. Cit. Págs. IX-X- 1-2.
- 13) Fix Zamudio, Héctor. Metodología, Docencia e Investigación Jurídicas, México, Porrúa, 1984, Págs. 13-14-15-16-18-21-27.
- 14) Márquez Muro, Antonio. Ob. Cit. Pág. 48.
- 15) García Maynez, Eduardo. Ob. Cit. Págs. 9-10-11-12-13-26.
- 16) Recasens Siches, Luis. Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX, México, Porrúa, 1963, Pág. 58.
- 17) García Maynez, Eduardo. Ob. Cit. Pág. 33.
- 18) Kelsen, Hans. Ob. Cit. Pág. 66.
- 19) García Maynez, Eduardo. Ob. Cit. Págs. 42-45-46-47-48-76-77.
- 20) Ross, Alf. Sobre el Derecho y la Justicia, Traducción de - Genaro R. Carrio, Buenos Aires, Eudeba, 1963, Págs. 63-64.
- 21) Olaso, L. María. Introducción al Derecho, Venezuela, - I.C.U., 1977, Págs. 233-234-235.
- 22) Kelsen, Hans. Ob. Cit. Pág. 98.
- 23) Ross, Alf. Hacia una Ciencia Realista, Traducción del Dr. Julio Barboza, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1961, Pág. - 57.

- 24) García Maynez, Eduardo. Ob. Cit. Págs. 89-100-102.
- 25) Preciado Hernández, Rafaél. Ob. Cit. Pág. 244.
- 26) Recasens Siches, Luis. Ob. Cit. Págs. 303-304.
- 27) García Maynez, Eduardo. Ob. Cit. Págs. 130-131-135-136- -  
137-144-148.
- 28) Ibidem. Págs. 165-166-167-168.
- 29) Recasens Siches, Luis. Ob. Cit. Pág. 365.
- 30) Código Penal para el D.F. México, 1979, Cap. I. Pág. 111.
- 31) Radbruch, Gustav. Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal. Traducción de Ma. Isabel Azarete de Vázquez, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1962, Págs. 8-15-21-22-51.

## BIBLIOGRAFIA

- 1.- Balmes Jaime, "Filosofía Elemental", estudio preliminar de Raúl Cardiel, Edición 1975, México.
- 2.- Carnelutti Francesco, "Metodología del Derecho", Traducción Directa. Dr. Angel Ossorio, 1962, Buenos Aires.
- 3.- "Código Penal para el D.F.", 3 Edición, 1979, México.
- 4.- "Diccionario Salvat Enciclopedico", tomo 8, Edición 1975, Mexico.
- 5.- Fix-Zamudio Héctor, "Metodología, Docencia e Investigación Jurídicas", Segunda Edición, 1984, Porrúa, México,
- 6.- García Maynez Eduardo, "Positivismo Jurídico, Realismo - Sociológico y Iusnaturalismo", Segunda Edición, 1977, - textos universitarios, México.
- 7.- Hart H.L.A., "Concepto de Derecho", Traducción de Genaro R. Carrio, 1978, 2 Edición, México, Ed. Nacional.
- 8.- Kantorowickz Herman, "La Definición del Derecho", Ed. de H.A. Campbell, con una introducción de A.L. Goodhart. -- Traducción del Inglés por J.M. de la Vega, Madrid, Rev. - de Occidente. 1964.
- 9.- Kelsen Hans, "Teoría Pura del Derecho", Traducción Moisés Nilve, Décima Edición, 1971, EUDEBA, Buenos Aires.
- 10.- Marquez Muro Antonio, "Elementos de Introducción de la - Filosofía y Etica", Tercera Edición, 1968, Porrúa, Méxi-co.

- 11.- Olaso L. María, "Introducción al Derecho", 1977, I.C.U., Venezuela.
- 12.- Preciado Hernández Rafaél, "Lecciones de Filosofía del Derecho, Octava Edición, Editorial Jus. 1976, México.
- 13.- Radbruch, Gustav, "Arbitrariedad Legal y Derecho Suprallegal", Traducción Ma. Isabel Azarete de Vázquez, 1962, -- Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- 14.- Recasens Siches Luis, "Panorama del Pensamiento Jurídico en el siglo XX", 1963, Porrúa, México.
- 15.- Ross Alf, "Hacia una ciencia realista", traducción Dr. - Julio Barboza, 1961, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- 16.- Ross Alf, "Sobre el Derecho y la Justicia", Traducción - de Genaro R. Carrio, 2 Edición, 1963, EUDEBA; Buenos Aires.