

771
29

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

"EL DERECHO Y EL ESTADO COMO
INSTRUMENTOS DE CAMBIO"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

ANTONIETA ESTELA MARTINEZ VALDEZ



MEXICO, D.F.

1988



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

INTRODUCCION

La realidad social actual nos muestra con claridad, como la vida ha ido cambiando, y como repentinamente ha tomado un ritmo acelerado, motivo por lo cual creemos necesario hacer un estudio respecto a tales cambios y a dicha realidad, enfocándolos principalmente a nuestro Derecho y Estado como instrumentos de cambio social. Asimismo, buscaremos conocer, de una manera breve, si realmente con dichos -- instrumentos se puede obtener el tan buscado cambio social.

Sabremos de igual manera en que grado van aparejados el Estado y el Derecho en nuestra sociedad mexicana y hasta que punto pueden ser verdaderos instrumentos de cambio, o si en todo caso, no lo son. Y hasta donde nos otorgan una forma de organización, estructura y relaciones sociales, que aseguren a todos los individuos un pleno desenvolvimiento humano, dentro de nuestra sociedad.

Es así como surge la necesidad de hacer un estudio acerca de la realidad social, respecto a su movilidad y a la brecha creciente que provoca, entre esa reali-

dad y el Derecho, y distinguir claramente la posición del Derecho en nuestra sociedad mexicana, especialmente como Estado de Derecho; es precisamente a este respecto al que hacemos referencia en el primer capítulo del presente trabajo.

Haremos un poco de historia, en relación a lo anteriormente dicho, respecto a la influencia recibida del Continente Europeo en nuestra legislación mexicana y en los antecedentes de nuestra codificación, desde la época más remota hasta la actual. Es importante la gran inquietud social surgida en Latinoamérica y por consiguiente, sus consecuencias legislativas, así como la importancia que tiene el Derecho Moderno y finalmente el Derecho imperante en nuestra sociedad, y es a lo que nos avocaremos en el segundo capítulo de este trabajo.

En un tercer capítulo, se contiene la relación que guardan el Estado y el Derecho. La concepción más amplia de aquél, con sus acepciones y algunos supuestos históricos de éste, necesarios para entender su aparición.

Como consecuencia de lo anterior, en el cuarto capítulo, expondremos los resultados del excesivo crecimiento que ha tenido el Estado, en cuanto a sus funciones y

por tanto, su gran intervencionismo en las cuestiones del Derecho privado: el burocratismo; así como la solidaridad como hecho social y como actitud que tienen todos los seres humanos.

No nos cabe duda, que habrá críticas respecto al presente trabajo, sin embargo, queremos hacer -- hincapié en que lo hicimos poniendo nuestro mejor esfuerzo, y que nuestro deseo es un tanto constructivo, esperamos lo --- lean y lo traten de considerar sólo como una aportación más, acerca de los cuestionamientos planteados respecto al cambio social, tema que por su naturaleza resulta ser controvertido y difícil por ser motivo de polémica.

Sin embargo, invitamos por ello, a todos los que lo deseen y se interesen en él, a leerlo y en su caso a perfeccionarlo, ya que estamos concientes de que toda obra de investigación es susceptible de optimizarse.

México, D.F., diciembre de 1987.

C A P I T U L O I

L A R E A L I D A D S O C I A L .

1.1 MOVILIDAD DE LA VIDA SOCIAL ACTUAL.

Comenzaremos por decir que los legisladores tienden en forma general a imponer leyes permanentes convencidos de que la norma que promulgan es adaptable a las necesidades sociales actuales y futuras, haciendo excepción sólo en el caso de leyes especiales de carácter temporal ya que éstas se conciben para regir durante determinado tiempo, señalándolo así ellas mismas, por consiguiente - dichas leyes permanentes, clase a la permanecen la mayoría de las leyes, se expiden como normas obligatorias que duran mientras así lo desee el legislador, o un nuevo acto de voluntad no la derogue o modifique, en consecuencia una vez emitida la ley queda fijada para un porvenir sin término, - ni cambio alguno, salvo el que provenga de otra declaración legislativa.

En este orden de ideas, podemos decir que si la vida social fuera inmutable, nada habríamos ----

que objetar, pero claro esto no sucede, ya que toda sociedad humana y principalmente las que han logrado un alto nivel cultural, como son aquellas que cuentan con un Derecho relativamente desarrollado, tienen una gran movilidad.

Podemos afirmar que nuestra sociedad esta sujeta a una serie de cambios sociales de muy -- variada índole, y haciendo alusión a ello, la autora Benilda Salas Sánchez, M.L.S., nos dice que: "El cambio social en sí, lo define Henry Farichild en su diccionario de sociología, como las variaciones o modificaciones en cualquier aspecto de los procesos, pautas o formas sociales . Esta amplia expresión sirve para designar el resultado de cualquier variedad de movimiento social. Dicho cambio -- puede ser progresivo o regresivo, permanente o temporal, planeado o sin planear, en una dirección o en múltiples -- direcciones, benéfico o perjudicial"(1).

(1) REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS.No. 39. San José, Costa Rica. Septiembre-Diciembre 1979. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho. "Ensayo Bibliográfico-Jurídico sobre el Cambio Social, en el Derecho". Benilda Salas Sánchez M.L.S.. Pág. 105.

Por otra parte, tenemos que el cambio social se produce, hoy en día, a nivel mundial siendo constante debido a que fuerzas complejas aumentan continuamente su impulso así como la latitud y profundidad de su impacto. Siendo la principal de ellas la transformación incesante de la vida cotidiana por la nueva tecnología que, a su vez es el resultado de investigaciones científicas realizadas en escala y variedad totalmente inconcebibles en ninguna época anterior. El cambio tecnológico ha sido un factor preponderante de los cambios de la estructura económica y social que han modificado los usos y la moral no menos importantes que aquellos. El ritmo del cambio tecnológico, económico, social y cultural ha intensificado en gran medida las presiones sobre la estabilidad política, ya que desde la primera guerra mundial, se han venido acelerando los grandes cambios políticos principalmente dentro de las naciones y entre las naciones; tales cambios han llegado a transformar totalmente el equilibrio del poder entre continentes, dentro de ellos y dentro de las naciones. Estos variados y variables factores de cambio influyen mutuamente, constituyendo las complejas corrientes del vértice de la vida contemporánea. Planteándose el problema de saber como puede

la sociedad convivir con tantos cambios sin caer en la anarquía y la violencia.

Sin embargo no es menor el problema referente al imperio del derecho como agente e instrumento de cambio social.

Para muchos la ley es en lo esencial el sostén del orden establecido. Se la mira como la sanción de los derechos existentes, muy escasamente preocupada por la justificación moral de esos derechos ni por sus consecuencias sociales. A lo cual nos expresa Wilfred Jenks, que: "Ella ha vuelto al hombre escéptico en cuanto al papel del derecho en una comunidad política dinámica comprometida con el cambio social"(2).

Continúa diciéndonos el autor anteriormente mencionado que: "Este escepticismo nacido de la historia de la ley tiene como refuerzo un escep-

(2) REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS.No.20-21.Octubre 1972. Universidad de Costa Rica.Escuela de Derecho."El Derecho y el Cambio Social en el Pensamiento y la Práctica de América Latina".Wilfred Jenks.Pág. 308.

ticismo en cuanto a la naturaleza y tendencia inherentes en la ley. Por su naturaleza, la ley es en la sociedad un elemento de estabilidad y de proceso ordenado. - Para muchos, entre quienes se cuentan muchos abogados, constituye casi una paradoja el que el elemento de estabilidad y proceso ordenado sea un elemento valioso y realmente indispensable en el proceso de cambio"(3).

De ahí que, dicho escepticismo, - resulte aún más acentuado por la incertidumbre de recurrir o no a la ley como factor de cambio social que pudiera no ser capaz de remodelar el contexto cultural de la práctica política, la estructura social y las -- costumbres hasta el punto de resultar eficaz para tal fin.

Por lo que la medida en que la ley realice su finalidad dependerá en gran parte de su realismo.

Volviendo a la movilidad social-existente, característica de nuestra sociedad, podemos

(3) REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS.No. 20-21.Octubre 1972.
Ob.Cit. Pág. 308.

señalar que han existido, contrariamente a nuestra época, períodos históricos diferentes,, y específicamente a manera de ejemplo tenemos a la época inmediata anterior a la nuestra, en la cual se observó como característica principal el apego al orden establecido, pues, toco a nuestros-antepasados vivir con un orden jurídico satisfecho de sí mismo e inmovil.

De ahí que, Eduardo Novoa Monreal,-nos dice que:"Hay algunos períodos de calma en los que la vida social parece como detenida, pues no se aprecian en ella cambios perceptibles. En ellos se dan las que alguien, con tanto acierto, llamó "sociedades en reposo".Montes -- quieu trýbutaba grandes elogios a las "naciones de vida -tediosa", por considerarlas las más felices.Recuerda Radbruch que desde 1871 hasta 1914 Europa conoció una época-de estabilización social de una duración tal "que en la -historia del mundo jamás se había conocido nada semejante". Es lo que se llamó"Belle Epoque", símtole de un momento -humano aparentemente sin inquietudes, frívole, preocupado solamente por el buen vivir (no obstante que incubaba en-su seno una combativa lucha de clases que emergió des--

pués de la Primera Guerra Mundial en varios países europeos).

En épocas como las descritas, el gradual distanciamiento entre la ley permanente y la realidad social es apenas perceptible. Transcurren lapsos prolongados sin que sea posible apreciar mutaciones de la sociedad que lo hagan aparente"(4).

1.2 LA BRECHA CRECIENTE ENTRE LA REALIDAD SOCIAL Y EL DERECHO.

Antes de iniciar la exposición de este apartado, y para un mejor entendimiento, señalaremos el significado de la palabra "realidad", para poder así analizar ésta en relación con el derecho.

(4) NOVOA MONREAL, EDUARDO. El Derecho como Obstaculo al Cambio Social. Edit. Siglo XXI. Edic. 7a. México, D.F. - 1985. Pág. 36.

La palabra "realidad" viene del vo
cablo latino "res" que significa cosa, por lo que en térmi
nos generales podríamos decir que la realidad es el --
conjunto de las cosas que existen, pero claro no precisame
nte a este tipo de realidad es a la que nos referire--
mos.

Ya que en un aspecto más estricto,
nos concretaremos a la "realidad social", entendiendo por
tal, el conjunto de estructuras, instituciones y fenóme--
nos que se dan en la sociedad como manifestaciones de vi
da gregaria del individuo.

Por lo tanto, debe entenderse que,
al referirnos a la realidad nos estamos avocando al con-
cepto de "realidad social", anteriormente dicho.

Podemos afirmar que actualmente es
tamos viviendo en una época de hondas transformaciones -
ya que se presentan ante nosotros fenómenos absolutamen-
te nuevos. Ya que nada parece estable por que todo ha ad-
quirido repentinamente movilidad y capacidad de desplaza
miento.

En las transformaciones que continuamente vivimos, las estructuras sociales parecen resultar ya anacrónicas y las valoraciones sociales continuamente entran en conflicto.

Según Jaime Alvarez Soberanis "En la transformación que presenciamos no ha habido tiempo para que nuevas estructuras reemplacen a las caducas. En su afán destructivo nuestra época, ha sido incapaz de -- construir, de ahí que en última instancia perduren las -- estructuras del präterito mal adaptadas o en franca contradicción con la realidad, que como el ave fenix mitológico cuando todo indica que han muerto, revivan, y que nuestra época no haya sabido utilizar, empleando el simil orteguiano, como los reconstructores de Jerusalem al mismo tiempo el azadón y la espada"(5).

De lo anterior se desprende, en -- consecuencia, que ha habido una transformación tan repentina en virtud de un desordenado crecimiento social, sin embargo, no ha existido tiempo suficiente para pensar --

(5) ALVAREZ SOBERANIS, JAIME. El Derecho como Técnica Social. Tesis 1966. México, D.F. Universidad Iberoamericana. Pág. 16.

en una nueva organización que satisfaga al período de transición, lo cual por supuesto no está del todo perdido ya que existen caminos que todavía permanecen abiertos, sólo que falta buscarlos sin descanso para tratar de construir una nueva y mejor vida.

El autor antes mencionado nos dice que: "Los rasgos que la realidad actual presenta son los de un mundo en descomposición, cosa que en manera alguna puede confundirse con una situación revolucionaria; en cierto modo es todo lo contrario, pues revolución implica movimiento histórico determinado por una tensión de fuerzas sociales, dialéctica real, mientras que los hechos sociales del presente corresponden a una sociedad desintegrada y encharcada donde todo es confuso..." (6).

En efecto, no se habrían presentado tantos acontecimientos llenos de sentido histórico y social en ningún otro siglo anterior al nuestro, ni -

(6) AYALA, FRANCISCO. "Tecnología y Libertad". Taurus Ediciones. Madrid, 1959. Pág. 9.

mencs aún tantas ideologías opuestas, ni tantos avances técnicos. Motivo por el cual se puede afirmar que una de las principales características de la realidad social es su movilidad. Hoy nada es duradero, todo es tránsito rio. "Las pocas instituciones de cierto carácter permanente o han sido heredadas o son improvisadas y están a punto de ser anacrónicas. La familia, el matrimonio, la propiedad, el concepto de individuo, las valoraciones, todo se haya sujeto a mutación imprevista a virtud de las circunstancias sociales, o a efectos del irrestricto avance técnico"(7).

En este orden de ideas, todo lo anteriormente dicho acarrea en el terreno jurídico una gran afección ya que el principal dañado en toda esta gran maraña, es nuestro derecho contemporáneo, sobre todo por la falta de tiempo, además de las naturales limitaciones de capacidad y experiencia de los que tienen a su cargo esta función. Señalaremos algunas diferencias que se han dado en nuestro derecho actual, precisamente,

(7) ALVAREZ SOBERANIS, JAIME. El Derecho como Técnica Social. Ob. Cit. Pág. 19.

surgiendo de ahí la gran brecha existente entre la realidad social y el derecho.

"El Derecho -dice Georges Ripert- es la ciencia del orden establecido. Es pues esencialmente una noción estática ... las leyes se fortalecen por su duración. No envejece en el sentido en que los hombres envejecen pues cuanto más viejas son más se les repeta " (8).

En consecuencia podemos afirmar - de lo anteriormente expuesto, que es parte de la naturaleza del derecho un cierto sentido a la ponderación y el equilibrio, que su función principal es el mantener el orden, armonizando con ello las fuerzas sociales, resultando asimismo, igualmente su tendencia a permanecer inmovil y ajeno a los cambios.

Esta tendencia natural del dere--

(8) Conferencia: "Progreso y Evolución del Derecho", en "Crisis del Derecho", Pág. 24.

cho, la preservación de las instituciones, es la que puede acarrear una serie de conflictos, tales como hacer obsoleto al propio derecho, por estar viviendo en una época de crisis, como la que estamos sufriendo, además el impedir u oponerse a reajustes estructurales que respondan a las necesidades de la época

Sin embargo, como nuestro tiempo es esencialmente una etapa transitoria, en la que por supuesto se han introducido modificaciones en el campo del derecho, se puede decir, en cierta forma, que el derecho ha -- evolucionado, pero si observamos detalladamente nuestra -- realidad social, podemos apreciar que esta evolución del -- derecho en relación a tal, no constituye ni la mitad de -- las grandes transformaciones que se han dado en la realidad social, constituyendo solamente pobres remiendos a una estructura que permanece, invariable. De lo cual podemos advertir, que existe en cuanto a la evolución del Derecho y a pesar de ella un gradual distanciamiento y desequilibrio entre la realidad social y el derecho, haciéndose cada vez mayor la brecha entre ambos. Ello, principalmente, porque-

el derecho como orden establecido no se ha adaptado a las circunstancias y que incluso ha vuelto a anquilosarse, -- mostrándose hasta ahora incapaz de alcanzar la realidad social y tampoco ha podido controlar las tendencias de -- nuestra época encauzándolas hacia nuevas y mejores formas de vida, por lo cual se puede afirmar que nuestro derecho presenta ya un cierto anquilosamiento.

En consecuencia, resulta ineficaz -- por anquilosamiento los instrumentos con los que el jurista pone empeño en acercarse a la realidad. Es finalmente -- un problema de eficacia en el funcionamiento lo que consideramos está en la base de esa quiebra o falta de positividad del derecho contemporáneo como medio de control social. "Quiebra que se manifiesta, entre otras formas, en -- una sustitución paulatina de las vías jurídicas y procedimientos de la más diversa índole; recursos de tipo psicológico, medidas de carácter administrativo, instrumentos de convencimiento (técnicas sociales), vías todas ellas -- que tienen gran semejanza con la coercitividad jurídica, -- pero que carecen de las cualidades de ésta, ya que la --- coercitividad jurídica al institucionalizar la coacción ,

somete la fuerza al principio del bien común e impide con él un uso arbitrario de la misma; mientras que las técnicas sociales son más útiles, en ellas la coacción no se manifiesta francamente y por lo tanto sujetan al hombre, - dejándolo indefenso ante una utilización arbitraria de las mismas"(9).

Nos dice Jaime Alvarez Soberanis,- que:"Si el Derecho tiene como finalidad, según lo hemos -- reiterado incansablemente, solucionar problemas jurídicos-concretos que se dan en la realidad social, también resulta cierto que la solución debe ser "hic et nunc", es decir, aquí y ahora. Si el derecho no ofrece soluciones traiciona su esencia, claudica del imperativo teleológico que le es propio y por lo tanto carece de justificación para existir.

Por otra parte, si de no haber --- transformación en el ordenamiento jurídico positivo no se satisficieran las exigencias de la justicia, se estaría --

(9) ALVAREZ SOBERANIS, JAIME. El Derecho como Técnica Social. Ob. Cit. Pág. 126.

violando la naturaleza misma del instrumento.

El Derecho, surge de la dinámica vital, brota de la realidad social y si esta realidad evoluciona es preciso que el sistema jurídico se transforme en ella y con ella"(10).

Por último señalaremos a manera de ejemplo como es que resulta técnicamente insuficiente - nuestro derecho en relación con la realidad social de --- nuestro tiempo, porque la adaptación del derecho a la vida social es inadecuada por ser ésta intrascendente, tales es el caso de nuestro país, México, en donde a pesar de - que se puede observar que existe manía legislativa, al -- cambiar considerablemente nuestras normas jurídicas, ya - que éstas son continuamente reformadas (incluso las constitucionales que son las de mayor jerarquía) pese a esto, insistimos, el modelo que esas normas pretenden imponer - de acuerdo con la realidad, no se realiza, ni se plasma - verdaderamente en la satisfacción de las necesidades colectivas o de los fenómenos sociales que debe regular, de ahí que resulte intrascendente tanta modificación debido-

(10) ALVAREZ SOBERANIS, JAJME. El Derecho como Técnica Social. Ob. Cit. Pág. 128.

a que no se logra que sigan al mismo ritmo la evolución del derecho y la realidad social, por ser ésta mucho más rápida.

Esto claro sucede por la desconfianza en cierto punto, existente en los ciudadanos por las leyes, el criterio variable de la administración pública en la aplicación de las disposiciones jurídicas, la intervención de factores metajurídicos (sobre todo de índole política), en las decisiones judiciales, la recepción constante de derecho extranjero ajeno a la experiencia jurídica nacional y en fin, una serie de hechos que de una manera u otra hacen imposible la existencia de un equilibrio entre el derecho y la realidad social, siendo sin embargo, cada vez mayor la brecha entre el derecho y la realidad social muchas veces citada, ello precisamente porque no van aparejados el cambio social y el orden jurídico, debido a la existencia de una crisis frecuente, por que ante la dinámica social, el derecho es un lento mecanismo de cambio.

Conforme avanza el desarrollo cultural con el natural proceso de cambio, el derecho se --
transforma a través de ligeras variantes, modificaciones--
que no son complexivas sino parciales. Ocurre así que un--
determinado hecho o relación social es regulado de otro -
modo, o que un hecho nuevo sea abarcado por el ámbito de-
la normatividad preexistente, mediante la restricción o -
amplitud de su alcance de conformidad a los principios --
existentes.

Por último, nos señala Eduardo --
Novoa Monreal que: "No se trata tan sólo, de ese "desequi-
librio entre la ley y las circunstancias siempre nuevas,-
insospechadas y aun insospechables... que el oscuro trabaj
o de la historia, con movimiento lento, pero firme e in-
coercible... va generando... con cierto sentido fatal", -
según describe Sebastian Soler. Es la irrupción brusca en
la vida social debido a nuevos hechos, fuerzas e ideas --
que alteran muy profundamente los cauces de esa vida, tenin
dos hasta entonces como relativamente estables o, a lo meg

nos, como no propensos a ímpensados y súbitos giros.

Por consiguiente no basta, como lo propicia el autor que acabamos de mencionar "descubrir procedimientos para actualizar la ley y sacarla de su quietismo intemporal, para dotándola de dinamismo, mantenerla siempre de acuerdo con el presente". No, la brecha entre el Derecho y la realidad social se ha ido ensanchando aceleradamente, debido a la rigidez de aquél, opuesta a la movilidad cada vez mayor de ésta"(11).

1.3 EL DERECHO LEGISLADO .

Al derecho producido por el ordenamiento máximo soberano se le denomina Ley. Legislación, por consiguiente, es la actividad del Estado que se traduce en Ley, o sea, que produce leyes. Al Estado mismo, en cuanto-

(11) NOVOA MONREAL, EDUARDO. El Derecho Como Obstaculo al Cambio Social. Ob. Cit. Pág. 37.

elabora la legislación, se le llama Estado legislador.

Podemos decir en términos generales, que al derecho producido por el órgano legislativo conforme al proceso establecido en nuestra Constitución Política, se le denomina derecho legislado. Entendido en su término puramente formal y estatista, ya que reúne los requisitos extrínsecos de vigencia establecidos por el poder público. Así, -- "Derecho, en sentido jurídico formal, es el conjunto de reglas bilaterales de conducta que en una cierta época y un determinado país la autoridad suprema considera obligatorias" (12).

Los artículos 71 y 72 de nuestra --- Constitución, y 3 y 4 del Código Civil, señalan las reglas para la elaboración, promulgación, publicación e iniciación de la vigencia de las Leyes Federales.

En consecuencia tales requisitos son estrictamente formales y tienen que cumplirse forzosamente para que se les reconozca a las leyes validez y sean obliga-

(12) GARCIA MAYNES, EDUARDO. La Definición del Derecho. Edit. Stylo. México, D.F. 1948. Edic. 1a. Pág. 17.

torías para todos, por lo que todo derecho, en su forma, es derecho legislado, pues de no darse o cumplirse con dichos requisitos constitucionales no sería tal.

En relación con lo antes expuesto, haremos una breve referencia a la distinción que existe entre las acepciones del Derecho para así entender su sentido tanto formal como material, sin olvidar que todo derecho es legislado desde el punto de vista de su formación.

Primeramente tenemos al Derecho Natural, al Derecho Vigente, al Derecho Objetivo, al Subjetivo y finalmente al Positivo, los cuales pasaremos a explicar en seguida.

Del Derecho Natural podemos señalar que, le son características las leyes naturales por estar por encima de las demás, ya que suele decirse, que se da en él un orden intrínsecamente justo, que existe al lado o por encima del positivo. El Natural vale por sí mismo, en tanto que el positivo es caracterizado atendiendo a su valor formal, sin tomar en consideración la justicia o injusticia

de su contenido, ya que su validez se encuentra condicionada por la concurrencia de ciertos requisitos determinantes de su vigencia. A diferencia de ello el Derecho Natural no necesita de esos elementos extrínsecos por que los de éste son normas cuyo valor no depende de dichos elementos. Por ello se dice que el Derecho Natural es el único - auténtico ya que no necesita de ningún reconocimiento ni de que se cumplan determinados requisitos, pues, su contenido lo forman las leyes naturales, como ya lo dijimos anteriormente, que por su naturaleza son justas, o sea que es un derecho intrínsecamente válido y justo por ser tal.

Por otra parte, y refiriéndonos -- ahora al Derecho Vigente y al Positivo, consideramos atinadas las ideas expresadas por el autor Eduardo García Maynes, al decirnos que: " Llamamos orden jurídico vigente al conjunto de normas imperativo-atributivas que en una cierta época y un país determinado la autoridad política declara obligatorias. El Derecho Vigente está integrado tanto -- por las reglas de origen consuetudinario que el poder público reconoce, como por los preceptos que formula. La vigencia deriva siempre de una serie de supuestos. Tales supuestos cambian con las diversas legislaciones. En lo que

toca al Derecho Legislado, si vigencia encuéntrase condicionada por la reunión de ciertos requisitos que la ley enumera"(13).

En consecuencia la vigencia del derecho estriba en lo puramente formal, el sello que el Estado imprime a las reglas jurídicas consuetudinarias, jurisprudenciales o legislativas sancionadas por él, es el formalmente válido sin tomar en cuenta la justicia o injusticia del contenido de la disposición legal, ya que el valor intrínseco de éste no es tomado en cuenta, para nada, concretándose solamente a su valor extrínseco. En cambio el Derecho Positivo es la observancia de la ley, es el que realmente se observa, ya que la positividad es un hecho que estriba en el cumplimiento de cualquier precepto, vigente o no vigente. Pues no todo derecho vigente es positivo, ni todo derecho positivo es vigente. Por ejemplo la costumbre no aceptada por la autocrdad política es derecho positivo porque se observa, pero no es vigente por que carece de validez

(13) GARCIA MAYNES, EDUARDO. Introducción al estudio del Derecho. Edit. Porrúa. S.A. Edic. 32a. México, D.F. 1960. Pág. 37.

formal. Y en el caso de ser vigente pero no positivo, tenemos el ejemplo de una ley que actualmente esté en vigor, pero que no se aplica o no se cumple, por considerar que ésta causa perjuicio, o que es injusta, y no por ello deja de ser, aunque sea injusta o aunque no se aplique, ya que el poder público la ha considerado formalmente obligatoria, dicha ley no es positiva, porque no ha sido acatada debidamente, y por ese simple hecho ya no es positiva ya que la positividad estriba como ya lo dijimos anteriormente, en la observancia de la ley. En consecuencia dicho precepto aunque no sea positivo, es vigente y no por ello deja de tener validez y estar en vigor, claro mientras otra ley o precepto no lo derogue.

"El artículo 10 del Código Civil del Distrito Federal establece que "contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario". La lectura del precepto revela la posibilidad de que una disposición legal conserve su vigencia aún cuando no sea cumplida ni aplicada, y obligue a todos los sujetos a quienes se dirige, incluso en la hipótesis de --

formal. Y en el caso de ser vigente pero no positivo, tenemos el ejemplo de una ley que actualmente esté en vigor, pero que no se aplica o no se cumple, por considerar que ésta causa perjuicio, o que es injusta, y no por ello deja de ser, aunque sea injusta o aunque no se aplique, ya que el poder público la ha considerado formalmente obligatoria, dicha ley no es positiva, porque no ha sido acatada debidamente, y por ese simple hecho ya no es positiva ya que la positividad estriba como ya lo dijimos anteriormente, en la observancia de la Ley. En consecuencia dicho precepto aunque no sea positivo, es vigente y no por ello deja de tener validez y estar en vigor, claro mientras otra ley o precepto no lo derogue.

"El artículo 10 del Código Civil del Distrito Federal establece que "contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario". La lectura del precepto revela la posibilidad de que una disposición legal conserve su vigencia aun cuando no sea cumplida ni aplicada, y obligue a todos los sujetos a quienes se dirige, incluso en la hipótesis de --

que exista una práctica opuesta a lo que ordena. La legislación mexicana rechaza, de modo claro, y de modo expreso la llamada costumbre derogatoria. La regla del artículo 10 es corolario del principio consagrado en el artículo anterior del propio Código. "La ley -dice el artículo 9 -sólo queda -- abrogada por otra posterior que así lo declare expresamente, o que contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con la ley anterior". Para que una ley pierda su vigencia (total o parcialmente) es indispensable que otra ulterior la abrogue o derogue, ya de manera expresa, ya en forma presunta"(14).

La posibilidad de que exista un derecho vigente, pero desprovisto de eficacia, sólo es admisible en los casos a que nos acabamos de referir, cuando se trata de preceptos jurídicos aislados. Pues sin dificultad podemos aceptar que una norma elaborada de acuerdo con todos los requisitos que confirman al proceso legislativo, carezca por completo de positividad.

(14) GARCIA MAYNES, EDUARDO. Introducción al Estudio del Derecho. Ob. Cit. Pág. 39.

Sin embargo, esta separación entre positividad y validez o vigencia no puede admitirse en relación con todo el sistema jurídico. Un ordenamiento que - en ningún caso fuese obedecido ni aplicado no se puede decir que en realidad este dotado de vigencia, pues ésta supone por definición, la existencia del poder político. Debido a que "Derecho vigente es el políticamente reconocido, es decir, el que el Estado crea o aplica por medio de sus órganos" (15).

Es por lo tanto imposible admitir la separación tajante entre positividad y validez formal.- La vigencia de cada ordenamiento tiene una serie de supuestos sociológicos y el primero y fundamental es la existencia del Estado.

Por otro lado, tenemos al Derecho Subjetivo y al Objetivo, y al respecto el autor antes señalado nos dice: "El Derecho, en su sentido objetivo, es un conjunto de normas tratase de preceptos imperativo-atribu-

(15) GARCIA MAYNEZ, EDUARDO. Ob. Cit. Pág. 40

tivas, es decir, de reglas que, además de imponer deberes, conceden facultades"(16). La autorización concedida al pretenso por el precepto es el derecho sustantivo; el permiso derivado de la norma, por ejemplo el Código Civil del Distrito Federal es la norma que nos impone deberes y otorga facultades, en tanto que el Código de Procedimientos Civiles, es el medio por el cual el derecho sustantivo se hace efectivo.

El Derecho subjetivo no se puede concebir fuera del objetivo, pues siendo la posibilidad de hacer o en su caso de omitir lícitamente algo, supone lógicamente la existencia de la norma que imprime a la conducta facultada el sello positivo de la licitud, tal es el caso del ejemplo a que hicimos mención.

En este orden de ideas y una vez establecidas las diversas acepciones del Derecho, podemos resumir en términos generales, que, todo derecho ya positivo, vigente, objetivo o subjetivo, exceptuando al natural,

(16) Ob.Cit. Pág.36.

es legislado, por reunir los requisitos formales establecidos por la ley, requisitos que de no darse no llegarían a ser ley y mucho menos derecho.

Por otra parte, explicaremos en --seguida en que consiste el proceso legislativo por el que debe pasar toda ley, para llegar a tener la categoría de Derecho.

Así, el proceso legislativo está dividido en seis diversas etapas, a saber: iniciativa, discusión, aprobación, sanción, publicación e iniciación de la vigencia. Estos diferentes momentos de tal proceso se encuentran previstos en nuestra Constitución de los Estados Unidos Mexicanos. Las reglas que lo norman se hayan contenidas en los artículos 71 y 72 de la citada Ley Fundamental, y 3 y 4 del Código Civil del Distrito Federal. Los primeros artículos se refieren a la iniciativa, la discusión, la aprobación, la sanción y la publicación; los últimos fijan reglas sobre la iniciación de la vigencia.

Son principalmente dos los poderes

que en nuestro país intervienen en la elaboración de las leyes federales: legislativo y ejecutivo. Generalmente - la intervención de aquél se relaciona con las tres primeras etapas; la de éste con las restantes.

1.4 ESTADO DE DERECHO.

Respecto a este tema, han surgido grandes cuestionamientos acerca de la precedencia del Derecho y el Estado y dividirse o alinearse en dos grupos.- Así, mientras los autores italianos tienden a conceder la precedencia al Derecho, los germanos se la conceden al Estado.

Lo cierto es que, resulta imposible pensar en el Estado sin concebir al Derecho y viceversa, así como en el error perjudicial de confundir Derecho y Estado como pretenden Hans Kelsen, Radbruch entre -

otros. A lo más se puede aceptar que el Estado es el organismo, el Derecho la organización y el Gobierno es el ejecutor. Pero no podemos admitir indiscutiblemente la similitud entre ellos como sinónimos o equivalentes.

Después de hacer estas observaciones, veremos qué es el Estado de Derecho.

En el denominado Estado de Derecho, el Estado debe obrar fundándose en la norma jurídica y en sus formas. Para el autor G. del Vecchio el Estado de Derecho lo integran tres elementos tales como: la Soberanía de la Ley, el derecho de todos los ciudadanos de participar en su formación y su igualdad ante ella.

En este orden de ideas, el Estado de Derecho representa un cambio total de la sistemática, de la concepción o de la fundamentación en relación con el régimen anterior ya que la libertad individual pasa a ser ilimitada, a ser el fin supremo; el individuo puede actual sin más limitaciones o restricciones que las que -

la propia ley señale, en tanto que las facultades del Gobierno son limitadas en principio, ya que solamente restringir la libertad individual cuando sea perjudicial para la sociedad.

Nos dice el Doctor Francisco Carone Dede que: " los fundamentos del Estado Jurídico fueron establecidos en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, de la Revolución Francesa, y han sido aceptados después por todas las Constituciones Democráticas del Crbe"(17).

En este sentido, el Estado de Derecho es la máxima garantía para el ciudadano y, para alcanzar su perfección sólo claro faltaría conciliar el máximo de libertad para todos con un mínimo de bienestar económico también para todos, con objeto de lograr dicha finalidad.

(17) CARGNE DEDE, FRANCISCO. El Derecho. El Estado de Derecho. El Derecho y la Revolución. Discurso de Apertura del Curso Académico 1953-1954. Imprenta Universitaria. La Habana 1953. Pág.36.

En consecuencia el Estado de Derecho no es sólo una determinada estructura del Estado, sino un Estado informado por una ideología liberal a cuyo servicio se crea aquella determinada estructura; el Estado de Derecho es, en este sentido, la traducción jurídica de la democracia liberal, pero aclararemos que, este concepto no es puramente jurídico, sino más bien, sociológico-político.

Para Luis Legaz y Lacambra, "El Estado de Derecho es, en la idea, democracia liberal organizada jurídicamente; en la realidad política anterior, la organización jurídica era escasa; en la realidad actual y probablemente en la futura, la organización se perfecciona, pero el contenido liberal desaparece paulatinamente" - (18).

Es conveniente, definir, con la -

(18) LEGAZ y LACAMBRA LUIS. El Estado de Derecho en la Actualidad. Edic. 1a. Edit. Reés, S:A. 1934. Pág. 18.

mayor precisión posible, las características fundamentales que deben corresponder a todo Estado de Derecho, para un mejor entendimiento de éste, ya que no todo Estado en ocasiones, por el hecho de ser tal, es necesariamente un Estado de Derecho, ya que existe el Estado de Hecho, comunmente llamado Estado de Facto.

Gabino Fraga, nos dice que la distinción entre ambos, es desde el punto de vista de su función, así el Estado de hecho, es aquél que se basa en actos puramente materiales, con consecuencias de hecho, pero no de derecho, como si ocurre en el Estado de Derecho; por ejemplo, el Estado al expedir leyes, dictar sentencias, dar órdenes administrativas, afecta el orden jurídico existente, por lo que el Estado de Derecho es el basado en un orden jurídico, establecido previamente, entre tanto que el Estado de Hecho no está basado en un orden jurídico previamente creado.

Nos dice el autor Elias Díaz, que "las características generales que corresponden, como exigencias más básicas e indispensables, a todo auténti

co Estado de Derecho pueden concretarse fundamentalmente en las siguientes notas:

1.4.1.- "Imperio de la Ley; ley como expresión de la voluntad general.

1.4.2.- División de Poderes; legislativo, ejecutivo y judicial.

1.4.3.- Legalidad de la Administración; actuación según la ley y suficiente control judicial.

1.4.4.- Derechos y Libertades Fundamentales; garantía jurídico-formal y efectiva realización material"(19).

De una manera general explicaremos cada una de estas características a continuación:

1.4.1.- El imperio de la Ley, considerado como manifestación de la voluntad general, es según el autor antes citado, la principal nota característica del Estado de Derecho, considerando a la ley en és-

(19) DIAZ, ELIAS. Estado de Derecho y Sociedad Democrática. Edic. 7a. Edit. Cuadernos para el Diálogo. S.A. --- Madrid 1979. Pág. 29.

te, como la concretización racional de la voluntad popular, manifestada con la intervención del ejecutivo, a través de un órgano de representación popular libremente elegido. La ley ordinaria se relaciona y subordina a la ley fundamental entendiendo por tal a la Constitución y el control de constitucionalidad de las leyes asegura precisamente esa relación y subordinación.

"...no todo "imperio de la ley" es ya, por ello, Estado de Derecho y que no hay tal si la ley proviene de una voluntad individual absoluta y no de -- una asamblea de representación popular libremente elegida; es decir que no hay Estado de Derecho si la ley no es expresión de la voluntad general,..."(20).

1.4.2.-"La existencia de un régimen de división o separación de poderes es también, en segundo lugar, existencia ineludible para un Estado de Derecho. Significa esto que la creación de las leyes de función legislativa le corresponde al poder legislativo y que la aplicación de las leyes (funciones ejecutiva y judicial) corresponde bajo esas dos formas a los poder--

(20) DIAZ, ELIAS. Estado de Derecho y Sociedad Democrática. Ob. Cit. Pág. 30.

res ejecutivo y judicial"(21).

Pero no debe entenderse esta división de poderes en un sentido absolutista, ya que no pueden concebirse de una manera aislada, si no que de manera contraria se trata de una distribución o división de funciones y poderes, -necesitada de una serie de relaciones, controles e intervenciones mutuas y recíprocas.

1.4.3.- El principio de Legalidad de la Administración, puede enunciarse como exigencia de sometimiento de la Administración a la ley. Quiérese decir que la Administración en su actividad, deberá siempre respetar esa primacía de la ley, ajustando a ella su manera o modo de proceder, ya que ésta realizará sus actos basándose en una ley preexistente. Esta constituye así, el fundamento y el marco en que actúa la Administración.

"El principio de legalidad de la Administración, la sumisión de ésta a la ley, se manifiesta sobre todo, a través de un sistema de control y responsabili-

(21) DIAZ, ELIAS. Estado de Derecho y Sociedad democrática. Ob. Cit. Pág.32.

dad de la Administración, sistema que asegure el comportamiento de ésta conforme a Derecho y que sirva de garantía de la seguridad jurídica de los particulares. Se trata pues, del establecimiento de un control jurisdiccional contra las posibles infracciones legales llevadas a cabo por los órganos de aquélla: es el llamado "régimen-jurídico de la Administración", o "sistema de justicia -administrativa"(22).

Así podemos decir en términos generales que el control jurisdiccional de la Administración asegura la sumisión de ésta a la ley, su proceder conforme a derecho y, a la vez, constituye firme garantía para los ciudadanos.

En el Estado de Derecho, la actividad de la Administración esta fiscalizada jurídicamente a través de un sistema de recursos contencioso-administrativos atribuidos a favor del particular contra las posibles infracciones legales de la Administración; ésto -

(22) DIAZ, ELIAS. Estado de Derecho y Sociedad Democrática. Ob. Cit. Pág. 36.

por lo que respecta a los que son actos reglados de la -
Administración. Los actcs discrecionales y los actos po-
líticos o de Gobierno tienden a reducirse en los Estados
de Derecho a sus justos términos, ampliándose al propio -
tiempo las posibilidades de fiscalización jurídica de am
bas esferas.

1.4.4.- Derechos y Libertades funda
mentales; podemos afirmar que el objetivo de todo Estado
de Derecho y de sus instituciones básicas, se centra en la
protección de lograr una suficiente garantía y seguridad
jurídica para los llamados derechos fundamentales, ele-
mento esencial del sistema de legitimidad en que se apoya
el Estado de Derecho. El establecimiento jurídico-consti-
tucional de los derechos fundamentales aparece, en efec-
to, como eje de todo Estado de Derecho, pretendiendo con-
ello la garantía y realización de los derechos y de las
libertades fundamentales.

En consecuencia para que podamos ha
blar de un auténtico Estado de Derecho, debe existir una
seguridad jurídica para la realización y garantía de los
derechos fundamentales.

C A P I T U L O 2

REALIDAD ACTUAL EN EL PLANO JURIDICO Y LEGISLATIVO.

2.1 INFLUENCIA JURIDICA EUROPEA SOBRE LA LEGISLACION LATINOAMERICANA.

Tomando en consideración que habitamos el continente latinoamericano, mismo que es producto de la yuxtaposición de dos culturas, razón por la cual - podemos explicarnos el porqué nuestro régimen jurídico - actual se ve en sumo grado influenciado por los sistemas europeos, concretamente por el continental europeo y si se quiere más concretamente por el español y el francés.

Comenzaremos por exponer brevemente las etapas de la historia de México por las que hubo de pasar, para, así poder, saber como es que fué penetrando en nuestro sistema jurídico, la influencia europea y en especial la influencia jurídica europea.

Según el autor Pedro Henriquez Ureña, el descubrimiento del Nuevo Mundo fué en 1492 y su -

colonización fué al año siguiente, fundandose así las primeras ciudades de tipo europeo; tales como la Isabela en 1494, Santo Domingo de 1496, resultando ya para 1505 diecisiete poblaciones de tipo europeo, dándose en consecuencia posteriormente una serie de exploraciones, sin fundarse todavía ni pueblos ni ciudades, sino hasta 1508 en que empieza a darse una colonización más extensa, puesto que ya se colonizan las tres grandes Antillas; Puerto Rico, Jamaica y Cuba, sobreviniendo luego la conquista de México en 1519-1521, en donde ya se establecieron de una manera permanente los españoles.

Una vez establecidos los españoles y portugueses en América, trajeron consigo la cultura europea, religión, organización social, sistema jurídico, etc.. Tratando de transmitir esta cultura a los indígenas, en mayor o menor medida, sin llegar a ser total, ya que grandes núcleos de población nativa quedaron fuera del alcance de la nueva cultura, unos porque se oponían a ello violentamente y otros porque vivían en zonas donde resultaba difícil penetrar

Sin embargo, y a pesar del gran esfuerzo que realizaron los españoles y portugueses por implantar su cultura, no lograron plazarla de manera idéntica a su tipo de origen. Además de que también, las culturas indias ejercieron influencias muy variadas sobre los europeos transplantados.

Emilio Rabasa, nos dice que: "La primera década del siglo XIX fué el período de gestación de la independencia en las colonias españolas de América, concebida a influjos de la emancipación de las colonias inglesas del Norte, y de los principios de libertad proclamados por la Revolución Francesa y propagadas por las guerras napoleónicas. Poca influencia puede atribuirse a la primera, tanto porque en aquella época las noticias de los Estados Unidos llegaban con dificultad a las colonias latinas, como por el carácter de la lucha del Norte, que la hacía enteramente especial de la raza y de las condiciones particulares de los pueblos empeñados en conquistar su autonomía"(1).

(1) RABASA, EMILIO. La Evolución Histórica de México. Edic. 2a. Edit. Porrúa, S.A. México. D.F. 1956. Pág. 29.

Resultado de lo anterior y de las guerras de Europa, son las nuevas ideas de libertad, no conocidas todavía en América, por la escasa información que tenía el pueblo de México, pues sólo las podían conocer aquellos hombres instruídos para leer libros y para pensar sobre ellos. Fuera de los criollos y de algunos mestizos, el pueblo de la Nueva España no podía tener idea alguna de la emancipación y mucho menos de su significado, acarreando ello el desinterés casi total de la población y por consiguiente la fundación de rebelión en ideas de independencia, ni en teorías trascendentales ni en sentimientos de patriotismo y de autonomía, por más que esas teorías, ideas y sentimientos movieran a los caudillos para iniciar la insurrección.

Sin embargo, fué un sacerdote católico, Don Miguel Hidalgo, el que inició la lucha por la independencia de México. Hidalgo, creyendo haber iniciado una revolución política, fué mas bien, el jefe de una revolución social imprevista, comenzando así la gran lucha, junto con sus compañeros, siendo pocos meses más tarde vencidos,

fusilados y derrotados, no obstante ello, sus ideales habían germinado y la idea de independencia estaba despierta. Siendo seguida más adelante dicha lucha, a la cual podemos denominar, segunda etapa revolucionaria, - por otro sacerdote, José María Morelos con la ayuda de otros notables caudillos, por su gran espíritu liberal y su propósito más bien humano que político.

Así transcurrieron diez años de - guerra social, alentada unas veces, desesperanzadas -- otras, todo por llegar a obtener la independencia tan de sesperadamente querida.

Según Pedro Henríquez Ureña, "Las tareas legislativas, durante las guerras de independencia y en los años siguientes, se propncían como ideal-sustantivo la libertad, la de los pueblos y de los individuos"(2).

(2) HENRIQUEZ UREÑA, PEDRO. Historia de la Cultura en la América Hispánica. Edic. 3a. Edit. Fondo de Cultura - Económica. México-Buenos Aires. Pág. 83.

"La igualdad ante la Ley quedó consagrada en todas las legislaciones de la América hispánica; - la igualdad social, también, en principio, con la supresión de los privilegios, de los títulos de nobleza(en el Brasil-sobrevivieron sólo como forma de distinción bajo el imperio), de los mayorazgos (que en Chile -caso anómalo- se establecieron en 1833, pero desaparecieron en 1857), de toda suerte de honores hereditarios. Así, el movimiento hacía la democracia social ha sido constante y firme, mientras el avance hacia la democracia política ha sido lento"(3).

Procurando ofrecer con ello, una base firme a la libertad y a la igualdad, resultando necesario en consecuencia, modernizar la estructura jurídica de la sociedad en las relaciones de individuo a individuo:"España y Portugal habían legado a los pueblos de América una basta y confusa multitud de leyes de toda época, desde la Edad Media hasta los comienzos del siglo XIX. Había que deshacerse de esta carga, simplificando la legislación. Francia daba el ejemplo con su codificación del derecho civil-- (1804), del comercial(1807), del penal(1810), de los proce-

(3) HENRIQUEZ UREÑA, PEDRO. Historia de la Cultura en la América Hispánica. Ob. Cit, Pág. 84.

dimientos civiles (1806) y de los procedimientos penales (1808)"(4).

Después de exponer el origen de la influencia recibida en México, por el continente europeo, podemos decir, que influyo en grandes aspectos, pero --- principalmente, en materia legislativa.

En consecuencia, se puede decir de igual manera que, para Eduardo Novca Monreal "...la legislación latinoamericana reconoce en medida inmediata o casi inmediata una clara filiación del sistema jurídico-continental europeo, particularmente de la legislación y del pensamiento jurídico francés, ya sea en forma directa, ya sea a través de otras legislaciones euro---peas, especialmente española, italiana, belga o alemana- que, en último término, fueron decisivamente influidas a su vez por las leyes francesas de comienzos del siglo pasado. Esto es manifiesto especialmente en el ámbito de - la codificación, a tal punto que podría afirmarse que -- los grandes códigos latinoamericanos pertenecen a la fa

(4) HENRIQUEZ UREÑA, PEDRO. Ob. Cit. Págs. 84 y 85.

filia de la cultura jurídica continental europea"(5).

En este orden de ideas, y por lo que respecta a nuestra codificación mexicana tenemos que, el Código Civil francés es de gran interés para el Derecho mexicano por haber sido ese código, en forma directa e indirecta, fuente de nuestra codificación civil, -- desde el Proyecto Sierra de 1861 hasta el Código Civil de 1928 en vigor, a través del Código del Imperio de --- 1866, del Código de 1870 y del Código de 1884.

Rodolfo Batiza nos señala que, la primera codificación del derecho civil en México de alcance Nacional se encuentra en el "Proyecto Justo Sierra"- (1860), ya mencionado y que anteriormente a esa, se habían dictado las Leyes de Reforma inspiradas ya, en la legislación de la Revolución Francesa, o en el Código Civil Francés. Entre las primeras puede mencionarse la Ley de 25 de julio de 1856 sobre Desamortización de bienes de Corporaciones y entre las segundas, la Ley de Sucesiones por Testamento y ab-intestato de 10 de agosto de ---

(5) NOVOA MONREAL, EDUARDO. El Derecho Como Obstaculo al Cambio Social. Edit. Siglo XXI. Edic. 7a. México, D.F.- 1985. Pág. 19.

1857, la de Matrimonio Civil y la Orgánica del Registro Civil, de 23 y 28 de julio de 1859, respectivamente.

Antes de iniciarse en nuestro país la codificación del Derecho Civil, el Código Francés ya había influido sobre aspectos de importancia en esta rama jurídica.

En consecuencia, la influencia jurídica europea se hace manifiesta en nuestro derecho mexicano, y especialmente en el ámbito de la codificación, al grado de poder afirmar que los grandes códigos latinoamericanos pertenecen a la familia de la cultura jurídica continental europea, como ya lo dijimos anteriormente.

2.2 LEGISLACION MEXICANA.

En el presente apartado haremos un estudio sintético de los antecedentes históricos de nuestra legislación mexicana hasta llegar a la situación actual del Código Civil del Distrito Federal de 1928, para poder tener, una visión general del pensamiento jurídico que se tuvo y que se tiene actualmente.

Según el doctor Raúl Ortiz Urquidi, el primer ordenamiento legal, tanto de iberoamérica como de México, es el Código Civil del Estado de Oaxaca expedido separadamente en tres libros sucesivos por el II Congreso Constitucional de ese lugar, en las siguientes fechas: el primero de 1827, el segundo de 1828 y el tercero del mismo año, promulgados por los gobernadores, José Ignacio de Morales, Joaquín Guerrero y Miguel Ignacio de Iturrubarría.

Anteriormente a ello, las antiguas colonias francesas de Louisiana y de Haití, expidieron -- sus correspondientes códigos civiles, en 1808 y 1825 respectivamente.

Sin embargo, podemos decir que los códigos que realmente han sido notables y famosos al grado de que han servido para agrupar en dos grandes corrientes legislativas a la legislación civil mundial contemporánea y considerarseles como modelos, son el de Francia y el de Alemania, de 1804 y 1900.

Volviendo a nuestros primeros códigos civiles, tenemos el ya citado anteriormente, el ordenamiento oaxaqueño de 1827-1828, el cual siguió a la corriente francesa, surgiendo posteriormente a éste, el de 1852 de la misma materia, formulado por Benito Juárez, y comisionado como redactor de tal, el doctor Justo Sierra O'Reilly, proyecto que, pocos meses más tarde, fuera remitido a la Secretaría de Justicia para que la Comisión formada y nombrada por el propio Juárez, revisará tal proyecto, poniendo en vigor solamente los dos primeros libros del revisado Código(1866); sin embargo, no fué realmente concluida su revisión sino hasta el -- 28 de mayo de 1870 en que tuvo fin dicha labor, --siendo el 13 de diciembre del mismo año, promulgado por el Presidente Juárez, y resultando así el primer Código Civil para el Distrito Federal y el Territorio de la Baja California, conteniendo 126 artículos y ninguno transitorio.

El Código de 1870, es el resultado de una gran labor, y resulta ser un tipo de código clásico, basado en las ideas filosóficas y políticas del liberalismo transportado al campo del derecho con dog

mas como la propiedad absoluta de tipo romano, la auto
nomía de la voluntad como suprema ley en los contratos, y
en el derecho de familia la supervivencia de la autori-
dad marital y de una fuerte potestad paternal, etc..

El Código Civil de 1870 se dictó ex
clusivamente para el Distrito Federal y el Territorio de
la Baja California. Sin embargo, sucesivamente y en po-
co tiempo, la inmensa mayoría de los Estados de la Fede
ración mexicana adoptó el texto de tal Código. El mencio-
nado código, se inspiró en el proyecto del Código Espa-
ñol de 1851, y recogió en su articulado, modificándolo-
en parte, las leyes civiles que habían aparecido desde -
1821 hasta 1870, tales como las disposiciones sobre ex-
tranjería, privilegios, sociedades, nacionalidad, matri-
monio, etc.etc..

No obstante a la gran labor realiza-
da por los Juaristas de esa época, dicho código tenía un
sin número de defectos desde el punto de vista de la
sistemática jurídica y precisamente por ello y por --
el deseo de amoldar al espíritu jurídico de la na-

ción mexicana los preceptos civiles, se puso de relieve la necesidad de efectuar una profunda reforma a tal Código Civil de 1870. Surgiendo de dicha reforma el Código Civil de 1884, que empezó a regir para el Distrito y Territorios Federales, a partir del primero de junio del mismo año.

Podemos expresar que, entre ambos códigos (1870 y 1884) no existe una diferencia esencial sino modificaciones de mera forma.

El Ordenamiento de 1884 estuvo en vigor hasta el 10. de octubre de 1932 en que empezó a regir el Código actualmente en vigor, conocido comunmente como el Código Civil de 1928.

"Sin embargo, desde antes de su abrogación el Código de 1884 sufrió importantes modificaciones al advenir la Revolución de 1910, ya que como se verá más adelante todo el libro sobre el derecho de familia dejó de aplicarse siendo sustituido por la Ley de Relaciones Familiares de 9 de abril de 1917. También

se suprimió el pacto de retroventa que era un contrato -- muy usado por los agiotistas para cometer verdaderos -- despojos de bienes de personas necesitadas y asimismo se impuso la obligación de aceptar la moneda de cuño corriente para solventar las obligaciones civiles, cualquiera -- que fuera la especie de moneda recibida al tiempo de hacerse el préstamo.

En general, la Revolución planteó la necesidad de una reforma íntegra del Código Civil para hacer un ordenamiento más acorde con los principios revolucionarios y los que estableció la nueva Constitución Política del país de 1917, como base de nuestra organización política, considerando que dicha reforma "debía -- ser estimada como un deber ineludible de la revolución, -- pues en tanto que la organización que la familia, el concepto de propiedad y la reglamentación fácil y expedita de las transacciones no se armonicen con las exigencias de la vida moderna, el antiguo régimen vencido en los -- campos de batalla seguirá gobernando nuestra sociedad" (6).

(6) AGUILAR GUTIERREZ, ANTONIO Y JULIO DERBEZ MUÑOZ. Panorama de la Legislación Civil de México. UNAM. México, D.F. 1960. Pags. 5 y 6

Se promulga, como consecuencia de la necesidad surgida de una nueva reforma, el Código Civil - de 1928, promulgado por el Presidente de la República, -- Gral. Plutarco Elias Calles, y a pesar de haber sido pú-- blicado en el Diario Oficial de la Federación a partir -- del 26 de mayo de 1928 hasta el 31 de agosto del mismo, no inició su vigencia sino hasta 4 años después, ello a causa de la oposición de los conservadores que pugnaban por evitar la expedición de un Código de notables y trascendentes cambios, y por la necesidad de que se concluyera la revisión del Código de Procedimientos Civiles.

Esta obra legislativa, ha sido considerada como un gran avance de la época, pues trajo consigo una serie de cambios radicales que se reflejaban de manera especial en la vida civil de las personas.

Ya en los inicios del siglo XX, se deja sentir dicha influencia, principalmente en las ideas, percibiéndose un espíritu de solidaridad social, una tendencia a la socialización del derecho. Ello a causa de la Revolución Mexicana de 1910, por la gran tendencia que ella tenía, de sus corrientes sociales.

Al efecto, "... se dicta la Constitución de 5 de febrero de 1917, en donde se plasman las ideas revolucionarias, y la legislación civil no podía es captar a tan trascendentales reformas. Estas aparecen en -- primer lugar en la Ley de Divorcio de 1914 en donde se implanta el divorcio vincular posteriormente en la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917 y por último en el Código de 1928, considerado como un código privado social en el cual se trató de armonizar los intereses individuales con los de la sociedad"(7).

En este orden de ideas, podemos afirmar que con dicho Código Civil de 1928, actualmente en vigor, surgieron grandes avances y con ello reformas, como ya lo señalamos anteriormente, siendo principalmente y a manera de ejemplo las siguientes: se modificó el ámbito de aplicación de la Ley, pues tal Código empezó a regir en el Distrito Federal en asuntos del orden común, y en toda la República, en asuntos del orden federal; de igual manera se dieron reformas de carácter social, tales como la igualdad del hombre y la mujer en cuanto a la capacidad jurídi

(7) LEYVA, GABRIEL Y LISANDRO CRUZ PONCE. Código Civil para el Distrito Federal. 1932-1982. UNAM. México, D.F. 1982. -- Págs. 5 y 6.

ca y adquisición y ejercicio de sus derechos (artículo 2), limitación al ejercicio de las actividades y uso y disposición de los bienes en forma que no perjudique a la colectividad (artículos 840 y 1912, ambos relativos al abuso del derecho), artículos 17 y 21, así como las reformas a los artículos 839, 843, 845, 846 y 2453 de tal Ordenamiento; igualmente el Derecho de Familia tuvo cambios, como los relativos al capítulo de matrimonio, por razón de haberse reconocido la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer; asimismo, se introdujeron reformas en el Derecho patrimonial, como el derecho de propiedad en el que más se deja sentir la influencia de la socialización del derecho, respecto a la posesión, a la prescripción positiva, y a los derechos de autor.

El legislador de 1928 consiguió en gran medida, adaptar la ley civil a la realidad de la época, a las disposiciones constitucionales, a las costumbres y necesidades existentes, así como a las condiciones de vida de nuestro país.

Por último podemos decir que, la ex-

cesiva movilidad de la realidad social y del tiempo han producido grandes cambios sociales que el Código Civil de 1928 no puede alcanzar y que ya está resultando ineficaz en cuanto a la aplicación de varias disposiciones e instituciones, que actualmente se regulan por otras leyes, por considerarlas ajenas al ordenamiento civil, como por ejemplo, el Capítulo Segundo del Título Cuarto, que se refiere a la apropiación de animales (arts. 854 a 874) y que regula el derecho de caza, pues es evidente que ya -- existe una Ley Federal de Caza y en cuestiones de pesca, -- tenemos una Ley Federal de Pesca, disposiciones que ya no tienen aplicación o que ya no se regulan por el propio Código, sino que se han formulado leyes propias para tales casos, demostrando ello lo anacrónico que estar resultando determinadas instituciones reguladas por el Código Civil del Distrito Federal, actualmente en vigor.

2.3 INQUIERUD SOCIAL EN LATINOAMERICA Y SUS CONSECUENCIAS LEGISLATIVAS.

Nuestro país, así como el resto de Latinoamérica, ha sufrido grandes transformaciones sociales

que se han reflejado en la provocación de diversas luchas internas, todas ellas, encaminadas a la obtención de mejoras en el nivel de vida de los habitantes, siendo asimismo éllas producto de las organizaciones que en sus variados procesos se han mostrado. Por ello creemos acertada la opinión del autor José Luis Romero, quien nos señala que: "Para entender la situación sociocultural de Latinoamérica es imprescindible, en mi opinión no -- perder de vista ciertas características que configuran su historia desde fines del siglo XV. Antes de esa época tiene también una densa historia..." "La historia anterior a las postrimerías del siglo XV configura una -- realidad sociocultural de cierto tipo: y la llegada de -- los europeos provocó una crisis de cambio que, aunque en algunas partes llegó a exterminarla, en muchas otras se limitó a alterarla provocando un fluido y complejo -- proceso de transculturación.

Lo que nuestros historiadores -- llaman la conquista y la colonización son los primeros experimentos de cambio social y cultural en la serie de los que se continuarán después". "...América fué la más importante de las zonas ocupadas porque diversas circunstancias facilitaron la penetración europea y la estabili

zación de la nueva estructura. Para los europeos América fué una zona marginal de Europa"(8).

En este orden de ideas, nos dice - el autor citado, que las tres grandes corrientes: la ilustración, el positivismo liberal y el socialismo, fueron las más representativas del siglo XIX.

Posteriormente a la conquista y colonización ya mencionadas, surge en latinoamérica una gran preocupación social, siendo ésta el poder obtener su libertad, emancipación que habría que arrancarse de Europa, ya que los europeos ejercían una influencia tal que impedía a latinoamérica el tener ideas, propias, pensamientos autónomos, estructura y sociedad propia, situación por la cual se produjeron una serie de movimientos políticos para la obtención de dicha libertad, siendo el más importante de ellos el encabezado por la llamada Independencia de América, un movimiento social que llevó a cabo la gran lucha, basado en modelos preconcebidos fuera de latinoaméri

(8) ROMERO, JOSE LUIS. Situaciones e ideologías en Latinoamérica. Edic. la. Edit. UNAM. México, D.F. 1981. Pág. 29.

ca ya conocidos y que empiezan a manifestarse mediante una serie de transformaciones.

La gran parte del pensamiento político en que se fundaron los hombres de la emancipación se constituyó a lo largo de toda la Edad Moderna, adquiriendo consistencia y sistematización en la segunda mitad del siglo XVIII.

La anterior situación trajo consigo, grandes problemas sociales y políticos, ya que se trataba de independizarse para formar un nuevo régimen socio-político, con nuevos principios, siendo la obsesión primordial de tal lucha, el constitucionalismo, resultando más -- adelante una serie de acontecimientos triunfantes que llevaron a obtener lo tanto buscado: el cambio social.

Una vez concluido y alcanzado el objetivo primordial e inexcusable, se empezó a sentir un cierto sentimiento de nacionalidad, sentimiento que -- fue despertado en la lucha y que se convirtió en una fuerza irreprimible. Fue un estado de conciencia colectivo, un

poco difuso en cuanto a su contenido concreto, pero de una tremenda vehemencia. La idea de nación un poco abstracta, se nutrió de la idea de patria y así cada nuevo país se fue concentrando en su propia personalidad colectiva, para comenzar una nueva vida social.

Sin embargo, y pese al gran espíritu y entusiasmo que se tenía por el triunfo obtenido, se tenía un gran temor por el nuevo cambio, manifestándose un cierto viraje hacia las más conservadoras, dándose ahí justamente en ese momento, entre tanta confusión de ideas y principios, la inquietud social en latinoamérica, debido a la existencia de tan variados problemas.

En relación precisamente a la inquietud surgida y para un mejor entendimiento de tal, -- nos concretaremos a explicarla solamente por lo que -- respecta a nuestro país, México, exponiendo de igual -- manera sintéticamente las consecuencias jurídicas resultan de dicha inquietud, comenzando por decir, que la -- preocupación surgida por la formación de una nueva sociedad y el temor al cambio social- estructural traen aparejada

una serie de confusiones de tipo ideológico, ya que no se sabía que tipo de gobierno debería instituirse, o que -- sistema jurídico seguirse, precisamente por la basta confusión de ideología. realizandose un sin fin de intentos para tratar de acabar con la gran ola de movimientos revolucionarios y crear un ambiente de armonía y paz social. Es, en la Revolución Mexicana de 1910 donde se manifiesta dicha inquietud, ya que se trataba de instaurar las bases de una nueva conveniencia social estableciendo los intereses sociales sobre los individuales.

Es necesario precisar que la Revolución Mexicana se inició en el año de 1910 y que ésta presentó dos aspectos: "uno, el que es parte constitutiva -- del proceso histórico llevado al cabo por el México independiente, dentro del propósito que lo llevara a emanciparse para ser una entidad económica y política con vida propia; y otro, que por sí mismo implica el fenómeno específico del desbordamiento para integrarse sociológicamente.

Pero en ambas circunstancias la Revolución se contrapone económica, política y socialmente al

antiguo régimen, denominación ésta que incluye las condiciones propias de la organización colonial española; y - las características que el Porfiriato adoptó del régimen hispánico, así como las que introdujo en su tendencia de prolongar las desigualdades sociales.

La contraposición ha sido constante y ya es secular: pues la transformación de la convivencia social es por lo que se ha propugnado desde los - altos del siglo XIX, según han sido los problemas y objetivos que la Independencia, la Reforma y después la Revolución, han abordado y perseguido"(9).

Así, la Revolución Mexicana, estuvo encabezada principalmente por el pueblo, al cual se puede atribuir el carácter de heroico ya que su etapa de violencia la realizaron principalmente los campesinos, los obreros, especialmente los trabajadores de las minas, los telegrafistas, ferrocarrileros, uniendose también al movimiento social, más adelante, los obreros de la industria textil, los albañiles, impulsando a su vez, y aca--

(9) GONZALEZ RAMIREZ, MANUEL. Pensamiento Político. No. 67. Vol. XVII. Noviembre 1974. "La Revolución Social de México". Instituto de Investigaciones Jurídicas. Pág. 333.

bando de dirigir dicho movimiento los ediles y los profesores de instrucción elemental.

México fué el primero, durante el presente siglo, en realizar una Revolución de carácter social, siendo ésta popular y fundamentalmente agrarista.

Nos señala el autor Manuel González Rámirez que: "Fueron los campesinos los que aportaron el mayor número, porque en la organización económica del país la agricultura tenía superior importancia demográfica. En cuanto a los obreros, las huelgas que emprendieron contra empresas extranjeras, revelaron como los inversionistas venidos al exterior extorcionaban a los trabajadores, y porqué el nacionalismo mexicano de la Revolución se fué configurando.

La fuerza de los núcleos que en ella intervinieron, le dieron a la Revolución Mexicana un

sentido de honda transformación, que no pudo detenerse en reformas parciales y que auténticamente hicieron posible el que ella apareciera con fuerte contenido social"(10).

Indudablemente como consecuencia - inmediata de lo anterior, empezaron a darse intentos le-- gislativos que regulasen los ideales alcanzados, elaborándose así, la Constitución Política de 1917, en Querétaro, concluyendo con ella todas las aspiraciones de los diver sos grupos que se enfrentaron al despotismo, o entre sí, - de modo que su texto va a responder finalmente a los anhe los mayoritarios mexicanos.

Así, la Constitución actualmente - en vigor es sobre todo, la justificación de la Revolución, la afirmación y consolidación de los ideales que se persi guieron en una gran lucha.

Por sus características, la Revolu

(10) GONZALEZ RAMIREZ, MANUEL. "La Revolución Social de México". OB. CIT. Pág. 344.

ción Mexicana debe distinguirse como de tipo popular, como ya lo dijimos anteriormente, sin embargo, también es antifeudal y social, pues si por un lado rompió los principios feudales que de la Colonia heredamos, por otro lado instauró las bases de una nueva conveniencia social al establecer la preeminencia de los intereses sociales sobre los individuales.

Respecto a las consecuencias legislativas surgidas de esa inquietud, el autor Eduardo Novoa Monreal, nos expresa que: "...ha brotado una copiosa serie de leyes de ayuda a la clase trabajadora, tanto para el reconocimiento de derechos laborales, de seguridad, asistencia y previsión social y de mejoramiento general de las condiciones de vida, como para conferir autorización al Estado para que intervenga en la regulación y, en determinados casos, aún en la administración de la vida económica y social, con miras a un mejor desarrollo nacional y, eventualmente, a una más equitativa distribución de la riqueza. Son leyes modernas, no solamente en el sentido de que no datan de más de un medio siglo, sino también en el sentido expreso en nuevas concepciones político sociales"(11).

(11) NOVOA MONREAL, EDUARDO. El Derecho como obstáculo al cambio social. Edic. 7a. Edit. Siglo XXI. México, D.F. 1985. Pág. 23.

Mencionaremos ahora a manera de ejemplo cuales fueron éstas leyes nuevas que se dieron en los diversos sectores jurídicos, de la siguiente manera:

DERECHO CONSTITUCIONAL.- Er este sector, por así llamarlo, la principal y fundamental obra legislativa resultante de la Revolución de 1910, como ya lo manifestamos, fué la Constitución de 1917, actualmente en vigencia, encontrándose su justificación en la moral y en la necesidad social, introduciéndose con dicha Constitución una serie de reformas y nuevos artículos, como: ".el artículo 10. de la Constitución de 1857 desapareció ya en la de 1917, cambiando totalmente su contenido". "El artículo 27 consigna toda una serie de limitaciones a la propiedad individual, que en la Constitución de 57 era un derecho absoluto, pues el Estado sólo podía ocuparla por causas de utilidad pública y previa indemnización". (12). El artículo 28 vigente "... agregó al de 57 ciertas disposiciones que permiten la intervención del Estado en las actividades industriales y mercantiles, para limitarlas y controlarlas, cuando se presentan maniobras de concentración o de monopolio, que perjudican la libre competencia,

(12) CENJECEROS, JOSE ANGEL, ERNESTO ENRIQUEZ, JR., MANUEL G. ESCOBEDO Y OTROS. Evolución del Derecho Mexicano. Tomo I. Edit. Jus. Vol. VI. México, D. F. 1943. Pág. 28.

y dejan en manos del monopolista o acaparador la fijación de precios, especialmente de los artículos de consumo necesario.

Nacidas dichas disposiciones para proteger la libertad de comercio y de industria, han servido posteriormente para justificar la intervención del Estado en materia económica"(13).

"... el párrafo VII del artículo 27, que reconoce la capacidad de los núcleos de población que de hecho o por derecho guarden el estado comunal, para disfrutar en común las tierras, bosques y aguas que les pertenezcan o que se les hayan restituido o restituyeren; este precepto, y los demás conexos del art.27, sirven de base constitucional a la profunda reforma agraria, que se inicia en el período preconstitucional por la Ley del 6 de enero de 1915, se ha realizado sin interrupción hasta nuestros días, subvirtiendo el antiguo concepto de propiedad ilimitada de las tierras y aguas, el cual ahora se subordina a un concepto de interés social".Ejemplo de las tenden-

(13) CENICEROS, JOSE ANGEI, ERNESTO ENRIQUEZ, JR., MANUEL G. ES COBEDO Y OTROS. Evolución del Derecho Mexicano. Ob. Cit. Pág. 2º

cias sindicalistas de la Constitución, es el párrafo - XVI del Art.123, que consagra el derecho de los obreros y empresarios para coaligarse en defensa de sus respectivos intereses, formando sindicatos, asociaciones profesionales, etc."(14).

DERECHO PRIVADO.- En este sector fueron introducidas principalmente en torno al derecho civil, la Ley de 29 de diciembre de 1914, la cual abolió el llamado divorcio por separación de cuerpos e introdujo el divorcio vincular, expedida por Venustiano Carranza, en Veracruz; después la Ley de Relaciones Familiares, de 9 de abril de 1917, que modifica el régimen familiar del Código Civil, y que más adelante sería absorbida por el Código Civil Distrital de 1928.

DERECHO PUBLICO.-Una de las finalidades principales de la Revolución Mexicana fue la adopción del principio de la no reelección, consagrado en el artículo 83 de nuestra Constitución Mexicana de 1917, actualmente en vigor.

(14) CENICEROS, JOSE ANGEL, ERNESTO ENRIQUEZ, JR., MANUEL G. ESCOBEDO Y OTROS. Ob. Cit. Pág. 31.

Se introdujeron igualmente, reformas a la organización de la administración de justicia y al procedimiento de mínima cuantía. La Ley de 12 de junio de 1914 introdujo en nuestra Ciudad los juzgados de paz, estableciendo también un procedimiento sumamente breve y -- concentrado, y de carácter oral para los asuntos de mínima cuantía, sin embargo, y a pesar de dicha reforma, los Tribunales Civiles no experimentaron ninguna transformación sustancial durante o después de la Revolución Mexicana.

DERECHO SOCIAL.- El origen de éste lo encontramos en el movimiento revolucionario de 1910 a 1917. Durante este período, numerosas disposiciones, producto de las exigencias de las clases y grupos sociales participantes en la Revolución, marcaron el surgimiento de esta nueva rama del derecho. Expidiéndose principalmente leyes agrarias por encontrarse el sector agrario muy desprotegido, así como el sector obrero, siendo éstos uno de los aspectos que más preocupó a los revolucionarios, empezando a darse una serie de leyes sobre este punto, y en especial leyes sobre accidentes de trabajo, promulgándose finalmente, la hoy llamada Ley Federal del Trabajo, que regula el descanso obligatorio, las vacaciones, la hor

nada de trabajo y las condiciones generales del mismo.

2.4 IMPORTANCIA SOCIAL DEL DERECHO MODERNO

En este apartado nos concretaremos a exponer la importancia social del nuevo derecho, sin desconocer por ello al antiguo derecho, pues de hacerlo estaríamos negando el verdadero origen de tal, puesto que hoy en día todavía sigue ejerciendo gran influencia, principalmente en lo que respecta a lo académico, resultando cada vez menor dicha influencia, teniendo mayor aplicación actualmente el nuevo derecho, por lo que consideramos de suma importancia a éste, por tener una verdadera y exacta aplicación, de acuerdo con esto, es la legislación nueva la que en el momento presente tiene más realidad en la vida social.

Para Luis Recaséns Siches, el derecho ha sufrido, desde finales del siglo XIX hasta el actual, muy variados cambios en torno a sus ramas; presentandose inicialmente en el Derecho Privado de marcada tendencia individualista durante el siglo pasado y cuya tendencia actual es socialista y colectiva, surgen a su vez, de éste Derecho, nuevas ramas, tales como; el Derecho del Trabajo, el derecho económico, el derecho social, el derecho financiero, des-

de la educación, derecho agrario, etc.

Estas nuevas ramas cubren áreas muy extensas, reorganizan sustancialmente la convivencia y - la cooperación, y se centran en torno de un gran número de las controversias jurídicas que se suscitan en la vida práctica de hoy en día y que antes no se cubrían.

Dichas transformaciones se han debido principalmente a dos factores: en primer lugar a las nuevas doctrinas sociales y políticas y en segundo lugar a la transformación de los hechos por la crisis de nuestra época.

Una serie de factores y características de nuestro tiempo determinan que subsista, en gran medida, una inseguridad, y especialmente en el campo jurídico, provocandose con ello una incertidumbre respecto a la regulación jurídica, lo que ha acarreado problemas prácticos tales como, la aplicación del derecho ante los tribunales de justicia, ante los órganos administrativos.

En este orden de ideas podemos de--

cir que es el nuevo derecho creado, el que cubre en gran medida los problemas planteados a través de la creación de múltiples leyes procurando, con ello, la solución de dichos problemas, y beneficiando a la mayoría de la colectividad de acuerdo con la realidad social existente, y a sus posibilidades, radica en esto, la importancia del derecho moderno, tantas veces citado.

2.5 EL DERECHO SOCIALMENTE IMPERANTE

Trataremos de explicar la diferencia que existe entre, el derecho que realmente tiene aplicación y el impuesto y establecido por la autoridad, comenzando por decir que para Eduardo Novoa M., "Se llama "Derecho socialmente imperante" (o reglas de comportamiento-real) a la normativa jurídica que efectivamente recibe aplicación.

"... difiere del "Derecho formalmente impuesto (o normas de decisión, según el nombre que les da Lorenz), que es el que la autoridad estatal ha querido imponer mediante la promulgación de reglas obligatorias de conducta. El primero consiste en las prácticas jurídicas que los

(15) NOVOA MONREAL, EDUARDO. El Derecho como Obstaculo al cambio social. Ob.Cit. Pág.29.

miembros de la comunidad reconocen y admiten en su vida real,ajustandose de hecho a ellas, en tanto que el segundo se confunde con las ordenes obligatorias que expide el legislador, las que en la práctica pueden no ser cumplidas, en todo o en parte, por la enorme mayoría de los miembros de esa comunidad..." (16).

El autor Karl Larenz, nos expone al respecto, que para el sociólogo Ehrlich, el Derecho como orden -- real de una sociedad,".. no consiste en normas de decisión, sino en reglas, según las cuales se comportan efectivamente los hombres en su vida común. Estas "reglas del actuar", las "verdaderas normas jurídicas", no proceden, -- prosigue diciendo, primeramente de las sentencias de los tribunales y de las leyes, que solamente, o bien resuelven litigios jurídicos particulares, o establecen reglas según las cuales los tribunales han de resolver litigios; sino que proceden de "los hechos originarios del derecho", a saber: de los usos, de las relaciones de dominio y posesión, y de las declaraciones de voluntad en sus formas más importantes -- como estatutos, contratos y disposiciones de última voluntad--.

De ellas resultan las "relaciones jurídicas" que, de este mo

(16) NOVOA MONREAL, EDUARDO. EL Derecho como Obstaculo al Cambio Social. Ob. Cit. Pág. 29.

do, no son primeramente creadas por las normas jurídicas, sino que inmediatamente son creadas por la sociedad"...(17).

Los juristas, tienden en forma general a considerar como derecho, solamente al formalmente-impuesto, por razones de validez jurídica formal, no así los sociólogos ya que para éstos, sólo las normas que de hecho se aplican, conforman el verdadero derecho que impera en una determinada organización social.

Para Karl Larenz, el orden jurídico "...si se le contempla no sólo desde el ángulo visual -- del juez que ha de resolver, sino como un dato histórico-sociológico, es el "orden de vida" fácticamente vigente en una comunidad jurídica; es decir conocido como vinculante y seguido muy preponderantemente, que ciertamente sobresale entre otros "ordenes" por su peculiar referencia de sentido a la idea del derecho..."(18). Y que el orden en la sociedad se basa en que los deberes jurídicos son en general cumplidos, no en que sean procesalmente accionables. Sobre todo la Jurisprudencia de intereses tiende siempre a pensar sólo en el caso de con

(17) LARENZ, KARL. Metodología de la ciencia del derecho. Edic. 2a.- Edit. Ariel. Barcelona-Caracas-México. 1980. Pág. 87.

(18) LARENZ, KARL. Metodología de la ciencia del derecho. Ob. Cit. Pág. 87.

flicto y no en lo más frecuente, que es la convivencia pa
cífica conforme al orden jurídico.

Desde este punto de vista, Hans Kel-
sen declaró, a contrario sensu, que la eficacia de una norma, su --
verdadero obediencia por la mayoría de los ciudadanos, -
es definitivamente una condición de su validez, entendien-
dose por tal, la existencia específica de las normas inde
pendientemente de su eficacia, en consecuencia lo imperan
te para los juristas es el derecho formalmente válido, es
to es, aquél en el que las normas jurídicas son obligato-
rias, que los hombres deben conducirse como éstas lo pres
criben y que deben obedecer y aplicarlas. Sin embargo entre ambos -
criterios media la distancia que separa a un acto, dirigido -
al cumplimiento de una cierta conducta efectiva que realmente sucede
a ese acto.

Según Eduardo Novoa M. autor ya cita
do, el sociólogo Erich creyó equivocadamente que la sociología -
jurídica, era la única ciencia posible del derecho, pues-
para él, la sociología es una ciencia que procura constatar
las legalidades de la realidad social, que por su par-
te, subyacen a los comportamientos sociales que conforman el

derecho, lo que constituye un error indudable, en relación con una ciencia normativa, queriendo asentar en la pura observación de los hechos y en la recopilación de experiencias a la ciencia del derecho, siendo que los hombres deben ajustarse al estricto derecho, independientemente de los hechos sociales a que hace referencia el sociólogo antes mencionado.

Para Karl Larenz, "Todo orden jurídico contiene reglas que pretenden que aquellos a quienes se dirigen se comporten de acuerdo con ellas. En tanto estas reglas representan, al mismo tiempo, normas de decisión, aquellos que han de resolver la eliminación jurídica de conflictos deben juzgar conforme a ellas, teniendo en consecuencia que, la gran parte de las normas jurídicas son tanto normas de conducta para los ciudadanos como normas de decisión para los tribunales y órganos administrativos"(19).

(19) LARENZ, KARL. Metodología de la Ciencia del Derecho. Ob. Cit. Pág. 242

EL ESTADO MODERNO

3.1 SUPUESTOS HISTORICOS DEL ESTADO ACTUAL.

Para comprender lo que ha llegado a ser el Estado actual, es necesario concebir el Estado del presente, partiendo de sus supuestos históricos inmediatos y de confrontarlos con las formaciones políticas medievales, llamadas entonces reino o territorio.

En este orden de ideas tenemos que, los historiadores consideran al "Estado estamental de la --- Edad Media, como un Estado dualista. Utilizan para ello como criterio, el monismo de poder del actual Estado; pero, si tal se hace, la división del poder político en la Edad Media no era, dualista, sino más bien pluralista. Casi todas las funciones que el Estado Moderno reclama para sí, hallábase entonces repartidas entre los depositarios de esa época: la iglesia, el noble propietario de tierras, los caballeros, las ciudades y otros privilegiados.

Los reinos y territorios de la Edad Media eran, tanto interior como exteriormente, unidades de-

poder político, por así decirlo. El "Estado" de entonces no -- podía mantener su ordenación de modo ininterrumpido, sino só lo temporalmente, interviniendo de vez en cuando para eliminar la perturbación del orden estatal que se deseaba mante-- ner. Su poder estaba limitado, internamente, por los número-- sos depositarios de poder feudales, corporativos y municipa-- les y, exteriormente, por la Iglesia y el Emperador.

En la Antigüedad, Estado e Igle-- sia, habían constituido una unidad inseparable; ya que cada "polis" tenía sus propios dioses.

En la Edad Media, sobresalió prin-- cipalmente por su poder, la Iglesia que reclamaba la obedi-- cia, aunque extraestatal, y política, de todos los hombres, in-- cluso de los que ejercían poder político, obligando a ella, - en muchos casos. De esta suerte, la Iglesia limitaba el poder-- político medieval, indirectamente, valiéndose del clero.

El punto culminante, y a la vez el comienzo de la quiebra de la supremacía papal lo constituyen

la bula Unam Sanctam, de Bonifacio VIII(1302) y la negociación de obediencia por parte de Felipe de Francia, - que tuvo lugar al año siguiente. La Reforma trajo como consecuencia la emancipación definitiva y total del poder del Estado respecto a la Iglesia, incluso en los -- Estados católicos. Sin embargo, al gran esfuerzo realizado, los señoríos feudales de nobles, caballeros y --- eclesiásticos, supieron oponerse en forma eficaz al nacimiento de una organización política firme y de un poder estatal independiente, lo cual trajo consigo un conglomerado de numerosas unidades de dominación grandes, - pequeñas y minúsculas, conexas entre sí. En el "Estado" feudalizado, cada una de sus baronías formaba un "Estado aparte". El Estado feudal no conoció una relación de súbdito de carácter unitario, ni un orden jurídico unitario, y mucho menos un poder estatal unitario.

La aparición del poder estatal-monista se produjo según formas y etapas muy distintas - en las diversas naciones, es por ello que el autor --- Hermann Heller, nos dice: "Una manifestación precoz del Estado mo

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

derno fué el creado en la primera mitad del siglo XIII en Sicilia por el genial Federico II, quien sustrajo en forma radical al sistema feudal el ejército, la justicia, la policía y la administración financiera, centralizándolo todo de modo burocrático. Los orígenes propiamente dichos del Estado moderno y de las ideas que a él corresponden - hay que buscarlos, sin embargo, en las ciudades-repúblicas de la Italia septentrional en el Renacimiento"(1)

La nueva palabra "Estado" designa una cosa totalmente nueva porque, a partir del Renacimiento y en el continente europeo, las poliarquías, que hasta entonces tenían un carácter impreciso en lo territorial, se convierten en unidades de poder continuas y reciamente organizadas, con un sólo ejército y un orden jurídico unitario, imponiendo además a los súbditos el deber de obediencia con carácter general. A consecuencia de tal concentración en una sola unidad de acción política, surge - aquél monismo del poder, relativamente estático, que difiere de manera característica al Estado de la Edad Moderna del territorio medieval.

(1) HERMANN HELLER. Teoría del Estado. Edic. la. Edit. Fondo de Cultura Económica. México, D.F. 1983. Pág. 145.

La evolución que se llevó a cabo en el aspecto organizatorio, hacia el Estado moderno, consistió en que los medios reales de autoridad y administración, que eran posesión privada, se convierten en propiedad pública.

A comienzos de la Edad Moderna el Estado se encarga ya, de una serie de tareas que hasta entonces realizaban la familia, la iglesia o las instituciones locales.

Hermann Heller, nos señala que, "... Mediante la burocracia se elimina la mediatización feudal - del poder del Estado y se hace posible establecer el vínculo de súbdito con carácter general y unitario. Los apoyos burocráticos dan a la moderna construcción del Estado sus retos contornos y condicionan el carácter relativamente estático de su estructura..."(2).

La permanencia del Estado moderno -

(2) HERMANN HELLER. Teoría del Estado. Ob. Cit. Pág. 148.

reclama para sí, un sistema impositivo bien reglamentado a fin de disponer de ingresos suficientes para el sostenimiento del ejército y la burocracia. A diferencia de ello, la administración medieval no conoció los presupuestos. El Estado estamental tampoco conoció la distinción entre los gastos e ingresos públicos y privados. En el Estado moderno los gobernantes y los miembros de la administración no tienen propiedad de los medios administrativos y están por completo excluidos de todo aprovechamiento privado de las fuentes de impuestos y de las regalías.

En consecuencia, solamente cuando se constituyó y surgió el Estado como unidad autónoma de poder, se le pudo reclamar, con sentido, como un especial sujeto de derecho caracterizado por su propia autoridad.

En el actual Estado democrático prevalece la fuerza incesante del capital, pues éste domina los medios de autoridad política del poder. El poder del capital ejerce gran influencia, tanto en la opinión pública como en el aspecto político, y principalmente en éste último, de un modo directo, por la presión de su potencialidad eco-

nómica sobre el poder del Estado.

Es precisamente, la separación - del mando político y del económico, lo que constituye el estado de tensión característico de la situación presente en la democracia capitalista. De un lado, las grandes masas quieren someter a su decisión política también la económica y, para ello, la legislación democrática les proporciona los motivos legales necesarios. Por el contrario, los dirigentes de la economía consideran intolerable la influencia político-democrática en ella y aspiran a conquistar el poder político directo. Sin embargo, esta separación entre el poder político y el social económico constituye algo indeterminado.

3.2 CONCEPTO DE ESTADO

Concepto es la expresión intelectual de un conocimiento. El conocimiento del Estado, cuando se obtiene por la mente, se expresa por medio de su concepto, acla

rado esto, comenzaremos por decir que el concepto e idea según Bluntschli, lo encontramos determinado por la naturaleza y los caracteres de los Estados reales; y que por el --- contrario la idea del Estado, se muestra como un ideal; EL - MODELO DE ESTADO, no realizado aún y que se pretende realizar.

El autor Francisco Porrúa Pérez, - nos dice que la doctrina de Bluntschli señala dos puntos de vista para elaborar el concepto de Estado, pero que carece de sentido, por que lo que entiende este autor; por concepto e idea de Estado, es simplemente el conocimiento de un - tipo histórico concreto de Estado, y que en consecuencia no es posible elaborar una teoría que merezca tal nombre con - fundamento en ese saber histórico, en ese pretendido concepto de Estado.

Por otra parte, su segundo punto de vista en relación con el concepto de Estado, la idea del -- mismo, considerado como la elaboración de un tipo ideal de Estado posible perfecto a realizar, tampoco puede servir de base para la teoría del Estado, pues ésta, como doctrina científica, tiene que apoyarse en los datos de la realidad,

para llegar a conclusiones verdaderas, por lo cual, éste autor, desecha por incompleta la doctrina de Bluntschli, para la elaboración del concepto de Estado.

Por otro lado y continuando con la exposición de Francisco Porrúa, el Estado en su acepción gramatical más amplia, equivale a manera de ser o de estar las cosas; es lo distinto del cambio.

En un sentido amplio, "Estado" es la manera de ser o de estar construída políticamente de una comunidad humana. Si examinamos la sociedad humana, encontramos que, dentro del Estado existen otros grupos sociales y sin embargo, el Estado -- tiene funciones y naturaleza distintas de dichos grupos. Así, y tomando en cuenta estos aspectos, se dan en un sentido vulgar y no científico, dos amplias acepciones al Estado; por un lado se le considera como una estructura social y se refiere a conceptos parciales, a ficciones, tales como el pueblo. En segundo término, el segundo sentido amplio se refiere al fenómeno de poder del Estado sobre la sociedad, por lo que éstas dos acepciones se pueden resumir en estas corrientes: el Estado entendido como estructura social y confundido como pueblo y el Estado como poder.

En este orden de ideas, el Estado en su -- concepto vulgar, es el orden jurídico de convivencia ---

que organiza y combina elementos muy complejos, todo ello para servir a la sociedad.

Ahora bien, el concepto jurídico de Estado, según Jellinek, es "la corporación formada por un pueblo dotada de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio "; o en forma más resumida, "la corporación territorial dotada de un poder de mando originario" (3).

El concepto científico de Estado es, según Andres Serra Rojas, "un orden de convivencia para la sociedad políticamente organizada, en un ente público superior, soberano y coactivo" (4). Y que se integra u organiza con una población, asentada sobre un territorio, provista de un poder público que se caracteriza por ser soberano y se justifica por los fines sociales que tiene a su cargo.

Sin embargo, han surgido una serie de teorías respecto al concepto que de Estado se tiene, así:

-
- (3) PORRUA FEREZ, FRANCISCO. Teoría del Estado. Edic. 2a. Edit. Porrúa, S.A. México, 1958. Pág. 167.
- (4) SERRA ROJAS, ANDRES. Ciencia Política. Edic. 6a. Edit. Porrúa, S.A. México, 1981. Pág. 283.

Las teorías organicistas, tratan de explicar al Estado como un organismo, o sea como un todo vivo compuesto de partes vivas, concluyendo que el Estado es un organismo vivo compuesto por partes vivas que son los seres humanos.

La teoría de Hegel, se refiere al Estado como una entidad espiritual de la cual emanan las instituciones, se desarrolla la cultura y fortalecen los hábitos y costumbres de un pueblo.

Las teorías sociológicas, consideran al Estado como un orden de vida social, complejo, de naturaleza amplia y de diferente determinación, y lo definen como "el conjunto de todos aquellos fenómenos sociales, identificándolo con el de sociedad en el sentido de una totalidad orgánica y en consciente contraposición a cualquiera de sus manifestaciones parciales"(5).

La teoría de la Institución de Maurice Hauriou, considera al Estado como: "...un régimen que adopta una

(5) SERRA ROJAS, ANDRES. Ciencia Política. Ob. Cit. Pág. 288.

nación mediante una centralización jurídica y política que se realiza por la acción de un poder político y de la idea de la república como conjunto de medios que se ponen en común para realizar el bien común"(6).

Las teorías jurídicas, nos dicen que "El Estado es el orden jurídico. Como sujeto de los actos del Estado, es sólo la personificación del orden jurídico. Como poder, no es otra cosa sino la vigencia de este orden jurídico"(7). Pues, observan al Estado como objeto de la ciencia -- del derecho.

De lo expuesto, Andres Serra Rojas - llega a la conclusión de que Estado es una parte de la sociedad humana, asentada sobre un territorio jurídicamente organizado, bajo la forma de un gobierno independiente que se propone la realización de aquellos fines, que se determinan de --- acuerdo con sus condiciones históricas.

(6) SEPRA ROJAS, ANDRES. Ciencia Política. Ob. Cit. Pág. 289.

(7) SEPRA ROJAS, ANDRES. Ciencia Política. Ob. Cit. Pág. 290.

De todo lo anterior, se desprende, en consecuencia, que los elementos integrantes del concepto de Estado son, según Francisco Porrúa:

" 3.2.1.- La presencia de una sociedad humana como género próximo a definir y la existencia, en esa sociedad, de las diferencias específicas que anotamos a continuación.

3.2.2.- Un territorio que sirve de asiento permanente a esa sociedad.

3.2.3.- Un poder que se caracteriza por ser supremo, esto es, soberano, en el seno de la misma sociedad.

3.2.4.- Un orden jurídico que es creado, definido y aplicado por el poder estatal y que estructura a la sociedad que está en su base.

3.2.5.- Una teleología peculiar que consiste en la reunión del esfuerzo común para obtener el bien público temporal.

La reunión de esas notas en la realidad permite también observarlas no de manera analítica, si

no sintética y en esta forma darnos cuenta que además de esas notas o elementos, el Estado presenta las siguientes características esenciales:

3.2.1.- Soberanía como adjetivo del poder, pero calificando al Estado mismo en su unidad total como soberano.

3.2.2.- Personalidad moral y jurídica, al ser el Estado un ser social con posibilidad de tener derechos y obligaciones.

3.2.3.- La sumisión al derecho que significa la necesidad de que la estructura del Estado y su funcionamiento se encuentren regulados por un orden jurídico imprescindible" (8).

3.3 EL ESTADO Y EL DERECHO.- SUS RELACIONES

Como sabemos, en la sociedad moderna capitalista se da la coexistencia de la desigualdad econó

(8) PORRUA PEREZ, FRANCISCO. Teoría del Estado. Edic. 2a. Edit. Porrúa, S.A. México, 1958. Pág. 159.

mica y social de los hombres con su igualación puramente jurídica y política. El Derecho Moderno se caracteriza - por su abstracción y generalidad, pues se aplica a todos sin consideración de rango o condición social.

Es precisamente esa igualdad -- formal y abstracta que se da en el nivel de lo jurídico- o de lo político, lo que posibilita la organización de los individuos o grupos abiertos en pugna, por el apoderamiento y detentación del poder, y lo que permite la organización oficial del poder social en forma de Estado. Si todos los individuos son equiparados, en tanto que cada uno es considerado como propietario de mercancías por intercambiar-- al proteger el Derecho y el Estado a la propiedad privada en general y no a este o aquel propietario en particular-- que, se hace coincidir el interés de la clase dominante- de los reales propietarios de los medios de producción con los- intereses de la sociedad entera. El Estado y el Derecho reproducen - en consecuencia, de esta forma, las condiciones dominantes de la so- ciedad y las imponen a sus componentes como el interés general.

Así, el Derecho aparece como un producto de la voluntad general. Es aprobado conforme a las reglas previamente establecidas en la Constitución y por los representantes del Estado, haciendo prevalecer el interés general.

Un Derecho semejante, justifica el Estado moderno que se significa por ser un Estado de Derecho, esto es, un Estado en el que los gobernantes acatan las leyes establecidas conforme a principios previamente fijados.

Hay en este sentido, una relación dialéctica entre Derecho y Estado, e incluso entre Derecho y poder. El Derecho es la condición necesaria del Estado actual y, al mismo tiempo, el Estado es la condición del Derecho del presente.

Por otra parte, y una vez precisado lo anterior, tenemos que, no es posible hablar de Derecho --

sin referirnos al Estado y por consiguiente de su relación.

Han existido, sin embargo una serie de teorías y cuestionamientos acerca de la relación entre Estado y Derecho, así, el autor Francisco Porrúa, nos dice , que se han hecho grupos para tratar de resolver esos cuestionamientos y teorías, así:

"Primero. Dentro de los grupos de -- doctrinas relacionadas con estas cuestiones, encontramos - en primer lugar, el de las teorías que consideran al Estado como una mera realidad social, como un complejo de hechos sociológicos ajenos en todo al orden jurídico y como un "fenómeno de mando".

Segundo. Existe además un grupo de - teorías que sostienen que el Estado tiene dos facetas, dos aspectos, dos dimensiones: un aspecto jurídico y otro sociológico; pero no determinan cuál es la conexión entre - estas dos caras, jurídica y sociológica. Se limitan a constatar la existencia de esa doble faz, pero no se refieren a la posible relación que exista entre esas dos dimensiones.

Tercero.- Encontramos en tercer término la doctrina de Kelsen, que afirma la estricta identidad entre Estado y Derecho, considerando al Estado como el orden jurídico vigente. Y aun afirma que Estado y Derecho son dos palabras con que se designa un solo objeto.-- Kelsen sólo toma en cuenta un aspecto del Estado, el jurídico, y lo eleva a una categoría absoluta.

Cuarto.- En cuarto término encontramos las doctrinas que consideran que en el Estado hay realidades sociológicas y aspectos jurídicos; pero estas teorías se diferencian de las del primer grupo en que, además de tener en cuenta que en el Estado hay una doble realidad, esa doble faz, procuran determinar la relación que existe entre ambos aspectos, en tanto que las teorías del primer grupo sólo constatan el hecho de que en el Estado coexiste esa doble faz o aspecto. Las teorías de este cuarto grupo van más allá y procuran explicar la relación que hay entre el aspecto sociológico y el aspecto jurídico" (9).

(9) POPRUA PEFEZ, FRANCISCO. Teoría del Estado. Ob. Cit. Pág. 120.

Atendiendo a esta clasificación de - las diversas teorías y cuestionamientos, tenemos que, las teorías sociológicas del Estado afirman que el Estado es una realidad sociológica, pero incurren en un error al -- pensar que el Estado sólo tiene ese aspecto sociológico y lo pretenden definir como un complejo de hechos sociológicos, dejando completamente a un lado el aspecto jurídico.

Por último y analizando lo anterior mente señalado, podemos concluir que: el Estado es un ente complejo que presenta diversos aspectos; entre esos - aspectos se encuentra un conjunto de hombres produciendo, creando y definiendo un orden jurídico; en consecuencia, en el Estado y el Derecho se encuentra en una relación de to do o en parte, pues el Derecho es una de las partes substanciales del Estado, porque no se concibe a éste sin el Derecho, ni al Derecho como realidad positiva separándolo del Estado; solamente se puede concebir al Estado y al De recho aisladamente en los casos de simples conceptos, --- ya que en la realidad existencial son paralelos; así la relación entre Derecho y Estado es la de una parte substancial de un ente con la totalidad del mismo; el papel del-

Derecho es encauzar al Estado en sus funciones dentro de un sistema normativo. En otros términos, el Derecho limita al Estado, por cuanto regula las instituciones de éste y funcionamiento de las mismas (ya sabemos que el Estado crea al Derecho; que el Derecho es el Estado como actividad normada, es decir, orden ordenado, en tanto que el Estado es el orden ordenador).

3.4 LOS ELEMENTOS DEL ESTADO COMO CONDICIONANTES DE LA UNIDAD ESTATAL EN LA CREACION DEL DERECHO.

Podemos señalar que el Estado es una institución que tiene límites bien determinados en espacio y tiempo; que siendo un producto histórico del desarrollo económico, político y cultural de la sociedad humana, aparece en un momento preciso de su evolución y también en una delimitación geográfica y precisa.

De esta manera, y tomando en cuenta lo que acabamos de manifestar, la doctrina tradicional

del Estado ha tenido en el territorio, el pueblo y el poder, los elementos relativos permanentes que integran al Estado. Por lo cual, si el Estado esta considerado como una unidad organizada, producto de un determinado grado de evolución histórica de la sociedad, dichos elementos condicionan, a manera de estímulos u obstáculos, el nacimiento y la permanencia de la unidad estatal.

Por tanto, el Estado no puede ser concebido como un simple reflejo o como un simple producto de sus elementos, ya que éstos solamente lo condicionan y, en consecuencia, no son suficientes para explicarlo. El Estado no sólo es su territorio, ni solamente la población, ni el poder puramente y mucho menos un simple conjunto de normas o la suma de estos elementos, ya que está regido por sus propias leyes que le dan una peculiaridad distinta a la de sus elementos.

En este orden de ideas, el territorio del Estado, en el aspecto geográfico tiene gran importancia. Sin embargo, las circunstancias geográfi-

cas en que se encuentra inserto un Estado, no explican - por sí solas su existencia, ni su peculiaridad, pues no se puede concebir al hecho geográfico tan importante si tiene una independencia del obrar humano.

Históricamente, el territorio es la condición natural para el nacimiento del Estado. El Estado nace como un Estado nacional, esto es, que fue la - nación la base social sobre la que se erigió la supraestructura política: el Estado, y, de manera general, las formas actuales del gobierno son especies del Estado-nación.

En consecuencia, el territorio - no sólo es condición para el nacimiento del Estado, lo - es también de su permanencia. En efecto, podemos afirmar que el territorio es la garantía de la unidad nacional, - en tanto que sirve de sustento a los propósitos de uni--dad y vida en común de una nación. Consecuentemente, es - también el fundamento de la unidad y permanencia estatal,

en tanto que permite a un pueblo vivir bajo un único gobierno central lo suficientemente fuerte para mantener su independencia frente a otras potencias.

Estas consideraciones respecto al territorio del Estado, traen aparejado el problema de la soberanía territorial, de ahí que el autor Santiago Oñate Laborde, nos dice que "... la Teoría del Estado ha señalado dos dimensiones de ésta: una, exterior de naturaleza negativa; y otra interior, de naturaleza positiva.

En su dimensión negativa o externa, la soberanía territorial excluye la intervención de otro u otros Estados, dentro del ámbito territorial de un Estado-dado, y la doctrina ha utilizado el término de "impenetrabilidad estatal", para connotar la prohibición que las reglas de Derecho Internacional prescriben para que un Estado intervenga dentro del territorio de otro. (*)

En su dimensión positiva o interna

(*) El Estudio de estas dimensiones la realiza el autor Hans Kelsen, en su Teoría General del Derecho y del Estado.

la soberanía territorial consiste en la facultad ilimitada que en una nación tiene de utilizar su territorio explotando, en beneficio de su población, los recursos naturales, minerales y energéticos que dentro de él se encuentren"(10).

Por lo que respecta al pueblo del Estado, algunos autores atribuyen el origen del Estado a la lucha de razas; otros más, parten de la idea subjetiva de la existencia del origen radical común de ciertos pueblos deduciendo de ello, una conducta política determinada. Nos dice Laborde que, estas ideas sirvieron de fundamento a la concepción nacional-socialista del Estado y del Derecho.

Hay que buscar sin embargo, el origen del pueblo, en una acepción cultural, como elemento del Estado.

La sociedad en las formaciones feudales se organizaba en forma piramidal de obediencia, di

(10) LABCRDE OÑATE, SANTIAGO. El Estado y el Derecho. Edic. 1a. Edit. Edico, S.A.. UNAM. Azcapotzalco, 1977. Pág. 79.

vidida en estamentos, cuya base era la propiedad de la tierra.

En una sociedad como la mencionada, en que la desigualdad estaba reconocida por la Ley y la costumbre, el pueblo no podía contar en ningún aspecto en la organización política. Fue necesaria la aparición del modo de producción capitalista para que ésta situación se modificara.

En efecto, la moderna sociedad de mercado se funda sobre la producción mediante el cambio. De ahí que lo que era la propiedad de la tierra en la época feudal como fuente de poder político, fuera abolida y sustituida por la propiedad privada de los medios de producción, medio en que las leyes, la costumbre y el aparato coactivo de la sociedad feudal, protegían sólo al grupo privilegiado de detentadores de la tierra, en tanto que, el Derecho y el Estado modernos protegeran en adelante a todos los hombres.

La vida actual del hombre moderno la encontramos dividida en dos ámbitos: uno privado, y --

otro público

Dentro de otro orden de ideas, el poder político, que en la Polis griega no está separado de la comunidad de los señores propietarios de esclavos, sino que es ejercido por ella misma, y que en la sociedad feudal está íntimamente ligado a la propiedad de la tierra, en la sociedad moderna se separa y se erige por encima de ella. Separado el Estado de la sociedad, no puede, con todo, vivir independiente de ella, por lo que, es necesario su vinculación a través del consentimiento y aceptación que el pueblo ciudadano hace de sus gobernantes.

Surge entonces la necesidad, que los gobernantes tienen en el Estado moderno, de recibir tal investidura de la voluntad general y de buscar en ella su justificación. Es de esta manera que el pueblo deviene en un elemento del Estado.

El Estado moderno es, entonces, un Estado representativo, en la medida en que es la nación su base

de sustentación, pero que la nación no puede ejercer por sí misma el poder, necesita por tanto representantes que lo hagan en su nombre. Así, el pueblo como elemento del Estado es importante no sólo como tal, sino más bien, por cuanto que su función es la de justificarlo.

Por otra parte, el poder del Estado como elemento de éste en la organización política de la Edad Media no permitió la existencia de la Institución estatal, en el sentido moderno, de ser una unidad de dominio independiente en lo interior y en lo exterior, debido a que casi todas las funciones que el Estado moderno monopoliza se hallaban entonces repartidas en diversos depositarios: la Iglesia, los nobles latifundistas, los fueros, etc.; y, en lo exterior, el poder de reyes y príncipes estaba limitado por el Papa y el Emperador.

Existía, una pugna por el poder en ese tiempo, lográndose finalmente, la imposición de los monarcas, sometiendo interiormente a los señores feudales y a las corporaciones; y exteriormente llega -----

ron a afirmarse como un poder autónomo frente al Papa y al Emperador.

El autor Santiago Oñate Laborde -- nos dice al respecto que "La monarquía absoluta cumple, -- pues, varias tareas históricas: a) unificar los poderes que se encontraban dispersos; b) delimitar geográficamente las fronteras territoriales del Estado nacional; y c), como consecuencia, la de vincular cultural, lingüística, religiosa e históricamente, a pueblos de origen distinto, lo que con el correr de los años engendra las nacionalidades.

Se puede afirmar que la monarquía absoluta es el antecedente más inmediato del Estado moderno; prácticamente todos sus elementos están dados en ella, sólo el pueblo no aparece todavía como tal.

Para surgir como Estado nacional, la monarquía absoluta tuvo que afirmarse como soberana frente a potencias externas y fuerzas internas que le disputaban el poder. Y la evolución se iba a completar trasladando la titularidad de la soberanía del monarca a la nación;

de esta manera, la soberanía como poder de autodeterminarse, autogobernarse y autolimitarse y que se resume en la facultad de darse una Constitución, se deposita en la nación, la que para ejercer sus poderes tiene que nombrarse representantes"(11).

3.5 LAS NUEVAS FUNCIONES DEL ESTADO MODERNO Y DEL DERECHO EN LA SOCIEDAD MEXICANA

Como sabemos las principales funciones del Estado, son: la legislativa, ejecutiva y judicial, - sin embargo, no nos referiremos a éstas por considerarlas -- que ya estan en sumo grado estudiadas, por lo cual nos concretaremos a exponer las nuevas funciones que del Estado y - del Derecho se han generado.

Comenzaremos por decir que actualmente existe una intencificación de la función del Estado, ello, principalmente al excesivo crecimiento del ámbito de acción-

(11) UNATE LABORDE, SAN JAGO. El Estado y el Derecho. Ob. Cit. Págs. 83 y 84.

de éste. Ya que el dominio de acción del Estado ha aumentado prodigiosamente. Con anterioridad, su jurisdicción estaba limitada a algunas zonas de acción bien determinadas y precisas que generalmente nadie objetaba: diplomacia, defensa nacional, seguridad, justicia, economía. Ahora en cambio, abarca o comprende casi todos los aspectos de la vida nacional, desde la economía hasta la vida intelectual, desde la enseñanza a la profilaxis, etc.

Asimismo, hoy en día, con o sin razón, el Estado se cree igualmente responsable del equilibrio económico, de la justa repartición o distribución de los bienes, de la salud pública, del alojamiento y de la alimentación, etc.

Por consiguiente, las funciones del Estado, a su vez, se han desarrollado y multiplicado, hasta ahora, el dominio propio del Estado no era otro que la legislación. Actualmente esa autorestricción ya no existe, demostrándonos ello, el Boletín Oficial en el que cada vez aparece mayor número de páginas.

Simultáneamente, el Estado asume - nuevas funciones. De simple legislador que era, se ha transformado en realizador, promotor o ejecutor inmediato. Promotor de ciertas actividades, o de ciertas formaciones sociales. En época de escasez se convierte en distribuidor de alimentos, materias primas, etc. Y ésto, junto a su papel de - estimulante, constituye su función directiva comunmente llamada intervencionista.

El Estado, en fin, se convierte en realizador y dirige por sí mismo un número cada vez mayor de actividades: es ordenador y constructor de transportes, - asegurador, banquero, médico, etc.

Como consecuencia de ello, las principales funciones del Estado se refieren según el autor -- Marcos Kaplan, a: ".Institucionalización, legitimidad y consenso, legalidad; coacción social, educación y propaganda; - organización colectiva y política económica; relaciones internacionales. Estas funciones son distinguidas para fines analíticos y expositivos.." (12).

(12) KAPLAN, MARCOS. ESTADO Y SOCIEDAD. 1a. Edic. Edit. UNAM. México, D.F. 1980. Pág. 206.

Por lo que respecta a la institucionalización, legitimidad, concenso y legalidad.- tenemos que las relaciones de mando y obediencia organizado por y en función del Estado necesitan ser institucionalizadas por éste.- Así el autor anteriormente señalado nos dice que: "El Estado se presenta por una parte como causa y resultante de la creación de un orden político-militar referido a la constitución de un conjunto de instituciones que regulan la adquisición, el ejercicio y la distribución del poder, el monopolio y organización de la violencia legítima. Por otra parte, la autoridad suprema institucionalizada del Estado sobre los restantes grupos y sobre los individuos le permite a su vez institucionalizar otros modelos y órdenes de relaciones humanas-tales como: el orden económico, el familiar, el religioso.

La aceptación del poder estatal y de su función institucionalizadora no se produce de modo natural ni mecánico. Implica y exige crear y mantener permanentemente una legitimidad, un concenso y una legalidad; tres fenómenos y dimensiones que se conectan, interactúan y se superponen como partes de un proceso único"(13).

(13) KAPLAN, MARCOS. ESTADO Y SOCIEDAD. Ob. Cit. Pág. 208.

La supremacía del Estado no puede - mantenerse por puro automatismo ni por la sola coacción física, sino más bien por la presencia del consentimiento general. Una de sus funciones esenciales consiste precisamente en su contribución a la elaboración, sistematización e imposición de una concepción del mundo y de la sociedad, de un sistema de valores y de presentaciones colectivas, y de una ideología, que exprese y justifique las relaciones y estructuras parciales y el sistema general vigente para un país y una etapa particulares.

Por otra parte, la legitimidad es - el proceso y el resultado de la identificación de un orden sociopolítico afirmado como ideal de la comunidad, del Estado y el gobierno que rige a la primera y encarna al segundo. El consenso es el acuerdo general de los grupos e individuos constituyentes de una sociedad sobre la legitimidad de una forma de Estado o de un gobierno determinado.

El autor ya citado, continúa diciendo que las instituciones, legitimidad y consenso, a la vez presuponen, exigen y generan una legalidad, un derecho.

Por lo que todo derecho específico de un país y de un período histórico aparece como un conjunto de valores, principios y procedimientos que el Estado establece, reconoce y sanciona, y que tienden a cumplir una serie de funciones básicas, - sobre todo las siguientes: Autoinstitucionalización del poder estatal, es decir la consolidación, formalización y legitimación del poder que ya se ha obtenido y se ejerce por mecanismos y procedimientos de hecho; control de grupos a través de éste, de las conductas grupales e individuales e incidir sobre la evolución y las transformaciones de las mismas; institucionalización y regulación de la instancia específicamente social, es decir del conjunto de relaciones sociales - que se ubican entre las fuerzas productivas y lo económico - particularizado por una parte, y las superestructuras y lo político especializado por la otra; fijación de las reglas - del juego social y político de los principios y procedimientos de adquisición y ejercicio del poder; mantenimiento de la continuidad de la imagen que la sociedad tiene de sí misma y de su sistema de valores; regulación de la asignación de recursos y de la distribución de bienes, servicios, ingresos y oportunidades, entre los grupos y los individuos.

El derecho es, en consecuencia, elemento clave de la sociedad, ya que contribuye a estructurarla y a mantenerla en funcionamiento.

Por otra parte, en cuanto a las funciones de coacción social. tenemos que el Estado es el instrumento que permite mantener las cosas en su orden tradicional-reconocido, el Estado sólo admite las modificaciones que aseguran el mantenimiento del orden del cual es guardián ya que todo desorden es absorbido principalmente por éste, a través de la organización; es recuperado y transformado en su contrario por medio de la jerarquía.

Mediante la coacción social, el Estado se propone principalmente: crear y conservar el monopolio-permanente y legislado de la violencia y en general absorber los medios de decisión y de dirección de la sociedad y de regulación y orientación de las actividades de clases, grupos e individuos; y erigirse en instancia suprema sobre y entre los grupos sociales, como medio de mantener la supremacía de las élites político - burocráticas que detentan el gobierno, - todo ello para la preservación del sistema social y

la contención de las fuerzas que lo cuestionan y pueden destruirlo; construir un subsistema de control político; atenuar, ajustar o suprimir conflictos de intereses encontrados; reconocer o imponer formas de compromiso social, político y cooperación interna; integrar el país, crear y mantener la unidad nacional y un sistema de lealtades nacionales; para fines internos y para la regulación de las relaciones con el exterior.

Respecto a las funciones de educación y propaganda que realiza el Estado, señalemos que, éste define los objetivos de la sociedad global, que determinan alternativas y opciones en cuanto a la asignación de los recursos culturales a los subsistemas. El Estado crea y administra economías externas de impacto cultural y social, indisolubles de las fuerzas, estructuras y actividades económicas.

A partir de sus formas propias de educación, el Estado tiende a cumplir las funciones y finalidades siguientes: conservación y transmisión del acervo histórico, como factor de cohesión, equilibrio y continuidad de la sociedad; incorporación de las nuevas generaciones a-

la sociedad por medio de la asimilación colectiva de la tradición heredada; desarrollo de la cohesión colectiva de los adultos; selección y formación de las élites intelectuales y profesionales integrantes del sistema, para la constitución y funcionamiento de centros de elaboración, de difusión y de aplicación de los modelos y elementos cultura-ideológicos y científico-técnicos que requieren las clases sociales.

Las funciones de organización colectiva y política económica del Estado se refieren a: la sanción general y específica sobre la orientación, la estructura y el funcionamiento de la economía y del sistema social; regulación de la disponibilidad, la asignación y el uso de los recursos escasos, y de la distribución de bienes, servicios e ingresos, entre los diferentes sectores y objetivos; promoción del desarrollo en sus principales etapas; organización y coordinación de la comunidad en sus principales aspectos y sectores participantes, en el cuadro de una estrategia de conjunto.

Las funciones de relaciones internacionales entran a la vez, por lo menos, en las esfe-

ras de la acción social, de la educación y propaganda, y de la organización colectiva y política económica, pero -- las exceden y configuran una esfera específica de acción - estatal que a su vez incide en las otras.

Dentro de otro orden de ideas y - por lo que respecta a las funciones del Derecho, exponemos que las funciones esenciales de éste son principalmente: la certeza, seguridad y cambio; resolución de los conflictos de intereses; organización, legitimación y restricción del poder.

En cuanto a la certeza y seguridad, vemos que el Derecho es creado por los hombres debido a -- una urgencia de certeza y seguridad, orden en la vida social, por considerarlo necesario. El Derecho es instituido como un medio de seguridad, seguridad, en aquello que a la sociedad de una época y de un lugar le importa fundamentalmente garantizar por estimarlo ineludible para sus fines. - Esto hace que, el contenido del Derecho varíe según los -- pueblos y los tiempos en el proceso de la historia, en cualquier caso, sea cual fuere el Derecho, siempre representa-

una función de seguridad, de orden cierto y eficaz. Este sentido funcional es un elemento de lo jurídico, de su concepto universal. La seguridad puede establecerse respecto de los contenidos más dispares; sin embargo dondequiera -- que haya derecho, lo reconocemos por constituir una función aseguradora de que una determinada conducta, independientemente de la voluntad que pueda haber, será impuesta y realizada, y de que los comportamientos contrarios serán hechos efectivamente imposibles legalmente. Sin embargo, esta función de certeza y seguridad no debemos entenderla en términos absolutos, porque aunque los hombres elaboran el derecho motivados por el deseo de obtener alguna certeza y seguridad en determinadas relaciones sociales, puede suceder que a veces, la urgencia de seguridad choque con el deseo de una mejor justicia, y que a pesar de esa función -- esencial. formal, de garantía, hay siempre una imagen de incertidumbre o inseguridad en el derecho por múltiples motivos.

Otra de las funciones que el Derecho tiene es la resolución de los conflictos de intereses -- por medio de normas de impositividad inexorable.

Hay competencia y conflicto entre los intereses de los múltiples seres humanos. Y como la satisfacción de todos los intereses no es posible, es por lo cual se da una competencia entre los hombres, en cuanto a sus varias demandas concurrentes, y tal competencia origina, muy a menudo, conflictos, para lo cual existen en principio, dos procedimientos para resolver dichos conflictos: o bien la fuerza, o bien una regulación objetiva, que sea obedecida ineludiblemente por los intereses antagónicos.

En efecto, el derecho satisface -- también la necesidad de orden del poder político ya que organiza a la serie de funcionarios competentes que hablan y actúan en su nombre. El Derecho no sólo organiza el poder político, sino además, también lo legitima.

La regulación del poder por medio del derecho, implica también una limitación de ese poder, la organización jurídica del poder, que dota a éste de una mayor regularidad, al mismo tiempo limita el alcance de tal poder, - porque ese alcance está definido, determinado, delimitado por-

el derecho, y, consiguientemente, no puede ir más lejos de lo establecido en él, en tanto quiera permanecer como poder jurí dico

CAPITULO 4

CAMBIO SOCIO-POLITICO-JURIDICO

4.1 DERECHO PRIVADO

Partiendo de la distinción que existe entre el Derecho Público y el Derecho Privado, podremos hacer un estudio respecto de ambos y en especial del Derecho Privado, en cuanto a que sí a través de la serie de cambios sociales -- que se han venido suscitando, ha cambiado o no la naturaleza jurídica de nuestro Derecho Privado para ser ahora Derecho Público, ello debido a la gran intervención que el Estado realiza en todos los aspectos y que actualmente se hace más profunda en el sector privado.

En primer lugar tenemos dos criterios que nos sirven de base para la distinción entre el Derecho Público y el Derecho Privado, los cuales se refieren, según el autor José Luis de los Mozos: al predominio del principio de personalidad, correspondiente al Derecho Privado; y a la -- primacía del principio de comunidad, que corresponde al Derecho Público. Consiguientemente, precidados por cada uno de estos principios, se constituyen dos grupos de normas de claros contornos: unas regulan la estructura, defensa y funcionamiento

to del Estado (Derecho Público); y otras son reguladoras de la situación del Estado y de la convivencia de las personas (Derecho Privado).

Esta distinción se hace principalmente, sobre la base de los dos grandes principios ya señalados, pero al mismo tiempo, en razón de la materia y ello por que ésta, - por su misma naturaleza, postula ya la primacía de un determinado principio, esto es, a la naturaleza propia de la materia (pública o privada). Ya que puede suceder que, en algunas coyunturas históricas, contrariando la naturaleza propia de la materia o institución, se dosifique inadecuadamente el predominio de uno u otro principio, por ejemplo, la concepción contractualista del poder político o injerencia administrativa en la vida contractual. Pero la "privatización" del Derecho público o la "publicación" del Derecho privado son contrarios a la natura rerum.

Es imposible que todas las normas jurídicas estén revestidas por el principio de personalidad, porque entonces sería imposible la autoridad, que es un elemento ineliminable de la vida social; más tampoco pueden inspirarse --- todas las normas en el principio de comunidad, porque -

así se destruiría la libertad, que es la raíz misma de la existencia humana. En suma, Derecho Público y Derecho Privado representan valores irrenunciables y permanentes, fundados en el Derecho natural.

De lo anteriormente expresado se -- desprende que el Derecho Privado se caracteriza por el predominio del principio de personalidad y tiene materias propias como: personas, familia, patrimonio, sucesiones, en donde dicho principio debe conforme al Derecho natural predominar, -- siendo indiscutiblemente indiferente para su naturaleza el -- que se regule por normas de ius cogens o de ius dispositivum -- y hasta con una intervención, más o menos directa, de los organismos estatales, no teniendo ello nada que ver respecto a -- su naturaleza privatista.

La naturaleza pública o privada del Derecho depende en consecuencia de la "materia", es decir, -- de las instituciones objeto de la normación jurídica, las -- cuales reclaman para sí la primacía que debe concederse a -- uno de los grandes principios básicos, y no del "modo" de regularlas.

Las medidas imperativas para proteger a la persona; para mantener la unidad y buena organización de la familia; para que en los contratos no se dañen los intereses de la moral y de la comunidad, no exceden del marco del Derecho -- privado. Esto nos puede aclarar las ideas contrarias a esta postura, de quienes ven un fenómeno de "pública" del Derecho-privado siempre que se está frente a instituciones que, por su fuerza de urgentes exigencias, sustituyen la inspiración liberal.

En consecuencia, no podemos confundir - la naturaleza que tiene el Derecho privado con el del público, - pudiendo en determinado caso aceptar las relaciones que entre - ellos existen, pero claro, no por ello, se pierde una u otra.

En este orden de ideas podemos decir, -- que el principio de la personalidad, comunmente conocido como - autonomía de la voluntad, implica, según el autor Miguel Viloro Toranzo:

"1).- una actividad libre e intencional del individuo;

2).- que esté facultada y protegida -- por el orden jurídico;

3).- que sea en materias diferentes de

las reguladas coactivamente por mandatos y prohibiciones del orden jurídico;y

4).- que sea creadora tanto de la -- existencia como de los límites, forma, naturaleza y contenido de relaciones jurídicas"(1).

De igual manera podemos señalar que el Derecho privado está compuesto de normas establecidas por Códigos y Leyes, producto del proceso legislativo y, por -- tanto, de una actividad de Derecho público. Así el Derecho -- privado no es "privado" insistimos por su origen último ni por la fundamentación legal en que descansa; es "privado" -- porque deja un amplio margen de actuación, es decir, una autonomía, a los particulares para poder crear una relación de Derecho.

Para entender más claramente lo que es el Derecho público respecto del privado, señalaremos algu

(1) VILLORO TORANZO, MIGUEL. Derecho Público y Derecho Privado. Revista de la Facultad de Derecho de México. Números 99-100. Tomo XXV. UNAM. Julio-Diciembre 1975. Pág. 917.

nas de sus especificidades, según el autor antes citado:

"a).- En cuanto a su contenido o materia, el Derecho público abarca todas las normas que se refieren a la - constitución, organización , funcionamiento, facultades y deberes- de todos los órganos estatales y las relaciones de estos con los- particulares.

b).- En cuanto a las relaciones reguladas, serán públicas todas aquellas en que intervenga, el Estado y en - su calidad de tal.

c).- En cuanto al criterio filosófico -- aplicable, el Derecho público está regido por la justicia de subor- dinación y por la justicia institucional. La justicia de subordi- nación es aquella especie de justicia que tiene como fin inmedia- to el bien de la comunidad y como límite la dignidad de los indi- viduos. Estos no se subordinan a otros individuos, aunque sean go- bernantes; se subordinan a la nación y el derecho que tiene ésta- de exigir tal subordinación es la soberanía. La justicia de subor- dinación se funda en el hecho natural que todo individuo necesita de la comunidad tanto para hacer posible su existencia con necesi- dades humanas como para su pleno desarrollo; por lo mismo, debe - subordinarse en algunas formas a la comunidad.

Además, el Derecho público está también regido por la justicia institucional, que tiene por fin regular los derechos y deberes de las diversas instituciones estatales - entre sí y con vistas a que sirvan al bien común y al bien individual de todos los miembros de la sociedad.

d) En cuanto a las características de las actuaciones jurídicas, serán públicas todas aquellas que se realicen a nombre del Estado y en ejercicio de la soberanía. Ejemplo: el uso de la fuerza pública, expropiaciones por causa de utilidad pública, el otorgamiento de concesiones, los actos jurisdiccionales y los administrativos.

c) En cuanto al modo de operar, puesto que en el Derecho público está presente el Estado en cuanto Estado, es claro que su presencia imprime a su actuación una imperiosidad que se manifiesta en dos formas: en la posibilidad de usar la fuerza (coactividad) para imponer su solución; y en la ausencia de consulta de la otra parte, cuando ésta es una persona (física o moral) particular.

Como se ve, todo se reduce a que en el Derecho público aparece el Estado ejercitando la soberanía, por-

ser el defensor apropiado del bien común nacional"(2)

Contrariamente a lo anterior, tenemos como propias del Derecho privado las siguientes características:

4.1.1.- En cuanto a su contenido o materia, el Derecho privado abarca las normas por las que se ejerce la responsabilidad de los particulares en los límites creadores que les reconoce el Estado por medio del principio ya señalado. Esta autonomía de creación implica la posibilidad de crear, no sólo la existencia de una nueva relación jurídica, sino también los límites, forma y contenido de la misma. Por lo tanto, no es materia de Derecho privado la solicitud de una concesión minera por ejemplo, porque, aunque si es un acto en el que se ejerce la responsabilidad, es la voluntad estatal la que señala los límites, forma y contenido de la concesión. Tiene que haber algo de autonomía en manos de los particulares para que la materia sea de Derecho privado.

4.1.2.- Respecto a las relaciones reguladas, serán privadas todas aquellas en que, tanto el sujeto-

(2) VILLORO TOPANZO, MIGUEL. Derecho Público y Derecho Privado. Ob. Cit. Págs. 920 y 921.

activo como el pasivo sean particulares y actuen como tales. Ya que, en el momento en que un particular actúa por conce--
sión del Estado, la relación es de Derecho público, porque en
ella está presente el Estado en cuanto Estado, aunque sea --
una presencia delegada.

4.1.3.- En cuanto al criterio filosóf
fico aplicable, el Derecho privado está regido por la justicia
de subordinación, que es aquella especie de justicia que
tiene como fin inmediato el bien de los individuos y limitel
el bien común.

El fundamento de la justicia de coordin
ación es la naturaleza racional y libre del hombre que, exig
e una esfera de acción con libertad para cada individuo en-
la que, el Estado sólo podrá intervenir como protector y coordin
ador.

4.1.4.- En relación a las característic
as de las actuaciones jurídicas, serán privadas las que real
icen los particulares en el ejercicio del principio de la autonm
ía de la voluntad.

4.1.5.- En cuanto al modo de oper
ar, puesto que el Derecho privado tiene su fundamento en la

libertad responsable de los individuos, es lógico que sus -- obligaciones nazcan por actos de esa misma libertad, sin --- coacción estatal.

El Derecho privado reconoce, por lo tanto, en una sociedad en cuyas relaciones interviene cada vez más el Estado, que los individuos deben seguir conservando una esfera de acción-limitada y protegida- en la que pueden ejercitar su libertad responsable para desarrollarse como seres humanos. Porque, en última instancia, el desarrollo integral de los individuos, es la razón de ser del Estado.

En suma, no podemos decir que por el hecho de que el Estado intervenga en las actividades de los individuos a través de sus múltiples funciones, en la relación de persona a persona, es decir, en la autonomía de la voluntad, como regulador o como exigencia necesaria para un determinado reconocimiento, sea por ello materia de Derecho público o cambie su naturaleza a tal.

Por lo anterior, hemos mencionado las características del Derecho público y del Derecho privado para evitar cualquier confusión, éste claro, no implica, como ya lo dijimos anteriormente, que no puedan relacionarse entre sí, -

puesto que de hecho así se da. Por lo que, a pesar del excesivo intervencionismo de Estado en las diversas relaciones y acciones individuales, no podemos afirmar que se haya perdido - la naturaleza privatista del Derecho.

A pesar de los múltiples cambios sociales que se han venido sucediendo, el Derecho privado sigue conservando su naturaleza, aunque ya no tan marcada, como hace algunos años, porque no podemos desconocer que ha ido perdiendo terreno, resultando hoy en día un tanto insuficiente - ante las necesidades sociales y ante la serie de innovaciones que en diversos sectores se han dado.

Por otro lado y como un ejemplo de la privacidad que existe todavía en nuestro derecho mexicano, es ta la materia de Contratos, para lo cual invocamos la Tesis - Jurisprudencial de la H.Suprema Corte de Justicia, número 107, visible en la página 300 del Apéndice de 1917 a 1985, Tomo IV, Tercera Sala, que dice:

"CONTRATOS, INTERPRETACION DE LOS.- Para determinar la naturaleza de ----

todo contrato, debe atenderse primeramente a la voluntad expresa de las partes, y sólo cuando ésta no se revela de una manera clara, habrá que recurrir a las reglas de interpretación".

TESIS RELACIONADAS

"La naturaleza de los contratos se deduce de la voluntad de los contratantes y de las formalidades esenciales que fija la ley, -- sin que puedan cambiar esa naturaleza, las formalidades de índole externa y secundaria". Pág.31.

CONTRATOS, VOLUNTAD DE LAS PARTES- EN LOS.- Si bien es verdad que la voluntad de las partes, es la suprema ley de los contratos, también lo es que dicho principio tiene dos limitaciones forzosas e ineludibles: la primera, que se deriva del interés público que está por encima de la voluntad individual, y la segunda de la técnica jurídica, sobre la que tampoco puede prevalecer el capricho de los contratantes". Pág.302.

4.2 LA SOLIDARIDAD COMO UNA ACTITUD SOCIAL.-EL DEFECHO COMO APARIENCIA Y REALIDAD.

Duguit, nos muestra a este respecto, en un estudio realizado de la solidaridad en la vida colectiva, a

la solidaridad como un hecho social evidente, derivado de la necesidad de unión que tienen los hombres entre sí.

De igual manera, considera el autor señalado que, a la solidaridad social la constituyen principalmente los elementos constitutivos de la cohesión - - - para el cumplimiento de la función social que incumbe a cada individuo, a cada grupo. Así, la solidaridad social, debe comprenderse científicamente, no como un sentimiento, y aún - menos una doctrina; no es siquiera un principio de acción. - Es un hecho de orden real susceptible de demostración directa "...es el hecho de la estructura social misma. Si se le - observa y se le analiza, se comprueba que, cualquiera que - sea el grado de civilización de un pueblo, la solidaridad o interdependencia social está constituida por dos elementos, que se encuentran siempre en grados diversos, con formas variables, entremezclados unos con otros, pero que presentan siempre caracteres esenciales idénticos, en todos los tiempos y en todos los pueblos. Esos dos elementos son: las semejanzas de las necesidades de los hombres que pertenecen a un mismo grupo social; y en segundo lugar, la diversidad de las necesidades y de las aptitudes de los hombres que perte

necen a ese mismo grupo"(3)

Continúa diciendonos León Duguit, que los hombres de una misma sociedad están unidos unos con otros, primero porque tienen necesidades comunes, cuya satisfacción no pueden asegurar más que por la vida común: tal es la solidaridad.

Por otra parte los hombres están unidos a otros porque tienen necesidades diferentes, y pueden -- por tanto, apoyarse en mutuos servicios y asegurar la satisfacción de sus necesidades diversas. Este es un ejemplo de la solidaridad social por la división del trabajo.

Por otro lado, tenemos que el Derecho es el que reproduce las formas principales de solidaridad social, ya que de acuerdo a su clasificación, existen diferentes formas de solidaridad social.

Así, el lazo de solidaridad social al que corresponde el derecho represivo es aquel cuya violación constituye un delito. Y como todo delito implica una sanción, es necesario formarnos una idea exacta de lo que --

(3) DUGUIT, LEON. Las transformaciones generales del derecho - privado desde el Código de Napoleón. Librería Española y - Extranjera de Francisco Beltrán, 16. Madrid. Pág. 30.

implica la sanción penal, para lo cual es menester reconciliar las dos teorías contradictorias que se han formulado al respecto: aquella que la entiende como una forma de expiación, y --- aquella que pretende convertirla en una arma para la defensa social. Es bien cierto que funciona protegiendo a la sociedad, pero sólo lo hace en la medida en que es expiatoria. Y si debe ser tal, ello no quiere decir que en mérito de alguna virtud mística el dolor compense al error, sino más bien de que sólo puede producir un efecto socialmente útil bajo esa condición.

El resultado de lo anterior es que existe una solidaridad social derivada de un cierto número de estas dos de conciencia comunes a todos los hombres de la misma sociedad. Por consiguiente esa solidaridad está representada por el Derecho represivo, por lo menos en lo esencial.

Se reconocen a este respecto, sólo dos tipos de solidaridad positiva que pueden distinguirse por las cualidades siguientes:

El primero alcanza al individuo directamente en la sociedad, sin intermediarios.

En el segundo, el individuo depende de la sociedad, porque se sirve de las partes que la componen.

La sociedad no es vista desde el mismo punto de vista en los dos casos. En el primero, lo que denominamos sociedad es una totalidad, más o menos organizada, de -- creencias y sentimientos comunes a todos los miembros del grupo: se trata del tipo colectivo. Por el otro lado, la sociedad con la cual somos solidarios, en el segundo caso es un sistema de funciones diferentes, especiales, unidas por relaciones pre cisas. Esas dos sociedades en la realidad sólo constituyen una sociedad única. Se trata de dos aspectos de la misma y única - realidad, pero con todo debe distinguírselas.

De esta segunda diferencia deriva otra que nos servirá para caracterizar y denominar dos tipos de solidaridad.

El primer tipo sólo puede tener fuerza si las ideas y tendencias comunes a todos los hombres de la so ciedad son más numerosas y más intensas que las que pertenecen individualmente a cada miembro. Esta solidaridad sólo ---- puede crecer en proporción inversa a la personalidad.

Hay en cada uno de nosotros, dos conciencias: una que es común a nuestro grupo en su totalidad y que, en consecuencia, no es propia de cada uno, sino que es la sociedad viviendo y actuando dentro de nosotros; la otra, por el contrario, representa lo que en nosotros es personal y distinto. La solidaridad derivada de la semejanza es la máxima, cuando la conciencia colectiva envuelve completamente a nuestra conciencia individual, coincidiendo en todos sus puntos con ella.

Respecto a la solidaridad producida por la división del trabajo; en ésta sucede algo totalmente distinto, ya que aquí los individuos no se parecen entre sí, puesto que en este tipo de solidaridad, por un lado, cada uno depende mucho más estrictamente de la sociedad en la medida en que el trabajo se encuentra más dividido; y por otro, la actividad de cada uno es tanto más personal en cuanto se hace más especializada. La sociedad adquiere mayor capacidad para efectuar movimientos colectivos, al mismo tiempo que cada uno de sus elementos cuenta con mayor libertad de movimiento.

Sin embargo, también podemos resaltar la existencia de una solidaridad social como producto de la costumbre, puesto que es ésta un fenómeno social, que -

corresponde en la vida de las sociedades a la voluntad y acción de los individuos, por tanto, la costumbre constituye un fenómeno social, que a través de la repetición, en determinado tiempo y espacio de los usos o hábitos que practica una sociedad, crea una poderosa fuerza que unifica al conjunto de individuos del grupo o sociedad, por la afinidad de ideas y sentimientos que pueden llegar a gestarla, así como los motivos que la conservan, durante el tiempo que se practica.

Asimismo podemos hablar de una solidaridad jurídica.-"que es la que guarda relación indirecta con el instinto de poder, ya que al organizarse la sociedad y crear sus instituciones así como darse sus propias autoridades, se transforma el poder en una expresión normativa, en derecho"(4)

Respecto al Derecho como apariencia y realidad, diremos que la sociedad capitalista en la que nos toca vivir, impone un sistema socio-económico en -

(4) NAVA RUIZ, SALVADOR. La sociología y sus conexiones con el Derecho. Tesis.Facultad de Derecho.México 1965.Pág.55.

el que prevalece la desequilibrada repartición de las riquezas. Todo está dispuesto en una sociedad como la nuestra, para que su sistema de organización sea presentado ante los dominados como un modelo social insuperable, que no podría ser cambiado sino por una serie de desastres y desajustes

Eduardo Novoa Monreal, nos dice que dentro de este sistema, la ley y el derecho se convierten en instrumentos eficientes e irremplazables capaces de hacerlo perdurar. Mediante ellos no sólo se conserva el orden social coercitivo, sino que además introducen una cierta idea de un orden con carácter de sagrado e intocable. De esta suerte, la democracia representativa se confunde con participación directa del pueblo en el gobierno.

El orden social que el Derecho favorece dentro de tal sistema es la verdadera atomización.- Se procura disgregar a los seres humanos, dificultarles su unión y su asociación, salvo en los casos que cooperen a la mitologización buscada.

Continúa diciéndonos este autor - que, con mucha razón, un jurista moderno ha desmentido que

el derecho de la sociedad burguesa capitalista exprese un deber ser; la verdad sería que sus reglas y principios están destinados principalmente a consolidar y mantener lo que ya existe y constituye su tipo de organización socio-económica; es decir, reflejaría algo que ya es.

Eduardo Novoa M. nos dice que todo - eso envuelve una apariencia engañosa, porque el derecho no es sino un instrumento de ordenación social. Sus reglas son apenas formas cuyo contenido se llena con las inspiraciones político-económicas de una sociedad determinada y carecen de significación por sí mismas si se las quiere presentar aisladas de un contexto social concreto animado por las metas que le imprime el sector dominante. Presentar el derecho puesto al servicio de la burguesía y con el contenido económico social determinado, como el único derecho posible o, a lo menos, como el más desarrollado, perfecto y completo, ha constituido el principal éxito de la clase dominante.

Mientras los juristas y legisladores renuncien a una profundización de la idea misma de derecho, - mientras no pongan sus principios al servicio de la sociedad

actual y asu mejor organización y no revisen la legislación anticuada que rige, predominantemente, para darle a la ciencia jurídica por lo menos la posibilidad de abrirse a concepciones sociales más justas y, especialmente, mientras no renuncien a continuar al servicio de ideologías para las que la manipulación del derecho es una de las importantes armas dentro de su lucha política, económica y social, el derecho persistirá como un obstáculo para el cambio social debido a su mal manejo.

4.3 INFLUENCIAS RECIPROCAS ENTRE LOS CAMBIOS JURIDICOS Y LOS CAMBIOS SOCIALES

La teoría expuesta por el jurista austríaco Eugen Ehrlich, es la que nos sirve de punto de partida adecuado para las reflexiones que presentaremos en este apartado.

Ehrlich cuyo interprete es, Wolfgang, Friedman, nos señala que, la analogía de los puntos de vista de Ehrlich con los

de Savigny reside en la importancia que concede al "derecho vivo del pueblo", basado en la conducta social y no en la norma coercitiva del Estado, ya que para Ehrlich, las normas observadas por el pueblo, son leyes, aun cuando nunca sean reconocidas ni formuladas por la norma del Estado. Dicho jurista considera que la principal esfera de la norma compulsiva del Estado está en los campos específicamente relacionados con los fines del Estado, a saber la organización militar, la tributación y la administración policiaca. Aunque admite que la esfera de las actividades esenciales del Estado y, por consiguiente, de las normas creadas para su protección, se ha ensanchado en nuestro tiempo, todavía sigue constituyendo para él una parte medular del derecho, que el separa del "derecho vivo" de la comunidad.

Esta diferenciación fundamental entre un cuerpo principal de derecho, que nace para la vida social del "pueblo", el cual vive como nación o como familia y una esfera limitada de "normas del Estado", creadas para fines de organización y protección, ha perdido su validez y significado en la sociedad cada vez más industrializada y articulada de nuestro tiempo. Actualmente, los cuerpos legislativos trabajan activamente en todas partes, flaqueados

por una multiplicidad de organismos administrativos por un lado, y por una diversidad de instituciones judiciales por el otro, que moldean y reglamentan activamente el campo de acción de las empresas de negocios, así como las relaciones de propiedad de las familias y hasta los hábitos de crianza de los niños. La legislación sobre los contratos de arrendamiento y de compra afecta a los hábitos del comprador, mientras que la legislación sobre zonificación y planeamiento urbano tiene un influencia decisiva sobre la propiedad territorial y otros derechos de propiedad. Una sociedad altamente urbanizada y mecanizada, en la que un gran número de personas viven estrechamente juntas y dependen cada vez más las unas de las acciones de las otras y del abastecimiento de mercancías que están fuera de su propia esfera de control, ha conducido a un papel cada vez más activo y creador de los instrumentos deliberadamente legislativos del Estado.

Por otra parte, el cambio en la opinión pública y en la política legislativa de todos los grandes partidos y de los gobiernos contemporáneos ha ido mucho más lejos. Ya que conservadores y liberales, democrá

tas y repúblicanos, socialistas e individualistas, consideran al Estado obligado a conseguir condiciones de ocupación estable y plena, mediante las obras públicas y los sistemas de auxilio y otros instrumentos de política pública. Porque la comunidad espera de él , que proporcione un nivel mínimo de vida, de habitación, de condiciones de trabajo y de seguros sociales, porque aunque existan discusiones sobre ello, todos los grandes partidos reconocen como necesario, cierto grado de intervención del Estado, práctica de ello, lo encontramos en los Estados modernos.

Así, los factores técnicos y un cambio gradual de la filosofía pública se combinan para efectuar un cambio radical y orgánico de las relaciones entre la acción-legislativa y la evolución social. La interdependencia de la acción del Estado y de la opinión pública se ha hecho mucho más complicada y sutil de lo que era en tiempos de Savigny y aun de Ehrlich.

En efecto, el Estado es, realmente, el poder organizado de la comunidad, equipado con un arsenal de instrumentos de acción que crece incesantemente, y, como tal,-

se opone a las desorganizadas marejadas de la opinión pública. El poder de los que manejan la organización del Estado se ha multiplicado muchas veces, absoluta o relativamente, por el desarrollo de la moderna maquinaria legislativa y administrativa así como por la creciente concentración del poder físico y técnico, y más aún por los medios de comunicación. Pese a ésto, todavía existen personas, grupos e individuos, que controlan la organización, porque ellas mismas son, en mayor o menor grado, representantes de las fuerzas sociales que a su vez, procuran moldear y dirigir mediante los instrumentos del Estado. El tipo de interrelación que prevalece en toda situación dada está determinado por dos factores según el autor mencionado: "a) el tipo de sistema político que dirige la acción legal; b) el tipo de interés social que es objeto de la reglamentación legal en cuestión"(5).

Así, tenemos que en un sistema democrático como el nuestro, la acción mutua entre la opinión social y las actividades legislativas del Estado es más clara y más articulada. La opinión pública sobre cuestiones socia--

(5) FRIEDMANN, WOLFGANG. El Derecho en una sociedad en transformación. Edic. la. Edit. Fondo de Cultura Económica. México-Buenos Aires, 1966. Pág. 25.

les vitales se expresa constantemente no sólo a través de los representantes elegidos para las asambleas legislativas, sino mediante la discusión pública en la prensa, la radio, etc. A causa de esta constante acción recíproca entre la articulación de la opinión pública y el proceso legislativo, la tensión entre la norma jurídica y la social rara vez puede ser demasiado grande. Ya que en un sistema como el nuestro no es posible imponer una ley a una comunidad totalmente hostil. Pero una fuerte ola social obliga a ejercer la acción legal más tarde o más temprano. Entre esos dos extremos, existe una gran variedad de modalidades de incitación y de respuesta a ella. -- Por una parte, la Ley puede al fin, y tardíamente responder al gran movimiento de la costumbre o de la opinión social. La aplicación del divorcio legitimado, por ejemplo, es la respuesta a la creciente libertad de movimientos de la mujer casada en la sociedad occidental contemporánea, el aflojamiento de los vínculos religiosos y el desarrollo de hábitos sociales que conducen a la disolución de un número cada vez mayor de matrimonios, con o sin la sanción de la Ley. Aquí, vemos que en este caso, la alternativa que se le presenta al legislador es permitir que se produzca una brecha cada vez mayor entre la teoría legal y la práctica social, o responder a un cambio irresistible en los hechos sociales de la vida.

Por otra parte, un individuo o una pequeña minoría decididas y valientes pueden iniciar y proseguir un cambio jurídico, ante la inacción gubernamental y una opinión pública indiferente. Ejemplo de ello lo tenemos en la legislación que ahora existe en muchos países para la conservación de los bosques y de ciertos animales salvajes, ha sido el resultado tardío de los esfuerzos decididos de pequeños -- grupos de individuos que veían más allá de los intereses inmediatos no sólo de los intereses creados, sino del legislador y del funcionario del gobierno.

Tanto la respuesta legislativa como la judicial a las necesidades sociales y al cambio de tendencias de la opinión pública son estimuladas en gran medida por las guerras y por otras grandes emergencias nacionales. Esto es particularmente cierto en la esfera de los derechos de propiedad y otros intereses económicos, en la que las posiciones entrelazadas se debilitan a consecuencia de una situación -- económica de la cual se les considera por lo menos en parte -- responsables. Fue sin embargo, la Segunda Guerra Mundial, con sus profundos efectos sobre todo la población, la que produjo, en la Gran Bretaña, cambios legislativos de tanto alcance co-

mo la legislación sobre el Seguro Nacional de 1949, también la nacionalización de ciertos servicios públicos fundamentales, etc.

Las emergencias nacionales tienden también a producir un reajuste en las relaciones de las libertades personales individuales y la seguridad nacional. El hecho de que en las democracias occidentales el restablecimiento de las libertades personales haya ido en general mucho más allá que el de los privilegios económicos es, en sí mismo, señal de un cambio más profundo en la estructura de la sociedad industrial contemporánea, que es una respuesta a la época de libertad económica más o menos irrestricta - de movimientos socialmente inaceptables.

Nuestro estudio de los cambios jurídicos, en respuesta a nuevas necesidades sociales o a un cambio vital en el terreno de la opinión pública, ha versado principalmente sobre problemas de lo que se llama "Derecho Político". Aunque la esfera de este Derecho, un cuanto diferente del "Derecho de abogados", está lejos de cambiar, ya que en términos generales cubre los intereses vitales y

más evidentes de la comunidad en conjunto, o de un sector de ella especialmente importante que le conciernen esencialmente los derechos y poderes respectivos de la autoridad pública en sus relaciones con los individuos o con los grupos que viven dentro del Estado: contrariamente, el llamado "derecho de abogados" se refiere a materias de carácter más técnico y limitado. Pertenecen a la esfera del derecho consuetudinario tradicional, regulado por un derecho elaborado por los jueces que se desarrolla en las jurisdicciones del derecho consuetudinario, y por los códigos civiles en casi todas las -- otras jurisdicciones. En esta esfera hay una acción recíproca más estrictamente definida entre los cambios sociales, la evolución jurídica por interpretación judicial y la acción legislativa, que varía de un país a otro y de una época a -- otra.

En materia de contratos, agravios, definición de los derechos de propiedad, forma y validez de los testamentos, y otras instituciones similares, la acción-recíproca entre el derecho y el cambio social, es predominantemente una cuestión de toma y daca entre una opinión profesional relativamente restringida y altamente preparada por -

un lado, y los tribunales o el cuerpo legislativo por el otro.

Dentro de otro orden de ideas tenemos que las Constituciones Federales presentan muchos -- obstáculos a la conservación de los cambios sociales en -- cambios jurídicos. El sistema federal se funda en el equilibrio de poderes, sin embargo, aunque cada estructura federal tiene su particular combinación de frenos y contra--frenos, en el sistema federal en cuanto tal, actúan tres -- factores importantes, cada uno de los cuales tiende a re--tardar la acción legislativa y la respuesta a las nuevas -- necesidades sociales.

4.4 LA PROTECCION CONTRA EL BUROCRATISMO

El papel real del Estado es inseparable de quienes efectivamente lo encarnan y operan; es -- decir, no sólo los dirigentes políticos propiamente dichos, -- sino también, sobre todo, el cuerpo burocrático. En todo sis-

tema político, el gobierno incluye siempre dos ordenes de acción, política y administrativa. El primer orden está situado al nivel de la formulación y ejecución de las decisiones que interesan a la sociedad global y a sus principales divisiones y componentes, el segundo orden de acción se sitúa al nivel de la organización y de la aplicación de las decisiones tomadas sobre asuntos públicos.

Todo aparato administrativo, y el del Estado más que cualquier otro, despliega una protección-casi fatal a la burocratización como proceso y al burocratismo como resultado y sistema. Los factores, los rasgos y consecuencias de la burocratización y del burocratismo son múltiples y complejos, los que trataremos de explicar a continuación.

Primeramente diremos que, la burocracia es una categoría histórica. Anteriormente a las sociedades precapitalistas no se conocía tal fenómeno, como se ha ido dando cada vez más en la Epoca Moderna y en la Contemporánea.

La aparición de la burocratización, primero como forma política y luego como técnica, se produce en la transición del feudalismo al capitalismo, con la emergencia y creciente primacía de la economía monetario-mercantil, de la empresa productora, de la burguesía y del Estado.

Las condiciones socioeconómicas del capitalismo son adaptadas e incorporadas por el Estado y la burocracia. Esta entra en relaciones de trabajo asalariado con el Estado y sus oficinas, le vende sus capacidades y le sirve. El desarrollo de la sociedad burguesa y el progreso técnico llevan a la burocracia a combinar sus actividades y sus cualidades políticas con las funciones de ejecución.

En este sentido, en el Estado moderno, se ha dado la creación y el ascenso de la burocracia. La esfera de la política y de la administración, el manejo de las cuestiones sociales, se vuelven monopolio, propiedad privada y -- profesión de la burocracia pública en el interior de los poderes ejecutivos, legislativo y judicial.

Sin embargo, la burocracia no es una -- abstracción, sino que es la resultante de una serie de variables y de sus diversas constelaciones, y en función de ellas surge, se organiza y cambia. Sus elementos determinantes, condicionantes y característicos se refieren tanto a la estructura y dinámica de la sociedad global, como a las cuestiones -- internas.

Así, dentro del sistema considerado en su conjunto, la burocracia es una capa social de naturaleza -- específica, encargada de la administración de los asuntos públicos. Por la propia índole de su función y de sus actividades, la burocracia cumple funciones de regulación y de mediación con referencia a distintos grupos, con los que debe por lo tanto establecer relaciones de poder, ya sea en papel subordinado e instrumental, ya como cuerpo independiente y director, ya más frecuentemente, como una combinación de ambos.

La actividad del Estado se expande desde los servicios tradicionales hasta nuevas funciones y tareas de regulación y de gestión directa. El gobierno se vuelve -- el agente más importante en la producción y el financiamiento, en la compra y venta de bienes y servicios, en la inver-

sión y el empleo, en la actividad empresarial, con incidencia directa e indirecta cubre la estructura y el funcionamiento de la economía y de la sociedad. Produciéndose como consecuencia de ello un crecimiento incesante, una concentración y una centralización del poder estatal y de su aparato administrativo, así como un aumento en el número y los alcances de sus -- funciones y facultades con respecto a los grupos y a los individuos, que dependen cada vez más del gobierno para su existencia, su ingreso y seguridad. La burocratización del Estado por consiguiente, es el resultado del excesivo crecimiento de la administración pública.

Sin embargo, la burocracia no sólo es una capa social, sino también un tipo de organización. Pues -- como el estado requiere para su gestión un cuerpo especializado de funciones y técnicas administrativas, un personal, un aparato y un patrimonio, es por lo que, la burocracia se articula como un sistema preciso e institucionalizado de poder, saber y técnica. Se estructura a través de una jerarquía vertical de mando y de obediencia, para la elaboración y la ejecución de normas, decisiones y actividades.

El dualismo Estado-sociedad, que da ba

se a la burocracia tiene tambien como consecuencia la separación y la autonomización de la forma y del contenido. La burocracia, como formalismo de Estado se vuelve una sociedad aparte y cerrada en el seno del Estado. Al mismo tiempo que establece un cierto orden y un tipo determinado de relaciones entre sus miembros, la burocracia se constituye en un círculo cerrado sobre sí misma, su aparato, sus oficinas y sus miembros.

La burocracia tiene una tendencia inherente y fatal a conservar y extender su poder, sus funciones, su ámbito de actividad, a la proliferación, al crecimiento acumulativo y autosostenido. La burocracia posee una dinámica intrínseca y fatal a la expansión cuantitativa y cualitativa de su autoridad, de su aparato y de su ámbito de acción.

Por tanto, las excesivas funciones que realiza el Estado y los múltiples servicios que se han generado, han sido la cuna de la existencia de ese burocratismo, -- que, cada vez más se va extendiendo y que el Estado protege por considerarlo parte de él, formando parte de dicha burocratización todos los servidores públicos que conforman nuestra administración pública estatal.

CONSIDERACIONES FINALES

Podemos concluir que, a pesar de las constantes modificaciones ocurridas, en la mayoría de las le yes y consecuentemente en el Derecho, se han realizado éstas, sin tomar en consideración la existencia de la gran movili--dad de la vida social actual, situación que trae consigo la--inadaptabilidad de éstas a las necesidades sociales del ----país. Sin embargo y pese a ello, el Derecho, no alcanza a --equilibrarse con dicha movilidad, ya que ésta lo supera, por tantos y tan variados cambios sociales que, a través de la -historia y del presente se han venido sucediendo aparejadas--con la realidad social.

Aunado a lo anterior, se produce una serie de cambios sociales, por lo que, debido a ello, existe una gran brecha entre la realidad social y el Derecho, ya --que vemos como, mientras éste tiene su fundamento en el ----orden establecido, aquella lo tiene en las transformaciones que se presentan en la vida social. Resulta pues, ineficaz,-en cierto modo, el Derecho en relación a las exigencias so--ciales de la época actual, al grado de encontrarse ya en un

estado crítico.

Sin embargo, nótese que no nos estamos refiriendo a un retraso de tal, pues de ninguna manera se trata de eso, ya que nuestro derecho también ha tenido una gran evolución, sino que, a lo que nos referiremos, es a que, a pesar de existir esa evolución, la realidad social lo rebasa por ser ésta una época transitoria, en la que nada es estable, produciéndose en consecuencia, un desequilibrio entre ambos.

Comunmente la Ley, como producto del ordenamiento máximo, se eleva a la categoría de Derecho, Derecho que para tener la calidad de tal debe reunir una serie de requisitos formales y materiales, principalmente por razones de validez, conforme lo establece nuestra Constitución Política, en sus artículos 71 y 72.

En cuanto al Estado de Derecho, decimos que tanto uno como el otro, se relacionan y se perfeccionan entre sí, resultando de su fusión el llamado Estado de Derecho ya que no puede existir un Estado sin Derecho y viceversa.

El Estado de Derecho es la máxima garantía para el ciudadano, el cual debe reunir una serie de características, tales como:

- el imperio de la Ley
- la legalidad de la Administración
- derechos y libertades fundamentales

Para que exista, entonces, un verdadero Estado de Derecho, deben darse necesariamente éstas características a las que acabamos de referirnos.

Por otra parte, podemos decir que, nosotros vivimos en un verdadero Estado de Derecho.

Nuestro régimen jurídico se encuentra en sumo grado influenciado por el continente europeo, manifestándose ello, en la legislación mexicana, y en especial en el ámbito de la codificación, ya que las corrientes francesa, española y alemana han sido fuentes en forma directa e indirecta de nuestra codificación civil.

El Código Civil del Distrito Federal de 1928, ha sido la obra legislativa más importante de nues-

tro siglo, por ser la que se adaptó mejor a las necesidades - sociales existentes de la época, a raíz de una serie de acontecimientos políticos, sociales y económicos que acarrearón grandes cambios, lográndose, con dicho Código Civil, la transformación social.

Con el Código Civil de 1928, se logró una justicia social más acorde con la realidad, producto del movimiento de 1910, surgiendo así una serie de cambios y modificaciones, tales como: las que se refieren a la aplicación de la Ley; las reformas de carácter social; las de índole familiar; y las del derecho patrimonial.

A pesar del gran esfuerzo realizado -- por los legisladores de 1928, determinadas instituciones que regula aún nuestro actual Código, resultan obsoletas en este Ordenamiento, ya que han surgido una serie de leyes nuevas ---acordes con la realidad y necesidades sociales, tratándo, de ese modo, de subsanar las deficiencias de nuestro actual Código Civil para el Distrito Federal.

De la Revolución Mexicana de 1910 deri

va una gran preocupación, así como una inquietud incesante, - consecuencia ambas de la confusión de ideas que se tenía, y - que provoca una serie de intentos legislativos, para establecer un sistema jurídico, ya que no se tenía una idea clara -- del sistema a seguir, o que gobierno implantar, por la situación existente en ese tiempo.

Surge a partir de entonces, una serie de leyes nuevas, para ayudar a las clases desprotegidas y a los que se encontraban en desventaja frente al Estado, dando preferencia siempre a los intereses colectivos sobre los individuales, surge así una legislación laboral.

La importancia que tiene nuestra legislación es que, a través de ella se han podido subsanar necesidades sociales, cubriéndose con ellas, en gran medida, -- los problemas planteados.

El Derecho positivo es el imperante - en la sociedad, porque es la norma jurídica que efectivamente recibe aplicación en un medio social determinado, y difiere -

del formalmente impuesto, porque éste, es aquél que la autori-
dad estatal impone mediante la promulgación de reglas obliga-
torias de conducta.

Sin embargo, el Derecho que predomina para la mayoría de la comunidad es el formalmente impuesto, - por razones de validez jurídica, por estar así establecido -- por la autoridad estatal.

Los antecedentes históricos de nuestro actual Estado, los encontramos en la Edad Media, época en la cual todavía no se conocía lo que hoy denominamos Estado, - ya que, el poder de entonces, era de tipo pluralista, debido a la existencia de múltiples unidades de poder.

En ese tiempo quien más poder representaba era la Iglesia. Sin embargo, el Estado se logró imponer como unidad, a mediados del siglo XIII, cambiándose así - el sistema feudal que existía, por el naciente Estado Nacional.

El concepto de Estado, trae consigo -

una serie de estudios y teorías para su elaboración, así como diversas acepciones que de él se dan, llegándose a la conclusión de que, el Estado, es una parte de la sociedad, asentada sobre un territorio jurídicamente organizado, bajo la forma de un gobierno independiente que se propone la realización de aquellos fines, que se determinan de acuerdo con sus condiciones históricas, por lo que, en términos generales, podemos dar nuestro concepto de Estado en los siguientes términos: "Estado es una unidad políticamente organizada".

El Derecho y el Estado se relacionan de manera directa e indirecta en la medida en que uno y otro se condicionan, así la existencia del Derecho justifica la del Estado y a contrario sensu, éste justifica la de aquél. Por lo que, no es posible hablar de Estado sin referirnos al Derecho, ya que el Derecho limita al Estado, por cuanto regula a sus instituciones. Y porque el Estado crea al Derecho.

Los principales elementos del Estado que condicionan a la unidad estatal son: el territorio, el -

pueblo y el poder.

Debido al excesivo crecimiento del ámbito de acción que el Estado tiene, han surgido un sin fin de funciones nuevas, que se han multiplicado y desarrollado conforme pasa el tiempo, transformándose ahora en un Estado, realizador, promotor y ejecutor inmediato, produciéndose por tanto, nuevas funciones, como: la institucionalización, legitimidad y concenso; coacción social, educación y propaganda; organización colectiva, política económica; y relaciones internacionales,

Por otra parte, las funciones esenciales que tiene el Derecho en nuestra sociedad son: la certeza, seguridad y cambio; resolución de los conflictos de intereses; organización, legitimación y restricción del poder.

Actualmente se han venido sucediendo múltiples cambios, tales como, la excesiva intervención del Estado en las cuestiones privadas, surgiendo el cuestionamiento de sí, debido a esa intervención, cambia la naturaleza privatista de nuestro Derecho, para devenir en Derecho público.

A pesar de la intervención del Estado, en las cuestiones privadas, sigue conservando, el Derecho privado su naturaleza como tal, y aunque no desconocemos que, conforme ha pasado el tiempo ha ido perdiendo ese carácter privatista. No podemos afirmar que, por el hecho de que el Estado intervenga en las instituciones de Derecho privado, cambie su naturaleza a público.

La solidaridad es un hecho social, derivado de la necesidad que tienen todos los hombres de unirse entre sí, y de ayudarse mutuamente, de lo que pueden resultar varios tipos de solidaridad.

Dentro de otro orden de ideas, el Derecho como apariencia, es el que se nos presenta como lo que parece, pero que no es, porque el gobierno mexicano presenta al Derecho, como algo sagrado, intocable y único, sin mostrar verdaderamente la realidad jurídica como proteccionista de los intereses de la clase dominante, más que de la clase desprotegida, ya que los que lo manejan, lo hacen conforme a sus propios intereses personales; mientras esto suceda, no podrán abrirse caminos nuevos, para evitar el creciente desequilibrio económico

co y social que existe de acuerdo con ésto, el Derecho persistirá como un obstáculo y no como un instrumento del cambio social.

Podemos decir que, el Estado y el Derecho no son instrumentcs de cambio y sólo lo serán en la medida en que, quienes deban manejarlo -aplicarlo e interpretar lo- tengan una disposición o preparación científico-social adecuada a esa función; de lo contrario, por revolucionaria -- que sea la norma, la ley o la ordenación jurídica prevista, en su interpretación o aplicación se tergiversará totalmente el espíritu o idea que se tuvo en cuenta al proponerla y el cambio no se dará.

CONCLUSIONES

- El Derecho pese a su evolución no ha podido equilibrarse con la realidad social, por la movilidad de ésta.

- La legislación mexicana en su formación recibió principalmente influencia del Continente Europeo.

- La Constitución Mexicana y una serie de leyes protectoras del interés colectivo, son el producto -- del movimiento de 1910.

- El Código Civil del Distrito Federal de 1928, es la obra legislativa más importante de nuestro siglo.

- Los antecedentes del Estado actual -- se encuentran en la Edad Media.

- Los elementos constitutivos del Estado son: el territorio, el pueblo y el poder.

- El Estado es una unidad políticamente organizada.

- El Derecho y el Estado se relacionan de manera directa e indirecta.

- El Estado realiza múltiples funcio

nes nuevas debido al crecimiento de su ámbito de acción.

- El excesivo intervencionismo de Es
tádo, es uno de los principales cambios que produce el aument
to de funciones y como consecuencia el burocrátismo.

- El actual gobierno mexicano, presen
ta al Derecho como algo que parece justo, pero que en realid
dad sólo protege intereses.

- El Derecho y el Estado serán ins--
trumentos de cambio; en la medida de que quienes los manejan
lo hagan conforme al interés colectivo.

FUENTES BIBLIOGRAFICAS

- 1.- AGUILAR GUTIERREZ, ANTONIO y JULIO DEFBEZ MURO. Panorama de la Legislación Civil de México. UNAM. México, D.F., -- 1960.
- 2.- ALVAREZ SOBEPANIS, JAIME. El Derecho como técnica social. Tesis. Universidad Iberoamericana. México, D.F., 1966.
- 3.- CARONE DEDE, FRANCISCO. El Derecho.-El Estado de Derecho. El Derecho y la Revolución. Imprenta Universitaria. Djs curso de Apertura del Curso Académico 1953-1954. La Habana 1953.
- 4.- CENICEROS, JOSE ANGEL, ERNESTO ENRIQUEZ, JR., MANUEL G.- ESCOBEDO Y OTROS. Evolución del Derecho Mexicano. Tomo I. Vol. VI. Edit. Jus. México, D.F. 1943.
- 5.- DIAS, ELIAS. Estado de Derecho y Sociedad democrática.- Edic. 7a. Edit. Cuadernos para el Diálogo, S.A. Madrid -- 1979.
- 6.- DUGUIT, LEON. Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón. Edic. 2a. Traducción de Carlos G. Posada. Edit. Francisco Beltran. Madrid. s.f.
- 7.- FRIELMANN, WOLFGANG. El Derecho en una sociedad en trans formación. Edic. 1a. Edit. Fondo de Cultura Económica. Mé xico-Buenos Aires, 1966.
- 8.- GARCIA MAYNES, EDUARDO. La definición del Derecho. Edic. - 1a. Edit. Stylo. México, D.F., 1948.
- 9.- GARCIA MAYNES, EDUARDO. Introducción al estudio del dere cho. Edic. 32a. Edit. Porrúa, S.A. México, D.F., 1960.

- 10.- HANS, KELSEN. Teoría del Derecho y del Estado. Esic. 2a. Edit. UNAM, 2a, reimpresión. México, D.F., 1979.
- 11.- HENRIQUEZ UREÑA, PEDRO. Historia de la Cultura en la -- América Hispánica. Edic. 3a. Edit. Fondo de Cultura Económica. México-Buenos Aires 19
- 12.- HERMANN HELLER. Teoría del Estado. Edic. 1a. Edit. Fondo - de Cultura Económica. México, D.F., 1983.
- 13.- KAPLAN, MARCOS. Estado y Sociedad. Edic. 1a. Fdit. UNAM. México, D.F., 1980.
- 14.- LABORDE OÑATE, SANTIAGO. El Estado y el Derecho. Edic. 1a. Edit. Edico, S.A. UNAM. Azcapotzalco, México, 1977.
- 15.- LARENZ, KARL. Metodología de la ciencia del Derecho. Edic. 2a. Edit. Ariel. Barcelona-Caracas-México, 1980.
- 16.- LATORRE SEGURA, ANGEL. Introducción al Derecho. Edic. 6a. Edit. Ariel. Barcelona, 1974.
- 17.- LEGAZ Y LACAMERA, LUIS. El Estado de Derecho en la Actualidad. Edic. 1a. Edit. Reus, S.A. 1934.
- 18.- LEYVA, GABRIEL y LISANLRO CRUZ PONCE. Código Civil para - el Distrito Federal 1932-1982. UNAM. México, D.F. 1982.
- 19.- MUÑOS, LUIS. Comentarios al Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 30 de agosto de 1928. Vol. I, Edit. Lex. México, D.F., 1946.

- 20.- NAVA RUIZ, SALVADOR. La sociología y sus conexiones con el Derecho. Tesis. Facultad de Derecho de México, 1965.
- 21.- NGVOA MONREAL, EDUARDO. El Derecho como obstáculo al -- cambio social. Edic. 7a. Edit. Siglo XXI. México, D.F., 1985.
- 22.- PIERRE DE CALAN. Estatismo y Burocracia. Edit. del --- Atlantico. Argentina-Buenos Aires. 1959.
- 23.- PORFUA PEREZ, FRANCISCO. Teoría del Estado. Edic. 2a. Edit. Porrúa, S.A. México, D.F. 1958.
- 24.- RABASA, EMILIO. La evolución histórica de México. Edic. 2a. Edit. Porrúa, S.A. México, D.F. 1956.
- 25.- RECASENS SICHES, LUIS. Nueva filosofía de la interpretación del Derecho. Edic. 3a. Edit. Porrúa, S.A. México, - D.F. 1980.
- 26.- RECASENS SICHES, LUIS. Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX. Edic. 1a. Edit. Porrúa, S.A. Tomo I. México, D.F., 1983.
- 27.- ROMERO, JOSE LUIS. Situaciones e ideologías en latinoaméricas. Edic. 1a. Edit. UNAM. México, D.F. 1981.
- 28.- SERRA ROJAS, ANDRES. Ciencia Política. Edic. 6a. Edit. Porrúa, S.A. México, 1981.
- 29.- WEBER, MAX. ¿Qué es la burocracia?. Edit. La Pleya de Buenos Aires, 1977.

FUENTES HEMEROGRAFICAS

- 1.- GONZALEZ RAMIREZ, MANUEL. Revista. Pensamiento Político. "La Revolución Social de México". Instituto de Investigaciones Jurídicas. No. 67. Vol. XVII. Noviembre 1974. D. F.
- 2.- OVALLE PAVELA, JOSE. Gaceta Informativa. Legislación y Jurisprudencia. "Historia del Derecho Mexicano". Instituto de Investigaciones Jurídicas. Año 6. Vol. 6. 21 mayo-agosto-1977.
- 3.- SALAS SANCHEZ, BENJILDA. Revista de Ciencias Jurídicas. "Ensayo bibliográfico jurídico sobre el cambio social, en el Derecho". No. 39. Septiembre-diciembre 1979, San José Costa Rica. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho.
- 4.- VILLOPO TORANZO, MIGUEL. Revista de la Facultad de Derecho en México. "Derecho Público y Derecho Privado". Núms. 99-100. Tomo XXV. UNAM. Julio-diciembre 1975.
- 5.- WILFRED JENKS. Revista de Ciencias Jurídicas. "El Derecho y el cambio social en el pensamiento y la práctica de América Latina". No. 20-21. Universidad de Costa Rica. Escuela de Derecho. Octubre 1972.
- 6.- WOLKMAR GESSNER. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Nueva Serie. Año XV. No. 43. UNAM. Enero-abril 1982.

INDICE

	PAG.
INTRODUCCION	A
CAPITULO 1.- <u>LA REALIDAD SOCIAL</u>	1
1.1 Movilidad de la vida social actual	1
1.2 La brecha creciente entre la Realidad Social y el Derecho	7
1.3 El Derecho Legislado	19
1.4 El Estado de Derecho y su destino trágico	29
CAPITULO 2.- <u>REALIDAD ACTUAL EN EL PLANO JURIDICO Y LEGISLATIVO</u>	39
2.1 Influencia jurídica europea sobre la Le- gislación latinoamericana	39
2.2 Legislación mexicana	47
2.3 Inquietud social en latinoamerica y sus consecuencias legislativas	56
2.4 Importancia social del Derecho moderno	70
2.5 El Derecho socialmente imperante	72
CAPITULO 3.- <u>EL ESTADO MODERNO</u>	77
3.1 Supuestos históricos del Estado actual	77
3.2 Concepto de Estado	83
3.3 El Estado y el Derecho.-sus relaciones	90
3.4 Los elementos del Estado como condicio nantes de la unidad estatal en la creación del derecho	96
3.5 Las nuevas funciones del Estado moderno y del Derecho en la sociedad mexicana	105
CAPITULO 4.- <u>CAMBIO SOCIO-POLITICO-JURIDICO</u>	118
4.1 Derecho privado	118
4.2 La solidaridad como una actitud social y el Derecho como apariencia y realidad	129

	Pág.
4.3 Las influencias recíprocas entre los cambios jurídicos y los cambios sociales	138
4.4 La protección contra el burocratismo	147
<u>CAPITULO 5.- CONSIDERACIONES FINALES</u>	153
<u>CONCLUSIONES</u>	163
<u>FUENTES BIBLIOGRAFICAS</u>	165
<u>FUENTES HEMEROGRAFICAS</u>	168
<u>INDICE</u>	169