

**El Problema de la Adecuación entre el Fenómeno
Jurídico y el Hecho Social**



T E S I S

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

MARCO ANTONIO SERNA JUAREZ

MEXICO, D. F.

1971



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICO ESTA TESIS

*Con profundo cariño y
admiración a mi Madre.*

*A mi abuelo Isidoro, ejemplo
de lo que un hombre verdadero
debe ser en la vida.*

*A Daniel, a quien la ciencia y
su fe han de regresar a nuestro
lado.*

mis Maestros, con

Especial reconocimiento

Al Lic. Gustavo del Castillo Negrete.

*A mis amigos, toda
una parte de mi vida.*

A Laura mi compañera

A Marco Antonio mi esperanza.

"EL PROBLEMA DE LA ADECUACION ENTRE EL FENOMENO
JURIDICO Y EL HECHO SOCIAL".

CAPITULO I

El problema del dinamismo o estatismo del derecho.- Jusnaturalismo.- Materialismo dialéctico. Positivismo Jurídico.

CAPITULO II

La dinámica del derecho Romano, derecho Francés, derecho Español, como fuentes principales del derecho Mexicano.

CAPITULO III

Síntesis evolutiva del derecho constitucional Mexicano.- La Primera Constitución nacida en suelo Mexicano.- La Reforma como período decisivo en la historia del derecho Mexicano.- La Constitución de 1857 como fenómeno jurídico y como hecho social.

CAPITULO IV

La dinámica del derecho frente a la dinámica social.- Interrelación de los fenómenos sociales con el orden jurídico.- Derecho y economía.- Derecho y clases sociales.- Derecho y familia.- Derecho y religión.- Derecho y moral.- Derecho e ideas.- Derecho y costumbre.- Derecho y técnica.

CAPITULO V

El derecho en una sociedad en proceso de cambio.

CONCLUSIONES.

EL PROBLEMA DE LA ADECUACION ENTRE EL FENOMENO JURIDICO Y EL HECHO SOCIAL.

PROLOGO.

Desde el inicio de nuestra carrera, entre las diversas materias que componen el programa de estudio, fuimos atraídos con particular entusiasmo por el estudio de la interrelación de los fenómenos sociales, referidos a su paralelismo evolutivo con el derecho.

Esta parte de la sociología jurídica, creemos que tiene aún un campo ilimitado a la investigación.

Por eso, en el presente trabajo queremos precisar si las instituciones del derecho evolucionan -- efectivamente, creando nuevas formas jurídicas, o -- si por el contrario nos encontramos regidos todavía por contenidos legislativos que se conocían ya en los derechos antiguos, fuentes del nuestro, transformados tan solo en su aspecto externo.

Nos proponemos examinar también el problema de si, el derecho como producto social, está sujeto a los cambios que la sociedad sufre, en forma rígida y exacta, o bien, si el derecho con su dinámica incesante, puede introducir variaciones, en la vida de la sociedad, es decir, evaluar la reciprocidad --

con que la sociedad y el derecho se determinan.

Una vez evaluado lo anterior, estaremos en posibilidad de explicarnos con mayor claridad el problema que plantean las legislaciones en su evolución, el por qué no siempre la ley se encuentra adecuada a la situación que pretende regular y por que existen hechos socialmente relevantes a los cuales no se ha intentado siquiera someter al dominio del derecho.

Marco Antonio Serna Juárez.

CAPITULO I

EL PROBLEMA DEL DINAMISMO O ESTATISMO DEL DERECHO.-
JUSNATURALISMO.- MATERIALISMO DIALECTICO.- POSITIVISMO
MO JURIDICO.

EL PROBLEMA DEL DINAMISMO O ESTATISMO DEL DERECHO.

Al iniciar el presente trabajo, examinaremos-- como punto de partida el problema acerca de si el-- derecho como ciencia, como producto social, es está-- tico o inmutable, o si por el contrario, evoluciona y se ajusta cada día al devenir del hombre y por -- tanto de la sociedad.

El examen de dicho problema es fundamental en-- la tesis a desarrollar, ya que desde este capítulo-- inicial, hemos de fijar la posición ideológica que, al adoptarla, nos ha de servir de guía para tratar-- de orientar y enfocar todos los problemas a exami-- nar-- hacia la conclusión que de este capítulo se -- desprenda.

Examinaremos como las principales corrientes -- del pensamiento jurídico que se han dedicado al es-- tudio de tan discutida interrogante, en primer tér-- mino al Jus-naturalismo jurídico, su escuela y sus-- principales exponentes. El siguiente paso será un-- estudio de la importantísima corriente jurídico--fi-- losófica del Materialismo dialéctico, y de las con-- secuencias que de el han derivado y que siguen afec-- tando gran parte de la humanidad.

El positivismo jurídico será el siguiente tema de estudio, como producto de este siglo, pues aun--

que sus raíces penetran más hondo, hemos de estudiar solamente al exponente definitivo de esta corriente, Hans Kelsen.

La discusión del problema del dinamismo o estatismo del derecho nace con el estudio del mismo, es estructurado ya como una ciencia, y surge porque el hombre, en su carácter individual trata siempre de encontrar una explicación adecuada de los fenómenos que en el universo se suceden.

En los primeros grupos humanos, entre las primeras tribus, existe ya el derecho, pues es necesario solamente que haya dos individuos en concurrencia - para que estos sientan ya que tienen ciertos deberes y derechos mutuos, un derecho pues rudimentario y - tal vez inconciente, pero al fin derecho.

Sin embargo antes de llegar a este punto, es necesario detenernos un poco y volver hacia el pasado, para ubicarnos dentro de lo que pudiéramos llamar, nuestra concepción filosófica del universo y - de la aparición del hombre, en el devenir de la materia, en la faz de la tierra.

Son diversos y de variada Indole los razonamientos que tratan de explicar al universo y al hombre, su origen y desarrollo, sin embargo todos ellos se pueden reducir a dos sistemas: o bien se acepta que el universo, y por tanto el hombre, fueron creados - por un acto de voluntad, emanado de un ser todopode

roso, que en un determinado momento y por razones-- ignoradas creó de la nada el cosmos y todo cuanto en él existe, o bien, aceptamos la preexistencia de la materia inorgánica y su transformación lenta e incesante hacia formas de vida orgánica inferior,-- hasta el producto cumbre de la evolución, o sea el hombre,

La primera de dichas teorías se apoya en la fe, en la creencia de ese ser omnipotente capaz de crear con su sola voluntad y de la nada, todo cuanto nos rodea.

La segunda postura, material racionalista, resulta más difícil de explicar, y encuentra su base en los conocimientos de la mente, que se amplían cada día hasta límites que apenas ayer parecían un sueño.

Decimos que esta postura es más difícil de fundar que la primera enunciada, ya que el camino más fácil para explicar un fenómeno es rehuir a investigar sus verdaderas raíces y tomar el camino corto - del razonamiento fantástico y carente de pruebas. - Solo que de este modo, queda sin explicación lógica lo que vanamente se trata de desantrañar, y esto no puede ser admitido por quien se precie de cultivar la ciencia.

La teoría materialista que explica el universo y su formación tiene en cambio, como antes dijimos,

la base del conocimiento humano. Cada día el hombre ahonda en los misterios de los milenios que le precedieron, cuando la historia no existía por no existir el hombre, o por no haber éste ideado las formas que debían dejar constancia de su existencia en aquel medio hostil que empezaba a conocer apenas y que se alzaba contra él como un muro infranqueable y extraño.

Veamos como describe Engels en su "Introducción a la dialéctica de la naturaleza" el proceso genético del universo.

"Los innumerables soles y sistemas solares de nuestra isla cósmica, limitada por los anillos estelares Extremos de la Vía Láctea, se desarrollaron - debido a la contracción y enfriamiento de nebulosas incandescentes sujetas a un movimiento en torbellino cuyas leyes quizás sean descubiertas cuando varios siglos de observación nos proporcionen una idea clara del movimiento propio de las estrellas. Evidentemente este desarrollo no se operó en todas partes con la misma rapidez. La astronomía se ve más y más obligada a reconocer que, además de los planetas, en nuestro sistema estelar existen cuerpos opacos, soles extintos; por otra parte de las manchas nebulares gaseosas pertenecen a nuestro sistema estelar como soles aún no formados, lo que no excluye

la posibilidad de que otras nebulosas, sean distantes islas cósmicas independientes, cuyo estadio relativo de desarrollo debe ser establecido por el espectroscopio.

Laplace demostró con todo detalle y con maestría insuperada hasta la fecha como un sistema solar se desarrolla a partir de una masa nebulosa independiente; realizaciones posteriores de la ciencia han ido probando su razón cada vez con mayor fuerza.

En los cuerpos independientes formados así - tanto en los soles - como en los planetas y en sus satélites, prevalece al principio la forma de movimiento de la materia a la que hemos denominado calor, No se puede hablar de compuestos de elementos químicos ni siquiera a la temperatura que tienen actualmente en el sol; observaciones posteriores sobre éste nos demostrarán hasta que punto el calor se -- transforma en electricidad o magnetismo; ya está casi probado que los movimientos mecánicos que se operan en el sol se deben exclusivamente al conflicto entre el calor y la gravedad.

Los cuerpos desgajados de las nebulosas se enfrían más rápidamente cuanto más pequeños son. Primero se enfrían los satélites, los asteroides y los meteoritos, del mismo modo que nuestra luna se en-

frió hace mucho. En los planetas este proceso se opera más despacio y en el astro central aún con mayor lentitud.

Paralelamente al enfriamiento progresivo empieza a manifestarse con fuerza creciente la interacción de las formas físicas de movimiento que se transforman unas en otras, hasta que, se llega a un punto en que la afinidad química empieza a dejarse sentir, en que los elementos químicos antes indiferentes se diferencian químicamente, adquieren propiedades químicas y se combinan unos con otros. Estas combinaciones cambian de continuo con la disminución de la temperatura que influye de un modo distinto - no ya solo en cada elemento sino en cada combinación de elementos-; cambian con el consecuente paso de una parte de la materia gaseosa primero al estado líquido y después al sólido y con las nuevas condiciones así creadas.

El período en que el planeta adquiere su corteza sólida y aparecen acumulaciones de agua en su superficie, coincide con el período en que la importancia de su calor intrínseco disminuye más y más - en comparación del que recibe del astro central. Su atmósfera se convierte en teatro de fenómenos meteorológicos en el sentido que damos hoy a esta palabra, y su superficie en teatro de cambios geológicos, en los que los depósitos resultado de las precipita

ciones atmosféricas van ganando cada vez mayor preponderancia sobre los efectos, lentamente menguantes, del fluido incandescente que constituye su núcleo interior.

Finalmente, cuando la temperatura ha descendido hasta tal punto -por lo menos en una parte importante de la superficie- que ya no rebasa los límites en que la albúmina es capaz de vivir, se forma, si se dan otras condiciones químicas favorables, el --protoplasma vivo. Hoy aún no sabemos que condiciones son esas, cosa que no debe extrañarnos, ya que hasta la fecha no se ha logrado establecer la fórmula química de la albúmina, ni siquiera conocemos --cuantos albuminoides existen y solo hace unos diez años que sabemos que la albúmina completamente desprovista de estructura cumple todas las funciones esenciales de la vida; la digestión, la excreción, -el movimiento, la contracción, la reacción a los estímulos y la reproducción.

Pasaron seguramente miles de años antes de que se dieran las condiciones para el siguiente paso --adelante y de la albúmina informe surgiera la primera célula, merced a la formación del núcleo y de la membrana. Pero con la primera célula se obtuvo la base para el desarrollo morfológico de todo el mundo

orgánico; lo primero que se desarrolló, según podemos colegir tomando en consideración los datos que suministraran los archivos de la paleontología, fueron innumerables especies de protistas acelulares y celulares- de ellas solo ha llegado hasta nosotros- el Eozoon Canadense- que fueron diferenciándose hasta formar las primeras plantas y los primeros animales.

Y de los primeros animales se desarrollaron esencialmente gracias a la diferenciación, incontables clases, órdenes, familias, géneros y especies, hasta llegar a los vertebrados y finalmente, entre estos, a la forma en la que el sistema nervioso alcanza su más pleno desarrollo y en que la naturaleza adquiere conciencia de sí misma en la persona -- del hombre.

También el hombre surge por la diferenciación, y no solo como individuo -desarrollándose a partir de un simple óvulo hasta formar el organismo más -- complejo que produce la naturaleza- sino también en el sentido histórico.

Cuando después de una lucha de milenios la mano se diferenció por fin de los pies y se llegó a la actitud erecta, el hombre se hizo distinto del mono y quedó sentada la base para el desarrollo del lenguaje articulado y para el poderoso desarrollo -

del cerebro, que desde entonces ha abierto un abismo infranqueable entre el hombre y el mono". (1).

Así de un solo golpe, con una pincelada de -- maestro genial, pinta Federico Engels, la génesis - del universo y del hombre, sintetizando, de paso, - las teorías evolucionistas que existían en su tiempo y que, hasta hoy, son tema de debate, motivo de acaloradas discusiones, bandera de uno de los bandos que luchan por la hegemonía mundial.

EL_JUS_NATURALISMO

La teoría del derecho natural, o derecho justo, fue conocida desde la antigüedad Helénica - a decir de Radbruch- data pues de milenios.

El derecho natural ha sido concebido como un - sistema de normas universalmente válido para todo - tiempo y lugar, igual para todos los hombres. Pero - esta concepción, como veremos, niega la evolución - histórica de las normas jurídicas.

Desde este punto de vista podemos apreciar --- que, por ejemplo los Romanos pensaron en un "estilo" sus principios de derecho natural y no obstante - que los afirmaron como fórmula universal, siete siglos más tarde, se tiene otro ideario del derecho - natural en el sistema Cristiano Católico. Adviene - después el Renacimiento y más tarde la exaltación -

del cerebro, que desde entonces ha abierto un abismo infranqueable entre el hombre y el mono". (1).

Así de un solo golpe, con una pincelada de -- maestro genial, pinta Federico Engels, la génesis - del universo y del hombre, sintetizando, de paso, - las teorías evolucionistas que existían en su tiempo y que, hasta hoy, son tema de debate, motivo de acaloradas discusiones, bandera de uno de los bandos que luchan por la hegemonía mundial.

EL_JUS_NATURALISMO

La teoría del derecho natural, o derecho justo, fue conocida desde la antigüedad Helénica - a decir de Radbruch- data pues de milenios.

El derecho natural ha sido concebido como un - sistema de normas universalmente válido para todo - tiempo y lugar, igual para todos los hombres. Pero - esta concepción, como veremos, niega la evolución - histórica de las normas jurídicas.

Desde este punto de vista podemos apreciar --- que, por ejemplo los Romanos pensaron en un "estilo" sus principios de derecho natural y no obstante que los afirmaron como fórmula universal, siete siglos más tarde, se tiene otro ideario del derecho - natural en el sistema Cristiano Católico. Adviene - después el Renacimiento y más tarde la exaltación -

del carácter nacional individualista y surge otro ideal que nos dará la Carta de los Derechos del Hombre. Es decir que como vemos, en cada época o momento ha surgido como fórmula universal una tesis, pero confrontada históricamente, tal universalidad no existe.

En la Grecia de Aristóteles la idea del derecho natural descansaba sobre el antagonismo entre la naturaleza y la convención, es decir entre el mundo cósmico tal como el pensamiento de la época lo concebía, y el acuerdo de las voluntades de los hombres.

En la edad media evoluciona y responde a la antítesis entre el derecho divino y el derecho secular o de los hombres.

Finalmente en los tiempos modernos, tiene por fondo la antinomia entre la razón y el orden coactivo, como se desprende de la lectura de Grocio y de Rousseau.

El derecho natural acusa en los tres períodos históricos señalados los siguientes rasgos comunes:

a) El derecho natural es como la naturaleza, como Dios y como la razón, inmutable y absoluto, común a todos los tiempos y a todos los pueblos.

b) El derecho natural es clara e inequívocamen

te cognoscible por medio de la razón.

c) El derecho natural no es solamente una pauta para contrastar el derecho positivo, sino que -- tiene por misión sustituir a éste en todos los casos en que se haya en contradicción con él.

Según la concepción católica -escolástica del derecho existen tres fuentes del derecho; el derecho humano positivo, o sea el derecho instituido -- por los hombres, el derecho natural divino que es -- el derecho que Dios dió a la creación y cognoscible -- por medio de la razón y finalmente el derecho divino positivo que es el derecho de la revelación divina, de la fé cristiana y de la iglesia.

De aquí desprendemos la noción del derecho natural en la concepción católica. Parte de la firmeconvicción del derecho dado por Dios, de un derecho supra-humano, inmutable y eterno el cual va siendo conocido por los hombres para convertirse lentamente en el llamado derecho divino positivo.

Más cuando la teología dogmática se vuelve teología racional, empieza el conflicto, porque se -- quiere edificar la ciencia sobre una base que no es de carácter científico.

La cruzada triunfal del derecho natural se inicia -a decir de Radbruch con la obra del Holandés -- Hugo Grocio publicada en 1625 bajo el título de "De

iure belli ac pacis".

Al llamar a Grocio el padre del derecho natural, no se pretende que la idea de este derecho estuviese ausente, según hemos visto, se llama así en mérito a que fué él precisamente quien puso el centro del derecho natural al servicio de la práctica jurídica y en primer lugar de la práctica de aquella rama del derecho en que menos abundaba la materia positiva, que era la del derecho de gentes, hoy llamado derecho internacional.

Más tarde estas ideas se extendieron al campo del derecho penal y posteriormente al propio derecho civil.

La esencia del derecho natural en que nos hemos situado, se basa en la hipótesis de que existe un derecho fundado en la naturaleza racional del hombre o como más tarde se dice en la naturaleza del derecho mismo. Derecho que rige, con arreglo a la fuente de que mana de un modo incondicional y eterno.

Esta concepción fué combatida y sustituida des de Kant y Montesquieu, por la crítica de la razón y por la filosofía del derecho del siglo XVIII.

Kant sostuvo y demostró que la razón práctica solo encierra formas y categorías, nunca principios llenos de contenido y susceptibles de aplicación.

La filosofía del siglo XVIII, con la escuela histórica, estableció que todo derecho surge bajo determinadas condiciones históricas, en un momento dado y es obra y creación de determinados hombres.

En la época del derecho natural se echa por tierra el dogma según el cual todo fallo judicial debe derivarse de la ley o del derecho consuetudinario, aparece en la práctica por primera vez al lado de estas dos fuentes tradicionales, una tercera y con ella el primer sistema de ideas jurídicas axiológicas.

A esta fuente debemos los progresos de la teoría y la práctica, y sobre todo a la creación en los códigos de las partes generales.

De este modo aparecieron y existen hoy como ciencias el derecho Político y el derecho Internacional, derivados del derecho natural.

Pero la obra del derecho natural no se reduce a esto, son grandes los beneficios emanados de esta idea incluso en lo tocante a contenido.

Abrió a la humanidad los ojos acerca de sus cadenas, enseñándole así a liberarse de ellas, combatió bajo la bandera del inalineable derecho de libertad, la servidumbre y el vasallaje, la sumisión de la mujer casada, combatió el esclavizamiento de

la libertad de los espíritus por las iglesias, salvaguardó a la persona contra la arbitrariedad del poder público y proclamó la idea del Estado de Derecho. Finalmente corrigió al derecho penal al combatir la justicia basada en la arbitrariedad y establecer los tipos determinados de delito, eliminó como incompatibles con la dignidad humana, las penas corporales de mutilación y de tormento.

Se criticaba esta corriente diciendo que los defensores del derecho natural se olvidaban de todas las demás fuentes, incluyendo principalmente a la ley.

No es cierto que el derecho natural fuera enemigo de la ley, al contrario, como producto del estado absoluto, fincaba toda la salvación del derecho positivo precisamente en la legislación, habiendo sido precisamente en este terreno donde alcanzó sus mayores triunfos.

Las razones que se aducían por los seguidores del derecho natural apoyándose siempre en sus principios, fué considerar como derecho carente ya de vigencia, las normas jurídicas de los viejos tiempos que contravenían a la cultura de los tiempos actuales, cuando el Estado no optaba por su formal derogación.

Es cierto que con este proceso de eliminación-

de normas de derecho vigente, que hoy ya no reconocemos, aplicaban un criterio vago, sin embargo no se diferenciaba gran cosa del que hoy seguimos al sostener la tesis de que las normas pierden su vigencia, no solo por obra de la ley sino también por la acción del derecho consuetudinario derogativo y por los cambios revolucionarios operados en el régimen de gobierno.

Sin embargo el derecho natural pronto se hizo superfluo en el campo legislativo y allí donde la codificación no prosperaba, tenía necesariamente que fracasar. La idea del derecho natural había sido enarbolada para encontrar en ella el principio incommovible, inmutable, valedero siempre, en medio del caos en que se debatía -se debate- el derecho común y resultaba a todas luces que lo que surgía para ocupar este puesto, lejos de acabar con la inseguridad jurídica contribuía a acentuarla por la falta de reflexión metodológica.

Cuando se proclamaba la propia conciencia jurídica como fuente de derecho valedera para todos, haciéndola pasar a la ley escrita, por la voz misma de la naturaleza, tenían que caer por tierra todas las barreras puestas a la arbitrariedad, tenía que vacilar todo, hasta que al fin se puso de manifiesto la contradicción del sistema, supuestamente basado en la naturaleza, pero que en realidad descansa-

ba sobre las ideas y opiniones subjetivas.

La revolución Francesa vino a demostrar a los pueblos y a sus dirigentes, como los postulados de la razón podían conducir, a la postre al desencadenamiento de las furias.

Las gentes empezaron a cansarse de sus afanes de mejorar al mundo, para esforzarse por encontrar la razón, no en el futuro sino en el pasado y así como la era filosófica del derecho natural había venido a sustituir en su día a la era estética del humanismo, cedió el paso a su vez ahora a un período histórico, en el cual brillaría con luz propia el nombre de Savigny.

Creemos pues, que esta escuela cumplió en su tiempo importante función, y que fué grande el esfuerzo de quienes la sostuvieron, para encontrar la razón y esencia del derecho.

Sin embargo actualmente no podemos ya aceptar como válida la teoría del derecho natural, dado que la idea del derecho descansa sobre la naturaleza del hombre.

La esencia del hombre es la razón del derecho, la idea del derecho basada en la razón, es como esta misma, algo de validez universal, pero puramente formal, y por tanto incapaz de hacer brotar y desa-

rollarse por sí solo todo un orden jurídico, tal como intentó hacerlo el derecho natural.

Por último para creer en el derecho natural, debíamos poder decir con Carnelutti: "su estudio --del derecho-- tiene por objeto descubrir las leyes-metempíricas, dirían los filósofos, de su devenir, y entre estas las últimas, las más altas son las reglas de la justicia, de las cuales el legislador es Dios" (2), pero nuestro concepto del derecho es otro.

EL MATERIALISMO DIALECTICO.

Dentro de la corriente que se ha denominado materialismo histórico, surge una estructura filosófica, jurídica y económica de una significación definitiva para la humanidad, nos referimos al materialismo dialéctico, desarrollado y llevado a su última expresión por el talento portentoso de Marx y en cierta medida, también, por su gran amigo y colaborador Engels.

Esta estructura a que nos hemos referido, como todas las grandes obras del pensamiento, no es creada de una manera espontánea y fortuita, siempre se pueden encontrar antecedentes más o menos inmediatos en los cuales se funda la teoría que llama nuestra atención. No significa esto que hagamos nuestro aquello de que nada hay nuevo bajo el sol, pero sí-

queremos precisar que de una idea primaria nacida -cientos o miles de años antes, es posible que al -examinarla desde otro punto de vista, darle un nuevo enfoque, descubrir otra faceta, esta idea, cambie, varíe, se engrandezca o bien por el contrario -se debilite o destruya. Es decir, cambia para modificarse, para morir o para madurar y alcanzar su --grandeza definitiva.

Tal es el caso del Materialismo Dialéctico, el cual se nutre básicamente de las ideas de Hegel, invirtiendo todo el sistema, a la construcción grandiosamente estructurada de que antes hablamos.

Es por ello que debemos, como primer paso dar una vista al pensamiento Hegeliano, antes de adentrarnos en el Materialismo Dialéctico, para que así nos sea más fácil comprender su significado.

EL IDEALISMO DIALECTICO DEL HEGEL

Al enunciar el nombre de esta corriente filosófica, surge una primera duda; ¿Cómo es posible que de un sistema filosófico que se identifica como --idealismo pueda surgir luego, en otro pensador, una concepción materialista del universo? ; ¿No se trata de una falsa base o una falsa relación de las --dos teorías?.

Porque para tomar como punto de partida una --

idea y llegar a la conclusión de que es válida, pero invirtiéndola es necesario un formidable esfuerzo de gimnasia intelectual. Veremos después como lo gra Marx hacer esto.

El ideaismo dialéctico de Hegel, constituye -- una de las más basta teorías de la Filosofía de la-historia.

Representa Hegel; la cúspide, tanto cronológica como en importancia, de la gran tetralogía del - pensamiento Alemán, completada por los nombres de - Kant, Fichte y Schelling.

Hegel culmina y eleva a sus últimas consecuen- cias el desarrollo del idealismo Alemán, cuyos esbo- zos se encuentran ya en la monolítica, Filosofía -- trascendental del genio Emanuel Kant.

Hegel, llega al extremo último, en la posición idealista, de identificar el ser con la idea. Todo- cuanto existe es idea, la realidad toda es idea. La fórmula que encierra su pensamiento metafísico en - lo referente a ser, enuncia: Todo lo real es ideal; todo lo ideal es real. Esto es el idealismo absolu- to o Panlogismo.

Así pues, para Hegel, el universo entero es -- Idea en sus diversas manifestaciones.

En este punto no es necesario un gran esfuerzo para identificar este pensamiento con el de Platón;

idealismo, todo es pensamiento, todo es espíritu.

El idealismo de Platón proviene de Sócrates, - el de Hegel deriva de Kant.

Siguiendo la construcción metafísica de Hegel, nos explica que, las ideas, por su propia esencia - no son estáticas, fijas, sino por el contrario, son cambiantes, móviles, dinámicas o sea que nunca permanecen iguales a sí mismas, tienden siempre a --- transformarse.

Ahora bien, este devenir de las ideas - o de la idea en sí - no se produce de manera anárquica y sin regla, sino que sigue siempre un orden determinado, una ley, la llamada ley de la dialéctica por Hegel; la cual consiste en tres fases o etapas que fluyen a través del pensamiento, la tésis, la antítesis y la síntesis.

La idea primaria, cualesquiera que esta sea, - constituye por sí misma una tésis. Tésis significa idea inicial, una posición mental como punto de partida del movimiento dialéctico, es una afirmación.

Ahora bien, al evolucionar y transformarse, al "moverse" por sí misma la tésis da lugar a que de su seno mismo surja la idea contraria, el contraconcepto o sea la antítesis. La antítesis pues, significa una negación u oposición a la tesis y representa

ta el segundo momento del movimiento dialéctico.

Estas dos ideas, la Tesis y la Antítesis, --- opuesta entre sí, producen una eliminación de sus elementos negativos y una fusión de sus elementos positivos dando origen así a una tercera idea, superior, por eliminación y fusión, a las anteriores, es la síntesis, o sea reunión de tesis.

Pero este procedo o movimiento dialéctico no se acaba o agota en una sola operación, es indefinido, pues la síntesis del movimiento primario se --- constituye en tesis de un movimiento posterior, dialéctico también.

En efecto la síntesis es también una idea, solo que de rango superior al de las ideas que la originaron y como idea que es, está sujeta también a esa ley del movimiento por contradicciones y dá lugar a que de sí misma surja otra antítesis para resolverse en una síntesis, que será a la vez base a tesis de otro nuevo proceso y así indefinidamente.

La consecuencia metafísica que Hegel desprende es la siguiente: enunciada como un silogismo, diría:

a) Todo lo que existe es idea -premis mayor-
 b) Las ideas están regidas por la ley de la -- dialéctica -premis menor.

c) En consecuencia todo lo que existe está re-

gido por la ley de la dialéctica -conclusión-

Por otra parte Hegel afirma que, el mundo o el ser es *idea*, las ideas son estudiados por la *lógica*, luego la *lógica* es la ciencia del ser y del mundo. Identifica la *lógica* con la *ontología*,

Con estas bases es como Hegel formula el *idealismo dialéctico* y emprende con él una *explicación*-detallada y profundamente *sistematizada* del desarrollo del universo:

En el fondo, como base de todo lo existente está la *idea* o *espíritu*, es una *idea en sí*, *idea pura*, la *tesis*. Como *idea* que es, está regida por la ley de la *dialéctica*, evoluciona y este cambio hace que de su seno brote la *idea contraria*, *antítesis* representada por el mundo de la naturaleza, cosas y seres materiales *espacio-temporales*, es la *idea materializada*.

La *evolución dialéctica* de la *idea*, después de haberse proyectado fuera de sí, se refleja, retorna o vuelve a sí misma, toma conciencia de sí y dá lugar a la *síntesis* del proceso universal.

Esta *síntesis* está constituida por todas las cosas *espirituales*, que Hegel divide en tres momentos:

a) *Espíritu subjetivo*, manifestado en los fenómenos *psicológicos* y subdividido a su vez en tres -

formas: Alma, Conciencia y Razón.

b) Espíritu Objetivo, manifestado en las comunidades humanas, la vida social etc., diversificado también en tres formas: Derecho, Moral y Etica.

c) Espíritu Absoluto, manifestado en tres formas: Arte, Religión y Filosofía.

Como vemos, el proceso entero se desenvuelve - según la idea Hegeliana en triadas consecutivas e - incesantes a la manera del compás ternario musical, es el mundo para Hegel, como diría Schopenhauer, un silogismo cristalizado.

La realización dialéctica del mundo alcanza su máxima expresión, en el Estado.

En efecto, según este sistema, la realización-suprema de la idea, se manifiesta en la organización jurídico-política de una sociedad, o sea el Estado y en consecuencia el individuo queda sometido a los designios del Estado del cual solo forma parte en la medida de su subordinación. Es lo que se ha llamado el transpersonalismo o universalismo en Teoría del Estado.

La posición del Estado y del Derecho, según la filosofía del Hegel, es fomentar y obtener precisamente el máximo advenimiento y perfección de las formas del espíritu absoluto. El Estado y el Dere-

cho al servicio de este advenimiento en toda su plenitud de las formas de la espiritualidad objetiva.

Si el espíritu es un contenido subsumido en el espíritu absoluto la conclusión es que por encima del Derecho, y del Estado está el juicio absoluto de la filosofía. Por eso a Hegel se le atribuye el haber sido el ideólogo de la organización imperial de Prusia bajo el régimen de Federico I.

En suma, hay dos ángulos sobresalientes, ¿Cuáles son las relaciones entre lo real y lo ideal, entendiendo lo ideal como contenido objetivo? En este punto quedó subrayado y concluido que todo el desenvolvimiento real de la naturaleza y de la historia es el cumplimiento constante de ciertos contenidos ideales. De ahí la correspondencia rigurosa e inseparable entre el desarrollo de la existencia real de la naturaleza y de la historia con el desarrollo y desenvolvimiento de los contenidos ideales.

Así se explica que Hegel fuera el ideólogo del Estado y del Derecho de su tiempo, un Derecho y un Estado avasallador e imperial sobre los individuos.

La dinámica del Derecho en sus expresiones diversas dentro de período histórico llamado modernidad se resume más o menos de la siguiente manera:

Ante la escuela del Derecho natural racional, -

surge el Romanticismo jurídico de la escuela histórica del Derecho y a su vez frente al Romanticismo o Historicismo jurídico, se eleva precisamente la concepción de Hegel. Rivaliza con Savigny, situado dentro de la escuela histórica del Derecho, y mientras esta escuela sostiene, ante la invasión del Derecho codificado Francés, que hay que atenerse a -- las costumbres del pueblo, la doctrina Hegeliana -- enarbola la supremacía de la razón jurídica escrita en los códigos de Derecho, ante el Derecho espontáneo y consuetudinario; porque es una posición congruente del idealismo sostener, que esta razón -- ideal, absoluta y objetiva, puede en el Estado y el Derecho plasmarse en las leyes escritas, es decir -- codificarse.

Después de estas consideraciones preliminares -- podemos entrar de lleno al estudio del Materialismo histórico o lo que es lo mismo, de Marx.

Ante todo y sin perder de vista el carácter sociológico de esta tesis, debemos detenernos brevemente a observar cuales eran las condiciones importantes en la época en que surge la obra de Marx, para darnos cuenta de las causas que la propiciaron.

A mediados del siglo XIX, el capitalismo se -- abría paso substituyendo en gran número de países al feudalismo. El establecimiento del capitalismo pro-

vocó un aumento considerable de la producción y un impetuoso desarrollo de la técnica, la ciencia y la cultura.

El capitalismo trajo también a la vida de la sociedad, una clase llamada a destruir el propio régimen, creó por decirlo así el germen de su destrucción, clase destinada a realizar más tarde las transformaciones socialistas a las cuales asistimos todavía.

Esa clase fue el proletariado. Explotado por la burguesía y desprovisto de los derechos humanos más elementales, trabajando y produciendo plus-valía en condiciones infrahumanas de salud y esfuerzo físico, como puede leerse en los relatos de la época que han quedado como monstruoso ejemplo para las generaciones posteriores.

En tales condiciones, surge la lucha, empieza la rebeldía del proletariado en contra de sus explotadores.

Las contradicciones y diferencias de las clases, se recrudecieron con el advenimiento del capitalismo, las cuales se manifestaron en acciones violentas de la clase trabajadora en contra de la clase que ostentaba los medios de producción, la burguesía.

En Francia se sublevaron los obreros lioneses, -

en Alemania los tejedores silesianos, en Inglaterra se propaga el movimiento cartista. Los obreros exigían con justicia, el mejoramiento de las condiciones de trabajo, el aumento de los salarios, la reducción de la jornada laboral etc. Pero su lucha era desorganizada, espontánea, la clase obrera no tenía entonces una idea clara de los objetivos finales por los cuales debían luchar y aún morir, desconocían los caminos y medios eficaces de lucha, lo cual entorpecía el movimiento y le impedía alcanzar el éxito.

Fué así que surgió la necesidad apremiante de una teoría científica que permitiera al proletariado conocer las leyes del desarrollo de la sociedad, comprender la inevitabilidad de la muerte del capitalismo y tomar conciencia de su papel de aniquilador de la burguesía y creador de un nuevo régimen, la dictadura del proletariado.

Así pues, el propio movimiento proletario --- planteó ante la ciencia la misión, de inmensa importancia, de crear una teoría revolucionaria y forjar para el proletariado una arma ideológica que le sirviera de estandarte en su lucha contra la burguesía. Y la ciencia, en las personas de Marx y Engels cumplió esa vital exigencia de la historia; se creó el marxismo, parte integrante y base teórica de la --- cual es la filosofía marxista, el materialismo dia-

lético e histórico.

El maestro Alberto F. Senior describe a Marx como "Gran economista, inquieto político, no muy filósofo pero bastante sociólogo y elaborador de una auténtica filosofía de la historia". (3)

Respecto a Marx y su obra, Small en su libro "Origins of Sociology" nos dice:

"Marx fué uno de los pocos pensadores realmente grandes que hay en la historia de la ciencia social:

Hasta ahora el tribunal de apelación del pensamiento reflexivo del mundo no le ha dado una audiencia tan imparcial como la concedida a Judas Iscariote.

No creo que Marx añadiera a la ciencia social una sola fórmula que, en los términos expresados -- por él haya de ser definitiva. A pesar de ello me atrevo a predecir con fiadamente, que en el juicio final de la historia, Marx ocupará en la ciencia social, un lugar análogo al que corresponde a Galileo en la ciencia física". (4)

Nace Marx en Alemania, año de 1818, hijo de un abogado judío convertido al cristianismo.

Preocupado desde temprano por los problemas económico-sociales de su tiempo, realizó su obra de

pensador y agitador político en Alemania, Francia, Bélgica y principalmente en Inglaterra, país donde vivió 30 años y donde murió.

Engels, compañero, amigo y colaborador inseparable de Marx, nació también en Alemania en 1820 y desde su juventud observó directamente las miserables condiciones de vida de los trabajadores ya que su padre era un próspero industrial.

Absorbido por las ideas revolucionarias que hacían explosión en aquélla etapa del siglo XIX, empezó a escribir panfletos contra el orden económico y social imperante.

Se debió en gran parte a la ayuda moral y pecuniaria de Engels y a su contribución intelectual, - el que Marx hubiera logrado realizar su tarea en medio de las durísimas vicisitudes de su vida de revolucionario casi constantemente perseguido y desterrado.

El ceñudo ardor combativo y la minuciosidad -- académica de Marx y la agilidad mental y el brillo-imaginativo de Engels, se integraron perfectamente para llevar el material ideológico al planteamiento del programa político, producto típico de esta asociación de personalidades diferentes entre sí y por ello mismo complementarias.

La obra de Marx y Engels es vastísima pero de ella destaca desde luego "El Capital" aparecido en 1857 el cual constituye un profundo e implacable análisis del capitalismo y de las leyes que gobiernan su dinámica.

Hay en este libro fórmulas matemáticas y enunciados políticos en abundancia, pero todas las fórmulas conducen directa o indirectamente a conclusiones de orden político.

Sorprende a los tratadistas la forma en que se combina, en la obra de Marx, la ira de un revolucionario de barricada con la fría minuciosidad analítica de un académico Alemán. Quienes han recorrido paso a paso las 2500 páginas de "El Capital" -aventura intelectual que pocos pueden permitirse- admiten o rechazan las conclusiones y predicciones que contiene, pero es casi unánime el sentir de que, sobre todo el primero de los tres volúmenes, encierra uno de los monumentos del pensamiento político.

Hemos visto que Hegel, al plantear su famoso método dialéctico, había producido una profunda conmoción filosófica: cada idea engendra y lleva en sí misma los gérmenes de su propia negación.

Aplicada dicha teoría a la interpretación de la historia, esta cobra un carácter dinámico. No es

posible considerar ya, las diferentes etapas de la historia como situaciones estáticas, inamovibles e incoherentes entre sí. Cada una es resultado consecuente de las anteriores. Este resultado es por ende, inevitable y previsible. Esta independencia dinámica, móvil, existe, como en todos los aspectos de la actividad y del acontecer humanos -en el campo de los fenómenos económico-sociales- y el capitalismo, sometido a las mismas leyes, lleva en su seno, los gérmenes de su destrucción inevitable y previsible.

Debemos aquí hacer un pequeño paréntesis para encontrar el lazo que une -o separa- estas dos teorías, la idealista de Hegel y la materialista de -- Marx.

Se considera al filósofo Feuerbach, Alemán también, el "puente" entre Hegel y Marx, ya que habiendo aceptado el método dialéctico Hegeliano le dió un sentido materialista y concluyó afirmando que el pan es el primer elemento de la salvación del hombre.

Con Feuerbach, Marx sostiene que la realidad es materia, no idea. Incluso las formaciones o manifestaciones espirituales, no son, en el fondo sino expresiones o formas derivadas de la materia. Las -- ideas mismas son una manifestación de la materia. -

posible considerar ya, las diferentes etapas de la historia como situaciones estáticas, inamovibles e incoherentes entre sí. Cada una es resultado consecuente de las anteriores. Este resultado es por ende, inevitable y previsible. Esta independencia dinámica, móvil, existe, como en todos los aspectos de la actividad y del acontecer humanos -en el campo de los fenómenos económico-sociales- y el capitalismo, sometido a las mismas leyes, lleva en su seno, los gérmenes de su destrucción inevitable y previsible.

Debemos aquí hacer un pequeño paréntesis para encontrar el lazo que une -o separa- estas dos teorías, la idealista de Hegel y la materialista de Marx.

Se considera al filósofo Feuerbach, Alemán también, el "puente" entre Hegel y Marx, ya que habiendo aceptado el método dialéctico Hegeliano le dió un sentido materialista y concluyó afirmando que el pan es el primer elemento de la salvación del hombre.

Con Feuerbach, Marx sostiene que la realidad es materia, no idea. Incluso las formaciones o manifestaciones espirituales, no son, en el fondo sino expresiones o formas derivadas de la materia. Las ideas mismas son una manifestación de la materia.

Aunque Marx no la haya formulado expresamente, y es to se debe al decir del maestro Senior, a que no tenía verdadera vocación por las cuestiones metafísicas, podría decirse que para él, y en paráfrasis inversa a la fórmula de Hegel, "Todo lo real es material y todo lo material es real" lo cual constituye sencillamente, un materialismo.

Por otro lado, Marx, sostiene que la materia, fondo último de todas las cosas, no es estática, estable, sino variante y móvil.

Esta transformación de la materia ocurre precisamente como Hegel había considerado respecto a las ideas o sea, dialécticamente, por un cambio que pasa por las tres fases enunciadas, es decir; tesis, antítesis y síntesis continuas, tal como lo había enseñado Hegel, pero ahora se trata no ya de una dialéctica de las ideas o del pensamiento, sino una dialéctica de la materia.

En suma, el materialismo dialéctico resulta de una combinación ideológica del materialismo de Feuerbach y de la dialéctica de Hegel.

En cuanto a la forma en que Marx adaptó a su materialismo la base dialéctica idealista de Hegel, aquél declara en su prólogo de "El Capital":

"Mi método dialéctico es no solo diferente del

Hegeliano, sino lo opuesto. En Hegel el método está de cabeza, hay que ponerlo de pié" y más adelante agrega: "Para Hegel el mundo real no es sino la forma extrema de "la idea" y para mi por el contrario, la idea no es sino el mundo material reflejado por la mente humana". (5)

Congruente con esto, el devenir histórico no está gobernado por ideas abstratas que los hombres ponene en práctica, a su arbitrio para señalar rumbo a los acontecimientos. Marx nos dice: - "Los hombres hacen su propia historia, pero no la hacen como quieren; no la hacen bajo condiciones es cogidas por ellos mismos, sino en condiciones que encuentran, que les son dadas y transmitidas del pasado". (6)

Son pues, los factores materiales del desarrollo económico-social, los que determinan, por el -- proceso dialéctico antes mencionado, lo que ocurre en el presente y ocurrirá en el futuro. Así ha sido siempre y así seguirá siendo.

Para Marx los factores preponderantes, de influencia casi absoluta, son los fenómenos económicos y más especialmente aún, el fenómeno de la producción.

La economía de una sociedad cualquiera, constituye la "infraestructura", o sea la armazón, el es-

queleto, de la misma. Sobre ella y conformada por ella, se alza la "superestructura" que está integrada por todo el mecanismo, ético, jurídico y aún cultural y religioso que abarca la vida entera de esa sociedad.

De este modo Marx explica la composición de todo cuerpo social. Todo, en la vida social, depende y está condicionado por la infraestructura económica. El régimen económico determina las demás formas de la vida social.

Esta teoría en sociología constituye un determinismo económico o un economicismo sociológico.

El ejemplo clásico: La propiedad privada es un hecho económico, de raíz económica y finalidades -- económicas. Este hecho forma parte esencial de la infraestructura de la sociedad capitalista o burguesa. Puesto que se trata de un hecho fundamental y sustancial, la ética y el Derecho se han visto forzados a racionalizar y justificar la propiedad privada en los planos respectivos -moral y jurídico- de la superestructura.

Hay una relación tan íntima entre la infraestructura y la superestructura -debido al imperio de la primera sobre la segunda- que llega un momento -que hasta se pierde vista la relación de causa a --

efecto y no parece que el hecho real económico de la propiedad privada hubiese tenido fuerza suficiente para crearse sus justificativos éticos y legales sino que fuese más bien el revés, es decir, que la ética y el Derecho, hubieran creado a priori, en abstracto, el concepto de la propiedad privada. Lo cierto es que lo previo, la causa es el hecho económico real y consumado de que el hombre se aferra a su propiedad privada, y lo segundo, el efecto, es que para defender lo que considera suyo y no quiere compartirlo con los demás, ha inventado recursos morales, legales y políticos, precisamente adaptados al resguardo de sus intereses.

Dentro del fenómeno económico, como vemos, es concretamente el mecanismo de la producción el que tiene importancia vital y este respecto, Engels nos dice: "La concepción materialista de la historia se basa en el principio de que la producción y con la producción, el intercambio de los productos es la base de todo orden social. De acuerdo con esta concepción, las causas más recónditas de todos los cambios sociales y las revoluciones políticas deben buscarse, no en la filosofía sino en la economía de la época respectiva". (7)

Marx, sin embargo, admite que hay puntos en los cuales se establece una relación de interdepen-

dencia entre la infraestructura y la superestructura, o sea, que las condiciones políticas, jurídicas, éticas y culturales en que se desenvuelve la sociedad, ejercen a su vez, influencia sobre el proceso-económico pero en esencia, lo previo fué siempre la economía.

Ahora bien, el elemento activo a través del cual se cumple el proceso dialéctico del materialismo histórico es la clase social, es decir, las clases económico-sociales.

Marx hace diferenciar estas clases únicamente por su condición económica. Congruente con su determinismo económico, deja a un lado todo factor cultural o fortuito que pueda servir de base diferencial entre los estratos sociales.

En último análisis lo que determina la condición económica es el poseer o no poseer los llamados instrumentos de la producción, que son todo -- aquello que sirve para producir bienes, para producir riqueza, llámense, tierra, herramientas, maquinaria etc.

La clase económica constituye la única distinción verdadera entre los diferentes grupos de hombres.

Desde las épocas más remotas-toda la historia-escrita- sostiene Marx, la historia del hombre no -

es sino la historia de la lucha de clases. Las clases poseedoras, luchan por retener lo que poseen -- utilizando a las otras clases, para producir en beneficio propio, mayores riquezas. A su vez las clases desposeídas, que constituyen la gran mayoría, luchan por conseguir la posesión de los instrumentos de producción y la riqueza, tratando así de liberarse del yugo a que están sometidos.

Las clases sociales atraviesan períodos de crecimiento, desarrollo y decadencia. La clase que está en proceso de decadencia se defiende desesperadamente para conservar hasta el final los privilegios de que disfrutó durante mucho tiempo. Nadie renuncia sin luchar, a lo que cree que es suyo. Así la aristocracia de sangre fué desplazada por la burguesía -revolución Francesa- y la burguesía deberá ser desplazada por el proletariado; período actual de la lucha de clases.

Los medios de producción tienen una relación directa con las clases. La tierra con la aristocracia de sangre, de origen feudal; la máquina con la burguesía nacida de la revolución industrial.

En su interpretación económica de la historia nos dice Marx que las guerras entre naciones no son sino producto de la lucha de clases extendida hasta más allá de las fronteras. Cuando el capitalismo --

crece desproporcionadamente adquiere las dimensiones colonialistas e imperailistas que lo llevan a expandir los privilegios de la clase poseedora de una nación sobre el territorio de otra. La guerra está realmente motivada por estos factores económicos.

Ahora bien, en medio del conflicto de clases, el Estado político ¿Qué función desempeña? Es el simple instrumento de la clase poseedora y dominante, nos dice Marx.

Al entrar en posesión de los instrumentos de producción, la clase que empieza a dominar, y que construye a su gusto la super-estructura, tiene que tomar también el control del Estado para hacer las leyes que "legalicen" sus adquisiciones y posesiones para utilizar esas leyes en servicio propio, para contar con la fuerza, para manejar la educación etc., "En toda época, las ideas dominantes fueron las ideas de la clase dominante". Y no puede ser de otro modo ya que es la clase que detenta el monopolio de hacer el Derecho, por eso para Marx, el Derecho se reduce a un simple instrumento en poder de la clase dominante.

Por otra parte, Marx funda la teoría del valor en torno y con base exclusiva en el trabajo, así como los fisiócratas lo habían fundado en la posesión

de la tierra y los mercantilistas en torno al capital.

El origen del capital es el trabajo a través de la famosa teoría de la plusvalía, la cual no examinaremos, dados los límites de este trabajo y por ser materia más de la economía política que de la sociología, aunque el tema es apasionante y de valor universal y perene.

Después de un razonamiento largo y minucioso acerca de cómo la clase trabajadora va adquiriendo fuerza dado el punto crítico a que ha llegado en su explotación por la clase poseedora, nos dice Marx que en este punto crucial, las clases desposeídas, las masas de individuos explotados, el proletariado, cuyo trabajo es la fuente única de toda riqueza, acabará por rebelarse para dar un último empujón a las paredes ya carcomidas del edificio. Tal es la acción revolucionaria indispensable, para que la agonía no se prolongue. La revolución que a través del período transitorio de la dictadura del proletariado acabará estableciendo las bases para la sociedad sin clases del futuro.

El proceso dialéctico se ha cumplido. La tesis, el sistema capitalista. La antítesis, sus propias fallas, sus elementos negativos, las defectuosas leyes de su devenir, todo esto engendra las crisis e-

incrementa la miseria de las mayorías, esas mayorías que son las sepultureras del capitalismo de quienes habla el Manifiesto Comunista.

El choque entre la tesis y la antítesis crea la síntesis: La sociedad futura.

Se cumple así el imperio del determinismo histórico del encadenamiento inevitable de causa-efecto que conduce al capitalismo a su ruina final.

Ahora bien, dentro de esta sociedad sin clases de que habla Marx, el papel que desempeña el derecho pasa a ser prácticamente nulo; dado que en la concepción Marxista, el derecho no es sino un instrumento de las clases poseedoras para justificarse y mantener a raya a la clase explotada. Al no existir diferencia de clases, por no existir éstas, el Derecho no tiene razón de ser tal como hoy lo concebimos, será no ya un instrumento de coacción sino de convivencia humana.

La doctrina de Marx ha sufrido a través del tiempo grandes ataques y críticas demoleadoras.

Entre las principales objeciones encontramos las siguientes: Se ha empezado a criticar desde el nombre de materialismo dialéctico, ya que la dialéctica por definición es la ley que rige el movimiento de las ideas.

Por otra parte se dice que la concepción materialista de las cosas ha sido superada por la filosofía de este siglo y por el gran desarrollo que ha alcanzado la física.

También se trata de demostrar que el capitalismo que contemplaba Marx, es distinto al de la era actual. Aquel capitalismo había alcanzado aparentemente su punto de saturación, parecía que no podía crecer más, giraba golpeándose contra sus propios límites, levantándose penosamente, cada vez más débil, para volver a caer. Era en fin un capitalismo calificado de puro. En cambio, se dice, el capitalismo de hoy es un capitalismo que se salva, en algunas partes del mundo, gracias a la pérdida de su pureza.

También en términos generales se habla de que ya los trabajadores no están a ración de hambre y que la clase trabajadora ha tenido acceso al gobierno de su país, que el gobierno pone frente a la libre empresa, se admiten leyes contra los monopolios etc.

Sin embargo observando la realidad vemos aunque el capitalismo mantiene oprimida a la clase obrera, no ya por fortuna como en el inicio de la revolución industrial, y que la legislación es ineficaz para resolver el problema, pero este tema lo-

trataremos con mayor amplitud en el capítulo final.

Por último la crítica más dura a que se enfrenta la teoría Marxista en cuanto a su dialéctica es que actualmente vemos un ejemplo de organización comunista, la cual según vemos, es el paso-preparatorio para el advenimiento de la sociedad sin clases del futuro. Dicha sociedad representará en el proceso dialéctico de la historia, la síntesis, pero sujeta como debe estarlo a la ley del devenir constante para que dicha ley tenga validez, - es decir sea general no parcial en su operar, sujeta a esto, decimos, esta síntesis por necesidad -- dialéctica del cambio de todo lo que exista, habrá de surgir una nueva antítesis, o sea la síntesis de la sociedad del futuro, habrá de funcionar como una nueva tesis y a ella oponerse una organización antitética, del régimen económico-social comunal-total, se engendrará una nueva forma de organización social y ¿Qué sería más antitético a la sociedad comunista que otra sociedad marcadamente capitalista e imperialista? Marx no lo dice, se limita a señalar como punto -tal vez- final en el proceso dialéctico la sociedad sin clases, la organización socialista.

Esto nos lleva al problema ideológico de saber si es o no posible ser parcialmente Marxista;

es decir, aceptar solamente determinadas conclusiones del Marxismo y rechazar otras o, aceptándolas-todas, quitarles el sello dogmático que les imprimen sus exégetas; esos exégetas que serían incapaces de decir lo que Marx, declaró en un congreso socialista de París "Señores; yo no soy un Marxista" - en el sentido de no serlo fanáticamente-.

Por lo que a nosotros respecta, esta sería la postura adoptada, ser Marxistas no fanáticos, si esto es posible ya que el maestro Rangel Couto -- afirma que se es Marxista más por carácter que por convicción y hacemos nuestras las palabras del -- maestro Alberto F. Senior, que escribe en su "Compendio de un curso de Sociología":

"La doctrina que acaba mos de revisar es, como puede verse, de un interés, acaso más que científico, intensamente humano". (8)

EL POSITIVO JURIDICO.

Al inicio de este capítulo, expresamos que -- dentro de la corriente del positivismo, examinaremos solamente la obra de Hans Kelsen, por considerarla como la nuestra típica y cumbre dentro de -- esta postura en la ciencia jurídica.

Dentro de la producción Kelseniana nos interesa en particular su "Teoría pura del Derecho"

Representa esta pequeña obra -pequeña por su extensión-, enorme por su contenido- un sistema -- sólidamente estructurado en el eterno afán de la mente humana por dar una explicación satisfactoria, por encontrar una respuesta válida al problema del conocimiento de la esencia del derecho. Para los Kelsenianos, el único intento serio por llevar adelante la investigación científica de la ciencia jurídica, en lo que va del siglo.

Grande es la importancia que, como antecedente a la "Teoría pura del derecho", tiene el pensamiento de Stammler, y así lo ha reconocido el propio Kelsen:

"La teoría pura del derecho es la teoría del derecho positivo en general y no de un derecho en particular. Es la teoría general del derecho y no una interpretación de un sistema jurídico dado, -- sea nacional o internacional.

La teoría pura del derecho, quiere seguir -- siendo teoría y limitarse al conocimiento de su materia, excluyendo todas las demás. Busca la definición de lo que es el derecho y de que manera se ha formado, sin preguntarse lo que debería ser y de que manera debería estar estructurado. No se trata de política jurídica, sino de ciencia del derecho".

En otro lugar de su producción, en su "Teoría general del derecho y del Estado" precisa Kelsen - esta definición, diciendo que su ciencia se haya - "liberada de todo elemento extraño al método específico cuyo único objeto es conocer el derecho y no hacerlo. La ciencia debe describir su objeto -- tal como es en realidad y no prescribir lo que debe o no debe ser, desde el punto de vista de una escala de valores específicos. Este último es un problema político y, en tanto que tal concierne al arte del comportamiento, a una actividad orientada - sobre los valores y no constituye el objeto de la ciencia, que se dirige a la realidad". [10]

Estas dos definiciones de la teoría pura del derecho, indican claramente que Kelsen sigue fielmente la orientación del pensamiento social característica, sobre todo de una parte de la tradición teórica Alemana, que hace una rigurosa distinción entre los juicios de valor y los juicios de realidad.

El planteamiento de esta distinción, debe a continuación, determinar la oposición entre la política y la ciencia y, posteriormente entre la psicología y epistemología, voluntad y conocimiento, alma y espíritu, y sobre todo entre derecho natural y derecho positivo.

Como todo positivismo, la teoría pura del derecho se opone terminantemente a todo derecho natural. Para Kelsen el derecho natural es el disfráz ideológico del orden legal existente, o el disfráz ideológico tras el cual se oculta su crítica. No está dispuesto Kelsen a admitir el derecho natural puesto que contradice la unidad de la ciencia legal, dado que para algunos pensadores la unidad -- del método es el principal postulado de toda ciencia.

Kelsen se asigna a sí mismo un objeto principal: depurar la ciencia del derecho de todo contenido político sicológico o sociológico.

Su convicción profunda es que la teoría pura del derecho, solo es posible como jurisprudencia formal o como "geometría del fenómeno total del derecho".

La noción del conocimiento científico, es decir, del juicio científico objetivo, jamás incluye la actualidad y la voluntad. Kelsen distingue rigurosamente la esfera emocional y afectiva de la conciencia, de su esfera racional e intelectual, y esta última es la única que tiene la dignidad del conocimiento científico. Por consiguiente, toda actitud política, sociológica y sicológica, pertenece a los juicios subjetivos de valor, y al lado de --

los juicios del derecho natural, los juicios éticos y en general de todas las proposiciones teleológicas, forman parte de la conciencia ideológica, en el sentido negativo de la palabra.

Como fiel discípulo de la llamada escuela de Marburgo, de los neokantianos, Kelsen figura entre los técnicos de nuestro siglo que han tratado de determinar los principios de una ciencia liberada de todo elemento de valor - con excepción, naturalmente, de elementos lógicos. Kelsen se ha esforzado siempre, en nombre del principio de la objetividad del conocimiento científico, por eliminar del ámbito específico del derecho, todos los elementos del derecho natural, en tanto que son, para él, -- equívocos residuos ideológicos.

Siguiendo el camino de la escuela de Marburgo y en ciertos casos, también, los primeros trabajos de Husserl, Kelsen ha trasplantado los principios de la filosofía teórica de Kant al terreno clásico de la filosofía práctica y en particular al terreno del derecho.

En esta formalización total de la ciencia jurídica Kelsen ha utilizado los conocimientos matemáticos.

Sin embargo, a pesar de la actitud declarada-

públicamente de pureza de la ciencia, contraria a la ideología, Kelsen no ha permanecido del todo -- fiel a esta actitud inicial, pues como él mismo explica en el prólogo de su obra principal:

"Se comprenderá fácilmente que mi teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período -- tan largo. Las objeciones que se han hecho, los -- trabajos que he emprendido en el dominio del Derecho Internacional Público positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del de recho, me han incitado constantemente a repensar -- mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han da do lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha pa recido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial"

(11)

Así, de acuerdo con esto, vemos como Kelsen -- ha admitido el uso de la noción de ideología con -- varias significaciones ya no solo negativas sino -- también positivas.

En un artículo titulado "El método y la no--- ción fundamental de la teoría pura del derecho" es cri be Kelsen:

"Ante todo no hay que perder de vista que la palabra *ideología* tiene varias significaciones. A veces significa el espíritu general por contraposición a la naturaleza; a veces, la idea que oculta la realidad, embelleciéndola o enmascarándola. Pero prescindiendo del primer punto de vista, hay -- que observar también, que a veces se superponen varias ideologías y que por tanto se trata de distinguir capas en el terreno ideológico. Así la oposición ideología-realidad, tiene un carácter puramente relativo. Si se considera el derecho positivo -- en tanto que sistema normativo frente a la realidad de los hechos, exigiendo de estos últimos que estén de acuerdo con él -- aunque efectivamente distan mucho de estarlo -- entonces puede ser calificado de ideología. Pero si se considera con relación a un orden de cosas cualificando de superior, que exige del derecho positivo que esté de acuerdo con él -- por ejemplo por relación al derecho natural, -- por relación al ideal de derecho considerado en -- tanto que justicia -- entonces el derecho positivo -- aparece como un derecho real, eficaz, en tanto que realidad jurídica, y el derecho natural, la justicia, asumen el carácter de ideología. La teoría pura del derecho, sostiene esta tendencia antiideológica que exige la separación de la exposición relativa al derecho positivo de toda, ideología del de

recho natural de toda ideología sea cual sea". [12]

Hay aquí, pues, una primera grieta en la teoría kelseniana y, en la actitud antiideológica sostenida en un principio por Kelsen. Actitud anti---ideológica que pretende ir encaminada directamente en contra de la teoría marxista, ya que a Kelsen -- se le ha acusado -- con justa razón -- de ser propagandista del imperialismo Norteamericano.

Al establecer Kelsen la identidad entre el derecho y el Estado dice que la hipótesis de esta -- identidad se impone precisamente desde el punto de vista de la concepción materialista de la histo---ria.

En su obra "Socialismo y Estado" escribe Kelsen:

"Lo que nos impide comprenderla -- la identidad antes señalada -- es la idea de que el Estado sea -- una fuerza real, natural, y que, en tanto que tal, difiere esencialmente del derecho, que tiene una -- existencia puramente ideal; pero de hecho, el Estado, es al igual que el derecho, algo ideal, una -- ideología, y el derecho al igual que el Estado, bajo la forma de ideología, tiene sus condiciones naturales, reales". [13].

La oposición de la teoría pura del derecho de Kelsen a la posición materialista de la historia, --

en lo que respecta al problema de la ideología es, de hecho la oposición del principio de realidad al principio de valor.

Kelsen figura entre esos teóricos que se esfuerzan por salvar la objetividad del pensamiento-científico, de los juicios y las estimaciones subjetivas, recurriendo al neutralismo de los valores. Esto sin embargo, conduce al positivismo cientifista que, mediante la espiritualización de los hechos, transformación del poder en derecho, conversión del Estado en Ideología, o en orden de las -- normas ideales -- y de esto no se ha dado cuenta Kelsen, o no quiere darse- admite tácitamente la inmutabilidad del estatu quo social en tanto que hecho eterno de la vida. Esto no podemos admitirlo ya que la finalidad de esta tesis es demostrar precisamente, la evolución del derecho la evolución del Estado, del ser social en general, del hombre y de sus instituciones.

La fórmula mágica que encuentra Kelsen, en principio para definir, identificando, al derecho, es sencilla y simplista; la enuncia así:

Derecho igual a Estado ----- Estado igual a Derecho.

"El Estado en su calidad de sujeto de actos estatales -como centro de imputación- es precisa--

mente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera" (14)

Para Kelsen la eficacia total del derecho se funda en la noción de fuerza, es decir la coacción. Aún cuando sabemos que existen normas sin sanción—dentro de las legislaciones internas de los Estados y en mayor grado y número en el derecho internacional, así se diga que la sanción en este derecho internacional, en el caso de violación es la guerra.

Ante esta cuestión, Kelsen sostiene, naturalmente, ya que su sistema es hermético, que dentro de la ley no existen lagunas, el derecho positivo lo es todo, lo que está fuera de él es cualquiera otra manifestación social, más no derecho.

Pero el derecho es una obra humana, imperfecta aunque perfectible, y como tal tiene lagunas y notorias fallas, como fallas tiene el hombre, su creador. "Difícilmente han podido considerar como derecho, las víctimas de la inquisición Española, —aquéllas normas en virtud de las cuales fueron sentenciadas" dice Jelinek; sin embargo dichas normas fueron en su tiempo consideradas como derecho, justas o injustas, pero derecho al fin.

La validez del derecho se funda, en el sistema kelseniano, en que toda regla de derecho puede-

ser referida a la norma fundamental hipotética:

Esta norma hipotética es la fundamentación, - muchas veces inconciente, que da la vida a la Constitución de un Estado y que establece como principio la obediencia al legislador originario.

Ahora bien, establecida ya la Constitución, - serán válidas sólo aquellas normas cuyo proceso de creación esté conforme con ésta, ya que como Kelsen apunta, una de las características del derecho es que él mismo regula su creación y su aplicación.

Toda norma vigente y conforme con el proceso señalado por la Constitución, es el derecho dentro del sistema de la teoría pura.

Aunque Kelsen nos dice que debe haber una -- cierta adecuación entre el contenido de las normas y su observancia, se inclina más a señalar como característica esencial del derecho, en cuanto a su validez la coherencia, es decir, la medida en que el derecho pueda ser impuesto por la fuerza, - ya que según su consideración al respecto, el derecho es un modo de organizar la fuerza.

La tesis de Kelsen, dentro del pensamiento jurídico de todos los tiempos, es de suma importancia, ya que como antes dijimos, representa un nuevo y notable esfuerzo, un enfoque diferente dentro de la problemática del derecho.

Nadie puede negar la importancia que esta tesis ha tenido, y la influencia que ha ejercido entre los juristas contemporáneos, gran parte de los cuales han formado la llamada escuela kelseniana, - hecho que nos indica la importancia de esta teoría.

En efecto, el hecho de haber formado escuela y de ser grandemente discutido, indica a las claras que Kelsen revolucionó la concepción clásica del derecho, así se diga en la actualidad que Kelsen ya no es Kelsiano.

0

Nos toca ahora, después de asomarnos por un instante al mundo de estas corrientes jurídicas, - tomar partido por alguna de ellas, dado que la -- orientación de los siguientes capítulos, ha de ser fiel reflejo de la que se desprenda del presente.

Consideramos, como antes dijimos, que la doctrina del derecho natural en sus diferentes expresiones, tuvo en su época la importancia que como -- novedad tiene toda teoría, y que cumplió una importante misión; humanizar el derecho.

La teoría kelseniana, por su parte, es de un rigorismo matemático, exacta, y negarle importancia sería tanto como afirmar su desconocimiento.

Se afirma, como su más seria crítica, que es-

ta teoría deshumaniza al derecho, le quita todo -- contenido sociológico, hace a un lado todo el actuar del hombre, sus luchas, sus ideales, su momento histórico, su afán de justicia, importa solo la norma en su expresión formal, el contenido sale sobrando.

Sin embargo, las dos corrientes antes mencionadas, imprimen al derecho un carácter de petrificación, de estatismo, que no es acorde con nuestro concepto de devenir, de cambio constante al que -- por ley natural está sujeto al ser social.

Es dentro de la teoría marxista, del materialismo dialéctico, con su concepción dinámica de la historia, del hombre y de la sociedad, donde encontramos respuesta satisfactoria a nuestra inquietud inicial, ¿es estático el derecho, o es dinámico? -- ¿son las mismas instituciones, la Grecia y la Roma clásica?, o por el contrario, el hombre y la sociedad han creado instituciones nuevas, que el derecho ha recogido para darles forma jurídica?.

A estas interrogantes debemos dar respuesta -- en el capítulo final. Hoy solo apuntaremos que el derecho como tal, es dinámico, y que el hombre aspira a dejar su impronta siempre renovada, en las instituciones que crea, con la firme convicción de que algún día, cada vez menos lejano, han de esca-

lar la cúspide de la pirámide social, las clases -
que hasta hoy le sirvieron de asiento.

NOTAS DEL CAPITULO I.

- 1.- MARX CARLOS-ENGEIS FEDERICO.- Obras Escogidas-
pág.493 y agtes. Edit. Cartago. Argentina 1957
- 2.- CARNELUTTI FRANCESCO.- Metodología del Derecho
pág.56. Edit. Uteha México 1940.
- 3.- F. SENIOR ALBERTO.- Compendio de un Curso de -
Sociología pág. 56. Edit. Méndez Oteo Tomo I,-
México 1961.
- 4.- SMALL.- Origins of Sociology pág-127, Fondo de
Cultura Económica México 1960.
- 5.- MARX CARLOS.- El Capital, prólogo, Fondo de --
Cultura Económica Tomo I, segunda edición, Mé-
xico 1959.
- 6.- MARX CARLOS.- Obra citada, prólogo.
- 7.- MARX Y ENGELS.- Obras Escogidas pág.243.
- 8.- F. SENIOR ALBERTO.- Obra citada pág.67.
- 9.- KEISEN HANS.- Teoría Pura del Derecho pág.15.-
Edit. Eudeba séptima edición, Buenos Aires --
1960.
- 10.-KEISEN HANS.- Teoría General del Derecho y del
Estado pág.46 U.N.A.M., México 1949.
- 11.-KEISEN HANS.- Obra citada, prólogo.
- 12.-KEISEN HANS.- El método y la noción fundamen--
tal de la Teoría Pura del Derecho pág.5. Edit.

Fce, México 1947.

13.-KEISEN HANS.- *Socialismo y Estado* pág.113, --
Edit. Emece, Argentina 1957.

14.-KEISEN HANS.- *Obra citada* pág.189.

CAPITULO II

LA DINAMICA DEL DERECHO ROMANO, DERECHO FRANCES, -
DERECHO ESPAÑOL, COMO FUENTES PRINCIPALES DEL DERECHO
CHO MEXICANO.

CAPITULO II

LA DINAMICA DEL DERECHO ROMANO, DERECHO ESPAÑOL, -
DERECHO FRANCES, COMO FUENTES PRINCIPALES DEL DERECHO
MEXICANO.

Antes de penetrar en el estudio de la evolución de nuestro derecho, lo cual haremos en el capítulo siguiente, es necesario detenernos un momento a examinar las bases sobre las cuales se edificó, las corrientes que lo formaron, buscándolas -- desde luego en los derechos de los cuales según el acuerdo unánime de los juristas, deriva toda nuestra tradición jurídica.

Estos derechos son, principalmente el Romano, el Español y el Francés, los cuales llenaron todo un ciclo histórico, desde su nacimiento en los albores de las culturas a las cuales regirían, su paulatino desarrollo y apogeo, hasta su transformación en derechos modernos, diferentes y ajustados a las nuevas necesidades que la evolución de la sociedad les planteó.

El derecho, como regulación normativa de conducta social humana, tiene su campo de aplicación en el mundo de los hechos, en la realidad, de la cual toma su esencia y sus finalidades específicas.

Así, es precisamente el acontecer humano el -

que provoca el surgimiento de reglas de conducta - que tienden al aseguramiento de la convivencia social. Cada uno de los integrantes de un determinado conglomerado humano busca fines particulares en función de sus propias inquietudes; sin embargo la estabilidad de la vida social exige una regulación de dicha actividad de manera que se logre el respeto a las garantías elementales de los demás.

En este sentido puede afirmarse que la base - sustentadora del derecho son los actos de los hombres en su vida de relación y que los diversos matices de los ordenamientos jurídicos, los proporcionan las finalidades concretas que se persiguen.

La vida humana al decir de José Ortega y Gasset, no es una entidad que cambia accidentalmente, sino que por el contrario la esencia de esa vida - es precisamente su naturaleza cambiante, referida y determinada por el momento histórico. El hombre es y deja de ser, va acumulando experiencias pasadas que a su vez habrán de servir a las generaciones que le sucedan. "El hombre es lo que le ha pasado, lo que ha hecho... ese peregrino del ser, -- ese sustancial emigrante, es el hombre, en suma, - que el hombre no tiene naturaleza, sino que tiene-historia". (1).

El hombre, siguiendo el pensamiento del escri

tor español, se encuentra viviendo en un cierto nivel histórico, a una altura determinada de los -- tiempos, es heredero de un pasado constituido por una serie de experiencias humanas pretéritas que -- condicionan su ser y sus posibilidades. La vida individual es ya histórica, la historicidad pertenece esencialmente a la vida humana, por ello para -- comprender algo humano, personal o colectivo es -- preciso hacer una referencia histórica.

El individuo no estrena la humanidad encuen-- tra desde luego en sus mismas circunstancias a -- otros hombres y la sociedad que entre ellos y por ellos se produce. De aquí que su humanidad parte -- de otra que ya se desarrolló y llegó quizás a su -- culminación: "En suma acumula a su humanidad un modo de ser hombre ya forjado, que no tiene él que -- inventar, sino simplemente instalarse en él, para -- su individual desarrollo". (2)

En este orden de ideas y aceptando el princi-- pio de la historicidad de la vida humana, vemos -- que el acontecer humano a través de los tiempos es tá sujeto a una continuidad, por lo que para entender el presente es necesario conocer un pasado.

Para comprender las instituciones actuales, -- resulta provechoso analizar su desenvolvimiento y -- su formación a través del tiempo, estudiando las --

circunstancias que les dieron origen y valorando - la influencia que dichas instituciones puedan ejercer en nuestros días.

El derecho Mexicano tiene su más remoto antecedente en el derecho Romano, el cual hizo llegar a nuestro medio sus instituciones particularmente a través del derecho Francés y del derecho Español.

En efecto, fundamentalmente en el derecho civil, títulos completos pueden señalar como su antecedente directo al derecho Romano, filtrado y modificado como antes dijimos por los derechos de Francia y de España.

Por otra parte, si se exceptúa Inglaterra, -- donde la ley común deriva de las costumbres locales u donde domina aún en su legislación el elemento feudal, el derecho Romano constituye el fondo de las principales legislaciones europeas.

El derecho Alemán por ejemplo, es el resultado de una mezcla en la cual entran por partes iguales el antiguo derecho Germánico y el derecho Romano.

En Italia, los redactores del Código Civil de 1865, se inspiraron sobre todo en las leyes Romanas.

España, en fin, toma como principios para su legislación, los de el derecho Romano y el derecho Canónico. Es este el lazo que nos une más estrechamente con el derecho Romano, ya que a raíz de la conquista, en México se adoptó en gran medida la legislación Española.

El derecho Romano clásico, debe entenderse como el conjunto de principios de derecho que han regido a la sociedad Romana durante el período comprendido desde su origen hasta la muerte del emperador Justiniano.

Acerca de la importancia que el derecho Romano tuvo al influenciar a las legislaciones a que antes hicimos referencia, Saleilles, nos dice: "El ha aclimatado en el mundo la idea de que todos los organismos constituidos para funcionar en el terreno del derecho eran realidades jurídicas, capaces de ser sujetos de derecho como el mismo individuo. Y sin pretender plegar todos estos organismos dentro de un mismo molde constructivo, admitió toda la diversidad de constituciones que presentaba el mundo de los hechos y de las realidades, desde la personalidad puramente corporativa de la asociación, hasta la personalidad de pura afectación de las fundaciones. Han sido los hechos los que han adaptado el derecho a su medida, lejos de pensar que el derecho, a la manera de un lecho de Procus-

to, los haya reducido a la abstracción de sus sistemas. Estamos en plena corriente de la vida, y el derecho acepta las creaciones sucesivas". (3)

De lo anterior se desprende que el derecho Romano tuvo como una de sus características principales una gran adaptabilidad a las situaciones que día con día iban cayendo dentro del campo de lo jurídico es decir fue un derecho esencialmente dinámico.

Radbruch, al estudiar las instituciones jurídicas de Roma nos dice que los rasgos más sobresalientes dentro de la concepción jurídica Romana -- son, una vigorosa conciencia de la autonomía del derecho, el modo casuístico de formarse y la cierta regulación del caso concreto.

Analizando las ideas del pensador alemán que venimos comentando vemos que se inclina por caracterizar al pensamiento jurídico Romano sobre todo por la conciencia firme que los juristas de la -- época tenían acerca de la autonomía del derecho lo que ha dado en denominarse tendencia disociadora -- del espíritu latino.

En esta forma según Radbruch el derecho Romano se aísla de los diversos sistemas normativos extraños a lo jurídico, comentando que es quizá en el derecho Romano donde menos se acusa la influen-

cia de la religión.

Este último punto del pensamiento de Radbruch es bastante discutible, ya que la mayoría de los autores de la materia están acordes en afirmar que en el primitivo derecho Romano no existía frontera con la religión.

Fustel de Coulanges en su inmortal obra "La Ciudad Antigua" nos dice: "Al principio, entre los griegos y los romanos, como entre los indos, la ley formó parte de la religión. Los antiguos códigos de las ciudades eran un conjunto de ritos, de prescripciones litúrgicas, de oraciones, al mismo tiempo que de disposiciones legislativas. Las reglas del derecho de propiedad y del derecho de sucesión se hallaba mezcladas entre las reglas relativas a los sacrificios, a la sepultura y al culto de los muertos.

Vemos por lo que queda de las más antiguas leyes de Roma llamadas leyes reales, que se aplican lo mismo al culto que a las relaciones de la vida civil. Una de ellas prohibía a la mujer culpable acercarse a los altares; otra, que se sirviesen -- ciertos productos en las comidas sagradas; otra -- prescribía la ceremonia religiosa que el general -- vencedor tenía que celebrar al volver a la ciudad. El Código de las Doce Tablas aunque más reciente, -

también contenía minuciosas prescripciones sobre los ritos religiosos de la sepultura. La obra de Solón era simultáneamente un código, una constitución y un ritual; el orden de los sacrificios y el precio de las víctimas estaban determinados, así como los ritos de las nupcias y el culto de los muertos.

Cicerón, en su tratado de las leyes, traza el plan de una legislación que no es completamente imaginaria. Por el fondo, como por la forma de su código, imita a los antiguos legisladores. He aquí las primeras leyes que escribe: "Que nadie se acerque a los Dioses si no tiene las manos puras; -Que se conserven los templos de los padres y la morada de los Lares domésticos; -Que los sacerdotes sólo empleen en las comidas sagradas los artículos prescritos: -que se tribute a los dioses Manes el debido culto". Seguramente que el filósofo romano se preocupaba poco de esta vieja religión de los Lares y de los Manes; pero trazaba un código a imagen de los códigos antiguos y se creía obligado a incluir las reglas del culto.

En Roma era una verdad reconocida que no se podía ser buen pontífice si se desconocía el derecho, y recíprocamente, que no se podía conocer el derecho si se ignoraba la religión. Los pontífices

fueron, durante mucho tiempo, los únicos jurisconsultos. Como no había casi ningún acto de la vida que no tuviese relación con la religión, resultaba que casi todo estaba sometido a las decisiones de esos sacerdotes y que ellos solos eran jueces competentes en infinito número de procesos. Todas las cuestiones referentes al matrimonio, al divorcio, a los derechos civiles y religiosos de los hijos, se dilucidaban ante su tribunal. Eran jueces en los casos de incesto y en los del celibato. Como la adopción correspondía a la religión, solo con el asentimiento del pontífice podía hacerse. Hacer un testamento era romper el orden que la religión había establecido para la sucesión de los bienes y la transmisión del culto; por eso, en los orígenes, tuvo el testamento que ser autorizado por el pontífice. Como los límites de cada propiedad estaban marcados por la religión, cuando litigaban dos vecinos tenían que informar ante el pontífice o ante los sacerdotes llamados hermanos aruales, y he aquí como los mismos hombres eran pontífices y jurisconsultos; derecho y religión formaban una sola cosa". (4)

Esta contradicción entre el pensamiento de Radbruch y el de Fustel de Coulanges, creemos que es debida a que este último examina el nacimiento de las instituciones, es decir se remonta hasta --

sus orígenes más remotos, en tanto que el primero estudia un derecho Romano ya elaborado en el cual efectivamente la influencia de la religión había disminuído notablemente porque, como haremos notar en el último capítulo de esta tesis, existen ciertos factores sociales cuya fuerza es más o menos permanente, como la economía, la política y la moral; en cambio hay factores que pierden fuerza a medida que las sociedades avanzan en su desarrollo cultural, entre estos se encuentran la religión y la costumbre.

La tendencia disociadora de que habla Radbruch se manifiesta en cambio en otros aspectos del derecho Romano. En el ejuiciamiento jurídico encontramos ya perfectamente separado el derecho y el procedimiento, con sus dos etapas específicas: *in jure* e *in iudicio*.

Así mismo el derecho Romano separa cuidadosamente el derecho público del derecho privado, habiendo sido primordialmente un derecho individualista, el derecho Romano se prestaba en forma clara para servir de marco jurídico al orden económico capitalista, aunque las instituciones jurídicas más características de la economía capitalista, tales como la letra de cambio y el cheque, las acciones, las obligaciones y las sociedades mercantiles, tengan sus raíces históricas en el posterior dere-

cho europeo de ahí que nuestro derecho descendiente directo del Romano haya seguido hasta nuestros -- días una línea de marcado individualismo el cual -- apenas ha empezado a transformarse en un tibio so-- cialismo.

En resumen; puede decirse que la meta jurídi-- ca esencial del derecho Romano no residía en nin-- guna clase de fines suprajurídicos, sino en la cer-- tera regulación del caso concreto, más que la jus-- ticia interesaba a este derecho la equidad.

Constituye una paradoja histórica que el dere-- cho Romano en aquellos países en que ha sido reci-- bido y actualizado, haya perdido su carácter puro-- de ciencia jurídica basada en la naturaleza de las cosas, pueblos en que el derecho Romano no ha en-- contrado acomodo, es decir los pueblos anglosajo-- nes, aquéllos en los que hoy prevalece un espíritu jurídico basado precisamente en la naturaleza de -- las cosas, análogo al de la jurisprudencia de la -- antigua Roma. Esto explica por qué el derecho Roma-- no no ha dejado de ser combatido e impugnado en -- Alemania desde el momento de su recepción. Lo com-- batieron los labriegos sublevados en el nombre de -- la guerra campesina; lo combatieron de nuevo los -- defensores de la unidad y la libertad alemana, es-- parcialmente en 1848; volvieron a combatirlo los -- partidarios del Código Civil Alemán, a fines de --

siglo; y, por último rompieron lanzas contra él -- los nazis.

En su oposición al derecho Romano, los germanos perdieron de vista dos cosas importantes: La primera es que al derecho Romano, impuesto sobre los derechos particulares y dispersos, se debe la unidad nacional de un derecho común; la segunda, que la recepción del derecho Romano fué posible -- porque este había acertado a despojarse de casi todas sus peculiaridades nacionales, para convertirse en un *ius gentium*, en un derecho con pretensiones de validez universal. En efecto el derecho Romano en su peregrinar por el tiempo se fué transformando en un ordenamiento que admitió ya que entrasen en su campo de acción personas ajenas a la comunidad Romana, extranjeros, clientes, peregrinos, podían ser ya sujetos de un derecho que en sus orígenes fué reservado solamente para los ciudadanos Romanos.

La necesidad del intercambio comercial y el advenimiento de nuevos pobladores hicieron nacer el derecho de gentes, derivado como antes dijimos del derecho civil.

El fenómeno de repulsión hacia el derecho Romano que mostraron los países germánicos es de fácil comprensión si tomamos en cuenta que el carác-

ter de los habitantes de estos pueblos es más dado a la precisión y a la abstracción de todas las instituciones.

Menos comprensible resulta que al lado de los defensores de la unidad se mostrasen también hostiles al derecho Romano los defensores de la liber--tad, las gentes liberales de aquella época, a pe--sar de que si algo caracterizaba a este derecho, -era precisamente su tendencia individualista, el -predominio de las concepciones del derecho priva--do. La oposición creemos que iba más bien dirigida contra el derecho público Romano; que no ha sido -recibido en su total contenido ni mucho menos, y -al que se le reprochaba encarnar el disolutismo --bizantino. La resistencia opuesta por el liberalisismo no se dirigía tanto contra el derecho Romano --mismo, como contra el quietismo y pasividad reac--cionaria de quienes por aquél entonces lo defen--dían. Estos defensores eran los pertenecientes a -la escuela histórica y más tarde a su descendiente directo, el positivismo.

La oposición iba dirigida contra el retorno, -verdaderamente muy poco histórico, a un derecho Romano puro, contra la extirpación de los intentos -de adaptación impuestos por las exigencias de los -tiempos y traducidos en el llamado usus modernus -

ter de los habitantes de estos pueblos es más dado a la precisión y a la abstracción de todas las instituciones.

Menos comprensible resulta que al lado de los defensores de la unidad se mostrasen también hostiles al derecho Romano los defensores de la liber-
tad, las gentes liberales de aquella época, a pe-
sar de que si algo caracterizaba a este derecho, -
era precisamente su tendencia individualista, el -
predominio de las concepciones del derecho priva-
do. La oposición creemos que iba más bien dirigida
contra el derecho público Romano, que no ha sido -
recibido en su total contenido ni mucho menos, y -
al que se le reprochaba encarnar el disolutismo --
bizantino. La resistencia opuesta por el liberalis
mo no se dirigía tanto contra el derecho Romano --
mismo, como contra el quietismo y pasividad reac-
cionaria de quienes por aquél entonces lo defen-
dían. Estos defensores eran los pertenecientes a -
la escuela histórica y más tarde a su descendiente
directo, el positivismo.

La oposición iba dirigida contra el retorno, -
verdaderamente muy poco histórico, a un derecho Ro
mano puro, contra la extirpación de los intentos -
de adaptación impuestos por las exigencias de los -
tiempos y traducidos en el llamado usus modernus -

pandectarum, contra la desdeñosa repudiación de -- las reformas jurídicas y las codificaciones que -- los nuevos tiempos exigían. La crítica del derecho Romano no tenía como blanco la jurisprudencia Romana clásica, sino el libresco derecho bizantino que la recepción había hecho brotar por aquélla época.

Lo que nos interesa hacer resaltar es que el derecho Romano ejerció una influencia determinante en los países europeos, por lo que para fines del siglo XV en que se descubre América, la legislación Española se encontraba esencialmente determinada por el derecho Romano.

Los primeros ordenamientos legales de importancia para América fueron las Bulas de Alejandro VI y el tratado de Tordesillas.

En efecto, poco tiempo después del descubrimiento de América, surgió un serio conflicto entre España y Portugal.

Portugal sostenía que las tierras descubiertas le pertenecían por cuanto estaban situadas al sur de la línea demarcatoria del Bajador que había sido fijado como límite según el tratado de Alcazovas, suscrito por ambos Estados en 1479 y ratificado en Toledo en el año de 1480.

España por su parte, aducía que el derecho de

tales territorios a su favor era indiscutible, por cuanto estos se encontraban al occidente del meridiano de Ptolomeo y el tratado de Alcazovas determinaba únicamente una zona que estaba comprendida desde este meridiano hasta la costa de Europa y -- África.

A fin de asegurarse el dominio de las tierras descubiertas, los Reyes Católicos requirieron del Papa Alejandro VI el reconocimiento de sus derechos, petición que culmina con las Bulas dictadas por dicho pontífice con fecha 3 y 4 de Mayo de -- 1493.

Por la Bula de 3 de Mayo, el Papa adjudicaba las tierras de América a los Reyes de Castilla, -- en tanto no fueran de pertenencia de ningún otro Rey cristiano.

Se concedía libremente la soberanía en todas las islas y tierras "recientemente descubiertas" -- en las tierras por descubrir en cuanto no perteneciesen desde luego a ningún otro Rey católico. Se prohibía además, bajo pena de excomuni6n, ir a -- aquellas islas y traficar sin permiso.

En la Bula Inter Coetera del 4 de Mayo, se de terminaba que pertenecían a España todas las tierras que ésta descubriera a partir de cien leguas al oeste de una línea imaginaria que pasara por --

las Azores e islas de Cabo Verde, supuestas. Estas en la misma longitud geográfica.

Los límites fijados por la Bula de 4 de Mayo, no fueron los que en definitiva; prevalecieron. -- Portugal no satisfecha con la zona que le asignaba la Bula, se mostró decidida a no acatarla. Con este motivo se realizaron negociaciones diplomáticas entre ambas potencias, las cuales concluyeron el 7 de junio de 1494 con la protocolización del tratado de Tordecillas, mediante el cual se fijaba el límite en trescientas setenta leguas al oeste de las Azores. Este tratado sin embargo, no solucionó las diferencias en forma definitiva sino que estas habrían de surgir con posterioridad.

Consideramos de importancia señalar en este punto los tratados a que hemos hecho mención ya -- que como antes dijimos constituyen los primeros ordenamientos a que estuvo sometida América.

Por otra parte, la legislación de Indias es la primera sistematización ordenada del derecho -- que se aplica en las tierras descubiertas en general, y en la Nueva España, en particular. En este tipo de legislaciones se encuentra el origen inmediato del derecho Mexicano, y como fuente remota, como hemos asentado, el derecho Romano.

No bien iniciada la conquista, España se vió-

constreñida por la necesidad de dictar una legislación adecuada a las diversas situaciones originadas en el nuevo mundo, es decir de actualizar y -- adaptar el derecho peninsular.

La legislación para el nuevo mundo habría de comprender tanto la organización de los poderes, -- cuanto las relaciones de los particulares. La legislación Indiana asume caracteres originales en -- vista precisamente de la ordenación y regulación -- de circunstancias hasta entonces no comprendidas -- en la experiencia jurídica Española.

En 1501 una Bula dictada por el Papa Alejandro VI concede a los Reyes Católicos la renta de -- los diezmos y primicias en atención a que habían -- fundado y sostenían iglesias en el Nuevo Mundo.

Poco después por Bula de 1506 el Papa Julio -- II reconoce a los Reyes de España el patronato uni -- versal de las iglesias de Indias junto con la fa -- cultad de presentar obispos y beneficios.

La primera y quizá la más delicada de las -- cuestiones jurídicas planteadas en el Nuevo Mundo, -- fué la de determinar la situación legal de los abo -- rígenes. Esta cuestión dió origen tanto a una doc -- trina como a una legislación contradictoria.

El veinte de diciembre de 1503, Isabel la Ca -- tólica dictó en Medina del Campo una Cédula que au

torizaba a los repartimientos de indios y el trabajo forzoso aunque asalariado, de los mismos. Otra Cédula dictada por Fernando el Católico en 1509 estableció algunas modificaciones y aclaraciones a la regla anterior; como eran la prohibición de adjudicarse aborígenes por más de dos o tres años. Dicha Cédula establecía también el carácter de -- hombres libres y racionales que se atribuía a los indígenas.

Sin embargo la reglamentación de los repartimientos de indios no limitó en absoluto los abusos cometidos por los colonizadores en este aspecto, el derecho una vez más se veía impotente para poner freno a una situación que era sumamente provechosa para los conquistadores, utilizar a los naturales como bestias de carga y de trabajo.

Esta situación fue observada y criticada duramente por los misioneros Dominicos enviados a la Nueva España, siendo notable la prédica que en este sentido realizó Fray Antonio de Montesinos. Pero en contra de ella y en favor de los repartimientos y encomiendas se alzó a la tesis de los Franciscanos, cuyo exponente más destacado Fray Alonso de Espinal defendía la posesión de los encomendados.

Reunida en Burgos una junta de teólogos con --

el objeto de considerar este problema, se aprobaron siete proposiciones fundamentales que propugnaban porque se les diera a los indios el trato propio de seres libres, que se les instruyera en la fe cristiana, que su trabajo fuese de tal manera realizado que les permitiera la instrucción antes propuesta, que se les pagase una retribución justa por sus servicios, que se estableciera un período de descanso etc. De estas proposiciones surgió lo que más tarde se conoció con el nombre de la servidumbre calificada del indio, institución que aparece como una solución de transacción entre el principio de libertad a que todo hombre aspira y la necesidad de que la colonización tenía de manos que cultivasen las inmensas extensiones que se abrían ante los ojos del conquistador.

En concordancia y derivadas de estas proposiciones se sancionan el 27 de diciembre de 1512 las llamadas Leyes de Burgos, primera legislación obrera de carácter general para los naturales americanos fue complementada por las leyes dictadas en Valladolid el 28 de julio de 1513.

La legislación destinada a la Nueva España se fue multiplicando de manera sorprendente, al grado de que la extraordinaria sucesión de leyes, Cédulas y ordenanzas relativas al nuevo mundo hacían -

ya patente la necesidad de una compilación. El primero en intentar esta tarea fué el fiscal de la Audiencia de México Antonio Maldonado, quien en 1556 organizó una colección titulada "Repertorio de las Cédulas, Provisones y Ordenanzas Reales, obra que hasta donde sabemos, quedó inconclusa.

Posteriormente en 1563 un fiscal de la misma audiencia, Vasco de Puga, publicó una recopilación ordenada cronológicamente de las Cédulas y Provisiones dictadas para México entre los años de 1525 a 1562, trabajo que se conoce con el nombre de Cedulaario de Puga.

En 1570, Felipe II siguiendo la tendencia anteriormente señalada, ordenó que se realizara una compilación general.

El 18 de Mayo de 1680, por Real Cédula de Carlos II, se publica la recopilación de leyes de los reinos de las Indias. En esta recopilación quedaban comprendidas en una unidad normativa, la pluralidad de legislaciones americanas, y si bien, aun cuando después de su puesta en vigencia, cada administración local siguió creando su propia legislación, la recopilación señalada fué el fundamento jurídico general de todas las leyes locales.

La recopilación consta de 9 libros con 218 títulos y regula en su conjunto la organización poli

tica, religiosa, social, civil, comercial, militar y financiera de la América Española.

La ley segunda del título primero, libro segundo de esta recopilación, establece el siguiente orden de prelación de leyes a aplicarse en América: en primer lugar deben aplicarse las leyes de la recopilación; en segundo término, las Cédulas, Provisiones u Ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias; en tercer lugar las Cédulas, Provisiones u Ordenanzas dadas y que fueran despachadas -- por los conductos adecuados; finalmente y con relación a materias no legisladas en la recopilación -- ni en otras normas dictadas para América, deben -- aplicarse las leyes del reino de Castilla.

Los primeros intentos de revisión de la recopilación de las leyes de Indias comenzaron a principios del siglo XVIII.

El 9 de mayo de 1776, por un decreto de Carlos III se ordena que en lo sucesivo no se efectúen nuevas enmiendas ni correcciones a la recopilación, sino que se prepare un nuevo código de Indias y que nunca se permita la glosa o comentario de ellas. Es este un vano intento por detener la evolución constante del derecho, pues las circunstancias de la vida diaria hacen que toda ley que permanezca estática resulte pronto inadecuada, es-

la dinámica del derecho y su diaria aplicación lo que justifican su existencia.

Casi al mismo tiempo se dicta la instrucción acerca de las prescripciones que deben observar -- los regentes de las reales audiencias de América, -- instrucción que reorganiza también el procedimiento ante los tribunales de justicia.

En cumplimiento del decreto de 9 de mayo de 1776, se constituyó una junta legislativa, que en 1790 presentó a Carlos IV el libro primero del nuevo código aprobado junto con algunas leyes supletorias, por real decreto del 25 de mayo de 1792.

Posteriormente a dicho libro primero se adicionan nuevas normas, con lo cual se hacía patente la necesidad de una nueva recopilación.

Tras los acontecimientos subsecuentes a la -- invasión napoleónica en España Fernando VII designó en 1817 una nueva comisión reformadora de la recopilación de leyes de Indias, pero esta labor no habría ya de trascender en América.

Además de la legislación Indiana que hemos comentado, cabe destacar como antecedentes del derecho Mexicano si bien en forma indirecta las Constituciones Españolas de Bayona de 27 de julio de --- 1808 y la de Cadiz de 19 de marzo de 1812.

Por otra parte la difusión de nuevos principios filosófico-políticos, que superponían ahora - al sentido de la nacionalidad el sentido de la libertad y la igualdad humana, el creciente desequilibrio de las grandes monarquías europeas que incidía desfavorablemente tanto en la vieja economía - de la misma Europa como en la incipiente economía-americana y la inquietud por reordenar la vida conforme a los requerimientos ideológicos y a las necesidades materiales de una población mundial sensiblemente incrementada y desigualmente distribuída, constituían el trasfondo histórico de los pueblos de la época, que permitían vislumbrar, al promediar el siglo XVIII, una etapa de profundas - -- transformaciones tanto en lo político cuanto en lo social.

Los grandes procesos revolucionarios que se inician en occidente a partir de la segunda mitad del siglo XVIII tienen, desde luego cada uno su lógica interna y sus fundamentos propios, pero todos ellos derivan de un fenómeno que se generaliza como manifestación de madurez de las concepciones jurídicas modernas, a saber; la formulación expresa- y bien definida de las normas constitucionales del Estado.

El absolutismo como forma de gobierno, y el -

liberalismo individualista como forma de relación entre los individuos han de ceder para dejar paso a los gobiernos democráticos, constitucionales, al Estado de Derecho, y las relaciones humanas han de apuntar ahora hacia la protección del grupo y ya no del individuo aisladamente considerado.

Por otro lado se nota en esta época en la que estamos encuadrados una preocupación constante y creciente por dotar a todos los Estados de constituciones que protegiendo los derechos elementales del hombre sirvan al mismo tiempo como un freno al poder público.

Dentro de este proceso se encuadra el caso de México.

Las ideas predominantes de la época, los anhelos libertarios de la misma y, en fin, el liberalismo, trascienden al derecho mexicano y los principios sostenidos por Montesquieu y otros grandes teóricos de la revolución, quedarán plasmados en los ordenamientos constitucionales mexicanos.

Sin embargo dentro del derecho Francés, de descendencia indudablemente romanista, el ordenamiento que mayor influencia representaba para el derecho civil mexicano es el Código de Napoleón.

En los años de 1804 a 1810, se crearon en --

Francia a instancia y con intervención directa de Napoleón, las grandes obras legislativas conocidas bajo el nombre de los Cinco Códigos; el Código Civil, el Código de Procedimientos Civiles, el Código de Comercio, el Código Penal y el Código de Instrucción Criminal.

El Código Civil que se promulgó en 1804 y que se conoce desde 1807 con el nombre de Código de Napoleón, compite con el derecho Inglés en cuanto a autoridad universal, y ha influido considerablemente en la legislación de otros países entre los cuales, el nuestro como antes dijimos, no ha sido la excepción.

Existen Códigos Civiles, como el de Baden -- (1809), tomados casi al pie de la letra del Código de Napoleón. Otros se han inspirado directamente -- en él, como el Código Civil Español de 1888, el -- cual a su vez sirvió de modelo a los de algunos -- países Hispanoamericanos.

Instaurar en Francia la unidad jurídica, fué la misión esencial del Código de Napoleón, pues -- con anterioridad a su promulgación, regía en el -- norte del país el derecho consuetudinario (las coutumes), en tanto que en el sur se seguía aplicando el derecho Romano y paralelamente a uno y otro un conjunto disperso de Reales Ordenanzas.

Otra de las finalidades del Código Civil que nos ocupa era la de plasmar en la legislación los resultados políticos emanados de la triunfante Revolución Francesa.

La influencia personal de Napoleón se hace sentir en el Código Civil Francés y muy señaladamente en la parte relativa al derecho de familia, en el cual se imprimió un sello marcadamente paternalista. Esta obra reconoce como su principal autor al gran jurista francés Portalis.

Digno de mención es el lenguaje en que aparece redactado el Código Civil Francés, el novelista Stendhal, confesó que todas las mañanas leía un trozo del Código porque este ejercicio decía, le ayudaba a encontrar el tono justo para sus trabajos literarios.

Este código carece de una redacción minuciosamente casuística, pero no se haya tampoco dominado por la idea de resolver de antemano, mediante exageradas abstracciones, todos los casos jurídicos imaginables. Por el contrario, se renuncia conscientemente a la pretensión de reglamentarlo todo, sin omisiones ni lagunas, se acepta que el derecho no puede regular cada caso concreto que la realidad elabora, superando muchas veces a la fantasía, admitiendo así tácitamente el hecho del dinamismo pe

renne del derecho.

El mismo Portalis expresaba: "Saber que no es posible preverlo todo, es una sabia previsión". -- Sin embargo el artículo IV exige que el juez, si no quiere incurrir en las penas provistas para la denegación de justicia, resuelva todos los casos jurídicos que ante él se presenten, sin que pueda excusarse alegando que la ley es oscura o insuficiente en cuanto al caso de que se trate; porque precisamente en previsión a las lagunas de la misma se establecen los principios generales que han de servir para llenarlas.

Por oposición a Montesquieu, para quien el juez no es más que el instrumento automático e inánimado de la justicia llamado a juzgar -- según -- una frase de Portalis -- como si los legisladores -- fuesen Dioses y los jueces no llegasen siquiera -- a la categoría de hombres, el Código Civil Francés admite la posibilidad de una creación libre de derecho por la vía judicial. Pero, a diferencia de lo que ocurre en Inglaterra, en Francia los fallos judiciales solo tienen efectividad para el caso -- concreto, pero no fuerza de ley para casos futuros, pero la jurisprudencia aunque no tenga fuerza de ley, aparece de hecho revestida de gran autoridad.

Las tendencias políticas del Código que nos --

ocupa responden al triunfo de la revolución francesa y de la burguesía sobre los privilegios heredados de la época feudal, a los principios de la libertad personal, de la igualdad de todos ante la ley, de la propiedad libre y de la libertad de contratación, de la independencia del Estado con respecto a la iglesia, en fin al liberalismo tal como en la época se entendía.

El Código Civil Francés, si exceptuamos el derecho de familia, se haya fuertemente dominado por principios individualistas. Estas tendencias se hayan garantizadas por el Código Civil con mayor eficacia que por la Declaración de los Derechos del Hombre, ya que aquél no se limita a proclamarlos en fórmulas generales sino que los incorpora real y efectivamente a la vida civil de los ciudadanos.

En síntesis, nuestro derecho actual deriva en línea directa del derecho Romano, a través de los ordenamientos que hemos comentado.

Por eso nuestro derecho tiene el casuismo del Romano, la liberalidad del Francés, combinado todo esto con el conservadurismo del derecho Español.

Desde luego, las mencionadas no son las únicas influencias que privan en nuestro derecho. Toma también del derecho Norteamericano la forma de gobierno Federal y otros diversos principios, prin

cipios, principalmente de organización del poder e impartición de justicia.

Influye también el derecho Italiano, sobre todo en material penal, de la cual toma los principios de humanización y rehabilitación del delincuente y otros principios que se han elevado al rango de constitucionales.

En fin, México, siendo un país relativamente joven en su incorporación al concierto cultural del mundo, tuvo la ventaja de poder aprovechar las experiencias jurídicas y sociales de otros países en los cuales la civilización había ya alcanzado un punto de considerable avance.

Desde luego que no todo lo que se ha copiado de legislaciones extranjeras ha sido bueno, han existido casos en los cuales la imitación extralógica de instituciones ajenas y aún contrarias a nuestro ambiente han dado por resultado otras instituciones muy poco benéficas para la vida del país.

Es que el derecho, siendo una unidad cerrada, dividida solamente por causa de comodidad, por llevar a cabo la ley de la división de trabajo, siendo una unidad, decimos debe adaptarse cada día a las cambiantes necesidades de la sociedad en la cual está destinado a servir.

Cada país debe tener un derecho propio característico que partiendo de principios generales se adapte a la idiosincracia nacional, que responda - en cada momento a los fines para los cuales fué -- creado.

En nuestro caso particular, el derecho Mexicano al derivar de una Constitución rígida, tiende a tener también una rigidez que lo mantiene siempre obsoleto pues es imposible citar alguna rama del - derecho, sea penal, civil, laboral etc., que esté -- ciertamente ajustada a las necesidades actuales.

Es verdad que la seguridad jurídica exige una cierta estabilidad, en el derecho, pero cuando ante la seguridad, que no sirve sino para proteger - los intereses creados - intereses del capitalismo - individualista - se levanta la exigencia de una justicia social, es entonces cuando creemos que el de -- recho debe romper con los viejos moldes y conformarse día con día a las necesidades de una vida y -- de un mundo en crisis, envuelto en infinidad de -- problemas que escapan a la regulación jurídica.

Los grupos humanos desvalidos de México esperan aún que los principios de igualdad social se -- hagan efectivos, esperan que el derecho deje de -- ser lo que hasta ahora ha sido, una arma en manos -- de la clase poseedora para someter a las clases --

que sirven de asiento a la pirámide social, esperan en fin, que este México nuestro los acoja como verdaderos hijos, iguales todos ante la ley.

¿Hasta cuándo han de seguir esperando? ¿Hasta cuándo existirá una verdadera adecuación entre el fenómeno jurídico y el hecho social?

NOTAS DEL CAPITULO II

- 1.- JOSE ORTEGA Y GASSET.- "La Historia como Sistema" pág.56 Revista de Occidente - Madrid 1961.
- 2.- JOSE ORTEGA Y GASSET.- Obra citada pág.102
- 3.- SALEILLES, Cit. por EUGENE PETIT en "Tratado elemental de Derecho Romano" pág.9 Edit. Nacional México 1961.
- 4.- N. D. FUSTEL DE COULANGES.- "La Ciudad Antigua" pág.226 y sgtes, Edit. Diamante, España 1965.

CAPITULO III

SINTESIS EVOLUTIVA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO. LA PRIMERA CONSTITUCION NACIDA EN SUELO-MEXICANO.- LA REFORMA COMO PERIODO DESISIVO EN LA-HISTORIA DEL DERECHO MEXICANO.- LA CONSTITUCION DE 1857 COMO FENOMENO JURIDICO Y COMO HECHO SOCIAL.

CAPITULO III

Intentar un estudio así sea breve, del derecho Constitucional Mexicano, es adentrarnos en la historia de un pueblo que ha luchado y ha sufrido, que ha sabido también gozar en sus horas de triunfo, un pueblo que se ha empeñado en ver plasmados en su Carta Magna, todos sus anhelos de libertad y justicia, que nos ha dado como producto del mismo, hombres esforzados, líderes cuyos nombres no han de borrarse nunca, que han comprendido que la nación está por encima del individuo, que la vida y la felicidad de la sociedad están por sobre todo - sufrimiento, sobre cualquier interés personal, hombres que supieron y aceptaron que no hay victoria sin lucha y sacrificio, aunque esta lucha y este sacrificio hayan sido en exigencia de la propia vida.

Ninguna otra rama del derecho como el Constitucional expresa tan fielmente las variaciones que sufre la sociedad a la cual regula; su forma de vida, su estructura de gobierno, sus tendencias evolutivas en materia económica, la posición del individuo y sus garantías ante el poder público, su concepción del papel que la religión ha de tener, la preponderancia en fin, de ciertos intereses sobre los demás. Todo esto va quedando grabado como los años en el tronco de los árboles, en la histo-

ria del derecho Constitucional.

No es este el lugar de emprender una historia completa del derecho Constitucional Mexicano, ya que esta tarea está propiamente concluída y ocupa ya gruesos volúmenes escritos por prestigiados autores. Nuestro propósito en el capítulo presente es el de señalar solamente aquellos momentos que hemos considerado como decisivos en la evolución de nuestro derecho, aquellas manifestaciones del espíritu de los grandes innovadores que detuvieron un instante la historia para examinarla y juzgarla a la luz de nuevas corrientes y doctrinas para, una vez hecho esto, darle un nuevo impulso renovador y benéfico. Momentos de nuestro derecho Constitucional en los cuales el rumbo de una nación se vio repentinamente variado, los cuales trajeron como consecuencia lógica del cambio convulsiones internas y desequilibrios para quienes no se daban cabal cuenta del cambio o bien, habiéndose dado, veían afectados en modo directo sus intereses personales.

El plan a seguir será; veremos la Constitución de Apatzingán de 1814, la obra principal del gran Morelos, por ser la primera Constitución que se elaboró en suelo Mexicano, posteriormente nos adentraremos en el período conocido como la Reforma, en el cual con luz propia brilla un nombre; --

Juárez. El siguiente paso consistirá en examinar una Constitución que significa una transición entre dos épocas perfectamente delimitadas en la historia de México, la Constitución de 1857.

Respecto al período que nos ocupa, época de gestación del derecho Constitucional en México, el maestro Felipe Tena Ramírez nos dice:

"Desde el año de 1808, en que apuntaron las primeras inquietudes de emancipación, hasta el de 1867 en que se consumó el triunfo de la República, la historia de México registró un número considerable de asambleas constituyentes, de instrumentos constitucionales y de planes que se proponían convocar a las primeras o modificar los segundos.

De diverso origen y con varia fortuna, once asambleas constituyentes que se reunieron en México durante esos casi sesenta años: el Congreso Constituyente que inició su obra en Chilpancingo el año de 13; el Congreso Constituyente de 22, dos veces convocados; la Junta Nacional Instituyente de 23, que actuó durante el tiempo en que el anterior Congreso permaneció disuelto; el Congreso Constituyente de 24; el Congreso ordinario, erigido en Constituyente en 35; el Congreso ordinario, erigido en Constituyente en 39; el Congreso Constituyente de 42; la Junta Nacional Legislativa de 43; el Congreso Constituyente extraordinario de junio de 46; el Congreso Constituyente de - - - - -

diciembre de 46, con funciones al mismo tiempo de Congreso ordinario; el Congreso Constituyente de 56. Además de las asambleas, tres individuos llegaron a sumir en sus respectivas personas la función constituyente, así haya sido en forma provisional y con alcance limitado: Antonio López de Santa - - Anna, Ignacio Comonfort y Maximiliano de Habsburgo.

Al período que se indica corresponden catorce instrumentos constitutivos: las Bases Constitucionales de 1822 y de octubre de 35; los Estatutos -- Provisionales de 23, de 53 de 56 y de 65; las Actas Constitutivas de 24 y de 47; las Constituciones de 1814, de 24 de 36, de 43 y de 57, así como la española de 1812, expedida por las Cortes de Cadiz, en las que hubo representantes de Nueva España, y que, aunque efímera y parcialmente, llegó a estar vigentes aquí. Fueron formulados, además, varios proyectos de Constitución, que en condición - de tales quedaron, y diversos votos particulares - cuyos autores discrepaban del sentir de la mayoría. Descuellan entre los primeros el proyecto que con el título de Elementos Constitucionales elaboró Rayón en 1812, el presentado en la segunda etapa del Constituyente de 22 por un grupo de diputados que encabezaba don José del Valle, el que en 40 debía haber servido de base para discusión al Congreso - erigido en Constituyente el año anterior y los dos

proyectos que con el mismo fin se llevaron al conocimiento del Constituyente de 42. Entre los votos-particulares figuran el de don José Fernando Ramírez, relativo al proyecto al proyecto de 40; el de la minoría de la Comisión de Constitución de 42; - el de don Mariano Otero en 47, y el de don Ponciano Arriaga respecto al proyecto de la Comisión de Constitución de 56.

Si se relacionan los instrumentos constitutivos con los órganos constituyentes, se advertirá - que el Congreso de Chilpancingo expidió la Constitución de Apatzingán; el Constituyente de 22, las Bases Constitucionales de febrero de ese año; la Junta Nacional Instituyente, el Reglamento Político Provisional del Imperio, de febrero de 23; el Constituyente de 24, el Acta Constitutiva y la -- Constitución federal; el Constituyente de 35, las Bases para la Constitución; la Constitución de las Siete Leyes; la Junta Nacional Legislativa, la --- Constitución de 43, llamada de las Bases Orgánicas; el Congreso Constituyente de diciembre de 46, el Acta de Reformas de 47; el Constituyente de 56, la Constitución de 57. De las once asambleas constituyentes, sólo las ocho que se enumeran realizaron, - en mayor o menor grado, su tarea constitutiva; no así los Constituyentes de 39, de 42 y de junio de 46. Por lo que hace a quienes ejercieron indivi---

dualmente esa tarea, Santa Anna expidió en 53 las Bases para la administración de la República hasta la promulgación de la Constitución; Comonfort, en 56, el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, y Maximiliano, en 65, el Estatuto Provisional del Imperio Mexicano.

Tocante a los planes políticos de alcance --- constitutivo, por haber influido en la posterior organización constitucional, registranse como fundamentales el Plan de Iguala y el Tratado de Córdoba, el Plan de Ayutla y sus reformas de Acapulco. Documentos que sin merecer el nombre de planes reflejan, no obstante, ideología políticas o sociales de trascendencia, son la representación que en 1808 dirigió el Ayuntamiento de México a Iturrigaray; el Bando de Hidalgo en Guadalajara, de diciembre de 1810; los puntos que en 1813 presentó Morelos al Congreso de Chilpancingo, con el título de Sentimientos de la Nación, y las actas de independencia de 1813 y de 1822, así como las que en 10. y 2 de marzo de 21 acogieron el Plan de Iguala. -- Conviene mencionar, por último, otros dos documentos que, a pesar de no haber sido constitutivos, representan episodios importantes en la trayectoria constitucional del país; el voto del Constituyente de 23 en favor del sistema federal (12 de junio de 23) y el dictamen del Supremo Poder Conser-

vador, que en noviembre de 39 autorizó al Congreso ordinario para reformar la Constitución.

En la actividad constituyente así sintetizada ocupan lugar aparte las Leyes de Reforma, expedidas por el presidente Juárez durante los años de 59 a 63, no con ánimo adverso a la Carta de 57, entonces en vigor, antes bien favorable a su espíritu; mas por tratarse de leyes que afectaron a la Constitución sin observancia de las normas relativas a su reforma, fueron actos constitutivos de índole singular.

Con el triunfo de la República en 67 cambió de pronto y definitivamente el panorama constitucional de México. Las armas republicanas vencían al Imperio y a la intervención extranjera; pero en su victoria estaba incluida, de una vez por todas, la del partido liberal sobre el conservador, lo que significaba la liquidación de la querrela entre los dos bandos, desarrollada en torno del contenido constitucional.

De este modo la historia de la organización política de México se escinde en dos grandes períodos, el anterior y el posterior al año de 1867. Durante el primero, la inquietud social toma por blanco a la ley básica, y en reemplazarla fundan sus programas los planes de las rebeliones. Federa

ción o centralismo, república o monarquía, democracia u oligarquía, gobierno popular o gobierno de clase, reivindicación de los atributos del Estado o su parcial entrega a organismos extraestatales, esos eran los temas que dividían a los dos partidos fuertes y cuya solución no admitía sino ser -- llevada al ámbito constitucional. Los movimientos armados se hacen durante este período en contra de la Constitución vigente, atribuyéndole los males sociales, y en nombre de una nueva Constitución, -- promesa cierta de salud pública. Pero la inestabilidad de los partidos en el poder, agrabada con la ambición de los personajes de la política que medran en esta jugar a las instituciones, sólo engendra la consecuencia de que se multipliquen los ensayos constitucionales, según en líneas precedentes se acaba de verificar.

Durante el segundo período- la Constitución -- vive de su victoria y no bajará ya al campo de la lucha. En su nombre, y no en contra suya, se hacen los levantamientos y se piden los amparos, para -- reparar reales o supuestos agravios a ella cometidos. Sigue pensándose, sin duda, en que el texto -- constitucional carece en buena parte de vida lozana y fecunda, pero su mejoramiento se busca por medio de reformas pacíficas y meditadas, como las -- que propuso el gobierno de Juárez en la Circular --

de 14 de agosto de 67, algunas de las cuales se --
realizaron en el año de 74.

La Constitución de 57 y las leyes de Reforma --
que se le incorporaron en 73, habían silenciado --
con su triunfo el ruidoso debate político que has --
ta entonces llenaba la historia del México indepen --
diente. Ya nadie objetará por medio de la violen --
cia la forma de gobierno y la soberanía del Esta --
do. Pero el abatimiento económico, moral y cultu --
ral del pueblo mexicano reclamaba la satisfacción --
de otras necesidades distintas de aquellas meramen --
te políticas que preocuparon, hasta absorberla, la --
atención del siglo XIX.

Con la aurora de la siguiente centuria, los --
adelantos de la reforma social mexicana empezaron --
a plantear las reivindicaciones del campesino y --
del obrero. Tales reclamos no podían conciliarse --
con la Constitución liberal e individualista, que --
al ser formulada en 56 expresamente las había ce --
rrado sus puertas. Y sin embargo, nadie pensó en --
atacar, sino sólo en reformar a la Constitución --
que seguía siendo enseña del partido liberal. La --
lucha se entabló en contra del gobierno y en nom --
bre de la ley suprema, invocando el respeto al su --
fragio y la no reelección, móviles por lo pronto --
puramente políticos. Eso fué la insurrección de Ma

dero contra Díaz; eso comenzó por ser la revolu--
ción que al salir en defensa de la Constitución se
llamó constitucionalista. Pero en la historia de -
México sonaba ya la hora que habían anunciado los-
presagios, y sin menoscabo del respeto debido a la
Constitución de 57, que había izado por bandera, -
la revolución constitucionalista emitió una nueva-
Constitución.

A pesar de alzarse contra el individualismo -
liberal de la Constitución anterior, la de 1917 se
consideró su causahabiente, no sólo porque recoge
y acendra los postulados políticos de aquélla, si-
no también porque si la Reforma no le hubiera res-
catado sus fueros soberanos, la Constitución ha--
bríase hallado en la imposibilidad material y jurí-
dica de quebrantar la resistencia a la reforma so-
cial.

Por lo que tienen de elementos populares se -
identifican en el común destino, así se distinguen
por la misión circunstancial a cada una confiada, -
las tres revoluciones mexicanas: la de Independen-
cia, la de Reforma y la Social. Por ser las tres -
expresión airada y violenta, unánime y vigorosa -
del reclamo popular, a la luz de ellas adquiere --
sentido y unidad histórica nuestra aparente disper-
sión constitucional.

En efecto, el Estado mexicano tuvo su anuncio y su esperanza en la Constitución de 1814; luchó por su forma de gobierno en las de 24, de 36 y de 42, hasta alcanzar la republicana, democrática y federal; en seguida consagró en el Acta de Reformas la protección de los derechos públicos de la persona; a continuación reivindicó en la Constitución de 57 y en las Leyes de Reforma los atributos que como a Estado le correspondían, frente a las desmembraciones que había operado el régimen colonial; por último, cuando el Estado mexicano había alcanzado ya la integración completa de su ser, la Constitución de 1917 se preocupó por la resolución del problema social.

La sangre derramada en la lucha por la Constitución, no lo había sido por una quimera siempre en fuga. Más que el aliento jurídico de este pueblo, su ley suprema ha sido el pretexto jurídico de su redención". (1)

De la lectura de estas páginas nos damos cuenta de la gran cantidad de leyes Constitucionales que han regido a México, algunas de las cuales han tenido solamente un valor histórico, otras en cambio han significado un verdadero cambio en las estructuras sociales y políticas de nuestra patria.

Nos proponemos ahora, examinar la Constitu---

ción de Apatzingán por ser la primera nacida en -- suelo Mexicano, aunque debido a las circunstancias en que fué elaborada y al estado de cosas que en -- la época prevalecía, no haya tenido esta Constitu-- ción vigencia real. Sin embargo es un hecho de -- gran significado el que aquellos hombres que, al -- mando de Morelos, buscaban la libertad de la pa-- tria se hubiesen preocupado, bajo el silbido de -- las balas y el rugir de los cañones, por dotar a -- la nación de una Carta Magna que le sirviera de li-- neamiento para su vida futura.

A la luz de las corrientes jurídicas examina-- das en el capítulo I de esta tesis, la Constitu-- ción de Apatzingán presneta diferentes aspectos -- que según nuestro punto de vista serían los si-- -- guientes:

Para el *jus naturalismo* o teoría del derecho natural, dicha Constitución represneta la expre-- sión de un derecho inminente a un pueblo que busca ba sacudirse la tiranía y el despotismo de que era víctima por un gobierno que solo concedía privilegios a quienes se reputaba como españoles puros. -- Representa un derecho que sin perder las caracte-- rísticas de generalidad e igualdad para todos se -- había adaptado a las circunstancias reinantes, los derechos del hombre y del ciudadano plasmados en -- un Código Supremo "escrito bajo los árboles".

Dentro del positivismo kelseniano la Constitución de Apatzíngán es difícil de justificar como tal, pues según esta doctrina, para que un orden jurídico sea válido debe estar reconocido por el derecho Internacional y es cierto que la Constitución que nos ocupa no tuvo nunca tal reconocimiento. Lo que es más, lo hemos admitido, careció de toda eficacia, sobre todo de la eficacia que le dá la sanción a su desobediencia, la coercibilidad. Kelsen además, en toda su obra se empeña en desvirtuar el poder que tiene la revolución dentro de la sociedad como creadora de un orden jurídico. Si dicha Constitución no puede ser referida a otra anterior que le dé un punto de apoyo, es la nada jurídica, por eso dentro de esta tendencia la Constitución de 1814 no significa sino un conjunto de principios, elaborados por un grupo de hombres, con pretensión de validez, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, pero que en la realidad, por ser tal validez nula, no llegan a significar realmente una Constitución.

En cambio vista a través de la teoría marxista, la Constitución de Apatzíngán, es la cristalización de los sentimientos de la clase oprimida que lucha por mejorar sus condiciones de vida. Es la materialización del proceso dialéctico en el --

cual se circunscribe toda la historia, por eso la revolución de independencia fué hecha por las clases explotadas, los indígenas rebajados casi a la calidad de bestias y el clero que pudieramos llamar "de segunda", aquel a quien se encon encontraban las parroquias y curatos en los cuales las condiciones económicas eran más difíciles.

Es en esta teoría, donde encontramos el apoyo y justificación a la lucha independiente y a la -- Constitución que fué una de sus muchas consecuencias de significación, si no práctica, al menos de valor acciológico notable en la lucha del hombre por su igualdad y libertad. Constitución que es un ejemplo vivo de que la revolución, rompimiento vio lento del orden establecido, puede engendrar el de recho.

La Constitución de Apatzingán fue elaborada por el congreso constituyente instalada primeramente en Chilpancingo por convocatoria de Morelos, -- congreso que concluyó sus sesiones en Apatzingan -- el 22 de octubre de 1814. Esta Constitución tiene como antecedente inmediato los 23 puntos dados por Morelos para su elaboración y que él llamó "Sentimientos de la Nación" de entre los cuales destacan por su contenido los siguientes:

10.- Que la América es libre e independiente-

de España y de toda otra Nación, Gobierno o Monarquía, y que así se sancione, dando al mundo al mundo las razones.

2.- Que la Religión Católica sea la única, -- sin tolerancia de otra.

5.- La Soberanía dimana inmediatamente del -- Pueblo, el que sólo quiere depositarla en sus re-- presentantes dividiendo los poderes de ella en Le-- gislativo, Ejecutivo y Judicial, eligiendo las -- Provincias sus vocales, y éstos a los demás, que -- deben ser sujetos sabios y de probidad.

9.- Que los empleos los obtengan sólo los americanos.

12.- Que como la buena ley es superior a todo-hombre, las que dicte nuestro Congreso deben ser -- tales que obliguen a constancia y patriotismo, moderen la opulencia y la indigencia, y de tal suerte se aumente el jornal del pobre, que mejore sus -- costumbres, aleje la ignorancia, la rapiña y el -- hurto.

13.- Que las leyes generales compendan a to-- dos, sin excepción de cuerpos privilegiados, y que éstos sólo lo sean en cuanto el uso de su ministe-- rio.

15.- Que la esclavitud se proscriba para siem

pre, y lo mismo la distinción de castas, quedando todos iguales, y sólo distinguirá a un americano - de otro, el vicio y la virtud.

17.- Que a cada uno se le guarden las propiedades y respete en su casa como en un asilo sagrado señalando penas a los infractores.

18.- Que en la nueva legislación no se admitirá la tortura. (2).

En estos puntos, declamos, se inspiró la Constitución cuyos autores a decir de Morelos fueron - Herrera, Quintana Roo; Sotero Castañeda, Berdusco - y Argandar.

El decreto Constitucional sancionado en Apatzingán es extenso, consta de 242 artículos entre los cuales destacan, a riesgo de omitir alguno de significación los siguientes:

Art. 1o. La religión católica, apostólica, romana es la única que se debe profesar en el Estado.

-Se declaraba de obligatoriedad el ejercicio de la religión católica, pues el momento que atravesaba la nación y el carácter del congreso, así - lo precisaban.

Art. 2o. La facultad de dictar leyes y establecer la forma de gobierno, que más convenga a los intereses de la sociedad, constituye la sobera

nía.

Art. 30. Esta es por su naturaleza imprescriptible, inenajenable e indivisible.

-Encontramos ya aquí principios de soberanía que perduran a través del tiempo.

Art. 40. Como el gobierno no se instituye por honra o intereses particulares de ninguna familia, de ningún hombre ni clase de hombres, sino para la protección y seguridad general de todos los ciudadanos, unidos voluntariamente en sociedad, ésta -- tiene derecho incontestable a establecer el gobierno que más le convenga, alterarlo, modificarlo y -- abolirlo totalmente cuando su felicidad lo requiera.

-El principio de que la sociedad es quien decide la forma de gobierno que más se ajusta a sus cambiantes necesidades, se expresa en este artículo con diáfana claridad.

Art. 50. Por consiguiente, la soberanía reside originariamente en el pueblo, y su ejercicio en la representación nacional compuesta de diputados elegidos por los ciudadanos bajo la forma que prescribe la constitución.

-Se traslada a este artículo el principio -- emanado de la Revolución Francesa acerca de la so-

beranía.

Art. 90. Ninguna nación tiene derecho para impedir a otra el uso libre de su soberanía. El título de conquista no puede legitimar los actos de la fuerza: el pueblo que lo intente debe ser obligado por las armas a respetar el derecho convencional de las naciones.

-Encontramos aquí sancionado un principio de derecho Internacional que siendo válido aún, se ve muchas veces quebrantado.

Art. 18. Ley es la expresión de la voluntad general en orden a la felicidad común: esta expresión se enuncia por los actos emanados de la representación nacional.

Art. 19. La ley debe ser igual para todos, pues su objeto no es otro que arreglar el modo con que los ciudadanos deben conducirse en las ocasiones en que la razón exija que se guíen por esta regla común.

-Principios de igualdad ante la ley.

Art. 39. La instrucción, como necesaria a todos los ciudadanos, debe ser favorecida por la sociedad con todo su poder.

-El germen aunque muy remoto de lo que seríamos tarde la legislación sobre la educación.

Art. 132. Compondrán el Supremo Gobierno tres individuos, en quienes concurren las calidades expresadas en el artículo 52: serán iguales en autoridad, alternando por cuatrimestres en la presidencia, que sortearán en su primera sesión para fijar invariablemente el orden con que hayan de turnar, y lo manifestarán al Congreso.

-Caso único de nuestra historia en que se deposita el poder ejecutivo en tres personas. (3).

Estos son a grandes rasgos los puntos distintivos que señala el decreto Constitucional de Apatzingán del cual ha expresado el Dr. Mario de la Cueva: "La Constitución de Apatzingán de 22 de Octubre de 1814, obra del congreso Constituyente convocado por Morelos, es de un valor histórico inestimable, no tanto por la vigencia que haya podido tener, sino porque representa la primera manifestación de fe constitucional de la nación mexicana. - Contiene una de las más puras expresiones del pensamiento individualista y liberal de los siglos XVIII y XIX: la doctrina de la soberanía del pueblo, imprescriptible, inenajenable, e indivisible y la consecuente facultad del pueblo para establecer el gobierno que más le convenga, alterarlo, modificarlo y abolirlo cuando lo requiera su felicidad; las ideas de los derechos del hombre sobre igualdad, seguridad, propiedad y libertad, objeto-

de las instituciones de los gobiernos y fin único de las asociaciones políticas, finalmente, la célebre declaración en materia internacional:

Ninguna nación tiene el derecho para impedir a otra el uso libre de su soberanía. El título de conquista no puede legitimar los actos de la fuerza. El pueblo que lo intente debe ser obligado por las armas a respetar el derecho convencional de -- las naciones".

La segunda parte de la Constitución se ocupaba de la forma de gobierno: su rasgo más notable -- consiste en la creación de un poder ejecutivo pluripersonal, como único en nuestra historia constitucional" (4).

- - - - -) (- - - - -

LA REFORMA

El período histórico conocido como la Reforma comienza al finalizar el año de 1855 con la promulgación de la llamada Ley Juárez y concluye en los albores de 1861 con la publicación de los últimos decretos que completaban el plan reformista en Veracruz.

En sí, dicho lapso comprende toda la época reformista de nuestra patria. Sin embargo no podemos --

examinarlo aislado, como un pedazo de historia seccionado del resto y desligado a los sucesos que le precedieron y a los que, en el devenir insesante - de la historia, le sucedieron.

La Reforma tuvo como toda obra humana, un prólogo y un epílogo hechos que la antecedieron de un modo inmediato y determinante, otros fueron consecuencia directa de ella concomitantes o subsecuentes.

Dicha serie de hechos, o mejor, la trama de - todos ellos interesa particularmente a la sociología, entendida ésta como la ciencia que estudia -- los fenómenos de coexistencia y sucesión propias - de las sociedades humanas, del comportamiento de - los núcleos humanos. Estos hechos, como tales, -- constituyen la materia prima de la sociología, su elemento básico de observación.

Con el triunfo del Plan de Ayutla se abría -- una nueva era para la nación Mexicana. Aunque en - opinión de la mayoría este no haya sido un verdadero plán, ya que carecía de los elementos indispensables para ser considerado así, el carácter con-servador del régimen que derrocaba y sus antecedentes políticos e ideológicos, anunciaban ya con justificada certeza que muy pronto las ideas libera--les habrían de salir airoas.

Tales ideas liberales, comprendían en la época que nos ocupa, no solo transformaciones políticas como la adopción definitiva de la forma federal, libertad de comercio y de trabajo, libertad de escribir y educar, la universalidad del sufragio, la independencia de los poderes etc., comprendían también reformas sociales que habían de cambiar la estructura social de la nación mexicana, desligándola de las ataduras que la unían al régimen colonial y adaptando las instituciones a los ideales del siglo.

Esta reforma social comprendía entre otros -- los siguientes principios: la abolición de las clases privilegiadas, lo cual traería como consecuencia la igualdad ante la ley; la separación definitiva entre el clero y el Estado, reduciendo a la iglesia a sus límites valederos que son los de la conciencia, privándolo de la capacidad de administrar bienes raíces y capitales, devolviendo la circulación la enorme suma de riquezas que había atesorado.

Como consecuencia de estas reformas se crearía el Registro Civil el cual devolvería al Estado la potestad de declarar el estado civil de las personas, de unirles en legítimo matrimonio, y de formar la familia laica la cual a su vez daría origen

a la sociedad laica colocada de lleno bajo la jurisdicción de la autoridad civil.

La tolerancia de cultos formaba también parte integrante del programa liberal. Se consideraba -- que la libertad de conciencia y de culto sería una medida en favor del engrandecimiento nacional, -- pues al facilitar la inmigración de extranjeros no estólicos, se ayudaría a poblar el vastísimo territorio nacional, tan necesitado de habitantes por -- aquélla época.

En efecto nuestro inmenso territorio era poblado por cinco o seis millones de hombres tan diseminados y esparcidos que grandes regiones de la patria parecían desiertos, cual si esperasen aún -- ser descubiertos.

Añádase a esto la carencia de medios de vivir el hecho de que unos cuantos se habían apoderado -- de grandes extensiones, la escasez de numerario en un país tan abundante en minas de oro y plata y -- que acuñaba tantos millones de pesos y se verá que el régimen colonial no era sino un hábil artificio para que algunos miles de hombres explotaran a algunos millones de ellos.

La nación Mexicana no podía edificarse sobre -- aquéllas bases; era preciso cambiar los materiales y rehacer, desde la base hasta el vértice la pirá-

mide de la construcción social.

Es necesario que veamos antes de iniciar el examen de la legislación reformista, el panorama que presentaba el México de aquél tiempo, tanto en lo político como en lo social.

Después de consumada la conquista, España organizó sus dominios en gobiernos denominados Virreinos y Capitanías, lo cual constituía una especie de feudalismo trasplantado al nuevo mundo.

La propiedad territorial servía de base a este sistema de organización. Vastas extensiones fueron otorgadas a los conquistadores, cesión que incluía a los habitantes de la misma. Formábanse así verdaderos reinos tributarios de la corona de España.

Aunque al correr del tiempo esta organización fué modificada subsistió el régimen de la gran propiedad territorial.

El propietario de un inmenso latifundio, no tenía la preocupación de que este fuera cultivado en su totalidad, pues con una parte mínima que lo fuera, siempre le proporcionaría rentas altísimas para vivir con esplendor.

Consecuencia de tal estado de cosas era la mísera condición del peón o trabajador rural, sujeto

al mezquino jornal llamado raya, encadenado a la hacienda como en la edad media lo estaba el ciervo al feudo. Entre nosotros se ingenió un cruel mecanismo que agravaba la condición del trabajador, la tienda de raya, destinado a explotar inmisericordemente la vida de tales hombres.

La desigualdad en la condición de los pobladores fué uno de los rasgos característicos del régimen implantado por España en sus colonias. La riqueza se encontraba concentrada en unos cuantos mineros acaudalados, algunos comerciantes opulentos y los pocos propietarios de extensos terrenos. El resto de la población era miserable, la rural no tenía más recurso que la exigua raya; la urbana, el servicio doméstico, el ejercicio de pequeñas industrias y la arriería.

En la ciudad de México y en algunas otras del interior, al lado del millonario opulento pululaba un populacho desarrapado de gente ociosa, llena de vicios, que se procuraba el precario sustento con mil astucias de mala ley.

El insigne Barón de Humboldt había notado la desigualdad imperante, la espantosa distribución de las fortunas, de la cultura, del cultivo del suelo y de la población.

Otro motivo de desigualdad era la división de

al mezquino jornal llamado raya, encadenado a la hacienda como en la edad media lo estaba el ciervo al feudo. Entre nosotros se ingenió un cruel mecanismo que agravaba la condición del trabajador, la tienda de raya, destinado a explotar inmisericordemente la vida de tales hombres.

La desigualdad en la condición de los pobladores fué uno de los rasgos característicos del régimen implantado por España en sus colonias. La riqueza se encontraba concentrada en unos cuantos mineros acaudalados, algunos comerciantes opulentos y los pocos propietarios de extensos terrenos. El resto de la población era miserable, la rural no tenía más recurso que la exigua raya; la urbana, el servicio doméstico, el ejercicio de pequeñas industrias y la arriería.

En la ciudad de México y en algunas otras del interior, al lado del millonario opulento pululaba un populacho desarrapado de gente ociosa, llena de vicios, que se procuraba el precario sustento con mil astucias de mala ley.

El insigne Barón de Humboldt había notado la desigualdad imperante, la espantosa distribución de las fortunas, de la cultura, del cultivo del suelo y de la población.

Otro motivo de desigualdad era la división de

la población en castas. Existía en el país las -- gentes blancas, las de color y las gentes producto de las mezclas. Españoles peninsulares y criollos -- era la diferencia que aún entre los mismos blancos se hacía sentir con rigor. Al criollo o Español na -- cido aquí, le estaba vedado el acceso a los altos -- empleos y a las dignidades eclesiásticas.

Las profundas antipatías que unos y otros se -- profesaban hablan de estallar en la guerra de inde -- pendencia, haciéndola más cruel y prolongada.

Tal estado de cosas no fué borrado en defini -- tiva por la guerra de independencia pues el hecho -- de que nuestro territorio no fuese ya considerado -- como colonia y tributario de España, no significó -- ni con mucho, que el orden interno mejorara.

No eran posibles la paz, el orden ni el buen -- gobierno mientras el Régimen colonial persistiese -- en la nación independiente. La estructura que -- -- aquél régimen moderno había de imprimir a la na -- -- ción libre eran incompatibles. Ciertamente la Re -- -- forma trataba de hacer desaparecer aquélla para -- -- sustituirla por ésta, para poner a México en armo -- -- nía con los pueblos modernos, que mucho antes se -- -- habían desligado de sus medievales ataduras.

Como todo lo viviente las sociedades evolucio -- -- nan, cambian de instituciones siguiendo las pro -- --

pias leyes de su dinámica, el desenvolvimiento gradual de las naciones que las hace pasar de un estado a otro mejor, constituye el progreso, y las leyes que rigen a éste vienen a ser su guía, su fórmula a seguir en México era a no dudarlo, salir -- del régimen social que nos legara España, hacer a un lado las viejas instituciones elaborar una justicia igual para todos, suprimiendo los fueros y -- por consiguiente las clases privilegiadas, mejorar las condiciones económicas de la nación dividiendo la propiedad y movilizando la riqueza.

Tal era el programa de la Reforma.

Mención aparte merece el estudio de la situación en que se encontraban las relaciones entre el Estado y la Iglesia.

En efecto uno de los rasgos mas sobresalientes de la sociedad mexicana hasta la época de la Reforma fué la gran cantidad de bienes que, a diversos títulos administraba el clero y la fuerte -- autoridad que ejercía éste sobre los habitantes -- de la nación al grado de que se llegó a considerar a la iglesia como un Estado dentro del mismo Estado.

El valor de los bienes del clero es difícil -- de calcular, mientras el Barón de Humboldt lo estimaba en 44 millones, el Dr. Mora lo hacía en 180 --

millones. Cualquiera que haya sido el valor real de tales bienes, lo cierto es que constituían un caudal inmenso para la época, el cual por no circular se llamó de mano muerta; llamábase así porque no pudiendo la iglesia movilizarlos ni hacerlos -- útiles de un modo amplio y directo para el fomento de la industria o para el desarrollo de un modo amplio y directo para el fomento de la industria o -- para el desarrollo del comercio, la riqueza que el clero acopiaba se estancaba en sus manos y era más nociva que útil a la sociedad.

Como anteriormente asentamos, la propiedad -- territorial de la República era muy defectuosa por la gran extensión de tierra de que era dueño cada propietario y que no podía cultivar en su totalidad, bien por falta de capital suficiente, bien -- por falta de brazos. Si esto pesaba en tierras de propiedad particular, con mayor razón acontecía en la propiedad perteneciente al clero, pues esta -- acrecía sin cesar con nuevas adquisiciones a título diverso y no podía dividirse ni fraccionarse ni venderse; una vez en manos del clero, ahí permanecía indefinidamente.

No podía dividirse la propiedad del clero por que siendo este una corporación, no moría como los hombres. Cuando se trata de una heredad privada, -- si el propietario la descuida, a su muerte pasa a --

otras manos quizá más laboriosas y expertas que -- la exploten mejor; o bien, al fallecimiento del -- propietario la propiedad se divide entre sus herederos, ó, sin llegar al caso de muerte, el propietario de un feudo puede venderlo, rentarlo etc., y de esta suerte dicha propiedad se convierte en objeto de tráfico mercantil, lo cual no podía suceder tratándose de los bienes del clero, pues los cánones de la iglesia prohibían enajenar, vender, -- permutar etc., los bienes raíces que poseía.

La propiedad rústica del clero constituía verdaderos latifundios y la propiedad urbana no era -- menos extensa, grandes caserones que no proporcionaban al inquilino comodidad suficiente, que afeaban la población poniendo grandes trabas al engrandecimiento de las ciudades. Esto era un gran -- perjuicio para la economía y el desarrollo de un país en formación como el nuestro.

Pero aún la distribución de los bienes del -- clero, producía dentro del seno del mismo, una división injusta que lo fraccionaba en dos partes, -- el alto y el bajo clero.

La renta enorme que percibía los obispos los -- había vivir como magnates, en tanto que el bajo -- clero vivía cercano a la miseria.

Esta enorme desigualdad nos explica por qué --

durante la guerra de independencia los curas desempeñaron un importante papel. Uno de ellos la proclamó; otros dos; Morelos y Matamoros, la ilustraron con su valor y pericia. Era que los miembros del bajo clero palpando la miseria del pueblo y sintiendo la suya propia, aspiraban a un cambio de régimen que borrara tan odiosas desigualdades o las atenuase al menos.

Además de todo esto, el clero imponía sobre la clase agricultora el gravamen conocido como el diezmo, destinado a sostener el esplendor del culto. Este diezmo tenía para su cobro el respaldo de la coacción civil y era cobrado no en dinero sino en especie, la décima parte de la cosecha calculado sobre el producto bruto, de tal suerte que en realidad no se afectaba la renta sino el capital mismo.

Existían otras cargas que el clero hacía pesar sobre la población como el cobro de las llamadas obvenciones parroquiales, las cuales estaban destinadas al sostenimiento de los curas, contribución que resultaba demasiado onerosa para la clase pobre.

Cuando alguna persona fallecía, sus familiares tenían que pagar cierta suma sin la cual no se procedía la inhumación.

Los derechos que se cobraban por administrar el sacramento del matrimonio eran un obstáculo poderoso para que este se celebrase entre personas de condición humilde, lo cual favorecía las uniones concubinarias.

Se vé pues que la enorme suma de bienes que el clero administraba, estaba destinada a mantener la opulencia de los obispos, el esplendor de las catedrales, la trabajosa pobreza de los curas y a entretener a los habitantes de los barrios con cohetes y fuegos artificiales. Se vé también cuan oneroso era el diezmo para los agricultores, y que vejatorios para los pobres los derechos parroquiales.

Los bienes del clero aplicados a obras de utilidad pública hubieran enriquecido a la nación, mejorando su comercio e implantando su industria; -- aplicados a obras de beneficencia hubieran mejorado la condición de los pobres aliviando muchas de sus miserias. Mas no era así, se consumían en -- obras estériles que en nada favorecían a la comunidad. Sociológicamente visto este fenómeno era nocivo y opuesto al adelanto y prosperidad del país.

Tal era el panorama que la nación Mexicana -- ofrecía a los ojos de los reformadores.

El fin de la dictadura cerraba un ciclo en -- nuestra evolución histórica y abría otro. Nadie como el insigne maestro Justo Sierra para describir esta transición histórica; "Todo un período de -- nuestra historia desaparecía con él (Santa Anna) -- no sin dejar largos y sangrientos rastros a manera de visos rojos de crepúsculo. La historia nacida -- de la militarización del país por la guerra de in-- dependencia y de la anarquía sin tregua a que nues-- tra educación nos condenaba, manifestaciones morbo-- sas pero fatales de nuestra actividad, personifica-- das en Sta. Anna, iba a concluir; la tragedia per-- día su protagonista. Lenta pero resuelta y defini-- tivamente otro período histórico, otra generación, otra república iban a entrar en escena". (5)

Las ideas reformistas, se encontraban ya com-- pletamente elaboradas en teoría y habían hecho al-- guna osada tentativa en la práctica, como la lleva-- da a cabo por el ilustre jalisciense Valentín Gó-- mez Farías, quien llevado por su entera y ardor-- revolucionarios, durante su vicepresidencia se pro-- puso llevar a efecto un programa que hubiera ade-- lantado en veinte años la transformación del país, Por iniciativa suya se estudió y discutió en la Cá-- mara de Diputados un proyecto para desamortizar -- los bienes eclesiásticos, destinándolos al pago de la deuda pública; se suprimió la coacción civil pa--

ra el pago del diezmo y para el cumplimiento de -- los votos religiosos.

Pero aquélla tentativa era demasiado prematura, las resistencias que le cerraban el camino --- eran enormes, el partido liberal era una ínfima -- minoría y la opinión pública se orientaba a hacia -- viejos ideales. Santa Anna se encargó de reprimir -- los conatos reformistas, inclinándose al lado de -- las ideas conservadoras.

En 1855 la contienda volvía a plantearse pero ahora los auspicios eran mejores. Don Juan Alvarez, quien ocupaba la presidencia en este año, se suporodear de los más insignes liberales, formando con ellos, su gabinete; don Melchor Ocampo ocupó el Mi nisterio de Relaciones, Dn. Benito Juárez el de -- Justicia, Dn. Guillermo Prieto el de Hacienda y -- Dn. Ignacio Comonfort el de Guerra.

Entre todos ellos destacaba la figura de Dn. -- Benito Juárez; a quien la historia había reservado el papel de implantador de la Reforma, él sería -- quien la llevaría a sus últimas consecuencias.

Fue Juárez un predestinado dotado de todas -- las prendas necesarias para llevar a cabo la tremenda transformación social y política, para afron -- tar las más grandes resistencias y allanar todos -- los obstáculos con la entereza de carácter y el va

lor que le fueron concedidos en su condición de in
dígena puro.

Destacaba también, pero en forma negativa, -- por su carácter moderado, Comonfort, por lo cual el resuelto e intransigente Ocampo dejó el ministerio que se le había asignado, considerando que Comonfort era el punto débil de aquel gabinete. Y en este débil apoyo dejó Dn. Juan Alvarez la presidencia al renunciar a la misma, aquejado tal vez por la nostalgia del Sur.

Cmo antes anotamos, la primera ley que se expidió dentro del período que nos ocupa, fué la llamada Ley Juárez, sobre administración de justicia, dada el 23 de noviembre de 1855, autorizada por el entonces Ministro de Justicia y Negocios Eclesiásticos, Don Benito Juárez.

Dicha ley y las que le siguieron, constituyen dentro del orden jurídico los antecedentes de la Constitución de 1857, de la cual posteriormente haremos un análisis.

Esta ley que iniciaba la Reforma liberal en México, estableció la supresión de los tribunales especiales, con excepción de los eclesiásticos y militares. Los tribunales eclesiásticos dejarían en lo futuro de conocer de los negocios civiles, aunque seguirían conociendo de los delitos comunes

cometidos por individuos de su fuero. Igual acontecía con los tribunales militares, solo se ocuparían en lo sucesivo de los delitos militares y mixtos, más no de negocios civiles.

El propósito primordial de la referida ley -- fue el crear las bases de la igualdad de los individuos ante la ley, debilitar la influencia política del clero y del ejército, reduciéndoles su condición de privilegio restableciendo la autoridad suprema del Estado.

A pesar de que la Ley Juárez no tuvo el carácter radical que muchos han creído advertir en ella, las protestas por parte del clero principalmente, no se hicieron esperar como era lógico suponerlo de quien se creía despojado de sus derechos. Es célebre la exposición que el obispo de Michoacán dirigió al gobierno Nacional en defensa de los fueros, la cual exponía la doctrina oficial de la iglesia en esta materia, exposición que el gran Juárez rechazó aduciendo que el gobierno Nacional consideraba inconveniente a su decoro y dignidad entrar en discusión con algunos de sus súbditos sobre el cumplimiento o desobedecimiento de las leyes que se expiden en resguardo de los intereses de la sociedad.

Más tarde, durante la presidencia de D. Igna-

cio Comonfort continuó la actividad liberal reformista en materia legislativa.

El 26 de abril de 1856, el Congreso Constituyente acordó el restablecimiento del derecho de -- 1833 relativo a la supresión de la coacción civil para el cumplimiento de los votos monásticos.

Otro decreto, éste expedido por el propio Congreso, ordenó la supresión de la compañía de Jesús, y a mediados de 1856 se expidió el histórico decreto sobre desamortización de fincas rústicas y urbanas que fuesen administradas por corporaciones civiles o eclesiásticas. Este decreto por ser parte medular de la legislación reformista, merece que nos detengamos a examinarlo, ya que marca la última fase en la solución de continuidad de las relaciones Estado-Iglesia que hasta entonces se mantenían.

Es D. José María Lafragua, ministro de Gobernación de Comonfort quien explica los propósitos de la ley de desamortización. Entre otras cosas dice: "La ley de desamortización ha sido dictada sin más objeto que el verdadero bien de la sociedad, aunque era presentada por sus impugnadores como un ataque a la religión de Jesucristo. Públicas han sido las exposiciones, las circulares y los discursos con que entoda la república se ha pretendido --

desvirtuar no solo la ley de 25 de Junio, sino levantar contra el gobierno a todas las clases de la sociedad... El gobierno actual es tan católico o mas que los farisaicos defensores de la religión - pero no quiere que haya en la nación un poder supremo al de la nación misma; no quiere que la propiedad continúe estancada en las manos infecundas de las corporaciones; no quiere que el erario sea defraudado de las gruesas sumas que el ínfimo valor de las fincas rebaja en las cuotas de las contribuciones, y de las más grandes que la traslación de dominio debe producir en lo futuro; no quiere que carezcan de ocupación centenares de artesanos que los particulares tienen que emplear necesariamente en la recomposición y mejora de las fincas; no quiere que continúen sin cultivo los inmensos terrenos que ha tanto tiempo esperan el arado para producir nuevas y abundantes cosechas.; - no quiere por último que las riquezas estén concentradas en manos improductivas, sino que subdividida la propiedad en el mayor número posible de fracciones, se creen nuevas fortunas que proporcionen sino la opulencia, sí la comodidad y el bienestar a multitud de familias". (6)

La reforma legislativa que se iniciaba en esta materia, en manera alguna podía ofender a Dios, y si en cambio se perjudicaba a la sociedad con el

estancamiento de la propiedad. Solamente el fanatismo de partido podía considerar como un acto de impiedad, lo que en nada afectaba a la religión y sí por el contrario servía con eficacia el bien de la República.

Hemos de dejar aquí asentado, en abono a la verdad que la Ley Lerdo tuvo también su lado negativo, pues esta ley en sus prevenciones relativas a la desamortización de las propiedades comunales de los pueblos indígenas, contribuyó junto con los abusos y despojos realizados en la época del porfiriato a enjendrar el monopolio en la propiedad rural, aunque justo también es decirlo, los propósitos que la inspiraron fueron en afán de beneficiar a los indígenas, el resultado opuesto obtenido es un hecho histórico que no debe ignorarse.

Agustín Cué Cánovas entre otros, sostiene que más que la ley de 25 de Junio de 1856, fueron las disposiciones expedidas en fechas posteriores, las que determinaron la repartición de las tierras de los pueblos entre los indígenas y campesinos vecinos a ellos, para que posteriormente por venta o por despojo pasaran a poder de los hacendados del porfiriato.

En efecto, el artículo 8 de la antecitada ley exepusó de la enajenación los edificios, ejidos y-

terrenos destinados exclusivamente al servicio público de las poblaciones a las cuales pertenecían. Fueron circulares posteriores las que propiciaron el fenómeno latifundista a que hemos hecho mención.

Fue así como el derecho determinó la movilización de los bienes económicos que hasta entonces - se habían considerado intocables, por el sentir popular y desde luego con sus detentadores.

El papel que el derecho juega en el caso aludido y que nos sirve de ejemplo, es el de la adaptación a las exigencias sociales, para una vez cumplimentada esta misión convertirse en una fuerza creadora que ha de dar origen a fenómenos sociales nuevos, previsibles o no. Es, lo que nos atrevemos a llamar el fenómeno de interrelación entre el fenómeno jurídico y el hecho social.

Hemos asentado que los nuevos fenómenos que el derecho hace surgir en el seno de la sociedad, configurándola, pueden ser previsibles o no. En efecto, son abundantes los ejemplos en materia legislativa en que una ley ha nacido bajo los mejores auspicios, respaldada por un sentimiento casi unánime, acorde al beneficio que tal ley ha de proporcionar, leyes de cuyos autores podíamos decir lo que Juárez escribiera en Veracruz: "...y cualquiera que sea el éxito de sus afanes, cualesquiera

na que sean las vicisitudes que tengan que sufrir - en la prosecución de su patriótico y humanitario - empeño, creen al menos tener derecho para que sean de algún modo estimadas sus buenas intenciones y - para que todos los hombres honrados y sinceros, -- que por fortuna, abundan todavía en nuestra desgraciada sociedad, digan siquiera al recordarlos; -- esos hombres deseaban el bien de su patria, y hacían cuanto les era posible por obtenerlo". (7)

Pero el hombre es por naturaleza egoísta; busca siempre el máximo beneficio que pueda obtener - de la ley, cediendo el mínimo de sacrificio en --- bien de la comunidad, es por eso que la mente humana se ingenia buscando el más pequeño resquicio, la menor laguna que pueda tener la ley para aprovecharse de ella y seguir haciendo efectiva la senten---cia hobbiiana, el hombre es lobo del hombre.

El período reformista había aún de producir - importantes leyes, las cuales no examinaremos, baste hacer mención de algunas de ellas de gran significación, tales como la Ley del matrimonio civil - expedida en julio de 1859, la ley orgánica del Magisterio Civil del mismo mes y año, la ley relativa a la administración de cementerios y camposantos, la ley sobre libertad de cultos de diciembre-

de 1860, el decreto que extinguía las comunidades-religiosas de febrero de 1863 etc.

Tócanos ahora examinar el monumento legislativo de más significación que la Reforma produjo, la Constitución de 1857, en la cual se ven subsumidas las principales ideas liberales de la época.

LA CONSTITUCION DE 1857 COMO FENOMENO JURIDICO Y COMO HECHO SOCIAL.

Como lo enuncia el inciso final de este capítulo, nos proponemos analizar la Constitución de 1857, desde el punto de vista de su formación legislativa incluyendo un somero análisis crítico, y desde el punto de vista de su trascendencia como hecho social, de la relevancia que tuvo en la vida política de nuestra patria, su significación como paso de transición entre dos épocas definidas en la vida de la Nación Mexicana.

El Congreso Constituyente, reunido en cumplimiento del plan de Ayutla para dotar al país de un código fundamental que resumiese los principios de gobierno y las formas de administración que a la nación conviniesen, terminó sus labores a principios de 1857 y el día 5 de febrero el Presidente de la República, D. Ignacio Comonfort, juró el nuevo código en el seno de la misma asamblea.

La gran labor legislativa estaba concluida -- y en ella habían dominado de tal manera los principios del partido liberal puro, que la Constitución podía considerarse como la codificación de los -- principios de libertad y de progreso.

Asomémonos ahora a las sesiones de debates.

La convocatoria para el Congreso Constituyente se expidió por D. Juan Alvarez el 16 de Octubre de 1855. El 4 de julio de 1856 comenzó a discutirse el proyecto de Constitución. Si bien los moderados ejercían abrumadora mayoría en el Congreso, -- los liberales pudieron ganar desde el primer momento las posiciones claves, como presidente Arriaga, como secretarios Olvera y Zarco.

Uno de los primeros problemas a los que hubo de enfrentarse la asamblea fué el referente a si debía expedirse una nueva Constitución o restablecerse la de 1824.

Con el apoyo del gobierno los moderados defendían esta última proposición. Varios fueron los -- proyectos que al respecto y en fechas diferentes -- fueron siendo presentados por los diputados Marcelino Castañeda, Mariano Ariscorreta, Santos Dego--llado y García Granados.

Se llega por fin al momento decisivo en las --

discusiones, el maestro Tena Ramírez lo refiere -- así: "La jornada del 4 de Septiembre fué acaso la más alta y sin duda la más trascendental en la vida del Congreso Constituyente. Recogió las últimas convulsiones de una época y a partir de ese día la vertiente de la historia de México tomó otro declive. Por esos títulos la jornada del 4 de Septiembre ocupa, sin usurparlo, uno de los mejores lugares en nuestros fastos parlamentarios.

La Constitución de 24, bandera del federalismo liberal varias veces izadas hasta entonces y -- otras tantas abatidas en las contiendas políticas, tenía la autoridad de los años, el prestigio de la legitimidad y el respeto debido a la ley que había tomado en su cuna a la nacionalidad. Los moderados la aprovechaban en sólo para entretenerla a la reforma, que la fracción avanzada del partido liberal -- trataba de acometer con ánimo de rescatar la integridad del Estado mexicano.

Por única vez Zarco transcribe sin enmiendas -- en su crónica del Constituyente la que escribió en El Sible XIX, al día siguiente de los debates del 4 de septiembre. Sin mengua de su veracidad, el estilo nervioso transparenta la emoción de la víspera.

El primero de los tres oradores en contra del

proyecto de Arizcorreta fué Arriaga, quien pronunció un discurso de gran aliento tribunicio, donde la melancólica dignidad del vencido parecía representar el canto del cisne. Le contestó Arizcorreta con un discurso en el que la mesura no reñía con la elocuencia, réplica punto por punto al de Arriaga. Siguiéron Olvera, Aguado y Castillo Veldsco, - el primero y el último en contra. Cerró el debate el ministro de Relaciones de la Fuente, quien declaró que el gobierno aprobaba la idea de restablecer la Carta de 24 y algunas de las reformas propuestas, aunque no todas.

La votación, que a solicitud de Guzmán fué nominal, "tuvo algo de solemne", dice Zarco, Por 54-votos contra 51 el proyecto de Arizcorreta fué admitido a discusión. La batalla había sido ganada - por los moderados, "pero en los vencedores se nota ba cierta vacilación que parecía inexplicable", -- añade el cronista. Por fin Arizcorreta dijo que, - como notoriamente la comisión de Constitución estaba en contra de su proyecto, se iba a nombrar una-comisión especial.

Fuó entonces cuando los progresistas se lanzaron al asalto con habilidad y denuedo, y asidos -- del clavo ardiente de un mero trámite convirtieron su derrota en victoria.

Zarco, Gamboa, Prieto Guzmán y Cedejas reclamaron el trámite de nombrar una comisión especial, porque la de Constitución existía y la asamblea no le había retirado su confianza. Uno tras otro acosan con intervenciones rápidas al presidente, a -- quien ninguno de su bando, que parecía tan compacto, le tiende en esos momentos una palabra de auxilio, Arizcorreta retira su trámite "y siguen algunos momentos de vacilación en la mesa".

Zarco no desdeña la oportunidad y entabla con el presidente un diálogo fulgurante, en el que a manera de fiscal implacable acaba por arrancarle la declaración comprometedora. Arizcorreta dice: -- pase el proyecto a la comisión respectiva. "Esta es la de Constitución", asienta por todo comentario el cronista al finalizar su crónica:

En el duelo entre las dos constituciones, acababa de vencer la de 57, porque la comisión de -- Constitución jamás llegaría a ocuparse en el proyecto de Arizcorreta". (8)

La siguiente cuestión de trascendencia a que se enfrentaron los Constituyentes fué la provocada por el artículo 15 del proyecto de Constitución, -- relativo a la libertad en materia religiosa, la tolerancia de cultos. El partido liberal consideraba necesario incluir dicho artículo en el Código Su--

premo como medio para el engrandecimiento del país merced a la facilidad que se daría el extranjero - colonizador no católico, de venir a poblar las -- bastas regiones inhabitadas de la patria. El sec-- tor reaccionario, por el contrario, se oponía no-- tundamente a que se tratara la cuestión religiosa-- en la Constitución, y el gobierno estaba con ellos. Se aducía que tal artículo conmovería a la socie-- dad hasta sus cimientos y sería contraria a la ma-- yoría absoluta de nuestros compatriotas.

Fué tan viva la oposición que el mencionado -- artículo 15 suscitó, que se determinó cortar aqué-- lla cuestión omitiéndolo, no recayó sobre él vota-- ción expresa.

Motivo de discusión enconada sería también -- lo relativo al problema social. Fué Arriaga quien-- con su voto particular, secundado más tarde por -- Ignacio Ramírez, plantó en toda su cruda realidad el problema social, de cuya solución dependía, en-- el sentir de aquellos hombres, el que la Consdtitu-- ción que se estaba formando, llegara a ser aplica-- ble.

Las ideas defendidas por Arriaga y Ramírez, -- entre otros, chocaban desde luego con los intere-- ses de la clase propietaria, la cual sostenía que-- el Constituyente no podía hacer nada por remediar--

premo como medio para el engrandecimiento del país merced a la facilidad que se daría el extranjero - colonizador no católico, de venir a poblar las -- bastas regiones inhabitadas de la patria. El sector reaccionario, por el contrario, se oponía rotundamente a que se tratara la cuestión religiosa en la Constitución, y el gobierno estaba con ellos. Se aducía que tal artículo conmovería a la sociedad hasta sus cimientos y sería contraria a la mayoría absoluta de nuestros compatriotas.

Fue tan viva la oposición que el mencionado artículo 15 suscitó, que se determinó cortar aquella cuestión omitiéndolo, no recayó sobre el votación expresa.

Motivo de discusión enconada sería también -- lo relativo al problema social. Fue Arriaga quien con su voto particular, secundado más tarde por -- Ignacio Ramírez, planteó en toda su cruda realidad el problema social, de cuya solución dependía, en el sentir de aquellos hombres, el que la Constitución que se estaba formando, llegara a ser aplicable.

Las ideas defendidas por Arriaga y Ramírez, -- entre otros, chocaban desde luego con los intereses de la clase propietaria, la cual sostenía que el Constituyente no podía hacer nada por remediar-

la situación imperante, que había que dejar en libertad las reglas del liberalismo económico.

Ante tal presión, el partido liberal se vió obligado a modificar el proyecto de la libertad -- de contratación, de industria y de comercio, admitiendo que dicha libertad podía ser impedida por -- sentencia judicial cuando atacase los derechos --- de tercero.

Por fin la Constitución fue jurada, como antes dijimos, el 5 de febrero de 1857 y promulgada el -- 11 de marzo del mismo año.

La primera sección de nuestra Carta Fundamental que nos ocupa, se compone de 29 artículos que tienen por objeto codificar en preceptos ordenados, los derechos fundamentales del hombre. Esta parte contiene los principios filosóficos que informaban a la época, parte que ha sido el blanco y motivo principales de los ataques y censuras a que se ha hecho acreedor este monumento legislativo.

A los ojos del clero el hombre no tiene más -- que deberes, es una herejía reconocerle derechos; -- su doble naturaleza corporal y espiritual lo colocan irremisiblemente bajo dos dominios, el temporal corporal o del estado, y el espiritual moral o de la iglesia.

El artículo 3 proclamaba según el sector clerical, un grave atentado en su contra, la enseñanza era patrimonio exclusivo de la iglesia, solo ella podía enseñar la verdad por ser su depositaria, sus dogmas estaban fuera de toda discusión, la iglesia era infalible. Por tanto, sostener que los particulares tenían derecho a enseñar, a normar y dirigir las conciencias de los futuros ciudadanos, era atentar contra uno de los más preciados privilegios eclesiásticos.

¿Qué hubiesen dicho los representantes del clero de la época de haber leído lo que escribe el Jesuita S. Freixedo, al respecto?: "Está fuera de toda duda que una encíclica no es infalible. Así lo ha demostrado fehacientemente muchas encíclicas a lo largo de la historia. En ellas se han defendido verdades relativas, aceptables en una determinada época de la historia, pero que con el correr de los años se han hecho inadmisibles. El papa, según se nos enseña, es únicamente infalible cuando habla ex-cátedra, como pastor supremo, queriendo imponer la fé a todos los pueblos de Dios y únicamente en materia de fé y costumbres... En los últimos siglos la iglesia, a través de los Sumos Pontífices, ha hablado en poquísimas y muy solemnes ocasiones infaliblemente". (9)

El artículo 50., se consideró también atentatorio a la religión pues consignaba que la ley no podía autorizar contrato alguno que tuviera por objeto la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad del hombre, ya fuera por causa de trabajo, de educación o de voto religioso. Corolario de este artículo era la abolición de la coacción civil para el cumplimiento de los votos monásticos, y contenía el germen de la supresión del clero regular.

El artículo 60. que consagraba la libertad -- en la expresión de las ideas, declarando que tal manifestación no podía ser objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, y que solo era punible cuando atacara la moral, los derechos de tercero, provocara algún crimen o delito o perturbara el orden público, pareció al partido conservador un grave desacato, a este partido que no permitía más ideas que las que le eran favorables, que querían conservar a toda costa el antiguo y caduco régimen, así mismo el artículo 60. no prohibía ya la discusión del dogma, la religión podía ser discutida, impugnada y aún atacada.

El artículo 70., consecuencia del anterior, mereció las mismas censuras por parte de las mismas personas. Se podía escribir sobre cualquier tema, nació así, la libertad de imprenta.

Los artículos 12 y 13 que abolían los títulos de nobleza y las clases privilegiadas, fueron también como es natural, mal acogidos por el sector conservador.

En los artículos 19 y 20, la Constitución tomó positivo empeño en que los derechos del individuo fuesen respetados para que no se repitiera la amarga experiencia de épocas pretéritas en que un tribunal arbitrario e inquisitivo podía privar de la libertad a cualquiera, sin fundar legalmente el procedimiento, y mantenerlo encarcelado el tiempo que a su arbitrio pareciera.

Para poner coto a tales abusos, fueron redactados estos artículos, que no solo garantizaban al ciudadano que no sería ya atropellado por la autoridad, sino que perfeccionaban considerablemente la administración de la justicia en materia civil y penal. Se señalaba en límite infranqueable al arbitrio judicial y se colocaba la justicia en un nivel nunca antes logrado.

El artículo 21 declaraba que solo la autoridad judicial podía aplicar las penas.

Prohibía el 22 las penas de carácter cruel -- las que afrentan la dignidad humana, confieren infamia y las llamadas trascendentales, que transmitían la nota vergonzosa a la descendencia del pena

do.

El artículo 23 deja vislumbra la abolición de la pena de muerte, suprimiéndola para los delitos políticos y subsistiendo solamente en el orden común para delitos muy graves especificados en el mismo artículo.

Contra el sentir general de los conservadores fué también el artículo 27, pues declaraba que las corporaciones civiles o eclesiásticas eran incapaces de adquirir en propiedad o administrar por sí bienes raíces.

Estas censuras, eran en sí conformes con el programa del partido conservador y con el sentir del clero, eran producto de la época y de las personas que las emitieron, pero en nada afecta el mérito real de la sección primera de la Constitución.

Los títulos II y siguientes hasta el VIII de la Constitución organizaban los poderes públicos, y forman la parte política de aquél código. Se adopta definitivamente la forma federal, poniendo así punto final al debate entre federalistas y centralistas, que databa desde que se discutió la Constitución de 1824. El federalismo fué siempre bandera del partido liberal, por tanto, fué este otro triunfo para la causa del progreso.

Nuestro sistema federal, si bien es una copia

más o menos fiel del sistema Norteamericano, en sus orígenes suprimió la Cámara Federal, lo que se haría más tarde el Senado, pues se creía ver en esta institución una Cámara de la aristocracia.

A pesar de la crítica que contra el sistema federal había enderezado Fray Servando Teresa de Mier, diciendo que en los Estados Unidos, la federación sirvió para unir lo desunido, en tanto que entre nosotros serviría para desunir lo unido, a pesar de esto decimos, triunfó el sistema federal en la Constitución de 1857, aunque habían de pasar cerca de diez y seis años antes de que tal sistema quedara completo con sus dos cámaras representativas, lo cual sucedió bajo la presidencia de Lerdo de Tejada.

A ejemplo también de la Constitución Norteamericana y de otras Constituciones modernas que se han inspirado en Montesquieu, se distinguieron en la nuestra tres poderes públicos, el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial, quedando prohibido que se reuniesen dos o más de estos poderes en persona alguna.

El principio democrático se consagró en el artículo 39 al cual señalaba que la soberanía nacional reside esencial y originalmente en el pueblo.

El artículo 40 por su parte declaraba que era

voluntad del pueblo Mexicano constituirse en una - República representativa, democrática, y federal.- Congruente a tales principios, el sufragio popular, otorgado a todo el pueblo, fué el único medio de - obtener la investidura en cualquiera de los pode- - res.

Hasta aquí en cuanto al análisis de la Consti tución de 1857 en lo referente a su nacimiento ju- rídico y a las innovaciones que aportó al orden so- cial de México.

LA CONSTITUCION DE 1857 COMO HECHO SOCIAL.

Desde 1857 tuvo México un código fundamental, que elevaba al carácter de leyes supremas los prin- cipios de la democracia, del federalismo y de la - justicia social, en su concepción al menos que la- época preconizaba.

Si nos detenemos un poco a observar la evolu- ción de los pueblos modernos, habremos de notar el afán constante que desde la mitad del siglo XVIII- en adelante, tuvieron por poseer Constituciones -- escritas que pusieran una infranqueable barrera a- la arbitrariedad, que consignaran en forma precisa los principios de gobierno, marcaran las atribucio- nes y el límite del poder.

Dos fueron las Constituciones que iniciaron -

la era política a que nos hemos referido, la Federal Norteamericana y la Constitución Francesa.

Nuestro pueblo participó, desde los orígenes de su independencia, de los anhelos constitucionales, apenas el gran Morelos híbase adueñando de una -- gran extensión en el sur; se aprestó a reunir en -- Chilpancingo un Congreso Nacional, como lo vimos -- en la parte inicial del capítulo presente.

El anhelo Constitucional más que el efecto -- de una moda pasajera, más que una imitación extra- -- lógica, representa una de las formas de lucha en -- contra de lo que hoy se llama, el establecimiento, fundado en principios incompatibles a las necesi- -- dades cambiantes de la sociedad.

Porque las sociedades en virtud de múltiples- -- leyes, entre ellas, quizá la más importante, de la división del trabajo, de la especialización pasan, al decir de Spencer de lo homogéneo a lo heterogé- -- neo. El período histórico de transición se caracte- -- riza también por el acceso hasta el poder de la -- burguesía, clase media que al no representar nada, quiere serlo todo, clase destinada en su época a -- sustituir en el mando a la aristocracia de la san- -- gre, la cual a su vez será, en la concepción mar- -- xista, sustituida por la dictadura del proletaria- -- do.

El movimiento Constitucionalista aludido, corresponde a la realización y al advenimiento de -- las ideas democráticas hechas formas de gobierno.

En el estudio de la Constitución de 1857 como hecho social acaecido en la naciente Nación Mexicana -naciente en cuanto a que apenas empezaba a formar conciencia de la nacionalidad- nos interesa -- evaluar cual fué la influencia que ejerció en el movimiento social y político de la patria, y cual su significado histórico en cuanto a las Constituciones que le habían precedido.

La Constitución de 1857 fué la enseña de combate, no solo en el campo de la palabra, sino en el de la acción armada. En efecto, con motivo de ella también se desencadenó entre sus sostenedores e impugnadores una guerra a muerte que ensangrentó a la República por espacio de tres años, guerra de la cual para el bien de las generaciones que seguimos, habrían de salir vencedoras las ideas consignadas en la Constitución, debido al empuje de la minoría liberal, guiada con energía inquebrantable por Don Benito Juárez.

En efecto, la Constitución de 1857, por su carácter claramente definido, fué una enseña de guerra, fué el programa de un partido beligerante, -- fué la obra del partido liberal y debía ser des---

pués su bandera, su signo de alianza, entre el pasado que se alejaba y el futuro que se vislumbraba.

Comonfort la vió aparecer más que con recelo, con temor, aquél hombre que "quiso ser moderador y solo fué moderado" vió en la Constitución el hecho que habría de nublar el horizonte político de la patria.

Desde luego que el triunfo de hecho, en los terrenos de la polémica y de la guerra, de la Constitución, no significó la aquiescencia unánime de la nación a favor del código supremo. Largo tiempo habría de ser debatido y duramente calificado no solo por los vestigios del partido conservador, -- transformado de denominación más no en sus ideas, -- no solo por los amigos de los privilegios, sino -- aún por hombres de ideas avanzadas, de espíritu -- culto.

Juzgada ahora, a través del filtro del tiempo, la Constitución de 1857 significó un progreso real y efectivo, no solo en las doctrinas sino en la práctica. Cierto es que un sector considerable de la opinión pública la consideró inaplicable, -- Comonfort mismo creyó imposible gobernar guiado -- por sus principios.

Muchos, aún en nuestros días, consideran que-

la Constitución de 1857 fué demasiado elevada para la situación que por aquél entonces privaba en la república, dado el gran atraso que por doquier prevalecía, principalmente entre las comunidades indígenas, fué un grave error conceder el sufragio universal, el cual supone al menos, un pueblo educado e ilustrado en las prácticas democráticas.

Nosotros sin embargo, lejos de creer que fué este un caso en que la ley se adelantó al hecho -- social, en que el fenómeno jurídico en su aspecto legislativo, supuso situaciones que habrían de presentarse con el tiempo y que había que regularlas desde luego, sostenemos que el hecho y la necesidad sociales existían ya, la democracia y la igualdad no son hechos gratuitos de la naturaleza, son conquistas del hombre, que hacía ya tiempo esperaban solamente la formalidad de verse plasmadas en un Código Supremo.

Por eso en nuestro concepto, la ley que se -- crea siempre para regir en el futuro, presupone al hecho social que le dió vida.

La Constitución de 1857 se encontró en este -- caso -- común para toda ley -- se adaptó a las necesidades sociales de la época, y dejó de ser eficaz, -- cuando las necesidades de la sociedad dejaron de -- tener el mismo contenido, cuando la escala de valo

res se vió modificada, cuando el grupo y la sociedad toda fueron más importantes que el individuo aisladamente considerado.

NOTAS DEL CAPITULO III.

- 1.- TENA RAMIREZ FELIPE.- *Leyes Fundamentales de México 1808-1967, nota preliminar.* Edit. Porrúa México 1967. Tercera edición.
- 2.- TENA RAMIREZ.- Obra citada pág. 29 y sgtes.
- 3.- TENA RAMIREZ.- Obra citada pág. 32 y sgtes.
- 4.- MEXICO 50 ANOS DE REVOLUCION.- Pág. 256. Primera edición resumida 1963. Fondo de Cultura Económica. México.
- 5.- SIERRA JUSTO.- México, su evolución social.- - social.- Pág. 22. Edit. Balleascás. México 1900-02. Tomo I.
- 6.- CUE CANOVAS AGUSTIN.- *La Reforma Liberal en Mé*xico. Edit. Centenario 1960.
- 7.- TENA RAMIREZ.- Obra citada pág. 637.

CAPITULO IV

LA DINAMICA DEL DERECHO FRENTE A LA DINAMICA SOCIAL.- INTERRELACION DE LOS FENOMENOS SOCIALES CON EL ORDEN JURIDICO.- DERECHO Y ECONOMIA.- DERECHO Y POLITICA.- DERECHO Y CLASES SOCIALES.- DERECHO Y FAMILIA.- DERECHO Y RELIGION.- DERECHO Y MORAL.- DERECHO E IDEAS.- DERECHO Y COSTUMBRE.- DERECHO Y TECNICA.

reses de la comunidad.

Es por eso que el contenido de las normas varía de una época a otra y de lugar a lugar, al -- cambiar la escala de valores, aunque su forma de -- imperatividad prevalezca.

Sociológicamente el derecho presenta un doble aspecto; por una parte es un sistema de reglas de conducta que rigen la convivencia social, dichas -- normas representan un conjunto de pensamientos, es la vida humana objetivada, según la expresión del maestro Recasens Siches.

Por otra parte tenemos una serie de hechos -- que directa o indirectamente se refieren a esas -- normas de conducta, estos hechos pueden ser fenómenos intersíquicos -- juicios, sentencias, críticas, -- discusiones etc. -- o bien, realidades del mundo material -- expedientes, códigos, títulos de crédito, -- etc. -- sin embargo estas realidades, siguiendo el -- pensamiento kelseniano, deben ser eliminadas de toda consideración jurídica, pues como el propio Kel sen lo ha demostrado son cosas, objetos que lo mis mo pueden servir a fines jurídicos que no jurídicos. En cambio los fenómenos intersíquicos que en algún modo se refieren al sistema regulatorio del derecho, constituyen lo que se ha llamado la vida-jurídica, el modo efectivo en que se realizan las-

normas jurídicas.

Derecho y vida jurídica, normas y hechos por ellas regidos, normatividad y sociabilidad, son -- los dos aspectos que sociológicamente presenta el fenómeno jurídico. Son los hechos y deseos de la vida social los que proporcionan al derecho un contenido. Cuando una sociedad considera que determinados hechos o aspiraciones deben ser realizados a toda costa, los incorpora al derecho, en otras palabras, les dá forma de normas coactivas.

El revestimiento de las instituciones sociales con el ropaje de normas coactivas, es lo que -- constituye el derecho de cada época.

Por eso cada tipo de régimen político y so-- cial se caracteriza por un orden jurídico de modalidades propias, creadas y aplicadas según los fines a los cuales se encamina el Estado en el cual -- rigen.

La historia del derecho y el derecho comparado son siempre una guía para conocer las aspiracio -- nes de un pueblo en un momento histórico determina -- do. A cada etapa histórica definida, corresponde -- también un régimen jurídico con características -- propias, configurado por los hechos y aspiraciones sociales que se dieron en el tiempo y en el espa -- cio.

Por esto afirmamos que el derecho, sistema de normas, tiene por sustento real, los fenómenos interpsíquicos de la vida gregaria. Derecho y vida social se condicionan mutuamente, el derecho como norma rige la vida social, pero esta con sus aspiraciones, hechos, ideales etc. conforma a su vez el nuevo derecho.

Es esta una acción recíproca, concomitante, dialéctica, los hombres dando vida al derecho y el derecho transformando las vidas de los hombres. -- Surgen pues con imperiosa urgencia de respuesta, las preguntas fundamentales que motivaron la elaboración de la presente tesis; ¿Es el derecho un instrumento al servicio de la sociedad, creado y sustentado por ella para su provecho y beneficio, en el cual se reflejan sus aspiraciones, sus anhelos, su afán de justicia, su deseo de un mundo mejor, un instrumento que pueda variar a su conveniencia, o, por el contrario, se ha convertido el derecho en el ente poderoso que impone su irracional voluntad a los hombres aún en contra de sus aspiraciones o ideales?

Y por otro lado ¿Es el hecho social el que -- única y exclusivamente puede dar nacimiento a la norma jurídica, o por el contrario, la norma jurídica puede dar lugar, provocar un hecho social colectivo y de trascendencia?

A reserva de una conclusión posterior y definitiva en nuestro criterio apuntaremos aquí que -- para nosotros el derecho que no se apoya en bases sólidas, entendiendo por estas bases las aspiraciones reales del ente social, será una norma jurídica, formalmente hablando, pero carente de contenido, de significación, invirtiendo el pensamiento de Kelsen, será para nosotros la nada jurídica -- así haya seguido los caminos idóneos de creación -- y se apoye en toda la estructura jurídica según la pirámide kelseniana.

Congruentes con este criterio debemos indicar también que el hecho social será siempre anterior a la norma jurídica puesto que lo creado nunca puede ser causa de su creador, se producirán siempre los hechos que afecten a lo social, los tan en boga secuestros de aeronaves, secuestros de diplomáticos con el fin de exigir la satisfacción de determinadas pretenciones, la letal contaminación atmosférica de los grandes centros urbanos, la drogadicción creciente de la juventud, la dañina explosión demográfica mundial y tantos y tantos otros -- fenómenos que surgen día con día y después, a veces mucho después, surgirá una regulación jurídica para tales fenómenos es decir, el derecho a través de sus normas tratará de regularlos, encausarlos o suprimirlos.

Y es que el derecho como forma que es puede adoptar todos los contenidos y servir a los más -- variados intereses, y como es lógico suponer, en cada época, los intereses predominantes han proporcionado el contenido del derecho vigente.

El derecho, empleando la terminología marxista, es una superestructura que tiene por misión el sostenimiento de un orden social efectivo de una época y de un Estado dados, es mutable y dinámico porque también lo es, por naturaleza, el orden social al cual sirve, este orden social de cada época es el resultado de las luchas internas de la sociedad, lucha en la que -- ya lo demostró Marx -- juegan un papel decisivo, la economía y la política.

Para sustentar la tesis de que el derecho no es sino la forma normativo-cohercitiva que reviste el orden social de una época determinada, recurriremos, como punto final, a la historia, breve reseña de las instituciones sociales. Para ello habremos de buscar algunas relaciones entre el derecho y los demás fenómenos sociales, factores que han conformado al derecho tales como la economía, la política, las clases sociales, la familia, la religión, la moral, las ideas, las costumbres y la técnica, procurando señalar la influencia que estos tienen sobre aquél.

DERECHO Y ECONOMIA

Empezaremos por estudiar las relaciones derecho-economía. En las sociedades primitivas, si -- nos es dado llamarles sociedades, podemos suponer, por la carencia de datos, que la institución jurídica de la propiedad, ha seguido, en todo tiempo, -- muy de cerca los cambios económicos de las sociedades. Cuando la actividad económica se reducía a la casa, la pesca y la recolección de frutos y aún al introducirse el pastoreo, la tierra no fué propiedad de nadie o fué propiedad colectiva, pero no -- propiedad individual ya que el constante ir y venir de las tribus nómadas hacía innecesaria la posesión privada de un pedazo de tierra. La primera propiedad privada, sin duda, fueron los bienes -- muebles, res in manu, le llamarían más tarde los -- romanos, cosa que se puede transportar "en la mano".

Con la agricultura aparece la propiedad privada de la tierra, los grupos humanos hacen del cultivo de la tierra su principal ocupación. Así la -- tierra va adquiriendo un valor económico preponderante y confiere no solo poder económico sino también poder político como en la época feudal. De esta manera se va dando primacía a la propiedad inmueble sobre la mueble. Como causa inevitable, el derecho rodeó de garantías a los inmuebles y regla

mentó cuidadosamente sus medios de transmisión.

La distinción entre muebles a inmuebles, que en un principio había tenido como base su naturaleza física, su carácter de movilidad, empieza a ser artificial y se consideran como inmuebles bienes que en realidad son muebles, tales como el ganado solo por su valor económico, en tanto que inmuebles carentes de valor no se incluían dentro del grupo privilegiado de las heredades. Y se va más lejos todavía; la posesión de la tierra llega a implicar el poder de mando sobre los hombres que en ella habitan; la propiedad de la tierra lleva aparejada la soberanía, propiedad y soberanía se confunden. Tal como sucede en las épocas feudales. Todo esto lo explica la agricultura, adoptada como actividad económica principal, así el primitivo de hecho civil es por su origen, un derecho de agricultores.

Sin embargo, no tarda en aparecer al lado de la economía de producción la economía de mediación, el comercio, no ya el trueque primitivo sino un comercio con ciertas reglas y organización, se hace pues necesario otro derecho ante este hecho, surge por ello al lado del derecho civil, el derecho mercantil cuya finalidad será el asegurar el intercambio comercial.

En todas las épocas el comercio ha tenido la tendencia a ser cosmopolita, frente al localismo - del derecho civil se levantó el internacionalismo - del derecho mercantil.

En Roma el *jus gentium* fue la interpretación amplia que permitió al *jus civile* extenderse al comercio sin necesidad de crear una rama jurídica -- nueva. En Europa a pesar de la microdivisión política que significaba el feudalismo, muy pronto se desarrolló un derecho mercantil consuetudinario, - elaborado por los gremios de mercaderes, que pudo salvar las fronteras, derecho que empezó a ser recopilado desde el siglo XI.

Por otro lado, la naciente industria de aquellos tiempos, la industria doméstica cuya producción se limita a consumidores conocidos, tiende a formar monopolios de maestros artesanos, limitados en número y que se vigilan mutuamente, así, el monopolio económico recibe su consagración jurídica - en las ordenanzas de gremios.

Al desarrollo de las ciudades, de las grandes urbes, y su conversión en centros de la vida económica y política, va perdiendo su importancia la -- propiedad territorial y comienza a adquirirla algo más fluido y de fácil intercambio; el dinero, a la economía territorial sucede una economía moneta

ria, comienza todo a valuar-se en dinero. Concomitantemente a ello, el comercio y la industria crecientes dan origen al crédito. Dinero y crédito -- son ahora los rasgos de la economía urbana de las civilizaciones en estado avanzado.

Por supuesto, el derecho sigue a esta evolución, nacen las instituciones de crédito protegidas por leyes especiales.

Y como en un gigantesco movimiento de péndulo, el tránsito de la economía preponderantemente monetaria y crediticia, significa el paso de la primacía jurídica de la propiedad inmueble a la propiedad mueble.

Este fenómeno ha sido cuidadosamente estudiado en Francia.

En primer término se observó un gran crecimiento de las hipotecas en los siglos XVIII y XIX, lo cual significa que los capitales, el dinero, -- son tan intensamente solicitados, que se les sacrifica la tierra, se dá en garantía, así la tierra -- pasa del campesino al capitalista, pero en tanto -- que aquel la cultiva, para el capitalista solo representa dinero invertido, una mercancía más; es -- necesario hacer circular el dinero, se trata de lucrar no de cultivar; por eso es que las hipotecas -- se convierten en títulos negociables. En plena re-

volución Francesa una ley introducía cédulas hipotecarias que se transmitían por simple endoso, y aunque el intento no progresó es un hecho significativo.

A lo largo del siglo XIX ha triunfado en la jurisprudencia la tendencia a hacer de las hipotecas, títulos negociables. Las leyes actuales le admiten, así nuestra Ley de Instituciones de Crédito art. 73 y siguientes, incluye los bonos hipotecarios en la categoría de los títulos de crédito. -- Tal ha sido el fenómeno llamado "movilización del crédito territorial", un ejemplo más de la economía dictando derecho.

Si anteriormente la riqueza estaba en la tierra, en nuestra época capitalista y financiera, la riqueza está en las fábricas, en las acciones de las sociedades mercantiles y en los títulos de crédito, la riqueza antes inmobiliaria es hoy principalmente mobiliario. Por eso en la actualidad se encuentra en pleno florecimiento el derecho de los títulos de crédito -derecho mercantil- mientras el derecho civil sufre de un letargo del que difícilmente despertará, de lo cual debemos deducir que existen ramas del derecho en las cuales -- la dinámica del mismo se manifiesta en forma mucho más palpable que en otras, según sea su necesidad de adaptación a los hechos sociales.

El capitalismo, fenómeno dentro del cual vivimos, es esencialmente individualista y exige la abstención del Estado frente a la ganancia individual, es refractario a todo intervencionismo es -- por eso que el siglo XIX fué el siglo del derecho privado pero las crisis frecuentes de la organización capitalista, sus fallas económicas y las corrientes político-económicas contrarias a él, ha hecho que el Estado intervenga con intensidad creciente en la vida económica y así se habla de una economía dirigida, socialista, intervencionista -- etc.. Y si antes el interés económico estuvo representado por el derecho civil y el mercantil, en lo sucesivo lo estará cada vez más por el derecho público y concretamente por el derecho administrativo y no es difícil que llegue el día en que el derecho privado -- excepción del derecho de familia -- sea absorbido por el derecho administrativo.

El maestro Recasens Siches por su parte nos dice: "Claro que los factores económicos están estrechamente ligados a los técnicos, así como también a los naturales, y también a muchos otros de diversos tipos por ejemplo de tipo político. Sin embargo, aunque en lo económico intervengan en combinación determinantes de otros tipos, se puede hablar especialmente de factores económicos en el -- cambio social. Así, por ejemplo, la existencia y --

el aprovechamiento de recursos naturales inorgánicos y orgánicos, el desarrollo de la industrialización la mecanización de la agricultura, el desenvolvimiento de la ganadería, el aumento de la demanda de ciertos artículos la inversión de capitales, el crecimiento del consumo etc. claro que estos hechos económicos, mencionados como ejemplos, son ya hechos sociales, muchos de ellos muy complejos, los cuales de por sí representan cambios sociales, Pero es que tales hechos socio-económicos a su vez engendran nuevos cambios sociales, no sólo en el campo estrictamente económico, sino también en otras realidades sociales. Así, la movilización de la mujer en las fábricas suscita cambios en la vida familiar, en la política, en las condiciones de trabajo etc., las crisis económicas, con las masas de desocupados, alteran muchas estructuras sociales, muchos modos colectivos, provocan cambios políticos, nuevas formas jurídicas; las épocas de prosperidad, a la inversa, favorecen la elaboración del nivel de vida de todas las clases sociales, la aproximación entre ellas, el desenvolvimiento de muchas actividades lujosas, el aumento de población de los centros urbanos, etc." (1)

Lo anterior nos sirve de apoyo al criterio sustentado de la preponderancia del factor económico en la vida de las sociedades.

Analicemos ahora las relaciones del derecho con la política.

En todas las sociedades y en todos los tiempos, cualquiera que sea la forma de organización adoptada, ha existido un fenómeno universal al que Duguit ha caracterizado con toda exactitud; la diferencia entre gobernantes y gobernados entre hombres que son los sujetos directores de la política y los que son solamente objeto de ella. De tal suerte podemos afirmar que en todo tiempo el derecho positivo ha sido la voluntad de los gobernantes; el que triunfa en la lucha política, es quien adquiere el derecho de dictar el Derecho. Esto no significa siquiera, que aceptemos que la creación del derecho sea una simple cuestión de fuerza, el derecho siempre está sostenido por el consentimiento general del núcleo social, expreso o tácito. Todo orden jurídico trata de legitimarse, buscando su apoyo en una idea de justicia difundida entre los mismos gobernados. Pero esto no quita que originariamente el derecho en su acepción positiva - al menos, sea la voluntad de los gobernantes cristalizada en normas que no siempre podrían llamarse de justicia. Dicha aseveración nos lleva al problema de las normas justas y las injustas, pero esto sería salirnos demasiado del alcance modesto del presente trabajo, y correspondería más a un -

tratado de filosofía jurídica que a la sociología.

Max Scheler (2) formula una ley sociológica - según la cual, en toda cultura predominan sucesivamente en la dirección de la vida social los factores de la sangre, del poder político y de la economía. Y en efecto, parece ser cierto que toda organización política y pre-estatal está basada en --- gran parte, en los vínculos sanguíneos. El clan, - la gens, la estirpe, confunden en su seno el poder familiar con el político.

La organización feudal estaba basada en el linaje.

De esta organización estamentaria nos dice - Hermann Heller: "El estamento aparece en Europa de manera paradigmática, en el orden social feudal. Lo que daba a este su fisonomía era el estamento superior el cual, como lo revela el mismo nombre de la época y de la estructura, se asentaba económicamente sobre la posesión de la tierra, rechazando el - comercio y la artesanía como quehaceres de honor, - de los otros estamentos. La función que estimaba - propia suya en el seno del conjunto social, era la de dirección militar y política. Al cumplimiento - de esta comisión debe, originalmente, que se le - concedieran privilegios de poder permanentes y jurídicos".

Más adelante el mismo autor escribe: "Por su estructura económica, jurídica y espiritual el tipo estamental de sociedad es, internamente una forma estable, con una estratigrafía clara y firme, - delimitada en sus capas de manera jurídicamente -- precisa...socavada internamente poco a poco, durante largo tiempo, esta ordenación social es definitivamente liquidada en Prusia por obra de las reformas liberales del varón de Stein...la dominación clásista, a diferencia de la estamental, supone la igualdad de poder jurídico; su base efectiva consiste casi exclusivamente en la desigualdad económica, afianzada por la herencia. La clase no tiene el carácter cerrado del estamento" (3).

A la confusión de la familia con el poder soberano, corresponde la confusión típica del feudalismo del derecho público con el derecho privado - propiedad y soberanía, servicio militar y contrato de vasallaje, todo fué absorbido por el derecho -- privado, era el predominio de la sangre, de la organización de estirpes.

El Estado nace de la agrupación de las estirpes. En Roma el senado se integra con la representación de las gens. En Occidente, una estirpe, la del rey triunfa sobre las demás estirpes feudales.

Con la monarquía aparece el Estado Autárquico,

independiente en el interior y en el exterior. Pero aún el triunfo del rey no es definitivo y a su lado funcionan los cuerpos colegiados de los nobles.

El senado Romano, las Cortes de los reinos Españoles, los Estados Generales de Francia, la Dieta del imperio Alemán o el Parlamento de Inglaterra son los organismos en los cuales se delega parte de la autoridad real, la nobleza legisla, pero no lo hace ya con fines privados, sino para servir a una entidad superior, en la cual se ha depositado el ejercicio de la soberanía; el Estado. Es entonces que se distingue, aunque todavía con alguna imperfección, entre propiedad y soberanía, entre derecho privado y derecho público.

Es cuando el monarca absorbe todo el poder, que se define con perfección al principio de la soberanía.

Al mismo tiempo que en Francia se consolida la monarquía, Bodino define el concepto de soberanía diciendo que es esencialmente monárquico; poder único, indivisible, absoluto y perpetuo. Y si antes se permitió legislar a diferentes organizaciones sociales, ahora se considera que solo el rey puede dictar válidamente el derecho y dictarlo sin límites, la voluntad del príncipe es la ley.

El Estado moderno proviene de las monarquías y todavía nuestro derecho público está en gran parte informado por el espíritu absolutista, sobre todo entre nosotros, ya que la facultad de dictar leyes, fijar impuestos, las mas de las veces arbitrarios y sin estudio etc., ha sido cedida por el poder legislativo al ejecutivo, para conformar un régimen al cual el Doctor Mario de la Cueva ha llamado con razón "La dictadura constitucional del poder ejecutivo".

El Estado moderno es unitario porque así lo hizo la monarquía.

En la época feudal hubo coexistencia de poderes y de legislaciones. El señor, la ciudad, el gremio, legislaban. Al unificarse los Estados al mando único del rey corresponde la capacidad legislativa única.

Bajo la monarquía, el hombre era vasallo, cuando el pueblo triunfa, la soberanía pasa del rey al pueblo, entonces se considera con Rousseau que la ley es la expresión de la voluntad general y el hombre asciende a ciudadano, a sujeto activo de la cosa pública, las leyes consagran su nuevo rango concediendo el sufragio universal.

Pero la democracia significó también el triunfo de los poderes económicos, el Estado tuvo que -

limitarse a conservar el orden para que los individuos pudieran entregarse a los negocios, es la época del dejar hacer, dejar pasar. Y así una ley especial y solemne limita rígidamente la actividad del Estado; es la Constitución.

Dentro del marco del derecho Constitucional, el pueblo se divide en partidos y el partido triunfador impone su derecho, así las ideologías de partido empiezan a configurar el derecho.

Más adelante al tratar el tema relativo al derecho y las ideas, tendremos ocasión de examinar con mas amplitud las relaciones entre el derecho y la política.

Ahora bien, si el derecho público interno refleja con cierta fidelidad la organización política de un Estado, no pasa lo mismo con la actividad política la cual, como todo lo vital sobrepasa el marco estrecho de las leyes, y así vemos que una Constitución no contendrá todas las realidades políticas del Estado que formalmente se rige por ella, habrá ciertas realidades que queden marginadas a su contenido.

En este aspecto podemos apreciar con claridad una de las fallas del sistema kelseniano, el cual hicimos referencia en el capítulo primero de esta tesis.

Kelsen ha identificado el Estado con el derecho y desde el punto de vista jurídico-positivista, su punto de vista es irrefutable, pero como hemos visto, el derecho es solamente forma, forma que ne ~~ces~~ es ita contenido. Kelsen estudia solo la forma del Estado y del derecho, sin penetrar en su contenido. Tras de esas formas jurídicas, dándoles vida, modi ficándolas, adaptándolas existe un complejo de relaciones de poder, de lucha por el poder, de convulsiones sociales, las cuales constituyen la realidad social del Estado, todo lo cual para la doctrina kelseniana queda ignorado, Por eso a las --- dictrinas formales del Estado y del derecho ha de agregarse una teoría sociológica de los mismos, -- que las complete y humanice.

Sin embargo, como acabamos de advertir, es im posible plasmar la totalidad de las realidades políticas en la Constitución de un Estado y el fenómeno se agudiza si lo llevamos al plano internacio nal, en el cual, por carecerse de una organización política efectiva, esto es, dotada de capacidad de decisión y autoridad propias, el derecho tendrá -- que reflejar solo acciones políticas que por su -- ausencia sean irreductibles a formas esquemáticas. De aquí la sensación de vaguedad y vacío que produ ce el primer contacto con el derecho Internacional Público. La política internacional con toda su va-

ñadísima riqueza, tiene apenas un ligero contacto con el derecho Internacional, se podía decir que lo roza tan sutilmente, que no le deja su huella - y así se ha tenido que llenar con doctrinas un derecho al cual la realidad casi ha olvidado.

El derecho Internacional público es el Derecho de la Europa moderna y cristiana, por eso cuando aparece esta rama del derecho se advierte en ella el reflejo de la organización política Europea pues como dice Radbruch "La aparición del derecho Internacional dependía de dos supuestos: de un lado la coexistencia de una multiplicidad de Estados, fundado en la comunidad de cultura. En la edad antigua faltó este segundo supuesto: un pueblo que se consideraba a sí mismo como el único elegido; otro que tenía a todos los demás por "bárbaros", y un tercero que pretendía la dominación mundial, no podían admitir entre sí ni frente a los demás, la equiparación, que es el supuesto del derecho Internacional".

"En la edad media en cambio, faltó el primero de las mencionados supuestos. Mientras dominó en el mundo de las ideas políticas - bien que no en la vida real de los Estados - el concepto de un reino mundial cristiano, bajo la diarquía de Emperador y Papa, no se pudo llegar a la idea de una multiplicidad de Estados, que es el supuesto previo pa-

ra el derecho Internacional. La tendencia hacia un derecho Internacional no pudo desarrollarse hasta que la Reforma rompió el vínculo del Pontificado, - y hasta que se halló en el concepto de soberanía, - especialmente por Francia la fórmula jurídica con que expresar la independencia - desde hacía tiempo efectiva - de los Estados de nacionalidad no germánica frente al imperio". (4)

Y desde entonces el tema constante de la política europea ha sido la lucha por la hegemonía -- continental, lucha que no ha conducido a ningún resultado definitivo.

Es necesario que el derecho sea sancionado -- por la fuerza para que sea efectivo, pero esto supone una diferenciación jerárquica en la sociedad internacional.

En lo interno ha sido efectivo el derecho de los Estados, porque ha existido una clase superior, la de los gobernantes, que lo ha impuesto y sostenido.

En cambio la falta de una jerarquía estable - y reconocida entre los Estados, ha hecho imposible una auténtica sanción jurídica de la violación a la norma internacional.

A la falta de un orden político internacional

permanente y efectivo, ha correspondido la ausencia de un derecho Internacional Público efectivo - por lo cual esta rama del derecho, en la dinámica del mismo, es la que avanza con más lentitud, evoluciona con gran dificultad, pero sin duda en su tardo caminar se dirige hacia algún punto, ¿hacia dónde? no lo sabemos. Quizas a la formación de un gobierno, de una organización mundial poderosa y efectiva, ante la cual la actual Organización de las Naciones Unidas no parezca sino un pequeño club privado con más buena voluntad que efectividad para resolver los problemas del mundo. Quizá, como señala en sus clases el maestro Seara Vázquez, el derecho Internacional Público se encamine a formar el Estado Único, la gran confederación universal. Las generaciones del futuro observarán la respuesta a esta inquietante pregunta.

DERECHO Y CLASES SOCIALES

Intentaremos ahora descubrir el papel que las clases sociales han tenido en la dinámica del derecho.

Debemos ante todo preguntarnos ¿Qué es una clase social?

El doctor Lucio Mendieta y Núñez considera que: "La clase social está determinada por una combinación de factores culturales y económicos, podría--

mos decir que las clases sociales son grandes conjuntos de personas, conjuntos que se distinguen -- por los rasgos específicos de su cultura y su situación económica. Aún cuando el factor económico tiene una gran importancia para la determinación de la clase social, en realidad el factor decisivo es el de la cultura, puesto que sólo es posible el paso de los individuos de uno a otro círculo mediante la adaptación cultural". (5)

Nos manifestamos en desacuerdo con la opinión del Doctor Mendieta ya que el factor cultura a que alude, sin restarle la importancia que desempeña en la estratificación de los grupos sociales, no es el predominante, basta mirar a nuestro alrededor para cerciorarnos que la clave de toda diferenciación social nos la da el factor económico.

En la misma obra, divide el Doctor Mendieta en tres principales grupos, a las clases sociales, a saber: Clase alta, clase media y clase baja.

Advierte, sin embargo, que dichas clases llamadas principales no están tajantemente delimitadas; sino que en sus zonas delimitativas sufren -- cierta permeabilidad la una con la otra, lo cual trae como consecuencia la existencia de clases mixtas.

En su "Manifiesto del partido comunista", es-

cribe Marx: "La historia de todas las sociedades - que han existido hasta nuestros días, es la historia de la lucha de clases.

Hombres libres y esclavos, patricios y plebeyos, señores y siervos, maestros y oficiales, en una palabra: opresores y oprimidos se enfrentaron siempre, mantuvieron una lucha constante, velada - unas veces, y otras franca y abierta; lucha que -- terminó siempre con la transformación revolucionaria de toda la sociedad o el hundimiento de las -- clases beligerantes".

Esto es verdad, pero no toda la verdad, tenemos que admitirlo, la historia del hombre ha sido mucho más compleja, ha sido lucha de individuos, - de razas y de Estados, pero en uno de sus aspectos - el que interesaba a Marx- ha sido lucha de clases y la lucha de clases se refleja, forzosamente, en el derecho. En todo tiempo el derecho ha sido el - derecho de una clase; una clase social lo ha creado en su interés y provecho y lo ha conservado has ta que otra clase le ha arrebatado la primacía social.

En oposición abierta a la aseveración marxista de la lucha de clases, se manifiesta el Doctor Mendieta, al decirnos:

"Hace tiempo que se habla de "lucha de cla---

ses"; se pretende que luchan unas contra otras y - todo el mundo acepta que tal cosa sucede; más la - observación atenta de los hechos nos lleva el convencimiento de que no es cierto que haya lucha de - clases en las sociedades humanas; se trata solo de una frase indestructible gracias al dinamismo polí - tico de que está cargada; pero que no responde a - la realidad sociológica,

Para que hubiese lucha de las clases alta, me - dia y baja, sería preciso que cada una estuviera - organizada y se enfrentase, como organización, a - las otras pretendiendo algo más o menos definido. - Pero ya hemos visto que las clases sociales son -- complejos de carácter cultural y económico que se - dñan o se forman en la realidad social como tales y no como grupos o equipos de combate artificialmen - te constituidos". (6)

¡Pero esto es cerrar los ojos a la realidad.

Si nos concretamos a la cultura de Occidente, ya desde la época feudal, dos clases, la nobleza y el sacerdocio, luchaban por hacer prevalecer su de - recho.

La Lucha del Estado con la teocracia, del mo - narca con el clero, es una lucha de clases. La fa - mosa lucha de las investiduras entre el Sacro Impe - rio Romano Germánico y el Papado, es su expresi-
-ón-

más feaciente. El clero quería el gobierno absoluto de la tierra -espiritual u temporal- el Emperador quería salvar el poder temporal de la tutela -eclesiástica. Dos monumentos jurídicos queden como huella de la lucha.

El "Espejo de Suabia, inspirado por la doctrina papal, decía: "Como quiera que Dios es el príncipe de la paz, cuando subió al cielo dejó aquí en la tierra dos espadas para la protección de la cristiandad; ambas fueron dejadas por Nuestro Señor a San Pedro... la espada secular de la justicia, fue prestado por el Papa al Emperador; la espiritual está confiada directamente al Papa, para que él juzgue con ella". Por el contrario, el "Espejo de Sajonia", de tendencia imperial, sostuvo: "Para la protección de la cristiandad Dios dejó sobre la tierra dos espadas: al Papa la espiritual, al Emperador la temporal o secular", (7) es decir, el emperador recibía el poder directamente de Dios y no a través del Papa.

La lucha entre los Estados y la Iglesia, es pues, en su origen, una lucha de clases entre la nobleza y el sacerdocio o clero, se continúa después en los incesantes conflictos de competencia entre los tribunales eclesiásticos y los civiles y se prolonga hasta la actualidad en discusión sobre la primacía del matrimonio canónico o del civil, -

así como en la no menos apasionada polémica sobre la justificación del divorcio.

El triunfo creciente del Estado sobre la Iglesia se ha traducido en el avance del derecho profano sobre el canónico, el cual se ha reducido a una esfera mínima, curiosidad del laboratorio del derecho.

Cuando gobernaron los reyes, quisieron ellos, en principio, situarse por encima de las diferencias de clases al legislar y hacer justicia, pero aunque algunas leyes favorecieron a otras clases, en su conjunto de legislación siguió siendo hecha para el mantenimiento de los privilegios de la nobleza.

La Revolución Francesa significó el triunfo de la burguesía y todo el derecho que de ahí se derivó, hasta nuestros días, es burgués. Los mismos códigos civiles, hechos en apariencia para todos, no reconocen ya los derechos de las antiguas clases, nobleza y sacerdocio, y en cambio la propiedad y los contratos son el objeto de mayor protección.

Al auge burgues corresponde el auge del derecho Mercantil y una amplísima libertad de contratación, con sus desagradables consecuencias sociales en materia de trabajo.

Desde un principio el derecho Mercantil fué un derecho de clase. Fué creado al margen de la organización política, por los gremios de comerciantes, quienes, como vimos, llegaron a tener tribunales propios. Hasta la actualidad sigue siendo el derecho de los comerciantes, por más que ya significa una atenuación. Al haberlo extendido a los actos de comercio en general, sin tomar en cuenta la calidad del sujeto que los realiza. (8)

El nacimiento a la vida política del proletariado y su organización creciente, han creado ya todo un derecho de clase, con instituciones, principios y aún tribunales propios; el derecho del Trabajo o derecho Obrero y en algunos países como el nuestro, un derecho Agrario además. Derechos -- que rompen con la tradicional clasificación bipartita entre derecho público y privado.

"El derecho del Trabajo - escribe el querido maestro Trueba Urbina- no pertenece ni al derecho público ni al privado. Pero esto no implica determinar su naturaleza, sino tan solo fijar su posición dentro de la ciencia jurídica. La naturaleza del nuevo derecho se deriva de las causas que originaron su nacimiento y su objetivo fundamental: es reivindicador de la entidad humana desposeída, que solo cuenta con su-----

fuerza de trabajo para subsistir, caracterizándose por su mayor proximidad a la vida; pugna por el mejoramiento económico de los trabajadores y significa el inicio de la transformación de la sociedad burguesa hacia un nuevo régimen social de derecho, o como anunció De los Ríos desde hace muchos años, la tendencia actual a sustraer al trabajador del mundo de las mercancías, acusa la iniciación más o menos balbuciente de una nueva era de lo social".

(9).

La clase dominante otorga, pues, el derecho. Y si el mundo jurídico actual presenta el aspecto de una mezcla desordenada de principios jurídicos de orientación opuesta, ello se debe a que la actual lucha de clases no ha llevado al predominio absoluto de una de ellas. Nuestro complicado derecho es el espejo de una sociedad igualmente complicada.

Aunque el derecho siempre lo es de clase, no quiere esto decir que se haya legislado en toda época con espíritu sectario. La clase dominante, cuando siente asegurado su poder, se muestra engañosamente generosa y aún trata de establecer una justicia imparcial entre los elementos de la clase dominada, siempre que no sean puestos en peligro los elementos que la clase dominante estima como

básicos para su existencia. Por eso decimos que dicha generosidad es engañosa, porque con una mano - quita lo que dá con la otra.

DERECHO Y FAMILIA.

Observemos ahora las relaciones de la organización familiar con el derecho.

Se ha dicho que se podría equiparar en importancia la organización estatal con la organización familiar.

En los primeros estadios de la cultura, la familia absorbe el poder político, y entonces la forma de la familia implica la forma de organización-política. Después, al nacer el Estado como poder-independiente, con pretención autárquica y órganos especializados, la familia pierde valor político, pero no social.

Va desde el clán totémico hubo reglas jurídicas -indiferenciadas aún de la religión -que prohibían la unión sexual endogámica, impulsando así a los individuos a la exogamia.

El matriarcado, que significó la determinación del parentesco por la mujer, fué, en gran parte, una institución jurídica.

"Uno de los grandes descubrimientos del siglo

pasado fué el fenómeno del matriarcado, -dice el - maestro Margadant- que reveló Bachofen en su Mutterrecht (1861). Este autor demostró que a lo largo del desarrollo social habían existido fases durante las cuales las mujeres desempeñaban un papel dominante en la comunidad. Ellas dirigían el culto, solo ellas tenían propiedades, y el único parentesco que contaba en el derecho era el parentesco por línea materna. Dos hermanos nacidos de un mismo padre, pero de madres distintas, no eran parientes. El padre y los ascendientes de éste no pertenecían a la familia jurídica del hijo. La primera reacción ante este descubrimiento, fué pensar que en todos los pueblos, había existido una misma secuencia de fases: primero una vida nómada, en que dominaba el hombre; luego, una fase parcialmente sedentaria, agrícola, en que la mujer pasó a ser el centro de la comunidad establecida, y finalmente, cuando la técnica triunfa sobre la magia, resurge un nuevo predominio del hombre.

Para unos pueblos, esta secuencia es efectivamente probable. Pero parece, por otra parte, que las fuerzas que orientan la historia humana, han tenido demasiada fantasía como para dejarse encerrar en un esquema como este. Así vemos que el matriarcado, del cual encontramos claros rasgos en la cultura Etrusca, era completamente extraño al -

ambiente ario y, por tanto a la prehistoria jurídica Romana. En el derecho Romano encontramos, desde sus comienzos, un sistema estrictamente patriarcal; solo el parentesco por línea paterna cuenta en derecho. A consecuencia de ello, cada persona tiene solamente dos abuelos: los paternos". (10)

El patriarcado, fundado en el culto de los antepasados, erige en jefe absoluto de la familia, - al varón más viejo. Su autoridad es absoluta sobre todos los descendientes. La propiedad es común, familiar, y el patriarca la maneja en su totalidad y el derecho que no puede quedar al margen de este hecho, lo consagra.

"Uno de los más antiguos códigos del Indostán -dice Kovalevsky- enumera los individuos que integran el número de parientes asociados: el bisabuelo, el padre, el hijo, el nieto y el biznieto; lo forman, por consiguiente, todos los parientes que pueden conocerse en el curso de una generación. La comunidad familiar tiene por jefe al más viejo; esta comunidad es dueña de los bienes inmuebles de los muebles, de los talleres y de los capitales. - El jefe supremo dispone de todo, por regla general con el consentimiento de la comunidad". (11)

Una forma especial del patriarcado, como vimos, fué la familia romana, basada no en el paren-

tesco de la sangre, sino en la sumisión jurídica - al paterfamilias - familia agnada-. La mujer, como no cuenta para el parentesco, es considerada jurídicamente como hermana de sus hijos. A medida que la mujer va adquiriendo importancia en la vida romana, se vá transformando el derecho; el jus gentium empieza a aceptar el parentesco que dá la madre, y al lado de la familia agnaticia, surge la familia cognaticia, basada en el parentesco de la sangre. El nuevo tipo de familias acaba triunfando en las Novelas de Justiniano.

Veamos como nos describe esto, Numa Dionisio-Fustel de Coulanges con ojos de artista: en su obra inmortal "La ciudad antigua".

"Platón define el parentesco como la comunidad de los mismos dioses domésticos. Dos hermanos, aña de Plutarco son dos hombres que tienen el deber -- de hacer los mismos sacrificios, de reconocer los mismos dioses paternos y de compartir la misma tumba. Cuando demóstenes quiere probar que dos hombres son parientes, muestra que practican el mismo culto y ofrecen la misma comida fúnebre a la misma tumba. Era en efecto la religión doméstica lo que constituía el parentesco. Dos hombres podían llamarse parientes cuando tenían los mismos dioses, - el mismo hogar, la misma comida fúnebre".

"Ahora bien, como hemos observado yá, el dere

cho de hacer los sacrificios al hogar, solo se -- transmitía de varón a varón, y el culto de los muertos se dedicaba únicamente a los ascendientes en línea masculina. De esta regla religiosa resultaba que no se podía ser pariente por parte de las mujeres. En concepto de aquéllas antiguas generaciones la mujer no transmitía la existencia ni el culto. El hijo lo recibía todo el padre, no se podía, por otra parte, pertenecer a dos familias, invocar a dos hogares; el hijo no tenía pues, otra religión ni otra familia que la del padre. ¿Cómo tener una familia materna? La madre misma, desde el día en que se celebraban los ritos sagrados del matrimonio, renunciaba de un modo absoluto a su propia familia, y odrecía la comida fúnebre a los antepasados del esposo como si se hubiera trocado en su hija, en lugar de ofrecérsela a sus propios antepasados, porque ya no se la consideraba descendiente de ellos. No había conservado lazo religioso ni lazo legal con la familia en que había nacido. Todavía más, su hijo nada de común tenía con esa familia!"

Después de trazar el cuadro de una familia romana, con su verbo maravilloso, sigue diciendo el insigne autor.

"Se comprende después de esto porqué, a los ojos de la ley romana dos hermanos consaguíneos --

eran agnados y no lo eran dos hermanos uterinos. - No puede alegarse siquiera que la descendencia por los varones era el principio inmutable en que se fundaba el parentesco. No por el nacimiento, sino por el culto, se reconocía realmente a los agnados. En efecto, el hijo a quien la emancipación había separado del culto, no era ya agnado de su padre; un forastero adoptado, es decir, admitido en el culto, se convertía en el agnado del adoptante y aún de toda su familia. Tan cierto es que la religión era la que determinaba el parentesco".

"Sin duda llegó un tiempo, lo mismo para la India que para Grecia y Roma, en que el parentesco por el culto no fué el único admitido. A medida que esta antigua religión se debilitaba, la voz de la sangre fué hablando más alto, y el parentesco por el nacimiento se admitió en derecho. Los romanos llamaron *cognatio* a esta clase de parentesco, que era absolutamente independiente de las reglas de la religión doméstica. Cuando se lee a los jurisconsultos, desde Cicerón hasta Justiniano, se ven los dos sistemas de parentesco rivalizar entre sí y disputarse el dominio del derecho. Pero en tiempo de las Doce Tablas, únicamente el parentesco de agnación se conocía, y él solo daba derecho a la herencia. Luego se verá que entre los griegos ha sucedido lo mismo". [12]

En los tiempos modernos, toda la familia occidental ha sido cognaticia, se ha basado en el parentesco sanguíneo. Pero ha evolucionado también. Durante muchos siglos ha sido considerada la familia como una organización supraindividual, con existencia propia e independiente de sus miembros. Por eso se hablaba -y se habla todavía- del honor de la familia, del nombre de familia, de los blasones de familia etc. De ahí la institución del mayorazgo, que al concentrar la herencia en el primogénito, prefirió empobrecer a los hijos menores, con tal de que uno de ellos, el mayor, pudiera conservar la riqueza y el nombre familiar. Tal fue la familia de la nobleza europea.

La familia moderna -burguesa o proletaria- ha podido ser llamada en cambio, la familia inestable. Ya no existe aquel respeto por el hombre, aquella concepción transindividualista de la nobleza. La familia actual, en la realidad se compone, no por todos los que son parientes, ni por todos los que llevan un apellido, sino solamente por los parientes que viven juntos, y es pensada, más que como una institución, como una suma de individualidades. Los lazos familiares se han aflojado notablemente en los últimos cien años; sobre todo en la familia proletaria, bajo la necesidad de trabajo de todos sus miembros, casi han desaparecido.

A esta transformación individualista de la familia han correspondido numerosos cambios legislativos; la abolición del mayorazgo, la limitación de la herencia intestada a los parientes más próximos y la admisión del divorcio con una serie de -- causales cada vez más extensa, hasta culminar con el divorcio por mutuo consentimiento, que hace -- prácticamente voluntario, para los conyugues, pertenecer a la familia por ellos fundada.

De esta manera uno de los pilares más sólidos del edificio de la sociedad se agrieta poco a poco y un edificio sin sostén no puede permanecer mucho tiempo erguido.

DERECHO Y RELIGION.

Entraremos ahora a examinar un elemento sumamente debatido en sus relaciones con el derecho; -- nos referimos a la religión.

Toda sociedad en sus albores, en su despertar a la vida, vive en un ambiente saturado de intensa religiosidad. La religión tiene como función social, estrechar los vínculos sociales, porque le da a todo deber social un carácter sagrado y es, -- con su culto, el símbolo viviente de la solidaridad social en las colectividades nuevas.

El origen de toda institución social, se encuentra envuelto en la primera religiosidad. Dur--

A esta transformación individualista de la familia han correspondido numerosos cambios legislativos; la abolición del mayorazgo, la limitación de la herencia intestada a los parientes más próximos y la admisión del divorcio con una serie de -- causales cada vez más extensa, hasta culminar con el divorcio por mutuo consentimiento, que hace -- prácticamente voluntario, para los conyugues, pertenecer a la familia por ellos fundada.

De esta manera uno de los pilares más sólidos del edificio de la sociedad se agrieta poco a poco y un edificio sin sostén no puede permanecer mucho tiempo erguido.

DERECHO Y RELIGION.

Entraremos ahora a examinar un elemento sumamente debatido en sus relaciones con el derecho; -- nos referimos a la religión.

Toda sociedad en sus albores, en su despertar a la vida, vive en un ambiente saturado de intensa religiosidad. La religión tiene como función social, estrechar los vínculos sociales, porque le da a todo deber social un carácter sagrado y es, -- con su culto, el símbolo viviente de la solidaridad social en las colectividades nuevas.

El origen de toda institución social, se encuentra envuelto en la primera religiosidad. Dur--

kheim ha dicho que "Si la religión ha dado nacimiento a todo lo que es esencial en la sociedad, es porque la idea de la sociedad es el alma de la religión". (13)

En toda religión se distinguen como elementos esenciales un dogma, una moral y un culto. De la moral religiosa brotó el primitivo derecho.

Toda fuerza religiosa, toda la emoción que en el hombre despierta la idea de lo divino, se concentra en el tabú, que es la prohibición de hacer algo, prohibición sancionada por el castigo de la divinidad, el más antiguo de los cuales fue la prohibición bíblica del fruto del bien y del mal, según el pensamiento católico.

En el tabú existen, en unión indiferenciada, moral y derecho, sobre un fondo religioso. El derecho empezó siendo un sistema de prohibiciones sagradas.

Al tabú negativo le sucede el tabú positivo, el mandato de hacer. Uno y otro integran la tradición primitiva, fuente común de derecho, moral y costumbres.

En Roma el jus se confundía con el fas o derecho divino.

Fustel de Coulanges dice al respecto: "En es-

te régimen social de los antiguos, el Estado era una comunidad religiosa; el rey, un pontífice; el magisterio, un sacerdote; la ley, una fórmula santa; el patriotismo, era un deber piadoso; el exilio, una excomunión". [14]

Otro tanto ocurre en los balbucesos de la cultura occidental; durante la edad media la vida entera estaba tan empapada de religión que amenazaba borrarse a cada momento la distancia entre lo sagrado y lo profano. Mientras por un lado se elevaban en los momentos más religiosos todos los actos de la vida divina a la esfera de las cosas sagradas, estas permanecían continuamente ligadas a la esfera de la vida diaria. Por eso es que aún aparte de la legislación canónica, el mismo procedimiento común tenía algo de ritual; juramentos de litigantes y testigos, duelos judiciales en que vencía "el que tenía la justicia", ordalías en las que Dios daba a conocer su fallo" etc.

De la costumbre primitiva se van separando moral y derecho, con mayor claridad a medida que el sentimiento religioso se debilita. Necesita perder la religión su fuerza para que la moral y el derecho alcancen su plena autonomía. Ya en la época monárquica, superadas las tendencias teocráticas, se empieza a alcanzar este resultado.

Desde entonces la religión va perdiendo su influencia sobre el sistema general del derecho, con excepción del derecho eclesiástico o canónico.

En la actualidad la generalidad de las Constituciones, incluyendo la nuestra, declaran la tajante división entre Estado y religión, por lo cual, - al menos teóricamente, la influencia de la religión en la creación de las leyes ha desaparecido.

DERECHO Y MORAL.

Como paso siguiente examinaremos las relaciones entre derecho y moral.

Varios autores distinguidos, entre ellos Jellinek, han sostenido la afirmación de que el derecho es el mínimum ético exigido a los componentes de una sociedad para hacer posible la convivencia dentro de la misma. Tal pensamiento puede ser ampliado diciendo que el derecho es un mínimo de deberes sociales de toda índole, no solamente éticos. Pero no por eso ha de olvidarse que la moral ha -- inspirado gran parte del derecho, ha sido fuente -- inagotable para la ciencia jurídica.

Por regla general, los imperativos morales -- más necesarios han sido sancionados por el más -- enérgico de los ordenamientos jurídicos, el derecho penal, rama del derecho en la que se manifiesta

ta con mayor rigor la característica de coercibilidad.

La costumbre religiosa primitiva, el tabú, impuso como condición vital para la existencia del grupo, la prohibición de matar, que es el modo primario de expresar la solidaridad social, la tutela recíproca de la colectividad. Privar de la existencia a un miembro del grupo fue, desde un principio considerado socialmente negativo.

El no matarás, se convierte en la primera regla moral y jurídica a la vez.

Como esta regla van surgiendo, al correr el tiempo, muchas otras que procuran asegurar, igualmente, intereses socialmente considerados como de vital importancia. Numerosas son las normas de conducta que son, simultáneamente, reglas de moral y de derecho.

Dentro de la evolución del derecho penal, los tratadistas, con algunas variantes, han distinguido cuatro períodos que serían:

Primero, el período de la venganza privada. - Segundo, el de la venganza divina. El tercero sería el de la venganza pública y finalmente el período humanitario.

El período primero, el de la venganza privada.

corresponde a la época bárbara de la sociedad; el impulso de la defensa o la venganza ante un ataque es lo que impulsa a cada particular, a cada familia, a cada grupo a defenderse y hacerse justicia por mano propia.

Esto más que una etapa propiamente del derecho penal, sería un antecedente del mismo. Más no toda venganza puede estimarse como antecedente de la represión penal moderna, sólo tiene relevancia como equivalente de la pena actual, la actividad vengadora que contaba con el apoyo de la colectividad misma, mediante la ayuda material o el respaldo moral hacia el ofendido, reconociéndole su derecho a ejercitarla.

Sin embargo, en ocasiones los vengadores; se extralimitaban en el ejercicio de su reacción, por lo que hubo necesidad de limitar la venganza, y así apreció la fórmula del talión. "Ojo por ojo y diente por diente". Este sistema supone ya, la existencia de un poder moderador y en consecuencia, envuelve ya un desarrollo social considerable.

En el período de la venganza divina, al revés, los pueblos las características de la organización teocrática, todos los problemas se proyectan hacia la divinidad. El delito es causa de descontento de los dioses por eso los jueces obran en --

nombre de la divinidad. La justicia como consecuencia lógica, está en manos de la clase sacerdotal.

El período de la venganza pública, se presenta cuando el Estado adquiere solidez, se distingue ya entre delitos públicos y privados según la esfera que afecten.

Los tribunales juzgan ya en nombre de la colectividad. Las penas en este período son las más crueles e inhumanas. Al Estado absoluto correspondía un derecho penal absoluto; los jueces y tribunales poseían poderes omnímodos, podían castigar hechos no previstos en las leyes como delitos, la tortura era procedimiento comúnmente aceptado por los tribunales los cuales aguzaban su ingenio para vengarse con refinamiento encarnizado, "en nombre de la sociedad".

A este período, como reacción inevitable, sucede el período que actualmente vivimos y que se conoce como período humanitario del derecho penal del cual fué brillante iniciador, según opinión general, César Bannesana, Marqués de Beccaria.

En este período se separa ya con claridad la justicia humana de la divina, se consolida el principio según el cual el delito debe estar previsto en leyes anteriores y generales, las penas se humanizan y se ven ya como un deber de rehabilitación.

hacia el delincuente etc.

Sin embargo los períodos que hemos visto, no se substituyen íntegramente, cuando surge el siguiente período no puede considerarse plenamente desaparecido el anterior. Si observamos nuestra legislación misma, nos daremos cuenta que todavía perviven reminiscencias de los períodos penales de antaño.

Y si más que nuestra legislación, observamos la práctica del derecho de represión, nos daremos cuenta del terrible atraso que padecemos y la infame justicia que sufrimos.

Bien, veamos antes de esta pequeña desviación del tema, que la distinción entre derecho y moral, es formal, y tiene por base un criterio técnico y solo se presenta hasta los estadios más avanzados de la cultura. En la juventud de las culturas la confusión es característica.

Para Grecia, el derecho aparecía como moral, para el ciudadano griego, el Estado tiene un fin ético, no tanto jurídico como educativo. Las normas emanadas del Estado, el derecho positivo, se entienden principalmente como consejos para el vivir recto, para el logro de la felicidad, unidas a las normas morales.

Cosa parecida sucede en la edad media, tam-

co se encuentra en estos siglos una teoría específica de diferenciación entre la moral y el derecho, ni en la patrística ni en la escolástica, antes -- bien, bajo el influjo de estas doctrinas se produjo el fenómeno inverso al que aconteciera en Grecia. En esta, el derecho había sido absorbido por la moral, y por consiguiente, había asumido caracteres y formas morales. En la escolástica en cambio, -- la moral asume forma jurídica, casi legalizada; el derecho es concebido como regla universal de conducta, hasta comprender dentro de sí a la moral.

Es hasta la etapa de civilización, época preponderantemente técnica y no religiosa como la anterior, cuando la distinción es clara. Ya para entonces la cultura, que antes vivía espontáneamente su moral, se hace un problema de esta, al mismo -- tiempo que avanza el racionalismo con su pasión -- por el análisis. Así, moral y derecho que habían -- estado confundidos, se distinguen ya fácilmente. -- Es por eso que al revés de los griegos, los juristas romanos sí distinguieron con perfección en el desarrollo de sus tesis, si no en los principios, -- el derecho de la moral.

Análogamente, en la cultura occidental, la -- distinción entre moral y derecho, se hace en una -- época muy avanzada. Tomasio, en el siglo XVIII fue de los primeros en abordar directamente el proble-

ma, que ha sido resuelto, en toda su amplitud, solo hasta nuestros días.

Toda la problemática suscitada en torno al de hecho natural, ha sido originada por las relaciones entre moral y derecho.

Como el derecho no sanciona sino una parte del orden moral, como puede haber discrepancias entre las diversas concepciones morales y el derecho vigente, y como la moral pretende una validez incondicionada, en tanto que la del derecho, está por el contrario, condicionada, la moral se ha impuesto la función de enjuiciar, ante sí, al derecho vigente. Y no solo esto, sino que, encontrándose se la moral insatisfecha de los sistemas jurídicos históricos, ha terminado por elevarse a sí misma al rango de un pretendido derecho natural, inmutable y absoluto, que debe prevalecer por encima de todas las contingencias de espacio y de tiempo. El derecho natural, como código universal, es moral; es moral absolutizada y en eso mismo está la raíz de su fracaso, por que la moral misma no es universal ni permanente, la moral, el concepto de moral, varía con las culturas y con las épocas.

La moral es un invento del hombre y como tal ha sufrido radicales cambios en el transcurso de los siglos. El concepto de moral no solo cambia a través del tiempo, cambia también en el espacio --

geográfico, cambia, más aún, de persona a persona, cada uno de nosotros llevamos dentro de nuestro -- ser, cierto grado, o mejor, cierta escala de mona- lidad, la cual está condicionada por nuestra condi- ción cultural, por el medio ambiente que nos rodea etc.

Para darnos cuenta de la evolución que sufre- el concepto de moral, basta recordar algunos ejem- plos: el homicidio de los ancianos es un deber mo- ral entre ciertas tribus que viven en un medio par- ticularmente hostil, la antropofagia está permiti- da en numerosas tribus de Africa y se dice que fué un deber sagrado entre los Aztecas, quienes la -- practicaban ritualmente después de los sacrificios humanos, el abandono de los niños recién nacidos -- estuvo permitido en China y Grecia; el robo en -- ciertas circunstancias era honroso en Esparta y to- lerado en la actualidad; en numerosos países de -- Oriente la poligamia no es reprobable y en otros -- la poliandria ha sido una situación normal; en -- Egipto, los faraones se veían obligados a contraer matrimonio incestuoso con sus hermanas, en la In- dia el desfloramiento de las vírgenes desposadas -- era una función augusta de los sacerdotes y las -- viudas debían seguir a la tumba a sus maridos muer- tos, actualmente se empieza a considerar el homicio

dio por piedad, eutanasia, como un deber moral, en Suecia se ve más natural cada día la práctica del amor libre, Australia y un numeroso grupo de países han legalizado la práctica del aborto; como control natal, en Inglaterra se dictan leyes, según las cuales el homosexualismo no es ya, en ciertos casos, considerado punible; en los Estados Unidos se inicia una campaña para la legalización de la marihuana y otras drogas, y así hasta el in finito.

Vemos con claridad por lo antes expuesto que el concepto de moral, es más dinámico aún que el del mismo derecho, el cambio en la concepción de la moral, crea situaciones, movimientos sociales nuevos que piden cambios en la legislación, que piden su adaptación a los cambios de la sociedad, -- que piden la actualización del derecho anacrónico que los rige.

Si el derecho natural, como antes dijimos, es la moral absolutizada y la moral por naturaleza se dinámica, la pretendida inmutabilidad del derecho natural cae por tierra.

De toda la serie de teorías jusnaturalistas, solo queda un residuo de verdad; que en todo tiempo ha existido la aspiración a un derecho justo. -- Empero, cada época, también, ha tenido su idea parta

particular de lo que debe entenderse por derecho justo.

La justicia, en sí es indefinible, cada pueblo y cada generación han tenido su idea de justicia; la justicia es una forma abstracta que recibe su contenido de la historia.

DERECHO E IDEAS.

Cuando en los estadios últimos de la historia, pierde la religión su fuerza originaria, su papel en la vida pública se reduce y va siendo ocupado por las ideologías políticas.

Las ideas sin embargo, no obran por sí solas, abandonadas a sí mismas, carecen de toda eficacia frente a la realidad.

Para que se conviertan en factores decisivos, para que penetren al mundo de los hechos, es necesario que antes se hayan convertido en creencias, que hayan arraigado en el sentimiento de los hombres en su protección de verdad.

Un sicólogo explicaría este fenómeno, diciendo que cuando no sostiene al hombre la protección de los dioses obtenida por las oraciones, busca entonces otras esperanzas y cree descubrir estas en las ilusiones políticas y sociales. El poder de algunos ideales políticos de forma religiosa, es -

algunas veces tan grande como el de las religiones, pero generalmente más efímero. Estas creencias políticas dan lugar a las mismas esperanzas, los mismos fanatismos y la misma necesidad intensa de propagación de los dogmas religiosos. Las creencias políticas de forma religiosa, proporcionan a sus adeptos una fuerza tan grande como una religión nueva.

Ortega y Gasset ha señalado tres etapas en la evolución política de las culturas, en relación con el tipo de saber dominante. Las fases son; tradicionalismo, racionalismo y misticismo.

Después de la época tradicionalista, en que se siguen, sin variación, las rutas del pasado, adviene la época racionalista, en que la razón, creyéndose omnipotente, se entrega a construir sistemas de ideas cada vez más perfectos, pero que van apartándose insensiblemente de la realidad, es el momento revolucionario de las culturas "Hasta entonces se había usado de las ideas como meros instrumentos para el servicio de las necesidades vitales. Ahora se va a hacer que la vida se ponga al servicio de las ideas. Este vuelco radical de las revoluciones entre vida e ideas es la verdadera esencia del espíritu revolucionario. Quiere el temperamento racionalista que el cuerpo social se --

amolde, cueste lo que cueste, a la cuadrícula de conceptos que la razón pura ha forjado. Por eso -- desde hace siglo y medio la política europea ha sido exclusivamente política de ideas" (15), y podríamos añadir que también el derecho ha sido un derecho de ideas, que se ha nutrido más que de realidades sociales, de ideologías, de ideologías políticas.

Una revolución es un intento por someter la vida social a las normas de la razón, a través de la ruptura del orden social existente y su sustitución por otro orden que responda con mayor precisión a las necesidades de la vida nueva.

El idealismo político conduce al revolucionarismo, el realismo político por lo contrario, al conservadurismo.

En los últimos tiempos ha predominado el primero, por eso nuestro derecho, comparado con el anterior, parece idealista y revolucionario.

El liberalismo, que triunfó con la revolución francesa, reconstituyó por completo el orden jurídico occidental. Con su idea central del valor infinito de la persona, hizo del derecho Constitucional un sistema de garantías para el individuo y de limitaciones para el Estado. Consagró en todos sus aspectos, la libertad individual, aún en detrimen-

to de los intereses de la colectividad. En el derecho privado concedió un gran margen a la autonomía de la libertad en la estipulación de los contratos. El "dejar hacer, dejar pasar" se extendió por todos los rumbos sociales; hasta llegar a las mismas funciones del Estado. La administración de la justicia civil, quedó abandonada a la actividad de -- las partes, en virtud del principio dispositivo, -- en tanto que el juez asumía una posición excesivamente pasiva.

..La ideología contemporánea denominada como socialismo, a pesar de su gran variedad de matices, -- ha modificado ya en gran parte la legislación, ya -- no en la U. R. S. S., donde el cambio es evidente, si no en los mismos países que siguen siendo escen--- cialmente liberales, pues como escribiera Spengler: "Todos somos socialistas, sepámoslo o no, querámoslo o no. Aún la oposición al socialismo es socia-- lista". (16).

En las constituciones se tiende crear, al lado de las garantías individuales y formales, que -- solo pueden ser aprovechadas por la clase dominante, las garantías sociales, con un contenido positivo, como el derecho al trabajo y a la tierra.

Bajo el influjo de ideas socialistas se ha mo dificado el concepto de propiedad, que evoluciona-

del derecho individual y natural a función social. Así la Constitución Mexicana de 1917 art. 27 declara que la Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada, las modalidades que dicte el interés público.

La Constitución Alemana de Weimar, en su artículo 153 declara que la propiedad obliga, y que su uso ha de constituir al mismo tiempo un servicio para el bien general.

La libertad contractual se ve cada vez más -- limitada, al punto de haberse creado contratos -- obligatorios, como el colectivo de trabajo que, como el contrato-ley, se aplica aún a los que no fueran partes en su estipulación.

Hasta el procedimiento es modificado; el intervencionismo del Estado se manifiesta dando un papel más activo al juez y considerando al derecho procesal, ya no como derecho privado, sino como derecho público para lo cual ha sido necesario distinguir doctrinalmente el derecho de acción del derecho subjetivo al cual tutela.

En fin, el avance insesante de todo derecho público, en detrimento del derecho privado, es una consecuencia de la idea socialista predominante, y es que nos encontramos en una etapa de la cultura en que las ideas han adquirido un rango de primera

fuerza en la configuración del orden social y jurídico.

Desde otro punto de vista, las culturas evolucionan en el sentido del cosmopolitismo. Empiezan por ser marcadamente localistas, la ciudadanía es un privilegio, el extranjero es considerado como enemigo y está privado de derechos, después, lentamente, van equiparándose nacionales y extranjeros, concediéndose a estos últimos, derechos semejantes a los de los primeros, hasta llegar a una completa igualdad. Es el camino que va de las XII Tablas, ley exclusiva para un reducido núcleo de ciudadanos, hasta la ley de Caracalla que concedió la ciudadanía a todos los habitantes del Imperio Romano.

En Occidente la evolución va, desde la estrechez de los derechos feudales, hasta el moderno -- concepto de la libertad de cambio de nacionalidad. En este aspecto, las ideas, unidas a la expansión del comercio, han determinado la ampliación del derecho.

Como parte final de este inciso, no podemos dejar de dar una ligera ojeada a las ideas que en el mundo moderno han dado nacimiento a fenómenos políticos de gran significación tales como el comunismo, derivado directo del marxismo -- el cual por haberlo tratado con cierta amplitud en el capítulo

I, lo omitimos aquí- el anarquismo, el fascismo y el nazismo.

COMUNISMO.

Como principio diremos que el comunismo o sea la tendencia a anular la propiedad privada y sustituirla por la propiedad común de los instrumentos de producción, es una idea muy antigua. Surgió en todos los tiempos como reacción contra los males que determinaba el régimen de la propiedad privada, puesto en práctica sin escrúpulos ni medida para beneficio de una minoría a costa de la mayoría.

Concretamente el comunismo marxista es una -- reacción contra los excesos que cometió el capitalismo liberal en su juventud desaprensiva y voraz. Las características del comunismo marxista no son sino la antítesis de aquéllas condiciones que imponía el capitalismo de la época.

En tiempos en que los postulados idealistas del socialismo utópico habían empezado a demostrar su impotencia, fué inevitable se volvieran los -- ojos a una interpretación realista del cuadro político-social, e inevitable también, que se buscaran soluciones realistas, basadas no en la promesa de mundos quiméricos, sino en la fuerza de la acción directa de la clase social interesada en el cambio.

I, lo omitimos aquí- el anarquismo, el fascismo y el nazismo.

COMUNISMO.

Como principio diremos que el comunismo o sea la tendencia a anular la propiedad privada y sustituirla por la propiedad común de los instrumentos de producción, es una idea muy antigua. Surgió en todos los tiempos como reacción contra los males que determinaba el régimen de la propiedad privada, puesto en práctica sin escrúpulos ni medida para beneficio de una minoría a costa de la mayoría.

Concretamente el comunismo marxista es una -- reacción contra los excesos que cometió el capitalismo liberal en su juventud desaprensiva y voraz. Las características del comunismo marxista no son sino la antítesis de aquéllas condiciones que imponía el capitalismo de la época.

En tiempos en que los postulados idealistas del socialismo utópico habían empezado a demostrar su impotencia, fué inevitable se volvieran los -- ojos a una interpretación realista del cuadro político-social, e inevitable también, que se buscaran soluciones realistas, basadas no en la promesa de mundos quiméricos, sino en la fuerza de la acción directa de la clase social interesada en el cambio.

Cuando el poder político es un instrumento de las clases privilegiadas, inaccesible a las clases trabajadoras, es natural propugnar la revolución - como único camino de rehabilitación.

Frente a un capitalismo impermeable a los postulados de la justicia social, e incapaz de refrenarse; no parecía haber otro medio que declararle la guerra, mediante la lucha de clases, y advocar su destrucción total.

La destrucción del capitalismo, es la propugna del comunismo, el cual ve con malos ojos el mejoramiento gradual de las condiciones sociales, -- porque ese mejoramiento, dice, resta energía y -- agresividad a las masas proletarias. Sin embargo es interesante anotar que el comunismo ha provocado indirectamente, por el miedo que produce, una serie de concesiones que, sin ese estímulo, quizá no habría hecho el capitalismo. En tal sentido, el comunismo ha actuado como esos agentes químicos, -- llamados catalizadores, que por su sola presencia, determinan ciertas reacciones que de otro modo no habrían ocurrido.

En fenómenos ocurridos en la antigüedad se ha querido ver el origen del comunismo, y así se dice, por ejemplo que los levantamientos de esclavos en el siglo II A.C. en Roma son ya claro ejemplo -

de la lucha de clases. En el cristianismo de en---
 cuentra un antecedente remoto del comunismo, por -
 su prédica igualitaria y de desprendimiento de los
 bienes materiales. Pero la ética cristiana, inspi-
 rada en la renunciación, la paciencia y la humil-
 dad es diametralmente opuesta a la bandera reivin-
 dicacionista y al método violento del comunismo.

Así arribamos a mediados del siglo XIX y, con
 la revolución industrial, elementos hasta entonces
 desconocidos, intervienen en la alquimia del fenó-
 meno económico social; nuevos instrumentos de pro-
 ducción, máquinas etc., la burguesía clase que des-
 plaza a la nobleza de sangre y en manos de la cual
 se encuentran los instrumentos de producción; el -
 proletariado, clase mayoritaria que trabaja por be-
 neficio de la burguesía, el salario, el capital --
 etc.

Al proletariado no le bastaban ya los nobles-
 planteamientos ni las esperanzas que le ofrecían -
 los utopistas. Las máquinas, al acelerar el ritmo-
 de producción, habían acelerado también, el desa-
 rrollo del fenómeno político y social.

Es entonces cuando aparece el Manifiesto Comu-
 nista de Marx, publicado en 1848, documento que a-
 través de sus múltiples interpretaciones ha sido -
 la proclama fundamental del comunismo en el mundo.

En contenido del manifiesto comunista es de -
 sobra conocido, principia enunciando la lucha de -
 clases a través de la historia, luego analiza a --
 las clases mismas diciendo que es el proletariado -
 y no la clase media, el que debe llevar a cabo la -
 revolución, luego hace una crítica del capitalismo,
 y de la familia de la época para señalar luego el -
 camino que debe recorrer la sociedad; dictadura --
 del proletariado, imposición de la sociedad sin --
 clases, desaparición de la propiedad privada etc.,
 para concluir finalmente con la frase que ha de --
 servir de bandera, ¡Proletarios del mundo, uníos!

Habrían de pasar muchos años antes de que vi-
 niera la prueba decisiva para esta teoría, en el -
 terreno de la práctica, con la revolución Rusa.

Al concluir la segunda década de este siglo, -
 Rusia era uno de los países más atrasados del vie-
 jo continente. Imperaba ahí un régimen monárquico
 absolutista, en lo político, y de características
 feudales en lo económico y social, el liberalismo
 de los siglos XVIII y XIX apenas tocó a Rusia, el
 hambre y el desaliento prepararon la revolución. -
 En marzo de 1917, después de una huelga que parali-
 zó al país, el Zar Nicolás II, abdicó, y fué fusi-
 lado posteriormente, con su familia.

Después de varios intentos por instaurarse un-

régimen democrático parlamentario, tomó el poder - Lenin quien, pasada la lucha civil ponía en práctica las ideas del Manifiesto Comunista en la primera Constitución Soviética.

Durante el régimen de Stalin se promulgó la Constitución de 1936 la cual, con algunas reformas, es la que rige actualmente.

Dicha Constitución mantiene el régimen de la dictadura del proletariado. En materia económica, el Estado tiene el monopolio de los instrumentos de producción, desde la tierra hasta las organizaciones industriales. La propiedad de los bienes de consumo, es privada. La agricultura es colectiva - casi en su totalidad y personal en pequeña escala. En las fábricas los obreros perciben salarios a -- los que se añaden gratificaciones como premio a la eficiencia. La huelga, aunque legalmente permitida, no se produce por circunstancias de hecho. La distribución está en manos del Estado mediante almacenes públicos cooperativas etc. Un sistema completo de legislación social protege al individuo, desde la cuna hasta la tumba, cubriendo sus necesidades de alimentación, educación, salud, descanso etc. - El principio establecido es que quien no trabaja - no come, pero el Estado se encarga de suministrar trabajo a todos, por lo cual no se presenta el problema de la desocupación. El Estado monopoliza, --

así mismo, el crédito.

La política de completa libertad y facilidad que se observó después de la revolución, para el divorcio, ha sufrido un viraje completo, hasta el punto de que hoy se ha hecho más difícil que en muchos países no comunistas.

La delincuencia es enfocada con un criterio moderno de métodos penales de rehabilitación sumamente avanzados.

Los grupos más favorecidos en la escala de salarios son los científicos, técnicos y artistas, aparte de la alta burocracia.

El Estado, fiel a la teoría marxista, ejerce un control absoluto sobre la educación y la actividad cultural, condicionándolas a los fines y necesidades de la causa comunista.

Sin embargo, debemos reconocer, que es un error creer y ver en la Unión Soviética un ejemplo de comunismo plenamente realizado. En verdad Rusia atraviesa el período de transición, previsto por el propio Marx, de la dictadura del proletariado, identificable como un régimen de socialismo de Estado, llevado a su expresión totalitaria, y esto, no tenemos idea de cuanto pueda durar.

-ANARQUISMO-

El término anarquía significa, falta o carencia de gobierno. La noción fundamental del anarquismo consiste en que el gobierno y por consiguiente, el Estado, son la fuente de todos los males que afectan a la sociedad, al crear en los gobernantes el apetito del poder y su abuso, y en los gobernadores, el deseo de burlar y combatir, por todos los medios a los gobernantes.

Para llegar al surgimiento de esta posición de las ideas políticas, fue necesario que surgieran dos sentimientos encontrados en el espíritu del hombre, desde que abre los ojos a la noción de autoridad; primero el deseo de ejercerla para disfrutar de los privilegios que ella trae consigo; y segundo, la resistencia más o menos consciente, más o menos activa, a esa autoridad cuando la ejercen los demás, tanto por simple envidia, cuanto porque la autoridad tiende a restringir la libertad individual en beneficio de una persona, de un grupo o del conjunto social.

Solo en las colectividades avanzadas, donde el gobierno, autoridad organizada, se ejerce con claros y definidos objetivos de interés común, el individuo renuncia de buen grado a una parte de sus prerrogativas, lo hace a cambio de los benefi-

cios que recibe como efecto de la limitación simultáneamente impuesta a otras libertades individuales cuyo abuso podía ser perjudicial para la suya propia.

De esta correlativa limitación, surge la armonía social. Si el gobierno es capaz, de crear esa armonía, o si más bien es un intruso que contribuye a destruirla, es el tema de debate que surge en torno a la teoría del anarquismo, el cual, como hemos visto, sostiene la segunda de estas proposiciones.

Uno de los principales anarquistas teóricos a quien muchos reconocen como fundador del movimiento, es el francés Prudhón, quien hizo famosas, frases tales como "La propiedad es un robo" y "El gobierno es la maldición de Dios".

El anarquismo propone también, la supresión de la propiedad privada. Este es uno de los múltiples contactos que tiene esta teoría con la de Marx, aunque tiene también notables diferencias.

El anarquismo puro y simple cedió paso al anarquismo comunista, mucho más enérgico y decidido a la acción violenta.

Bakunin, nacido en Rusia en 1812 fué quien dio forma a esta doctrina en su libro, "Catesismo-

del revolucionario" dice "Quiero no solo la propie-
dad colectiva de la tierra sino la liquidación so-
 cial universal. Pido la destrucción de todos los -
 Estados, lo que supone una reorganización ecomple-
 ta". "El revolucionario debe estar dispuesto a mo-
 rir y a matar. No deben detenerlo los afectos per-
 sonales" etc. (17).

La premisa fundamental era que había que desa-
 lojar el gobierno a los poseedores, para restable-
 cer el equilibrio y la justicia en las relaciones-
 humanas, pero como estos poseían el poder y la --
 fuerza, el único recurso sería oponer la violencia
 organizada e inexorable.

Kropotkin, en Rusia, Márx Stirner, en Alema-
 ña fueron otros de los autores primordiales del -
 anarquismo violento, y no debemos olvidar a Nietz-
che con sus ideas sobre la violencia, así como a -
Jorge Sorel, quien en sus "Reflexiones sobre la --
 violencia", nos dice con relación a la huelga gene-
ral "En los países donde existe la noción de huel-
 ga general, los golpes cambiados durante las huel-
 gas entre obreros y representantes de la burguesía,
 tienen un alcance completamente distinto, sus con-
secuencias son lejanas y pueden llegar a engen-
 drar los sublíme". (18)

En diversas partes del mundo se hicieron expe

rimentos de tipo anarquista utópico, organizados - por comunidades empeñadas en hacer de sus teorías - una realidad. Todos ellos fracasaron, porque di- - chas comunidades, al decir de los anarquistas mate- rialistas, eran como islas perdidas en el océano - hostil de la sociedad estatal.

Por lo demás, el anarquismo clandestino, revo- lucionario, solo existe en pequeñas organizaciones, dispersas por todo el mundo, decididas a mantener latente el espejismo de sus aspiraciones, porque - es inconcebible en los tiempos actuales, la convi- vencia humana fuera del marco del Estado Moderno, - lo más que se puede hacer es luchar por modificar- la estructura, el alcance y los fines del Estado, - pero ciertamente, no por los medios que los anar- quistas propugnan.

-FASCISMO-

El movimiento fascista pone en práctica con- ceptos totalmente nuevos en el campo de la políti- ca contemporánea.

El fascismo proclama, la benéfica, inmutable- y provechosa desigualdad de clases, el derecho y - predestinación de las élites, los mejores, a gober- nar, la absoluta e indiscutible supremacía del Es- tado sobre el individuo, los principios inviola- - bles de jerarquía, disciplina y autoridad, la re-

nunciación al bienestar y la comodidad, a cambio de ~~vivir~~ peligrosamente en busca de la superación, la supeditación de los valores materiales a los valores del espíritu.

Este movimiento político al que se ha calificado de oportunista y circunstancial se debe en -- primer término a Benito Mussolini quien fué el hombre no que llevó al cabo las ideas, sino quien, a posteriori, enunció la teoría, Geovanni Gentile -- fué el filósofo del fascismo, nutrido por las -- ideas de Schopenhauer, Nietzsche, Croce y Bergson, convenientemente aplicadas a cada caso.

La principal argumentación del fascismo sostiene que si, por designio inmutable de la naturaleza, los individuos y por tanto, los grupos de individuos, no son intrinsecamente iguales entre sí, habiendo unos mejores que otros, es lógico y justo que los primeros gobiernen a los segundos. En función de la misma ley natural, los mejores no son -- los más sino los menos, por consiguiente, no es admisible ni razonable preconizar el gobierno por -- las mayorías, lo que significaría sobreponer la voluntad de los inferiores a la de los mejores, y de ahí el hecho de la predestinación de las minorías selectas, de las élites a gobernar.

Pero este destino de las élites, por su pro--

pia superioridad, no implica solamente un privilegio, sino una mayor responsabilidad; es la suya, - una misión de sacrificio inspirada en los más altos ideales del espíritu.

De aquí se desprenden dos consecuencias fundamentales para el fascismo, La primera, debe establecerse un orden jerárquico inviolable de férrea disciplina. Segunda, la autoridad del Estado debe ser suprema, el Estado pasa a ser un ente casi místico, a su servicio quedan subordinadas las voluntades y los intereses individuales.

La ingerencia del Estado fascista comprende todos los campos. La educación política se inicia desde la infancia mediante agrupaciones llamadas "balillas" en las cuales se inculca a los niños para ir formando los cuerpos superiores de la organización fascista.

La literatura, la prensa, el radio, el cine, tienen que seguir las normas que su Estado dicte.

En cuanto a las relaciones de trabajo, se considera a la empresa privada el más efectivo y útil instrumento para los intereses de la nación y en vista de ello el trabajo y la producción tienen -- una función de trascendencia nacional, los trabajadores y empresarios son responsables ante el Estado del sentido que se le dé a la producción.

El Estado se reserva el derecho de suplantar a la empresa privada en aquellos campos de actividad, como el de las minas, la industria pesada, -- las fábricas de armamentos, etc., cuya acción se encuentra vinculada a los programas militares de la nación.

Del fascismo solo queda ahora como guardián fiel, el movimiento neo fascista en Italia, pues la primitiva doctrina murió con el Duce, asesinado y colgado de los pies, cerca de Milán, por aquel mismo populacho al cual había adoctrinado en las teorías de la violencia como método político.

-EL NAZISMO-

El análisis ideológico concerniente al fascismo, es en gran parte aplicable al nazismo, Los conceptos relativos a las élites o minorías selectas, el valor de la disciplina, la jerarquía y el sentido de la predestinación, la concentración en vez de la división de poderes, la idealización y predominio absoluto del Estado.

El nazismo es también un producto de la oportunidad histórica, aunque se le haya formulado su teoría con genuinos materiales de la filosofía de Hegel, Nietzsche y Schopenhauer.

De Hegel incorpora aquel espíritu o genio de la nación el cual es, a través de los individuos,

el verdadero creador del arte, de la ley y de la religión de un pueblo.

De Nietzsche toma la imagen del superhombre, predestinado, cuya categoría excepcional lo sitúa por encima de las normas jurídicas o éticas que circunscriben el campo de acción del común de los hombres.

"La historia del mundo está hecha por las minorías, allí donde las minorías incorporan la mayoría de la voluntad y la determinación" escribió Hitler, quien más adelante señala "La más alta finalidad del Estado del pueblo es atender a la preservación de aquellos elementos raciales primarios que, al suministrar la cultura, crean la belleza y la dignidad de una humanidad más alta. Nosotros como arios, podemos, por consiguiente, imaginar al Estado únicamente como el organismo viviente de una nacionalidad, que no solo salvaguarda la preservación de esa nacionalidad sino que, haciendo un ejercicio aún mayor de su capacidad espiritual e ideal, la conduce hacia una mayor libertad" (19).

Schopenhauer contribuye con su noción de la voluntad, que es la fuerza ciega, más potente que el intelecto y que la razón, cuya dinámica mueve la naturaleza y la vida humana.

La causa eficiente de la aparición y desarrollo del nazismo fué sin duda Adolfo Hitler. Su campo era el de la acción más que el del pensamiento, su arma el instinto antes que la idea.

Ese instinto lo llevó a captar con certeza - los sentimientos del pueblo alemán, humillado por el tratado de Versalles. Los alemanes no admitían la derrota, Hitler les ofreció la revancha, Los alemanes no podían pagar las deudas de guerra, Hitler los eximió de pagarlas. Los alemanes se sentían injustamente tratados y oprimidos, Hitler les ofreció la reivindicación. Los alemanes querían -- reintegrar su territorio, Hitler se comprometió a hacerlo, y todo esto lo cumplió en los primeros -- años de su gobierno, hasta la iniciación de la guerra.

Con la bandera de reintegrar la totalidad del territorio y las colonias de Alemania, de suspender el pago de las deudas de guerra y las reparaciones, de reivindicar el derecho de Alemania a su independencia económica y con el lema de impedir -- la fusión de los bloques comunistas Ruso y Alemán, el partido Nazi, ante el beneplácito de Inglaterra y Francia, triunfó en las elecciones parlamentarias de 1933.

Gracias a la abrumadora mayoría parlamentaria

fué fácil a Hitler introducir una reforma constitucional mediante la cual se otorga al Poder Ejecutivo la facultad de dictar leyes. Con esta nueva arma y con los violentos métodos represivos puestos en práctica, anuló Hitler los pocos focos de resistencia que aún quedaban. •

Hindenburg, fallecido en 1934, dejó a Hitler en la doble función de presidente y canciller. Desde entonces hasta 1945, la historia de Alemania es la historia del nazismo.

En materia de legislación económica, como en todas las demás, se aplicó el concepto de la prima cía del Estado. No asumió este el mecanismo directo de la producción, sino a través de los propieta rios particulares, sometiénolos a severo control, tanto más riguroso, cuando más íntimamente estuvie ra ligado determinado renglón de actividades a las necesidades del Estado, primordialmente de defensa y preparación militar. La intervención se hacía -- menos penetrante en lo relativo a los bienes de -- consumo de la población, pero no llegaba a desaparecer del todo.

De igual modo se condujeron las relaciones en tre el capital y el trabajo, con la ingerencia del Estado que dirimía, en última instancia, todas las diferencias y conflictos.

Por otra parte, con sentido paternalista, se hizo hincapié especial en los programas de mejoramiento de la vivienda y de las condiciones sanitarias y de nutrición de los obreros y sus familias, así como en la concesión de vacaciones y medios de recreo.

Pero, las exigencias crecientes del programa de preparación bélica que demandaban un esfuerzo productivo cada vez mayor, dejaron muchos de dichos planes en el campo de los simples enunciados. No podía concebirse compensación ni premio comparable al de sacrificarse por el Estado. Como era natural, se estimuló la natalidad, mediante premios concedidos a las familias numerosas; el Estado necesitaba más ciudadanos para trabajar por el engrandecimiento de la nación en tiempo de paz, y para morir por ella en tiempo de guerra.

Un tema que ocupó lugar preponderante en la política nazi, hasta casi constituir una de sus características salientes, fue el de la discriminación racial antijudía, raza a la que se la atribuía, desde Gobineau y Chamberlain, una inferioridad ingénita.

Hemos visto que dentro del Estado nazi, la norma, vital es la disciplina, es el principio de estructura sobre el cual se encuentra estructurada

la jerarquía autoritaria.

En razón de este principio, no se concibe -- ni admite la posibilidad de la división de poderes que inspira a los Estados de tipo democrático.

En el gobierno se ha suspendido toda forma de poder legislativo. Es el Fuehrer quien dicta los decretos por conducto de sus ministros.

El sistema judicial fué también reorganizado en forma adecuada para que no pudiera crear interferencias de orden legal, limitando su acción a la administración de justicia ordinaria dentro de los lineamientos de la política nazi.

El final de la guerra, en 1945, fué el fin -- del nazismo, Hitler se suicidó entre las ruinas de Berlín al ser caputrado por los Rusos. Al caer Alemania no quedó rastro visible del nazismo ni en -- Europa ni en alguna otra parte del mundo.

La manera en que el pueblo Alemán se complicó con los excesos de la política nazi es un fenómeno que, al margen del diagnóstico de los especialistas en psicología colectiva, solo puede explicarse por el vértigo de poder, y esta vez el poder era -- tan grande, que el vértigo también, tuvo que ser -- inmenso.

DERECHO Y COSTUMBRE.

Es innegable que la fuerza social de la costumbre ha sido enorme. En gran parte el orden social se sostiene por la fuerza de las costumbres. Debères que la moral o el derecho son impotentes para hacer cumplir, pueden ser impuestos, con un poco de esfuerzo por la costumbre. Por eso es que todo ordenamiento jurídico que se amolda a las costumbres vigentes de una sociedad, se realiza fácilmente dentro de la vida efectiva y, en cambio, el que se opone a la corriente consuetudinaria de un pueblo queda por regla general, en el terreno de los simples enunciados.

La mayoría de los sistemas de derecho de nuestro tiempo reconocen a la costumbre como fuente de derecho, así sea en forma supletoria.

En toda cultura, el derecho nace en forma de costumbre es decir, como repetición reiterada de ciertos hechos y actos, repetición que va acompañada de la convicción de obligatoriedad.

El derecho consuetudinario en su primitiva expresión es fruto de las sociedades jóvenes. La costumbre aparece como instancia reguladora de toda conducta. En la costumbre primitiva se mezclan preceptos religiosos, imperativos morales, reglas de trato, preceptos jurídicos etc.

El hombre primitivo rige su vida casi exclusivamente por costumbres que tienen para él significación religiosa, moral, jurídica, política y técnica.

La producción del derecho consuetudinario es anónima, insesante como el lenguaje y como éste va modificándose con lentitud a través de los tiempos. Cuando el derecho escrito aparece, lleva ya mucho tiempo la elaboración jurídica espontánea, no escrita.

La ley de las Doce Tablas en Roma, recogía ya la antigua tradición jurídica. Las costumbres Europeas, como las de Bretaña, fueron recopiladas después de mucho tiempo de vida.

En un principio el derecho escrito se limita a recoger y a sistematizar el derecho consuetudinario.

Como el derecho consuetudinario se desenvuelve libremente, sin prejuicios y sin muchas ideas generales, refleja con exactitud las necesidades prácticas así como el carácter del pueblo que lo crea; de ahí su valor para la filosofía de la historia del derecho.

La codificación empieza, por lo general en la época monárquica. El lema de los reyes absolutos fue: Un Estado, un príncipe, una ley. La costumbre

por su esencia se diversifica y sirve para ello a los intereses feudales. El derecho escrito por su fuerza y su carácter artificial, servía en cambio para realizar la unidad jurídica y a través de ella; preparar o acrecentar la unidad política. Por eso los reyes fueron partidarios decididos del derecho escrito, codificado, lo cual se prueba por el gran número de ordenanzas que dejaron. Pero aún con independencia de este hecho existe en todas las culturas la tendencia a codificar el derecho, cuando llegan a la plenitud jurídica, que coincide con la victoria del espíritu urbano.

En efecto, en tanto que el derecho consuetudinario es un derecho principalmente rural, el derecho escrito es un producto de la ciudad, de la inteligencia en reflexión.

La ausencia de originalidad del derecho privado europeo, se debió a la falta de desarrollo del derecho consuetudinario de raíces germánicas, el cual estaba aún en formación cuando fué sustituido, en gran parte por su derecho ya acabado, como era el derecho Romano, fenómeno que se conoció como la recepción del derecho Romano.

Los países en que sobrevivió el derecho consuetudinario, como en Inglaterra, han sido los únicos jurídicamente originales. En el continente Eu-

ropeo, la importancia que perdió la costumbre la adquirió la técnica jurídica.

DERECHO Y TECNICA.

La técnica en su acepción de dominio de la naturaleza, ha repercutido en el derecho, como apuntaba Marx, solamente a través de la economía. El descubrimiento del vapor y de la electricidad, con su consecuencia, el maquinismo, produjo la transformación industrial del siglo XIX, la cual unida a las ideas de la Revolución Francesa, dió nacimiento al fenómeno del capitalismo, fenómeno que como hemos visto, se ha reflejado con gran persistencia en el derecho contemporáneo.

Hasta qué punto en avance técnico puede tener un insospechado alcance económico y jurídico, lo demuestra Spengler con un solo caso; la esclavitud fué considerada injusta desde el estoicismo y condenada energéticamente por el cristianismo como contraria al derecho natural. Sin embargo solo pudo ser abolida hasta el siglo XIX en que las condiciones técnicas de la producción económica lo permitieron y la hicieron incluso antieconómica. "La esclavitud de los negros representa un prelude de la industria maquinista; es una organización de energía "viva" en la cual del hombre se pasó, finalmente, al carbón, y solo se consideró inmoral -

el uso del primero, cuando el segundo estuvo asegurado". (20)

Desde un punto de vista más estricto, debe -- considerarse la relación entre la técnica jurídica y el derecho positivo. La importancia de la técnica jurídica crece desde que se inicia el derecho escrito y es mayor a medida que el derecho se convierte en profesión de especialistas. Hay ramas -- del derecho, como el derecho procesal o el derecho internacional privado, que no tienen por misión fijar directamente las aspiraciones de los diversos sectores de una sociedad, su fin consiste más bien, en asegurar la aplicación de los demás ordenamientos jurídicos, en llevar a la práctica las ramas -- substantivas del derecho. Puede decirse que el carácter y el contenido de estas normas, se agota en su función mediadora, técnica. Constituye la parte más formal y por tanto más pura del derecho. Revelan con absoluta claridad, los caracteres de la -- forma jurídica, puesto que no tienen un contenido propio, el que llegan a tener, lo reciben a través de otras formas jurídicas, sean civiles, penales, -- etc.

NOTAS DEL CAPITULO IV.

- 1.- RECASENS SICHES LUIS.- *Sociología* pág.547. --
Edit. Porrúa, décima edición 1970.
- 2.- SCHELER MAX.- *Sociología del Saber* pág.37 y --
sgtes. *Revista de Occidente*. Madrid 1935.
- 3.- HELLER HERMAN.- *Teoría del Estado* pág.129 y -
sgtes. Fondo de Cultura Económica, quinta edi-
ción, 1963 México.
- 4.- RADBRUCH GUSTAVO.- *Introducción a la Ciencia -*
del Derecho pág.227. Edit. Bosch, Barcelona --
1955.
- 5.- MENDIETA Y NUNEZ LUCIO.- *Las Clases Sociales -*
pág. 37 y sgtes. Edit. Porrúa, tercera edición
México 1967.
- 6.- MENDIETA Y NUNEZ.- *Obra citada* pág.193 y sgtes.
- 7.- RADBRUCH.- *Obra citada* pág.204.
- 8.- CODIGO DE COMERCIO,- Art. Primero.
- 9.- TRUEBA URBINA ALBERTO.- *Tratado Técnico Prácti-*
co de Derecho Procesal del Trabajo pág.24. --
Edit. Porrúa, primera edición, México 1965.
- 10.- FLORIS MARGADANT GUILLERMO.- *Derecho Romano* --
pág.132. Edit. Esfinge primera edición, México
1960.

- 11.-CASO ANTONIO.- *Sociología Genética y Sistemática* pág.160. Edit. Cultura, México 1932.
- 12.-FUSTEL DE COULANGES NUMA D.- *La Ciudad Antigua* pág.69 y stes. Edit. Diamante, España 1965.
- 13.-SOROKIN - (Citado por).- *Las Teorías Sociológicas Contemporáneas* pág.485. Edit. Galatea, Argentina 1960.
- 14.-FUSTEL DE COULANGES.- *Obra citada* pág.24
- 15.-ORTEGA Y GASSET.- *El Ocaso de las Revoluciones* pág.102 y sgtes. *Revista de Occidente*, décima-cuarta edición. Madrid 1961.
- 16.-SPENGLER OSWALD.- *La decadencia de Occidente*- pág.218, Tomo II, Edit. Espasa-Calpe sexta edición, México 1941-44.
- 17.-MONTENEGRO WALTER - (CITADO POR).- *Introducción a las Doctrinas Político-Económicas*, Fondo de Cultura Económica, quinta edición, México 1960.
- 18.-MASSUH VICTOR.- (citado por).- *La Libertad y la Violencia* pág.29 Edit. Sudamericana, Argentina 1968.
- 19.-MONTENEGRO WALTER - (citado por).- *Obra citada*- pág.192.
- 20.-SPENGLER OSWALD.- *Obra citada* Tomo IV pág.330.

CAPITULO V
EL DERECHO DE UNA SOCIEDAD EN PROCESO DE
CAMBIO.

CAPITULO V
EL DERECHO DE UNA SOCIEDAD EN PROCESO DE
CAMBIO.

Las ideas sostenidas en este capítulo, las hemos tomado, fundamentalmente, del libro de W. Friedmann. (1).

"... el derecho no existe en el vacío, sino que es el reflejo de la sociedad a la que trata de poner orden. En un momento en que, debido a la asombrosa velocidad de los cambios sociales, científicos y tecnológicos, nuestra sociedad, tanto en el plano nacional como en el internacional, está en un fluir constante y en el que el derecho es con frecuencia un agente activo en la promoción de cambios sociales, el estudio de las relaciones recíprocas entre el derecho y la sociedad es de importancia cada vez mayor" (2)

En efecto, los problemas que surgen en una sociudad dinámica en grado sumo, sólo pueden ser resueltos, al menos en el terreno jurídico, por un derecho también dinámico, de rápida evolución, un derecho que esté "al día", conciente de que, si el ha propiciado muchos de los cambios actuales, estos cambios deben a la vez resultarle conformadores. Lo primero es el derecho creando situaciones nuevas y lo segundo, a la inversa, las nuevas si-

tuaciones pidiendo ser reguladas en forma jurídica.

En el capítulo primero de esta tesis admitimos que el derecho es por esencia dinámica, así tiene que ser, y es esta característica la que justifica su existencia. Tal vez muchas de las instituciones del derecho moderno puedan ser referidas a legislaciones remotas y aún, seguir su evolución a través del tiempo, evolución, no simple devenir, evolución hacia formas más perfeccionadas, adaptadas al momento en que una ley rigió una situación y un comportamiento determinado.

Ahora bien, es necesario en este punto hacer una distinción que nos permita precisar la manera en que concebimos al derecho como un ente dinámico distinto de las normas a través de las cuales se manifiesta, ya que dichas normas plasmadas en códigos, decretos etc., en los países que siguen la tradición romanista de la codificación, vistas en sí, se presentan como algo estático, con pretensión de permanencia, algo, si se nos permite la expresión, sin vida. Es el juez el encargado de dar vida a la norma a través de su interpretación.

Cuando el legislador actúa, el derecho evoluciona. Se actúa con la convicción casi siempre de que el derecho que hasta entonces se tuvo por efi-

caz ha dejado de serlo, o bien, que las nuevas situaciones que el hombre ha creado dentro de la sociedad, no se encuentran ya comprendidas en la legislación. Vista esta insuficiencia del derecho se crea otro nuevo, que adiciona o modifica al anterior. Así mismo ante la creencia generalizada de que de ciertos hechos relevantes puedan surgir situaciones que den nacimiento a conflictos sociales, actúa el legislador.

El juez en cambio se ve precisado a resolver un conflicto con las bases que el legislador ha establecido como valederas.

Es cierto que el derecho codificado, la legislación, no puede abarcar todos los casos posibles a regular en la vida, -la realidad supera muchas veces a la fantasía-, no puede caer en un casuismo exagerado, por lo tanto el juez se ve muchas veces precisado a integrar el derecho, a llenar las lagunas de la ley, pero no significa esto que esté --- creando el derecho, lo está interpretando y adecuando al caso concreto.

En los mismos fallos legislativos en que por el tribunal y las circunstancias de que emanan se crea jurisprudencia es decir, obligatoriedad a interpretar la ley en cierto sentido; en estos casos, decimos, tampoco se está creando derecho, la prue-

ba de ello está en que la ley que dió origen a la divergencia de opiniones permanece inalterada.

El criterio razonado servirá en el futuro de pauta para una modificación legislativa pero como antes dijimos, no servirá para lo que en esencia se denomina la creación del derecho.

Es por ello que debemos poner especial atención en la distinción entre el derecho como ente esencialmente dinámico y su expresión en normas, la legislación.

El derecho, en nuestro concepto, lo forma toda una serie de situaciones en las cuales, las esferas de interés entre los individuos, entre los grupos sociales o entre los Estados puedan entrar en conflicto, es un ente que se filtra en cada parte de las interrelaciones humanas para conformarlas hacia un entendimiento cada día más perfecto. Y es este ente, el que evoluciona día con día, no importa que la legislación en un momento dado detenga su andar, se dará en este caso una discordancia entre derecho y legislación, inexistente para los positivistas que creen que sólo es derecho --- aquél que el Estado ha sancionado.

Derecho y sociedad; interrelaciones humanas y cambio social, conceptos dinámicos por definición.

La sociedad no puede detener un instante su devenir, no importa que sea hacia adelante, progresando, o bien retrocediendo para ir a parar a los escaparates del museo de la historia, -según la expresión del maestro Antonio Caso- y el derecho en busca siempre de la más alta de todas las estrellas, la justicia social.

La legislación en cambio sufrió un proceso de transformación más lento, sigue a los cambios sociales sin llegar nunca a alcanzarlos, esta es la cuestión que nos ocupa, el problema de la adecuación entre el fenómeno jurídico y el hecho social, problema que se plantea también al autor que nos guía en este capítulo si bien referido casi exclusivamente a la sociedad y al derecho norteamericano.

"La controversia entre quienes creen que el derecho debe esencialmente seguir y no guiar -dice Friedmann- y que debe hacerlo con lentitud, en respuesta a un sentimiento social claramente formulado, y quienes creen que debe ser un agente decidido en la creación de normas nuevas, es un sistema que se viene repitiendo en la historia del pensamiento jurídico. Lo ilustran de manera muy expresiva los puntos de vista contradictorios de Savigny y Bentham."

Para Savigny, encarnizado adversario de las -
tendencias racionalizadoras y legisladoras estimu-
ladas por la Revolución Francesa, el derecho "se -
encuentra", no "se hace". Sólo cuando la costumbre
popular, articulada en parte por los jurisconsul-
tos, se ha desarrollado plenamente, puede y debe -
entrar en acción. Savigny condenaba en particular
la tendencia a la codificación del derecho, inaugu-
rada por los códigos napoleónicos y rápidamente --
propagada por el mundo civilizado.

Por el contrario Bentham, fervoroso creyente-
en la eficacia de las leyes reformadoras racional-
mente estructuradas, dedicó gran parte de su vida
a redactar código para gran número de países, des-
de la Rusia zarista hasta las recién nacidas repú-
blicas hispanoamericanas. Aunque la mayor parte de
esos esfuerzos no tuvieron un éxito inmediato, par-
ticularmente en su propio país, ya sea en el terre-
no del derecho civil, derecho penal, de las prue-
bas o de la legislación de pobres, su filosofía --
fué ganando influencia a medida que abanzaba el si-
glo XIX. Fué la filosofía de Bentham y la de sus -
discípulos la que convirtió el Parlamento Inglés -
y las instituciones análogas de otros países en --
parte como respuesta a necesidades sociales senti-
das y en parte estimulándolas". (3)

Resumiendo la anterior cuestión, el legislador crea derecho, el juez lo interpreta y lo aplica al caso concreto.

Analícemos ahora la interrogante que plantea la sociedad dinámica frente a la norma jurídica relativamente estática.

En primer lugar encontramos que las normas para su eficacia, deben contar con un mínimo de estabilidad, esto es de seguridad de permanencia.

El derecho, como hemos visto en capítulos anteriores, es un instrumento de clase, de la clase poseedora, la cual desde luego milita dentro de lo que Ripert llama la fuerza conservadora -en oposición a la fuerza reformadora-. La clase que disfruta de una oposición de privilegio, es natural que tienda a conservarla, se convierte en defensora -- del orden imperante mediante la defensa de los privilegios concedidos por el sistema en vigor. Disfrazan como necesaria la situación presente de la sociedad y ven como peligrosa toda reforma que pueda menguar sus concesiones.

Las clases no poseedoras, en cambio, tratan de conseguir, en el terreno de lo económico, los medios de producción y en lo jurídico, los instrumentos para la creación de un derecho que los proteja.

En este juego de fuerzas sociales prevalece - hasta nuestros días la clase que desde tiempo --- atrás señorea la tierra, aquella en la cual se encuentran como antes dijimos, los medios de producción, la clase nacida al amparo de la libre concurrencia que sustituyó en su tiempo a la de los poseedores de la tierra.

Sin embargo, como lo enunció Marx, esta situación no debe prevalecer dado que nos encontramos - dentro de una sociedad dialéctica, el sutil y artificial equilibrio existente entre las fuerzas antagónicas tiende a romperse en varios frentes, los grandes experimentos socialistas contemporáneos -- así lo demuestran, un día el derecho y con él los medios de producción, han de pasar a manos de las clases no poseedoras y asistiremos al espectáculo de un derecho nuevo en el cual la escala de valores se ve radicalmente modificada, un derecho que será conformado por fuerzas distintas a las que -- ahora lo transforman, que proteja intereses bien distintos de los que hoy tutela.

Es esta una de las razones de la lenta evolución de las normas jurídicas, la reacción de protesta de la clase en el poder ante los cambios sociales; el conservadurismo.

Otra razón muy importante que no debemos pa--

ser por alto es que nos encontramos en un régimen federal, esto referido desde luego a nuestra situación particular, régimen que a su vez se asienta sobre una Constitución rígida, obstáculo doble para el libre desarrollo de la legislación.

La Constitución rígida supone que nació de un poder constituyente, diferente y anterior a los poderes constituidos a los que aquella da vida, supone también que debe ser un órgano especial -constituyente- también, el encargado de modificarla. "En ningún sistema constitucional se admitió ciertamente que cualquier órgano constituido pueda poner mano a la Constitución, pues tal cosa implicaría la destrucción del orden constitucional. Pero en Inglaterra el Parlamento, cuyas funciones propias -- son las del poder legislativo ordinario, goza eventualmente de las facultades del poder constituyente, lo que se traduce en que por encima del órgano legislativo, no existe teóricamente ninguna ley -- intocable; por ello la Constitución Inglesa es -- flexible. La rigidez de una Constitución proviene, por lo tanto de que ningún poder constituido -- especialmente el legislativo -- puede tocar la Constitución". (4)

La Constitución Mexicana es, como antes expresamos, rígida, de complicado procedimiento para re

formarla, y por tanto adecuarla a las necesidades imperiosas que la vida moderna plantea.

En efecto el artículo 135 de nuestras Constituciones establece el procedimiento para su reforma o adición; el órgano encargado de esta tarea se forma por la reunión de las cámaras es decir -- por el Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados, así reunidos forman un poder constituyente permanente.

La función de este órgano consiste, como antes decíamos en adicionar y reformar la Constitución.

Adicionar es agregar algo nuevo a lo que ya está plasmado en el texto constitucional, dicha adición supone que el anterior principio queda íntegro y que el nuevo debe seguir los lineamientos del primero.

La reforma en cambio puede hacerse por substitución de un texto por otro, por supresión, por derogación etc.

Resumiendo; nuestra Constitución por ser rígida va evolucionando lentamente y como consecuencia de ello, las demás leyes que encuentran su necesario apoyo en ella también van transformándose en forma poco acelerada es, generalmente, hasta cuan-

do una situación o hecho social han tomado fuerza y se han arraigado en la conciencia colectiva, --- cuando se presentan los primeros esbozos legislativos para su regulación: Muchas veces se pretende cerrar los ojos a situaciones que no se considera que puedan ser objeto de una legislación nueva o de un cambio legal cuando la práctica ha demostrado hasta la saciedad que cuando un fenómeno social relevante es poco grato al sentir general, pero necesario o inevitable, es mejor regularlo en forma racional jurídica que prohibirlo o pretender destruirlo con medidas violentas.

El caso de la prohibición impuesta en los Estados Unidos de Norteamérica, sobre la venta y consumo de bebidas embriagantes, es solo uno de los muchos casos que demuestran lo dicho en el párrafo anterior.

Decíamos que otra de las causas por las cuales la evolución del derecho nuestro es lenta, radica en nuestro sistema federal.

Las Constituciones federal presenta, en efecto, más obstáculos para la conversión de los cambios sociales en cambios jurídicos.

Partiendo de la base de que el sistema federal se funda en el equilibrio de poderes, cada Estado de los que componen la federación trata de re

ducir el poder del gobierno central.

Dentro del sistema federal en sí, se pueden dar diferentes características es decir diversos estilos de federalismo basados en las características históricas y sociológicas de cada nación. Sin embargo es fácil advertir en todos ellos los factores característicos que tratan de poner freno, cada cual por su lado, a la acción legislativa.

Las características anotadas son; primero, la distribución de poderes entre la Federación y los Estados, en segundo lugar la separación de funciones entre las tres ramas tradicionales del gobierno, las cuales actúan como frenos y contrafrenos al poder unitario que el pueblo les ha conferido.

Estos son a grandes rasgos los motivos por los cuales en México, con nuestra Constitución rígida y nuestro sistema federal, copias ambos en buena parte, de las instituciones análogas del derecho Norteamericano, la evolución del derecho en su aspecto legislativo no se produce con la velocidad que el cambio social requiere.

En efecto, nos encontramos que en general, todas las ramas del derecho mexicano, sea penal, civil o de cualquier tipo, se encuentran inadecuadas al momento actual.

Caeríamos en un casuismo exagerado si tratáramos de dar siquiera algunos ejemplos de leyes que nos rigen desde hace tanto tiempo que su sola lectura no puede menos que provocarnos asombro al cotejar la realidad que en su tiempo regulaban y la que nos da el momento actual.

Y este fenómeno al cual aludimos con respecto a México, parece ser general en el resto del mundo. Se nos habla muchas veces de cierta legislación de tal o cual país calificándola de avanzada, futurista, etc., pero solo en determinadas ramas del derecho, porque examinando en conjunto, veremos que -- quizá en el país en el cual se alaba una ley por corresponder con acierto a la necesidad presente, -- habrá ahí mismo otra ley que padece de obsoleta e inadecuada.

El autor que nos guía en el presente capítulo, W Friedmann, en su libro señalado hace un estudio profundo de la legislación Norteamericana, de su evolución producida por la presión de las fuerzas sociales, de como una Constitución como la que les rige ha podido con tan pocas reformas -enmiendas-, regular una sociedad de un crecimiento tan vertiginoso que ha sido el asombro del mundo.

"En cerca de dos siglos de vigencia, el texto primitivo ha presidido con sobriedad la evolu--

ción económica y social más acelerada de la historia moderna, ha señoreado la vasta y compleja expansión territorial y étnica de los Estados Unidos y no ha sido abandonado como instrumento de gobierno en las grandes crisis de aquel país, principalmente en las dos guerras mundiales, con sus respectivas posguerras. Para rendir tan extraordinaria-eficacia, la Constitución Norteamericana ha tenido que tolerar en el significado de sus preceptos las más variadas interpretaciones, las cuales se han canalizado principalmente a través de las decisiones judiciales de la Suprema Corte". (5)

Así pues vemos que las decisiones judiciales son un factor de innegable importancia en el desarrollo del derecho, pero desde luego estas decisiones son conformadas por la vida diaria, cambiante, de la sociedad en que se producen.

Es la vida con su devenir incesante la que señala las directrices que ha de seguir el derecho - para que una vez establecido sea este el que como una fuerza invisible encause a la sociedad en un movimiento permanente.

Con lo anterior creemos haber dejado expuesto lo que hemos llamado la acción recíproca entre la creación legislativa y el fenómeno social.

Creemos también que ha quedado claro el hecho

de que entre los dos factores; siendo la influencia recíproca, existe una diferencia de velocidad en su transformación, diferencia a favor del cambio social.

Nos resta solo, en esta parte final de la tesis, formular el deseo de que cada día sea menos acentuada la distancia que separa a las leyes de la vida real, es decir que exista una mejor adecuación entre el fenómeno jurídico y el hecho social.

El camino a seguir no es fácil, nuestro sistema que se ha denominado democrático, adolece aún de infinidad de vicios cuyas causas y orígenes se remontan a pasadas centurias.

La tradicional división de poderes ha cedido su lugar entre nosotros a un régimen marcadamente presidencialista, dentro del cual se cree que el jefe del Ejecutivo es un ser todopoderoso en cuyas manos está la solución de cuanto problema surge en el vasto territorio, en el seno de una sociedad millonaria en número y en carencias en lo que el maestro de la Cueva llama, un régimen presidencialista-constitucional ya que son cada día más grandes y numerosos los poderes que se confieren al ejecutivo.

Por otra parte el poder legislativo entre nosotros, ha tenido una función verdaderamente de po

ca trascendencia ya que la mayoría de las leyes -- emitidas en los últimos tiempos se han debido a -- iniciativa del ejecutivo, tal vez esto sea, en -- cierta medida mejor, ya que en verdad no existe en el poder legislativo una verdadera representación popular, una representación de personas capaces y concientes de los problemas sociales de sus representados, mucho menos una visión de los problemas de carácter nacional.

Cuando estos vicios sean saneados, cuando se consiga un equilibrio entre el individualismo y el intervencionalismo del Estado, cuando el bienestar social prevalezca sobre el bienestar de unos cuantos, la armonía jurídico-social será mejor, pero serán otros, no nosotros, quienes disfruten de esa era y ese derecho.

NOTAS DEL CAPITULO V.

- 1.- W. FRIEDMANN. - *El derecho en una sociedad en transformación* - Fondo de Cultura Económica. - México Primera edición 1966.
- 2.- W. FRIEDMANN.- *Obra citada* pág.12.
- 3.- W. FRIEDMANN.- *Obra citada* pág.21.
- 4.- TENA RAMIREZ FELIPE.- *Derecho Constitucional Mexicano* pág.11.- 7a. Edición Porrúa México -- 1964.
- 5.- TENA RAMIREZ FELIPE.- *Obra citada* pág.66.

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

I.- El derecho por naturaleza es dinámico, su evolución y su diaria aplicación, justifican su existencia.

II.- A todo cambio en el orden social, sigue un -- cambio en el orden jurídico, lo cual demuestra el carácter de superestructura del derecho.

III.- Existen dentro de la sociedad, factores de fuerza más o menos permanente, como la economía, la política, la familia y la moral; en cambio hay factores que pierden fuerza a medida que las sociedades avanzan en su desarrollo cultural, como la religión y la costumbre entre otros.

IV.- Dentro del derecho encontramos ramas en las cuales la dinámica del mismo se manifiesta con más fuerza, otras en cambio parecen haber detenido su evolución, lo cual obedece a la necesidad que el grupo social tiene de proteger determinados intereses.

V.- La adecuación entre el fenómeno jurídico y el hecho social es un fenómeno de interrelación. Esta adecuación es determinada por el grado de eficacia con que el derecho sea suficiente para regular un hecho social dado.

VI.- En el derecho Mexicano, por derivar de una --
 Constitución rígida, el cambio no se produce con --
 la celeridad de la dinámica social, lo cual trae --
 como consecuencia que exista un distanciamiento --
 entre la realidad y la normatividad jurídica.

VII.- Nuestro sistema federal y el régimen presi--
 dencialista al que hemos derivado son factores que,
 aunados a nuestra Constitución de carácter rígido,
 no permiten la correcta adecuación entre el fenóme
 no jurídico y el hecho social.



*