

668
2ej



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**EL CONCEPTO DE JUSTICIA EN DIVERSAS
CORRIENTES DE LA FILOSOFIA DEL
DERECHO**



TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
VICTOR MANUEL PUENTE HERNANDEZ



DIRIGIDA POR EL MAESTRO
GUSTAVO ADOLFO ZAPATA HERNANDEZ



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

C A P I T U L A D O

	Pág.	
INTRODUCCION	III	
CAPITULO I	LOS ORIGENES DE LA FILOSOFIA DEL DERECHO EN EL MUNDO OCCIDENTAL, Y LAS PRIMERAS DEFINICIONES FORMALES	3
1.1	THEMIS Y DIKE (HOMERO)	6
1.2	EL ORDEN BIFORME DEL MUNDO (HESIODO)	7
1.3	DERECHO Y PODER (SOLON)	9
1.4	LOS PITAGORICOS	11
1.5	SOCRATES DE ATENAS	16
1.6	PLATON DE ATENAS	29
1.7	ARISTOTELES DE ESTAGIRA	36
1.8	DOMICIANO ULPIANO	41
CAPITULO II	DERECHO NATURAL CRISTIANO	52
2.1	TOMAS DE AQUINO	54
2.2	FRANCISCO SUAREZ	62
2.3	GOTTFRIED WILHELM LEIBNIZ	68
CAPITULO III	ROUSSEAU, KANT Y LOS NEOKANTIANOS	80
3.1	JEAN JACQUES ROUSSEAU	84

	Pág.	
3.2	IMANNUEL KANT	94
3.3	RUOLF STAMMLER	106
3.4	GUSTAV RADBRUCH	120
CAPITULO IV	LOS AUTORES MEXICANOS	140
4.1	EDUARDO GARCIA MAYNEZ	142
4.2	LUIS RACASENS SICHES	157
4.3	RAFAEL PRECIADO HERNANDEZ	165
CONCLUSIONES		191
BIBLIOGRAFIA		194

I N T R O D U C C I O N

En el recorrido del sustentante por las asignaturas que integran el plan de estudios de esta Licenciatura, -- hubo una de ellas en el segundo semestre: "Derecho civil I", importante para él --en relación a este trabajo de investigación-- , porque uno de los cuatro requisitos que el maestro nos señaló para exentar la materia consistía, -- precisamente, en la elaboración de un trabajo de investigación sobre alguno de los temas que conforman el programa del curso, los que nos distribuyó individualmente, correspondiéndome desarrollar el tema: "elementos esenciales y elementos de validez del acto jurídico".

Apunto lo anterior debido a que en aquella ocasión nos comentó el Lic. Luis Gustavo Arratíbel Salas que, -- cuando un alumno cumple con todos los créditos de "la carrera", en algunos casos, la mayoría de ellos, no tiene la menor idea de cómo investigar, integrar y comenzar a redactar "su tesis". Por lo mismo, aquel humilde trabajo de investigación ha sido, hasta éste, el más formal que había llevado a cabo (y al referirme al término "formal", lo hago en el sentido literal de la palabra, esto es, de "forma"; no en el sentido de seriedad o de responsabilidad).

Cuando intenté escribir la introducción de aquel -- trabajo, no tenía la menor idea de cómo empezar a hacer-

la, y la inicié citando una frase del Doctor Guillermo - Floris Margadant: "por regla general, nadie lee los prólogos: praefationes non leguntur. Es una lástima, porque el lector hubiera encontrado, en estas primeras páginas, algunas indicaciones que quizá le habrían servido de algo".¹ Y a continuación señalé un comentario que me hizo un querido amigo y compañero: "un trabajo sin introducción, es como querer entrar a un cuarto sin antes abrir la puerta".

A partir de entonces me dije: cuando escriba la introducción al trabajo de tesis para sustentar mi examen profesional, le daré principio así: por lo que abriremos la puerta de este cuarto al que vamos a entrar, diciendo que:

El derecho, la moral, los convencionalismos sociales o normas de trato social o de urbanidad y la religión, constituyen -según Eduardo García Máynez-, los cuatro órdenes normativos de la conducta.²

Analizando ese concepto encuentro que, siguiendo la idea del maestro émerito de nuestra Facultad, "orden es el sometimiento de un conjunto de objetos a una regla o sistema de reglas cuya aplicación hace surgir, entre dichos objetos, las relaciones que permiten realizar las finalidades del ordinante".³

Ahora bien, por cuanto hace al vocablo "normativo", éste deriva de la palabra norma, la cual es una regla de conducta que puede ser o no obligatoria, o bien conferir derechos o imponer obligaciones.⁴

Por lo que respecta al tercero y último elemento --

del concepto que se analiza: la conducta, es decir, la manera de conducirse, de comportarse de la persona, reviste importancia para nosotros en tanto es regulada por el derecho a través de interferencias intersubjetivas, por medio de facultades y deberes; o sea, como lo señala Rafael Rojina Villegas: "... el derecho no es la conducta en su interferencia intersubjetiva, sino que es la regulación jurídica de la conducta en su interferencia intersubjetiva. Es decir, el derecho no es conducta de ninguna forma, sine regulación de la conducta. O en otras palabras: el derecho no es el ser de la conducta, sino el deber ser de la misma. Además, es un deber ser que debe darse a través de una interferencia intersubjetiva. Ahí donde una regulación normativa relacione dos o más conductas en su interferencia intersubjetiva para hacerlas concurrir en una serie correlativa de facultades y deberes, existirá el derecho".⁵

Considero que el derecho nace como una necesidad en el devenir histórico del individuo; aparece así como consecuencia de un proceso de evolución social para limitar el ánimo de poder, implícito tanto en el hombre individualmente considerado, como en la sociedad a la que pertenece.

Según opinión de Edgar Bodenheimer el poder, contemplado desde un punto de vista sociológico, es la facultad que tiene una persona o grupo de personas de realizar su voluntad, aún en contra de la voluntad de otra persona ó grupo de personas. El iusnaturalista norteamericano concluye diciendo: "existen dos manifestaciones -

VI

extremas de poder: la anarquía y el despotismo".⁶

La anarquía consiste en la ausencia total de un gobierno organizado, que ha sido destruido en forma violenta; permite a los hombres convivir en una libertad absoluta, en vez de la competencia; es la cooperación el ideal supremo de esta forma de vida "organizada", por lo cual una persona está en libertad de unirse a un grupo para satisfacer sus necesidades, o de separarse de él en el momento que le considere oportuno, y unirse a otro si lo cree conveniente, para así convivir en paz y armonía.

Desgraciadamente, esta forma de organización política es imposible, sería mucho más fácil que en ella un individuo interfiriera con otro en el afán de extensión de su poder, y citando a Spinoza, Rodenheimer expone que de la anarquía, la consecuencia final sería la instauración de un régimen político en el que un hombre dominará a los demás.⁷

La otra forma extrema de poder -como ya se mencionó-, es el despotismo; en él, una persona tiene un poder ilimitado y absoluto sobre sus gobernados. El despotismo tiene dos formas genéricas de expresión:

Una, es la de un hombre que gobierna en forma arbitraria y caprichosa para satisfacer su necesidad personal de poder.

La segunda, es la del déspota que encarna un ideal, y por lo cual representa a quien o quienes pretenden alcanzar ese ideal. Es una manifestación impersonal de poder, y en consecuencia los actos que realiza en función de ese poder, los ejecuta en nombre de quien o quienes -

VII

desean obtener dicho ideal, y por lo mismo es ilimitado; lo que nos conduce a la imposibilidad de distinguir cuando el déspota actúa verdaderamente hacia la concretización de los ideales que piensa que encarna y cuando lo hace en forma arbitraria, lo cual es un uso abusivo del poder que tiene, pues el déspota puede estar convencido verdaderamente de ser la encarnación de un ideal y estar desprovisto de interés personal.

Edgar Bodenheimer concluye su exposición en los siguientes términos:

"Por su propia naturaleza el Derecho es un término medio entre la anarquía y el despotismo. Trata de crear y mantener un equilibrio entre esas dos formas extremas de la vida social. Para evitar la anarquía, el Derecho limita el poder de los individuos particulares; para evitar el despotismo, enfrena el poder del gobierno".⁸

Cabe aclarar que al ser el Derecho "un término medio..." no se desea que se entienda como "el acto mediocre entre dos extremos más o menos atractivo", como le diferencia Ramón Xirau en su "Introducción a la historia de la filosofía", al analizar "la moral aristotélica", - sino como él mismo lo dice: "por el contrario, puede ser y suele ser el acto más difícil".⁹

Sus características principales son la exterioridad y la coercibilidad,¹⁰ y pienso que su objetivo medular es alcanzar un valor llamado justicia.

La exterioridad consiste, a mi entender, en el resultado objetivo de una acción, independientemente de la intención subjetiva que haya tenido la persona para rea-

VIII

lizarla.

Por otra parte, Kant establece que: "es justa toda acción que por sí, o por su máxima, no es un obstáculo a la conformidad de la libertad del arbitrio de todos con la libertad de cada uno según leyes universales". Y la ley universal del derecho dice: "obra exteriormente de modo que el libre uso de tu arbitrio pueda conciliarse con la libertad de todos según una ley universal".¹¹

Immanuel Kant fue el primero en otorgar al "derecho estricto, el derecho que él tiene en mente", como comenta Arnaldo Córdova,¹² el requisito fundamental de ser exterior: "la idea de que el derecho es un orden externo, si bien encuentra su origen en la Fundamentación y en la Crítica de la Razón Práctica, sólo es precisada y desenvuelta en la Metafísica de las Costumbres (1797), que el autor divide en dos grandes partes: Teoría del Derecho y Teoría de la Virtud".¹³

Por otro lado, opino que uno de los juristas que con más claridad han abordado este punto, es el alemán - Gustav Radbruch.

El profesor de Heidelberg, nos plantea que el derecho es un conjunto de leyes que relacionan a sujetos activos y sujetos pasivos, (jurídicamente hablando), por lo que es necesario que hayan legisladores y jueces que estén por sobre sus destinatarios.¹⁴

Asimismo, nos dice que al afirmar Kant que el derecho únicamente se complace con su cumplimiento exterior (legalidad), únicamente con su obediencia sin importar los motivos por los que es acatado; cuando no se cumple

con la norma jurídica por el puro respeto a la misma, se procede por razones de seguridad jurídica y se contraría la esencia misma del derecho.¹⁵

Al planteamiento que hace Radbruch le pondré punto final señalando que en su opinión el derecho atiende primordialmente los actos externos del sujeto dejando en segundo término sus actos internos, pero cuando éstos trascienden exteriormente, son regulados por él; ocupándose los estudiosos de este ordenamiento normativo por el ámbito objetivo de la conducta, exaltando su valor social con miras a la realización de valores colectivos.¹⁶

No obstante, cuando sus preceptos no son cumplidos, es necesario que sean aplicadas las consecuencias de derecho contenidas en los supuestos jurídicos; y para ello hay que comprobar sus hipótesis concretizadas en el mundo de los hechos, "partiendo de datos sensorialmente perceptibles", es decir: "a la exterioridad de la regulación jurídica hay pues, que añadir la de los hechos de prueba de que tienen que servirse los encargados de aplicar sus normas".¹⁷

La otra característica principal del derecho: la coercibilidad, es el fundamento y sostén de la primera; ¹⁸ consiste -continuando con las exposiciones del tratadista García Máynez-, en la "... posibilidad de cumplimiento no espontáneo..."¹⁹ de un deber jurídico; éste es definido por el Maestro, como "la restricción de la libertad exterior de una persona, derivada de la facultad, concedida a otra u otras, de exigir de la primera cierta conducta, positiva o negativa. Expresado en otro giro: "

tenemos el deber de hacer (o de omitir algo), si carecemos del derecho de optar entre hacerlo y omitirlo".²⁰

El derecho permite y ordena el uso de la fuerza a las autoridades cuando los lineamientos del primero no son cumplidos en forma espontánea, para que lo sean en forma impositiva, lo que nos conduce al término coacción, éste "... supone el empleo de la fuerza pública, y su finalidad consiste en hacer efectiva la consecuencia sancionadora, cuando el sancionado no acata voluntariamente el deber en que tal consecuencia consiste".²¹

Ahora bien, apunté al principio del esbozo de esta característica, que es el fundamento y sostén de la exterioridad, pero la coercibilidad no es un elemento "sine qua non" del derecho.

Intentaré explicar lo anterior, por medio del siguiente planteamiento:

La sanción es la consecuencia del incumplimiento de una norma jurídica. De todas las clasificaciones que existen de las normas jurídicas, hay una "desde el punto de vista de su sanción", la cual está compuesta por las leyes perfectas (*leges perfectae*), leyes más que perfectas (*leges plus quam perfectae*), leyes menos que perfectas (*leges minus quam perfectae*) y leyes imperfectas (*leges imperfectae*).²²

Las normas jurídicas imperfectas (*leges imperfectae*) carecen de sanción, por lo tanto no son coercibles y no por ello dejan de ser jurídicas. El ejemplo modelo de este tipo de normas lo tenemos en los tratados internacionales; ya que, como lo piensa Rodenheimer:

"Los acuerdos entre naciones soberanas tienen carácter jurídico aunque no hay poder capaz de obligar a esas naciones a mantenerse fieles a los convenios. Tales acuerdos son Derecho porque, al establecer ciertas obligaciones, crean limitaciones voluntariamente impuestas al poder de ambas partes contratantes. La garantía de cumplimiento de esas obligaciones es incompleta; prácticamente la única garantía es el propio interés de las partes".²³

Como podemos darnos cuenta de la lectura de la cita anterior, no es posible obligar a una nación al cumplimiento no espontáneo, en forma coactiva de sus obligaciones contraídas en un tratado internacional, y no por éso estos tratados dejan de ser regidos por el derecho, ni éste deja de ser tal.

Al derecho ha sido tradicional dividírsele en dos corrientes fundamentales: el iusnaturalismo y el positivismo.

El iusnaturalismo ha tenido muchos partidarios a lo largo de su historia, distintos y muy variados han sido los conceptos que sobre el mismo se han dado. Sin embargo, una idea ha permanecido en todos ellos, la cual consiste en que el iusnaturalismo se basa en la bondad y justicia del contenido intrínseco de sus normas, independientemente de que haya sido un legislador humano o un órgano del Estado quien les dió origen.²⁴

En el positivismo por el contrario, la justicia se encuentra en el texto de la norma, en la legalidad que tenga el legislador humano o el órgano del Estado que le

dió origen, y en el cumplimiento de las formalidades que se llevaron a cabo en el procedimiento de su creación.²⁵

Al respecto existe la llamada teoría de los dos órdenes, la cual, García Máynez caracteriza como aquella - donde al lado e por encima del derecho positivo, existe otro natural que vale por la justicia de su contenido; - pero no puede sostenerse esta teoría cuando las normas de ambos órdenes se oponen contradictoriamente, pues en tal hipótesis, los criterios formal e intrínseco de validez de uno y otro orden se excluyen recíprocamente y su aplicación simultánea es imposible.

Por tanto, concluye el autor que seguimos: "las únicas posturas consecuentes, en relación con nuestro problema, son, de acuerdo con esto, las de índole monista. Pero es claro que, en caso de conflicto, el monismo jurídico positivista tiene que desembocar en la negación del derecho natural, como lo es también que el monismo iusnaturalista, en la misma hipótesis de conflicto, necesariamente lleva a la negación del derecho positivo".²⁶

Lo que ocurre es que, tanto iusnaturalistas como positivistas, ven en ambas corrientes respectivamente, a la totalidad del derecho, cuando cada una sólo es un aspecto del mismo, por lo que éste se conforma por la complementación de ambas.

Si el derecho tiene como una de sus características principales la exterioridad, nos percatamos de que es necesario en primer lugar que el derecho exista, que esté escrito, es decir, que sea positivo:²⁷ pero ¿qué tanta validez intrínseca, o qué tanta justicia habrá en las le

XIII

yes que crea el legislador, como por ejemplo en el derecho positivo que existió en la Alemania de Hitler?

Por lo mismo, los iusnaturalistas sostienen que hay un derecho por encima del que crea el legislador, pero el problema se presenta cuando se va a aplicar ese derecho, pues con un derecho ideal los jueces nada podrían hacer, porque como se acaba de señalar: "condición necesaria para el derecho es su positividad".²⁸ Además, se estaría yendo en contra de uno de los requisitos necesarios para la realización de otro valor jurídico fundamental: la seguridad jurídica.

Muchos han sido los intentos por combinar estas dos corrientes. De todos ellos, el más aceptado o mejor logrado -desde mi personal punto de vista- es el Arthur Kaufmann,²⁹ quien considera que no debe de contraponerse les debido a que no son contradictorias ni excluyentes entre sí; por el contrario, se les debe de conjuntar, para una vez hecho ésto, conformen la estructura ontológica del derecho.

Por otra parte, tenemos a la Filosofía del Derecho, como la doctrina del mejor derecho, y que pretende saber cuál es la relación que tiene el derecho con el valor -- justicia y con respecto a la vida, y su razón de existir en ella; mientras que la Teoría General del Derecho, busca saber cuál es el papel del mismo dentro de la vida jurídica.³⁰

La Filosofía del Derecho se ha dividido en: 1) ontología jurídica, que tiene por objeto el estudio del ser del derecho y; 2) axiología jurídica, que comprende el -

XIV

estudio de los valores del derecho. El ser y deber ser -
respectivamente.³¹

Respecto a la axiología, Rickert nos dice: "de los valores no puede decirse ni que son ni que no son reales, sino sólo que valen o no valen. Un valor de cultura, o es reconocido de hecho por todos como válido, o su validez, y con ella la significación más que puramente individual de los objetos a que está adherido, es postulada al menos por un hombre de cultura. Pero además, en la cultura, tomada en su sentido máximo, no puede tratarse de objetos de un mero deseo, sino de bienes, a cuya valoración o cultivo nos sentimos más o menos «obligados» ya sea por consideración a la comunidad en que vivimos, ya sea por algún otro motivo, cuando reflexionamos en general sobre la validez de los valores".³²

Los valores jurídicos son el alcance de la significación o importancia de una cosa, acción, palabra o frase que tiene por finalidad el logro de la justicia y que está dentro del derecho, debido a que la meta fundamental de este ordenamiento normativo es precisamente alcanzar la justicia. A su vez, conforme al criterio de García Máynez, se clasifican en fundamentales, consecutivos e instrumentales.³³

Los valores jurídicos fundamentales son aquellos en los que descansan los cimientos de todo genuino orden jurídico y los que aceptan la mayoría de los autores son: la justicia, la seguridad jurídica y el bien común, aunque partidarios de la talla de Gustav Radbruch añadan la adecuación a fin, en vez del bien común.

Los valores jurídicos consecutivos, son consecuen--
cia de la realización de los anteriores: libertad, paz -
social e igualdad.

Los valores jurídicos instrumentales, són los que -
sirven como medio necesario para la cristalización de --
los dos anteriores: garantías constitucionales y normas_
procedimentales.

Esta investigación tiene por objeto el estudio y --
aplicación de un valor jurídico fundamental, del que con_
sidero el valor jurídico fundamental por excelencia: la_
justicia. El derecho tiene como meta principal la búsque_
da y obtención de ese valor jurídico.

El derecho es una ciencia social debido a que el ob_
jeto de estudio de las ciencias sociales es el deber ---
ser, es decir, no són exactas, fatales y necesarias como
las ciencias naturales; por lo mismo, por el hecho de --
que no se cumplan sus postulados, no van a dejar de te--
ner aplicabilidad las sociales; fueron creadas por los -
hombres para regular su conducta.³⁴

Atendiendo a otras clasificaciones de las ciencias,
Rickert, por ejemplo, las clasifica en naturales y cultu_
rales;³⁵ de donde desprende que el derecho se encuentra_
dentro de estas últimas, debido a que la ciencia de la -
cultura es creada por el hombre para alcanzar fines va-
liosos, o sea, contienen valores que son reconocidos co-
mo obligatorios por la comunidad y su cumplimiento es --
exigido por ésta a sus integrantes.

Windelband clasifica las ciencias en ciencias de la
naturaleza y de la historia,³⁶ y nos dice que éstas no -

són contradictorias sino complementarias, es decir, que ambas són en igual medida indispensables para el conocimiento. Son interdependientes, interdependencia que se percibe de la distinción entre los conceptos nomotéticos, que generalizan los hechos particulares para las ciencias naturales, e ideográficas, (siguiendo el planteamiento de Windelband en cuanto a la no contradicción sino complementación de esta clasificación, se puede deducir que particularizan lo general), para las ciencias de la historia.

Por otra parte, Ampere realiza una clasificación objetiva de las ciencias:³⁷ las divide en cosmológicas y -noológicas, si es que se refieren a la materia o al espíritu respectivamente. A estas últimas es posible subclasificarlas a su vez, siempre relacionadas con características de los humano, en ciencias filológicas, ciencias políticas y sociales (el hombre como ser sociable: economía, política, derecho, etc.); ciencias históricas, ciencias psicológicas y ciencias metafísicas.

Finalmente, Edmund Husserl clasifica a las ciencias en abstractas, concretas y normativas.³⁸ Las ciencias --normativas nacen de un interés valorativo unitario, que es determinado objetivamente por un valor fundamental --unitario, (o norma fundamental) que es la definición de lo que debe ser en ella el bien.

Guillermo Néctor Rodríguez, en "Ética y Jurisprudencia", al analizar la clasificación que de las ciencias --lleva a cabo Edmund Husserl, respecto a las ciencias normativas, comenta:

XVII

"En el caso de la ciencia normativa del Derecho, -- aquello que en el contenido de éste aparece como tomado por el valor de lo justo in concreto, eso es lo que unifica los conocimientos por lo que respecta a la esfera u objeto, los hace quedar referidos o relacionados con ese campo".³⁹

Como lo veremos en esta investigación, la justicia es el concepto formal que probablemente haya conservado una mayor unanimidad esencial a lo largo del tiempo en su expresión: "dar a cada quien lo suyo"⁴⁰ (suum cuique tribuere). Pero por ser un concepto formal, la justicia necesita para su aplicación, de normas de tratamiento, - criterios comparativos y pautas de valoración.

Pero si bien es cierto que para la aplicación del concepto formal justicia es necesaria la utilización de los tres auxiliares mencionados en el párrafo anterior, yo me pregunto, y le pregunto a usted, (porque este humilde trabajo de investigación está dirigido a usted); -- ¿cuál es el marco de referencia, y qué validez tendrá éste a los demás hombres para optar por una u otras normas de tratamiento, uno u otros criterios comparativos o una u otras pautas de valoración, y todavía más, de dónde obtuve las bases del marco de referencia por el cual yo -- elijo cada uno de estos auxiliares?

Desde que comencé a tener las primeras nociones -- acerca del derecho en lo que fueron los inicios de mi -- "carrera", llegó y se quedó en mi mente la idea de combinar la concepción del derecho natural con la del derecho positivo, esto es, proponer normas justas en sí mismas --

que tengan el carácter de jurídicamente obligatorias, y así obtener un "derecho perfecto".

Además pensaba que a través de la "justicia" contenida en las normas de derecho natural y aplicable en último extremo por la fuerza, se alcanzaría lo que considero el fin por el cual el hombre creó el derecho en su devenir histórico: regular la conducta jurídica de las personas que viven en una misma sociedad para su mejor convivencia en ésta, por medio de la realización de un valor jurídico llamado justicia.

Al leer el estudio de Arthur Kaufmann en el que pretende otorgar a las normas de derecho natural el carácter de jurídicamente obligatorias, imaginé que me daría la razón en relación con esa forma de pensar, y así fue. Pero al leer las críticas que al mencionado estudio hace el Maestro García Máynez,⁴¹ me di cuenta de que continuar sosteniendo una postura tan contundentemente echada por tierra, sería una necesidad.

Conforme continué estudiando para la elaboración de esta investigación, supe que el concepto de justicia es el concepto formal que mayor esencia ha tenido a lo largo del tiempo, pero es sólo eso: un concepto formal; que para su aplicación necesita de los tres auxiliares ya mencionados. También pude darme cuenta de que éstos requieren, a su vez, de marcos de referencia que pueden ser, o no son válidos para todos.

En alguna ocasión, leí una obra escrita por el Doctor Raúl Cervantes Ahumada en la que se califica como un "liberal del derecho";⁴² a mi me gustó mucho esa frase,

pero sobre todo me gusta esa forma de pensar, y más aún, algún día me gustaría llevarla a cabo.

Con respecto al derecho, únicamente me ha interesado el hombre como un ente biosicosocial, el hombre de -- carne y hueso, el hombre que es capaz de reír, de llo-- rar, de gozar, de sufrir, de... entregarse en todo su -- ser en una tarde de toros o de ser víctima del más cobarde de los hachazos y levantarse para seguir peleando.

Esa es la faceta del hombre que me interesa: sus -- creencias, su religión, sus mitos, sus supersticiones, -- etc.; són cosas de él, que no sé si las tenga y que sinceramente, tampoco me importa si las tiene o no.

Me interesa el hombre que se realiza dentro de la -- sociedad en la que vive, y necesita que los hechos ejecu-- tados, o que las necesidades que tiene y ha de manifes-- tar en su comunidad, sean regulados por el derecho, no -- obstante que como dice García Máynez: "la regulación nor-- mativa del comportamiento será tanto más perfecta cuanto en mayor medida realice los desiderata que le dan senti-- do. Por ello es que el problema de la justificación de -- un orden concreto sólo puede plantearse y resolverse de -- manera satisfactoria cuando se tiene un conocimiento ade-- cuado de los fines a que debe tender, lo mismo que de -- los medios que permitirán realizarlos. Lo dicho revela -- una de las causas determinantes de la imperfección de -- los sistemas legales: ni siquiera el legislador más sa-- gaz puede intuir convenientemente todos los valores que, en tal o cual circunstancia histórica, deben condicionar el contenido de las leyes, ni prever tampoco, de manera

infalible, hasta qué punto éstas serán cumplidas o aplicadas".⁴³

Porque a ése hombre es a quien está dedicada esta investigación.

Ya para concluir, sólo me resta decir que, si bien es cierto que la "estructura ontológica del derecho" que plantea Arthur Kaufmann es simplemente "una teoría, filosóficamente bien fundada",⁴⁴ yo pensé y lo pienso aún, que así debería de ser la estructura ontológica ideal -- del derecho, pero también reconozco -- como dije antes, -- que los argumentos en su contra son contundentes, así como los auxiliares en la aplicación del concepto que nos ocupa, son variados y variables, dependiendo siempre del enfoque que se tenga, y éste me atrevería a decir que es siempre subjetivo.

El objeto de esta investigación es el que comprendamos una nueva aplicación del valor jurídico fundamental por excelencia: la justicia; la cual se define como la "voluntad constante y perpetua de dar a cada quien lo suyo" (constans et perpetua voluntas ~~sua~~ cuique tribuendi), que tiene -- en lo particular -- una estructura ontológicamente bien planteada (la de Arthur Kaufmann a través del derecho).

Pero este deber ser se desvanece en el mundo del -- ser, yá que en la equidad, en el análisis del caso concreto⁴⁵ y su correspondiente administración de justicia, ésta vá a ser subjetivo (dentro de la ley), dependiendo del criterio del juezador al que se le somete el caso.

Todo lo anterior, se debe a que estamos dentro de --

una ciencia social; dentro de un deber ser que no siempre es como debería serlo, pero que no por eso dejan de tener existencia sus postulados.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- 1 Marañant S., Guillermo Floris
"Derecho romano"
Esfinge. México. 11 ed., 1982
pág. 7
- 2 García Máynez, Eduardo
"Filosofía del derecho"
Porrúa. México. 5 ed., 1986
pág. 51
- 3 García Máynez, Eduardo
opus cit., pág. 23
- 4 García Máynez, Eduardo
"Introducción al estudio del derecho"
Prólogo de Virgilio Domínguez
Porrúa. México. 33 ed., 1982
pág. 4
- 5 Rojas Villegas, Rafael
"Teoría jurídica de la conducta"
Botas. México. 1947
pág. 8
- 6 Bodenheimer, Edgar
"Teoría del derecho"
Tr. de Vicente Herrero
Fondo de Cultura Económica. México. 10 reimp., 1988
págs. 15 y 18
- 7 Bodenheimer, Edgar
opus cit., pág. 20

- 8 Bodenheimer, Edgar
opus cit., pág. 26
- 9 Xirau, Ramón
"Introducción a la historia de la filosofía"
UNAM. México. 9 ed., 1983
pág. 81
- 10 Kant, Immanuel
"Principios metafísicos de la doctrina del derecho"
Selec., prólogo y notas de Arnaldo Górdova
UNAM. México. 1978
págs. 30 y 34
- 11 Kant, Immanuel
opus cit., págs. 32 y 33
- 12 Kant, Immanuel
opus cit., pág. XVI
- 13 García Máynez, Eduardo
"Filosofía...", pág. 63
- 14 Radbruch, Gustav
citado por:
García Máynez, Eduardo
opus cit., pág. 64
- 15 Radbruch, Gustav
"Introducción a la filosofía del derecho"
Tr. de Wenceslao Roces
Fondo de Cultura Económica. México. 3 reimp., 1978
págs. 54 y 55
- 16 García Máynez, Eduardo
opus cit., pág. 65

- 17 García Máynez, Eduardo
opus cit., págs. 65 y 68
- 18 Kant, Immanuel
opus cit., pág. 35
- 19 García Máynez, Eduardo
opus cit., pág. 74
- 20 García Máynez, Eduardo
"Introducción...", pág. 268
- 21 García Máynez, Eduardo
"Filosofía...", pág. 76
- 22 García Máynez, Eduardo
"Introducción...", págs. 89 y 295
- 23 Bodenheimer, Edsar
opus cit., pág. 27
- 24 García Máynez, Eduardo
"Positivismo jurídico, realismo sociológico y ius-
naturalismo"
UNAM. México. 3 ed., 1986
pág. 128
- 25 García Máynez, Eduardo
opus cit., pág. 128
- 26 García Máynez, Eduardo
opus cit., pág. 129
- 27 Radbruch, Gustav
opus cit., pág. 40

- 28 Kaufmann, Arthur
citado por:
García Máynez, Eduardo
opus cit., pág. 149
- 29 García Máynez, Eduardo
opus cit., pág. 145
- 30 García Máynez, Eduardo
"Filosofía...", pág. 16
- 31 Preciado Hernández, Rafael
"Lecciones de filosofía del derecho"
UNAM. México. reimp., 1986
pág. 34
- 32 Rickert, Heinrich
"Ciencia cultural y ciencia natural"
Tr. de M. G. Morente
Espasa-Calpe. Buenos Aires. 3 ed., 1952
pág. 51
- 33 García Máynez, Eduardo
opus cit., pág. 439
- 34 Kelsen, Hans
"Teoría pura del derecho"
Tr. de Roberto J. Vernengo
UNAM. México. 3 reimp., 1983
págs. 89 y 90
- 35 Rickert, Heinrich
opus cit., págs. 50, 51 y 52
- 36 Cassirer, Ernest
"Las ciencias de la cultura"
Tr. de V. Roces
Fondo de Cultura Económica. México. 2 ed., 1955
pág. 59

- 37 Sotarris, Gastón
citado por:
Preciado Hernández, Rafael
opus cit., págs. 18 y 19
- 38 Husserl, Edmund
"Investigaciones lógicas"
Tr. de M. G. Morente y J. Gao
Rev. de Oriente. Madrid. 2 ed., 1967
1^o volumen, págs. 76, 263, 264 y 265
- 39 Rodríguez, Guillermo Héctor
"Ética y jurisprudencia"
México. 1947
pág. 139
- 40 Recaséns, Siches Luis
"Tratado de filosofía del derecho"
Porrúa. México. 7 ed., 1981
pág. 481
- 41 García Máynez, Eduardo
"Positivism...", págs. 156, 157, 158, 159 y 160
- 42 Cervantes Ahumada, Raúl
"Derecho mercantil"
Herrero. México. 4 ed., 1984
- 43 García Máynez, Eduardo
"Filosofía...". pág. 414
- 44 García Máynez, Eduardo
"Positivism...", pág. 157
- 45 Preciado Hernández, Rafael
opus cit., pág. 22

C A P I T U L O I

1.1 Homero, 1.2 Hesíodo, 1.3 Solón, 1.4 los Pitagóricos, 1.5 Sócrates, 1.6 Platón, 1.7 Aristóteles y 1.8 Domiciano Ulpiano.

En el presente capítulo se analizará la justicia en sus inicios, pero no desde el punto de vista de la venganza privada, pública, o divina, por considerar estos temas propios del derecho penal; sino que empezaremos -- nuestro estudio de la justicia desde su esencia, es decir, su concepto, y así tenemos que los primeros que se encargaron de ello fueron Homero, quien en la "Ilíada" -- hace referencia a la diosa Themis como la consejera del padre de los dioses. En la "Odisea", Homero hace mención del término Dike como una pretensión jurídica subjetiva, y, después, como el reconocimiento de un derecho subjetivo por parte de un juez.

Hesíodo en la "Teogonía" habla de Dike y de las hermanas de ésta: Eunomia y Eirene, quienes son, respectivamente, la portadora del derecho desde el Olimpo a la Tierra, el buen orden y la paz.

En "Los trabajos y los días", Hesíodo señala la gran diferencia que existe entre los animales y los hombres, la cual consiste en que mientras aquellos se devoraban entre sí, a los hombres les fue dado el derecho para que se comunicaran entre sí y así poder salvar sus diferencias.

Por su parte, Solón apunta que el derecho necesita del poder debido a que únicamente podrá ser apto -el derecho- en la medida en que se imponga a las fuerzas contrarias a él; y agrega que la fuerza en sí no es mala o maligna.

Las primeras definiciones formales de la justicia - que son las propuestas por los pitagóricos, las plantearon de la siguiente manera: la justicia es un número cuadrado, "el cual es un compuesto de dos factores iguales; y en este sentido la definición enseña que la justicia es una relación de igualdad entre las personas que funcionan como términos de la relación".

En Sócrates, a quien considero el personaje más impactante de la filosofía griega debido al realismo con que se condujo a lo largo de su vida, veremos en el desarrollo de su filosofía, la forma de entender el dere-

cho y la justicia, y las razones por las cuales prefiere ofrendar su vida a Atenas, antes que permitir el caos de la polis.

En nuestro siguiente filósofo: Platón, encuentro a un soñador que piensa y trata de llevar a cabo el "Estado perfecto", y que en el desarrollo de su pensamiento se da cuenta que el hombre no es tan bueno como el creía y que, en sus últimas obras, tiene una visión más realista del hombre y de la sociedad en que vive.

En el último de los filósofos griegos -con el que -culmina la época de oro de esta civilización: Aristóteles, tenemos la exposición más completa y más importante en su tiempo, de la justicia; y que se ha conservado hasta nuestros días como una aportación de enorme trascendencia que es imprescindible para cualquier estudioso de la materia.

Cerraremos este capítulo con la definición clásica por excelencia, de la justicia: la de Domiciano Ulpiano, que es la definición del Derecho romano que comenta en las Institutas de Justiniano, padre del Derecho en nuestra cultura.

1.1 THEMIS Y DIKE (HOMERO)

Independientemente de que el fenómeno jurídico se remonta hasta los orígenes de la humanidad, fue la cultura griega la primera en meditar sobre su esencia y en decir algo fundamental al respecto; en ese entonces, el derecho no estaba separado ni de la moral ni de las costumbres y se entremezclaba con las prácticas mágicas y religiosas.

En Homero se localizan las primeras reflexiones -- acerca del derecho, el cual es presentado a través de la figura de la diosa Themis, quien convoca a la asamblea para defender el orden del Olimpo; Themis fue considerada como consejera del padre de los dioses, por tal motivo las instrucciones que proporciona Zeus a los reyes reciben el nombre de thémistes, y la conducta acorde con el derecho es themis. De este modo, "... es themis participar en la asamblea del ejército, ejercer el derecho de asilo y honrar a los muertos".¹

Cabe aclarar que en estos casos, no se trata "... de acciones impuestas a los griegos por normas heterónomas provenientes de una fuerza extraña, sino de una conducta que corresponde, en una circunstancia determinada, a la esencia de lo humano".²

Homero no concibió a Zeus como un legislador, sino que éste, "el padre de los dioses", gracias a los consejos de Themis, podía dar instrucciones a los gobernantes

acerca de la conducta intrínsecamente justa.

En relación a Homero, sólo me resta decir que en él se encuentra también la expresión dike, que en un principio "... significaba la pretensión jurídica subjetiva de una persona; posteriormente significó, además, el reconocimiento por el juez de un derecho subjetivo".³

1.2 EL ORDEN BIENHECHO DEL MUNDO (MESÍODO)

Hesíodo conoce a Themis, pero en este poeta, Dike, la hija de Themis, ocupa un primer plano. Los primeros poetas y pensadores encarnan en Themis y en Dike el Derecho.

En la "Teogonía", aparece Dike en compañía de sus dos hermanas: Eunomia (el buen orden) y Pirane (la paz), ambas hijas de Themis.

Dike es la portadora del derecho desde el Olimpo a la Tierra, tuvo por encargo difundirlo entre los hombres, protegerlo y conservarlo. "Dike tiene tres hermanas, llamadas Eris, Bia e Hybris. Eris es la pendencia, la que subvierte el orden, Bia es la fuerza que se enfrenta al derecho, e Hybris la incontinenencia que excede los límites del derecho transformando lo justo en injusto".⁴

Hesíodo es el primero en preocuparse de la esencia del derecho al introducir el concepto "orden universal" mantenida por Zeus. Este orden se funda para Hesíodo en dos reinos, el reino de la naturaleza irracional y el reino de la naturaleza racional. El concepto dice:

"... Cronión ha impuesto esta ley a los hombres. No permitido a los peces, a los animales feroces y a las aves de rapiña devorarse entre sí, porque carecen de justicia; pero ha dado a los hombres la justicia, que es la mejor de las cosas".⁵

De este modo, los hombres tienen un nomos por el cual están destinados a vivir según su naturaleza acordes con el orden jurídico, están obligados a no hacer uso de la violencia y a respetar los límites que marca el derecho, además de acudir a los tribunales a que un juez resuelva sus disputas.

Después de esto, se puede decir que Hesíodo está convencido de que la comunidad sólo prospera mediante el reinado de Dike y que, cuando sea despreciada, ocurrirá el fin de la polis. Es oportuno aclarar también, que Hesíodo está plenamente convencido del triunfo de Dike sobre sus opositores.

En estos pensamientos se localiza lo que puede ser considerado según Verdross "... en germen el esqueleto de la filosofía del derecho:

"1. El mundo está regido por leyes, que se encuentran protegidas por la divinidad.

"2. No toda la naturaleza está sometida a un mismo orden: en la naturaleza irracional rige la ley de Nía, que es la ley de la causalidad; entre los hombres impera la ley de Dike. Para ellos vale la ley ética-jurídica del estar obligado, ley que debe ser obedecida, pero que puede ser de hecho violada.

"3. Al ser del hombre corresponde una vida conforme

al nombre de Dike.

"4. Así como el estar en el espacio corresponde a la materia, el vivir dentro del derecho pertenece a la esencia del hombre; en consecuencia, el derecho no puede deducirse del mandato de una voluntad arbitraria, sino de aquellas normas que reflejen el ethos, el ser peculiar del hombre.

"5. La legislación y la jurisprudencia no son actos puros de voluntad. Los hombres comisionados para realizarlos tienen más bien el encargo de descubrir el derecho, a cuyo efecto han de contemplar el caso por resolver a la luz de Dike. La diosa tiene así su parte en la verdad, a cuyo esencia pertenece develar lo oculto y revelarlo".⁶

Hesíodo percibió claramente que no todo lo que tenga forma jurídica es derecho, sino sólo aquello que además de tener forma, esté de acuerdo con los señalamientos de Dike. No basta únicamente con que el derecho se dicte, es necesario también que se busque y encuentre, es decir, la verdad jurídica está oculta, es menester encontrarla y darla a conocer.

1.3 DERECHO Y PODER (SOLO)

En Dike Helón encontró las enseñanzas para guardar la justa medida y combatir a Hbris; gracias a ella en el año 504 a. de C., en Atenas, su ciudad natal, cuando ganó el grupo de tiranos con poderes ilimitados para restablecer el orden, se le encomendó la elaboración de

un nuevo thymós, es decir, una constitución capaz de --
restablecer la paz interior.

El desempeño de sus funciones procuró el equilibrio entre las diversas fuerzas sociales, ya que era la forma la de Solón para la prosperidad del Estado. Este orden o equilibrio recibió el nombre de Eunomia, el rompimiento de este orden trae como resultado el que algunos grupos lleguen a ser demasiado poderosos, además de las luchas de partidos, los odios y la intranquilidad: el menosprecio del derecho no únicamente crea consecuencias dañosas para su infractor, sino también para la comunidad en la que vive.

La renovación del orden de su ciudad natal se logró con la ayuda de Dike y la de Nía. Nía, para él ya no es una opositora de Dike, sino su aliada, como distinción entre una buena y una mala Nía, entre un poder legítimo y un poder arbitrario. Este último constituye un ataque al derecho, mientras el primero representa la coacción jurídica, utilizada para su efectividad. Dike no puede realizarse por sí misma, necesita de Nía para poder hacer frente a las fuerzas ilegítimas. Dike y Nía están obligados a actuar conjuntamente si quieren restaurar el orden social quebrantado. Dike muestra la meta, Nía pone en sus manos los medios para alcanzar tal fin. "Con Nía y Dike he logrado reconducir la Ciudad hacia la Eunomia". La fuerza no es por sí misma mala o malina. El derecho no puede desentenderse del poder, pues únicamente puede alcanzar su finalidad, "hacer reinar la paz y el orden", en la medida en que sea apto para imponerse tam-

bién a las fuerzas hostiles.⁷

Funoria resalta que los derechos de los particulares no pueden convivir aislados, sino que deben limitarse unos a otros para el orden adecuado de la seguridad y el aseguramiento de la conservación de la comunidad. En Funoria se dá, tal vez por primera ocasión, la idea de la justicia distributiva.

1.4 LOS PITAGORICOS

Como lo hemos visto en el breve transcurso de este capítulo, el fenómeno jurídico en occidente tiene su inicio en la civilización griega; además, pero por cuanto hace a la filosofía, en los físicos milesios encontramos el origen de la justicia en la naturaleza de la cosas y el principal antecedente de esta idea lo tenemos en el célebre fragmento de Anaximandro de Mileto, el cual dice:

"en aquello en que los seres tienen su principio, en eso mismo viene a parar su destrucción, según lo que es necesario; porque se hacen justicia y dan reparación unas a otras de su injusticia, en el orden del "tiempo".

Teofrasto, opiniones de los físicos, fragmentos 2, en Simplicio, Comentario a la Física de Aristóteles, 26, 13.

Sin embargo, los primeros que dieron una definición conceptual acerca de la justicia fueron los pitagóricos.

cas.⁸

Ellos formaron una sociedad o comunidad religiosa - fundada por Pitágoras de Samos - hombre legendario y revestido de misterio, portador de la triple aureola de religioso, taumaturgo y filósofo-; en la ciudad de Crotona, al sur de Italia, en la segunda parte del siglo VI. e. de C.⁹

El desarrollo de la escuela de este filósofo, se ha visto envuelta por la obscuridad y en consecuencia los datos sobre la misma son escasos; no obstante, José Ferrater Mora en su "Diccionario de filosofía", nos expone que: "algunos autores antiguos han señalado que los pitagóricos se escindieron en dos sectas: la esotérica, llamada de los pitagóricos, y la de otros llamados pitagóricos. No se puede decidir si esta división corresponde a la realidad o si es una consecuencia de la tendencia antigua de subrayar lo esotérico. Los primeros partidarios de Pitágoras son llamados los viejos o antiguos pitagóricos".¹⁰

Pitágoras fue un joven matemático "... que se destacó voluntariamente de Samos por odio a la tiranía de Polycrates, concibió, en conexión con su doctrina religiosa, un ideal de vida en sí independiente de las formas políticas, un ideal que podía hacer al hombre fuerte --- frente a todo trastorno en el orden del estado".¹¹

A Pitágoras se le atribuye la creación de la Ciencia Política, dice que en todas las cosas hay mezcla de unas con otras, que no existe ninguna cosa pura; de esto todo, "... la ciencia política sólo puede fundarse sobre

el supuesto de que la comunidad humana contiene una mezcla de justicia y de injusticia, que los hombres deshonrosos e injustos constituyen un material ineludible y que la misión de esa ciencia consiste en armonizar los elementos de la mezcla y en corregir los impulsos en que la naturaleza humana tienen valor negativo".¹²

Dice que el gobierno es depositario del mandato del pueblo, los senadores se deben de conducir en tal forma que puedan transmitir ese mandato como herencia a sus hijos; para lograrlo es necesario apearse a la justicia, igual que cualquier otro ciudadano. "La armonía es un principio común, que entre los hombres se llama concordia. Y su esencia es la justicia, que en las relaciones humanas ha adoptado la forma de ley".¹³

Juan Llambías de Azevedo, el autor de "El pensamiento del Derecho y del Estado en la Antigüedad, desde Homero hasta Platón" nos expone textualmente:

"Los pitagóricos fueron los primeros que se atrevieron a determinar conceptualmente la esencia de la justicia, y lo hicieron reduciéndola precisamente a una igualdad. Descubrieron que la justicia es una medida y la determinaron en forma matemática".

Llambías de Azevedo continúa exponiendo:

"La Magna Moralia (de Aristóteles) atribuye a Pythagoras una definición precisa: la justicia es un número cuadrado. Un número cuadrado es un número compuesto de dos factores iguales, y en este sentido la definición enseña que la justicia es una relación de igualdad entre las personas términos de la relación. El principio se --

aplica con seguridad a la retribución, a la relación entre el delito y la pena, porque la misma obra afirma que Pythagoras consideraba justo que el ofensor sufriera el mismo daño que había hecho al ofendido".

Por último, Juan Ilambías de Azevedo, concluye: --- "... la reciprocidad, que..., integra el concepto pitagórico de la justicia, entendida sin restricción no es simplemente la igualdad formal de todos ante una regla, sino también la igualdad material en los bienes y en las obligaciones".¹⁴

Del planteamiento de la concepción que de la justicia tuvieron los pitagóricos, encuentro una característica muy importante, e incluso me atrevo a decir que hasta esencial: equiparar a la justicia con una fórmula matemática; lo que conduce a que en la aplicación de este valor se busque o se pretenda obtener la misma exactitud que contienen las matemáticas en sí mismas.

Pero considero que no se puede obtener la precisión de una ciencia natural (en este caso las matemáticas), a la realización de un valor (la justicia), que es objeto de estudio de las ciencias sociales o culturales, o de cualquier otra clasificación de las ciencias que tenga por objeto de estudio la concretización de valores; debido a las diferencias ya señaladas.

Menciono lo anterior, porque en una conversación -- que tuve al respecto con una persona que me merece todo el respeto de que puedo ser capaz, le platicó este servidor que, por ejemplo, si sumo $2 + 2$ me resultará 4, y -- que siempre que se ejecute esta operación, el resultado

siempre será el mismo: 4; a lo que su interlocutor no señaló que si sumaba dos + dos en la numeración maya, el resultado no sería cuatro; pero al mismo tiempo deduzco que si sumo el dos maya + el dos maya, resultara el equivalente en la numeración maya al 4 en la numeración arábiga. Y del mismo modo será su equivalencia en cualquier otro tipo de numeración.

Por otra parte pienso que la relación entre el delito y la pena, por ejemplo, no se interpreta igual por lo que a su equivalencia se refiere, para administrar justicia en uno u otro orden jurídico, ya que éste depende de caracteres subjetivos, a diferencia de las matemáticas o de cualquier otra ciencia natural que son objetivas.

Se señaló en los inicios de este punto que Pitágoras "... concibió en conexión con su doctrina religiosa, un ideal de vida en sí independiente de las formas políticas...". Se ha criticado a Pitágoras de tener ideas aristocráticas, "ciertamente, la orden poseía una jerarquía interna, pero ella era independiente de toda diferencia de sangre y se basaba exclusivamente en el progreso que cada uno realizaba en el plan de educación y aprendizaje. El ingreso no estaba subordinado a ningún prejuicio nobiliario".¹⁵

Recalco esto, debido a que los pitagóricos "... sostuvieron que para que el poder gubernativo pudiera funcionar adecuadamente debía ser ante todo honesto y legítimo... Los pitagóricos proponían, pues, la aristocracia, pero no la de la sangre, ni la sustentada en privilegios económicos, sino aquella que consiste en el go-

bierno de los intelectualmente superiores".¹⁶

1.5 SÓCRATES DE ATENAS

Sócrates vivió entre los años 470/69 a 399 a. de -- C.; fue hijo del escultor Sofronisco y de la partera Marate, por esta actividad de su madre, se le llamó "el partero de las ideas", ya que a través del diálogo con la gente hacía que ésta dudara, pensara, reflexionara y así nacieran las ideas y se tratara de encontrar los conceptos.

Reunió un buen número de prosélitos por lo que se le acusó de pervertir a la juventud y de pretender sustituir a los antiguos dioses oficiales por otros nuevos -- dioses; por tal motivo, se ganó muchos enemigos, entre los que contaban Anito, Melito y Licon, quienes dieron -- estado oficial a los cargos murmurados contra Sócrates -- de corromper a la juventud y de impiedad. Sócrates fue -- sentenciado a muerte y condenado a beber la cicuta.

Como el proceso resultaba un absurdo, pues incluso el oráculo había dicho que Sócrates era el hombre más sabio, se le propuso escapar de prisión, pero rechazó tal ofrecimiento, porque, como comenta Ferrater "Ora "... -- prefirió hacer culminar con una muerte libremente acepta da una vida que había estado constantemente dirigida a -- dar a entender a los hombres que la filosofía no es una -- especulación sobre el mundo añadida a las otras actividades humanas, sino un modo de ser de la vida por el cual -- es preciso, cuando convenga, sacrificarla".¹⁷

Sócrates no escribió ninguna obra y nunca abandonó su ciudad; su obra fue difundida por dos de sus alumnos: Platón y Jenofonte.

El primero de ellos, en sus diálogos, pone en boca de su maestro las palabras con las que éste expresa su pensamiento. Sin embargo, no en todos los diálogos se encuentra el pensamiento socrático, sólo en los juveniles, pues después Platón escribió diálogos en los que coloca en labios del hijo de Sofronisco palabras que más bien expresan el pensamiento del fundador de la Academia.

Por tal motivo, sus Diálogos son clasificados de acuerdo a la época en que fueron escritos por él, siendo los ubicados dentro de "período socrático" los que verdaderamente reflejan el pensamiento de Sócrates; "en este período Platón está influido todavía por el determinismo intelectualista de Sócrates. La mejor parte de los Diálogos terminan sin llegar a ningún resultado definido. Tal es la característica del socrático no saber nada.

"1. La Apología. Defensa de Sócrates en su proceso.

"2. Critón. Se describe a Sócrates como el buen ciudadano que, a pesar de lo injusto de su condena, desea dar su vida obedeciendo a las leyes del Estado. Critón y otros sugieren la fuga, y se ofrece con dinero; pero Sócrates declara que se mantendrá fiel a sus principios.

"3. Protífron. Sócrates espere su proceso por impiedad. Tema del diálogo: la naturaleza de la ciudad. No se llega a ningún resultado definido.

"4. Leones. Sobre la valentía. Ningún resultado de-

finís.

- 5. Ión. Contre los poetas y los rapsodas.
 - 6. Protágoras. La virtud es conocimiento y puede ser enseñada.
 - 7. Crítilas. Sobre la templanza. Sin resultado.
 - 8. Lisis. Sobre la amistad. Sin resultado.
 - 9. Penábulo. Libro I. Sobre la justicia.
- "(La Apología y el Critón debieron ser escritos, -- evidentemente, en fecha muy temprana. Es probable que -- los demás diálogos de este grupo los compusiera Platón -- antes de su primer viaje a Sicilia, del que regresó hacia 388-387)".¹⁸

Por su parte, Jenofonte señala que Sócrates acudía al ágora a la hora de mayor concurrencia, y posteriormente, en los principales lugares de reunión en donde prácticamente podía encontrarle quien quisiera hacerlo. No -- discutió sobre la naturaleza de las cosas, ni cómo surgió el Cosmos. Lo que llevaba a cabo, era el interrogatorio a los sofistas en relación a los conocimientos de éstos acerca de las cosas humanas.¹⁹

"Su actividad constante consistió en charlar en las plazas de Atenas con cuantos quisieran buscarse a sí mismos y encontrar la fuente de la virtud. Su habilidad -- consistía en persuadir y disuadir; su método no era la exposición, sino el diálogo y, sobre todo, la interrogación".²⁰

Sócrates de Atenas, el primero de los tres más grandes pensadores griegos, junto con Platón y Aristóteles -- cronológicamente hablando; es también -- en lo personal-

junto con Jesucristo, cada uno en su momento histórico, uno de los dos hombres más justos de todos los tiempos, hombres que siempre predicaron con el ejemplo su manera de pensar y de sentir.

El pensamiento socrático -como nos lo señala Eduardo García Máynez-, puede ser sintetizado en dos máximas: "sólo sé que nada sé" y "conócete a ti mismo". "El verdadero objeto de conocimiento es el alma humana. De aquí -la segunda máxima".²¹

A Sócrates le correspondió vivir -como hemos podido darnos cuenta- en la época de los sofistas, éstos fueron hombres diestros en una arte o ciencia en particular. -- Sin embargo el término "sofista" fue posteriormente descreditado debido a: "el hecho de que se hiciesen pagar -- por sus lecciones; su dudosa honradez intelectual y la finalidad de su enseñanza, que no consistía en la búsqueda de la verdad por la verdad misma, sino en el hábil empleo de recursos dialécticos con el propósito de obtener éxito feliz en los negocios y adquirir influencia en la vida del Estado".²²

No obstante lo anterior, el período de la sofística es llamado por algunos historiadores de la filosofía, como la "época de las Luces o período de la ilustración", debido a que estos hombres salen a las plazas y a los mercados a divulgar su arte o su ciencia en busca de la fama, la riqueza y la gloria, lo que ocasiona que la cultura salga de su encierro en las escuelas y en los monasterios y sea más accesible para todos. Los principales exponentes de esta corriente, fueron Protágoras y Gor----

rias.²³

Continuando en relación a la sofística, Platón escribe en uno de sus diálogos, que Protágoras de Abdera - considera que "el hombre, es la medida de todas las cosas, de la existencia de las que existen, y de la no existencia de los que no existen".²⁴

Sócrates recoge el planteamiento del abderitano, en el sentido de que si bien es cierto que "el hombre es la medida de todo lo que existe", lo es como "... ente humano, en lo que tiene de esencial y típico".²⁵

Y aquí es precisamente donde encontramos el gran abismo que hubo entre el pensamiento de Sócrates y la filosofía sofista, ya que ésta -como concluye García Máynez-, es relativa, considera al hombre como sujeto particular, personal y concreto, es decir, se refiere a las características de cada individuo en específico, y no a las del género hombre; mientras que "la filosofía socrática elevase a lo social y busca lo necesario. La posesión de la sabiduría es para ella el valor más alto...; el hijo de Sofronisco quiere llegar al descubrimiento de lo verdadero, para ceñir a la verdad su vida".²⁶ O como lo señala Frederick Copleston en el 1º volumen de su "Historia de la filosofía":²⁷ "Sócrates se ocupó de las definiciones universales, o sea, de la posibilidad de llegar a unos conceptos precisos, fijos. Los sofistas proponían doctrinas relativistas, rechazando las doctrinas necesarias y universalmente válidas".

Prosiguiendo con la exposición de Frederick Copleston, y como preámbulo a la concepción de justicia del fi-

lósofo que nos ocupa, nos dice que Sócrates, debido al interés en todo lo relativo a la conducta ética, vislumbró en la definición una sólida roca que sirve de salvavidas a los hombres en medio del inmenso mar de las doctrinas relativistas que impartían los sofistas: "para -- una ética relativista, la justicia, por ejemplo, varía -- de una ciudad a otra, de una comunidad a otra comunidad: nunca se puede decir que la justicia sea esto o aquello, ni que determinada definición suya valga en todos los Estados, sino solamente que la justicia en Atenas es esto y en Tracia esto otro. En cambio, si logramos de una vez para siempre una definición universal de la justicia, -- que exprese su íntima naturaleza y sea válida para todos los hombres, entonces contaremos con algo seguro sobre lo cual construir, y podremos juzgar no sólo las acciones individuales, sino también los códigos morales de -- los distintos Estados, en la medida en que tales códigos encarnen la definición universal de la justicia o, por el contrario, se aparten de ella".²⁴

Sócrates fundó su concepción de justicia en el orden divino inteligible, racional, fue el primero que le dio valor al derecho humano como una necesidad de regular las relaciones jurídicas de los integrantes de la polis para el mejor funcionamiento de ésta, ya que era precisamente el ser parte de la ciudad lo que enorgullecía al hombre griego, incluso, ellos consideraban peor el destierro que la misma muerte. Al respecto, García -- Gúzman comenta que: "su dedicación al estudio de las -- cuestiones sociales encontró un eco admirable en las vag

tes doctrinas políticas de Platón y Aristóteles. Los tres filósofos más excelso de la antigüedad consideran al hombre no como ente aislado, sino como ser esencialmente social, para emplear la frase, ya consagrada, -- del Estagirita, como animal político. El individuo sólo alcanzará su perfeccionamiento dentro de la comunidad, -- es decir, en el seno de la polis²⁹ por lo que:

"Sócrates..., aplicó su intelectualismo ético a la vida del Estado, afirmó la vocación por una justicia superior, fundada en el orden divino inteligible, racional; y al propio tiempo, trató de fundar sobre dicho orden el valor del Derecho humano, aunque sea malo, ofreciendo, con ello, el primer ensayo de zanjar el conflicto entre Derecho natural y Derecho positivo, conflicto que resuelve en favor del Derecho positivo, cabalmente -- por razones de Derecho natural, -- cuando condenado, rehúsa sustraerse al imperio de las leyes atenienses y al fallo de sus jueces".³⁰

Son dos los ejemplos principales en que podemos encontrar el pensamiento de Sócrates en relación con el derecho y la justicia: el primero se localiza en uno de los diálogos escritos por Platón: "Critón o del deber"; y el otro, en un pasaje de la obra "Memorias sobre Sócrates", escrita por Jenofonte.³¹

En el diálogo "Critón o del deber", Critón, uno de los amigos de Sócrates, trata de convencerlo que acepte su exilio y lo de sus otros amigos para que huya de la cárcel y así sustraerse a la condena "injusta" a que lo sentenciaron sus jueces, cada vez que el carcelero había

hido cobarrado y era necesario escapar por estos medios.

El momento más importante de este diálogo, en cuanto, después de que Critón le ha propuesto huir, el filósofo ateniense le contesta que primero se manifiesta prolijar si es justo o no hacerlo sin permiso de la polis, y que si en el momento de abandonar su celda, las leyes y la República ateniense se presentaran y les dijeron, o mejor dicho, le preguntaran a Sócrates que por qué piensa no cumplir con la ley que él tanto alabó como justas; las leyes que obligaron a Atenas a tratarlo como a uno más de sus hijos con todo lo que esto representa; -- las leyes que en todo momento le permitieron abandonar la ciudad y que él nunca hizo, salvo para asistir como espectador a unas competencias deportivas a Corinto, y por campañas militares; las leyes que también le han dado educación a sus hijos. Pero sobre todo, cuando surge la pregunta: ¿qué pasaría si él desobedeciera a la ley, si todos los atenienses lo hicieran?, y llega a la conclusión después de esta serie de planteamientos, que la observancia de la ley, aun para él mismo lo dice cuando sea injusto, traerá como consecuencia la seguridad jurídica en que se funda el orden de la polis griega.²⁰

"El asunto que en el Critón se discute acerca de Sócrates Mánquez sigue siendo actual, y la filosofía socrática coincide con una de las más fuertes reacciones del siglo de la filosofía jurídica de este siglo. En el coloquio de una hermosa apología del respeto a la ley positiva. El interés general que el diálogo representa debe ser anteponer, en caso de conflicto, el interés moral"

del individuo. El Estado no podría subsistir si el cumplimiento de las leyes quedase al arbitrio de los particulares y no se reconociese validez a las decisiones de los jueces. La ley debe ser respetada en todo caso, ya que su observancia es condición esencial a la vida de la comunidad política. O, expresado en el lenguaje de la filosofía jurídica contemporánea: el derecho positivo vale por sí mismo, como orden, independientemente de su contenido.

"Sócrates -que no sólo igualó con la vida el pensamiento, sino que corroboró con la muerte su doctrina- fue el primero y más ferviente defensor de la teoría de la seguridad jurídica";³³ y afirma Recaséns Siches que "con razón puede considerarse a Sócrates como el primero que subraya la idea de certeza y seguridad jurídicas, -- que tanto acentúa el pensamiento jurídico contemporáneo".³⁴

Ahora bien, el polo diametralmente opuesto a esta "... hermosa apología del respeto a la ley positiva" que lleva a cabo el Maestro griego, lo tenemos en un pasaje de la "Antígona", obra escrita por el trágico Sófocles, contemporáneo del hijo de Sofronisco.

El pasaje señalado escrito por el literato es el siguiente:

Creón:

Tú, que inclinas al suelo la cabeza, ¿confiesas a mi negro haber dado sepultura a Polínice?

Antígona:

Lo confieso, no niego haberle dado sepultura.

Creón:

¿Conocías el edicto que prohibía hacer eso?

Antígona:

Lo conocía... Lo conocen todas.

Creón:

¿Y has osado violar las leyes?

Antígona:

"Es que Zeus no ha hecho esas leyes, ni la Justicia que tiene su trono en medio de los Dioses inmortales. Yo no creía que tus edictos valiesen más que las leyes no escritas e inmutables de los dioses, puesto que tú eres sólo un simple mortal. Inmutables son, no de hoy ni de ayer; y eternamente poderosas; y nadie sabe cuándo nacieron. No quiero, por miedo a las órdenes de un solo hombre, merecer el castigo divino".³⁵

La diferencia entre una y otra obras es fácil distinguirlas; mientras que en el "Crittón" predomina la convicción de que la ley está por sobre sus destinatarios, y que su violación, en último extremo, traería como consecuencia la destrucción de la polis, el filósofo prefiere ser víctima de una injusticia, anteponiendo el interés de orden y seguridad general a su interés particular; en la "Antígona" por el contrario, hay la convicción moral del deber cumplido, es el ejemplo idóneo de ejercicio del derecho de resistencia al cumplimiento de la ley escrita, basada en la justicia y en la bondad intrínseca de sus normas del Derecho natural, por arriba del Derecho positivo.

Hará énfasis para punto final a su exposición por

ca del planteamiento de estas dos obras literarias, haciendo una crítica de las concepciones tanto del filósofo como del trágico, en los siguientes términos:

"Las dos concepciones, llevadas al extremo, resultan falsas. Verdad es que algunas veces las exigencias de la seguridad jurídica opónense a las del derecho ideal; pero la oposición es relativa, y sólo puede darse en casos aislados, nunca en la mayoría de las situaciones. Es posible que en una sociedad injustamente organizada impere el orden; el poder logrará quizás imponerlo momentáneamente; pero la paz aparente, fundada en el temor, y el orden impuesto por la fuerza, tendrán vida muy efímera. El conflicto entre justicia y seguridad jurídica se da siempre dentro de ciertos límites, muy cercanos entre sí. Cuando un poder arbitrario intenta traspasarlos, y crear un estado de seguridad sobre los cimientos de un derecho completamente injusto, la seguridad desaparece, la ley mala es violada, y la resistencia se organiza, para culminar, en casos extremos, en la revolución y la ruptura violenta de una situación insostenible. Lo que se afirma de todo sistema jurídico, puede decirse de cualquier norma aislada. La autoridad es capaz de aplicar coactivamente una ley injusta; pero si la injusticia del precepto va más allá de cierta linde, los destinatarios niegan a cumplirlo, y sistemáticamente lo violan".³⁶

La otra obra en la que se localiza el pensamiento de Sócrates en relación al Derecho y la justicia, es como ya se mencionó, un pasaje de la obra "Memorias sobre

Sócrates", escrita por Jenofonte, y que consiste en el diálogo que sostienen el sofista Hippias y el creador de la mayéutica (arte de alumbrar en el discípulo nociones que éste poseía sin haberlo).

Si bien es cierto que Sócrates fue un apologeta su blime de la seguridad jurídica, dicho coloquio nos lleva a la conclusión de que el humanista también fue partidario de la teoría de los dos ordenes.³⁷

En el pasaje que se menciona -escribe García Méynez-,³⁸ cuenta Jenofonte que Hippias le solicitó a Sócrates le diera una definición de la justicia, éste le dijo que justicia es todo aquello que es conforme a la ley. - "El que esté sometido a las leyes observe la justicia, y quien las resiste se hace culpable de iniquidad"; de esta requisita, es fácil deducir que Sócrates fue un innovativista.

Sin embargo, su convicción en relación a la existencia de un derecho natural, se percibe cuando pregunta a Hippias si conoce las leyes no escritas, el sofista contesta que sí, que son las que reinan en todos lados. Al referirse a estas leyes, Sócrates le dice a Hippias que "son los dioses los que las han prescrito a los hombres".

No obstante -sigue señalando García Méynez-, en la última parte del diálogo se trasluce con gran claridad el verdadero pensamiento de Sócrates: hay leyes escritas y leyes no escritas, preceptos contingentes y normas universales. Una y otras deben ser respetadas por todos; los primeros, porque su observancia es condición in

dispensable a la vida del Estado; las segundas, nacen emanando de la divinidad y en sí mismas llevan el castigo de su transgresión.

"Es innegable que los escritos carecen del atributo de inmutabilidad, propio del derecho divino. frecuentemente acontece -arguye Minias- que aquellos que las han promulgado las derogan y condenan, substituyéndolas por otras distintas. -¿Pues qué! -contesta Sócrates- ¿no ocurre a menudo que los Estados emprenden la guerra y hacen después la paz? -Sin duda. -Censurar a los que obsequian las leyes por la razón de que pueden ser derogadas, ¿no es condenar también a los soldados que se mantienen en sus puestos y en buen orden, aunque deba hacerse un día la paz?... -¿Has observado que Licurgo no hubiera hecho a Lacedemonia superior a las demás Repúblicas, si no hubiera introducido en ella el mayor respeto hacia las normas? ¿No se consideran como más hábiles magistrados - los que saben inspirar mejor a los ciudadanos la sumisión a las leyes? ¿Y no goza en paz de la mejor constitución la República donde aquellas son más reverenciadas?..."²⁹

Ya para concluir con el punto destinado en este capítulo a este gran Hombre, sólo me resta decir que Sócrates, en la analogía del proceso instruido en su contra, una vez que es condenado a muerte, hace uso de la palabra y dice a sus acusadores y a los jueces que lo condenaron, que no guarda ningún resentimiento contra de ellos: "tengo sólo una gran pena que sentirlos. Cuando mis hijos sean mayores, os suplico los enseñéis, los -

atormentáis como yo os he atormentado a vosotros, si ---
 veis que prefieren las riquezas a la virtud y que se ---
 creen algo cuando no son nada; no dejáis de sacarlos a ---
 la vergüenza si no se aplican a lo que deben aplicarse y
 creen ser lo que no son; porque así es como yo he obrado
 con vosotros. Si me concedáis esta gracia, lo mismo yo ---
 que mis hijos no podremos menos de alabar vuestra justici-
 cia".⁴⁰

Con el sacrificio de su vida, Sócrates de Atenas le
 brinda la más grande prueba de amor que le puede dar un
 priego a su ciudad y a sus leyes.

1.6 PLATON DE ATENAS

Platón nació en el año 428/27 y murió en 347 a. de
 C., en la ciudad de Atenas. Fue de clase aristocrática,
 su nombre fue el de Aristocles, su apodo: Platón, quiere
 decir "el de anchas espaldas".

Su principal actividad fue la política. A los 18 --
 años, se hizo alumno de Sócrates, convirtiéndose en el --
 principal discípulo del hijo de Sofronisco, ejerciendo --
 éste una enorme influencia en el fundador de la Academia
 (nombre con el que es conocida su escuela), tanto en su
 vida personal como en sus doctrinas filosóficas. A la --
 muerte de Sócrates, Platón radicó en Megara, a su regre-
 so a Atenas, dio inicio a sus clases de filosofía.

Posteriormente, se dirigió a Siracusa, invitado por
 el tirano Hierón el Menor, sin embargo, al parecer por
 órdenes de Dionisio, Platón fue ofrecido como esclavo. --

Rescatado por un tal Aniceris, Platón regresó a Atenas, donde funda la Academia.

Nuevamente invitado a Siracusa, ahora por el sucesor del tirano Dionisio: Dionisio el Joven, emprendió un segundo viaje a aquella ciudad en donde tenía pensado poner en práctica sus ideas de reforma política.

Cuando Dion cayó en desgracia, Platón regresa a Atenas, pero emprende un tercer viaje a Sicilia en 361/60, otra vez por invitación de Dionisio el Joven; pero es obligado a huir acusado de estar implicado en las luchas políticas del Estado.

Regresa por última vez a su ciudad natal, y permanece en ella consagrado a su Academia y a sus obras hasta el día de su muerte.⁴¹

Para el fundador de la Academia, la justicia es la virtud universal, de la cual se derivan todas las demás virtudes, la justicia es armonía.⁴²

Platón desarrolla su teoría de la justicia en el campo político jurídico. "En este sentido la justicia -- consiste en que cada uno de los tres elementos o clases integrantes del Estado (gobernantes, militares y artesanos) debe cumplir sus funciones propias sin interferirse con las de los otros, y de acuerdo con la virtud especial que le corresponde".⁴³

La justicia es posible dividirla en dos partes, pero siempre como criterio racional, en individual y social, como aparece en las "Lecturas de filosofía del Saracho" de Rafael Preciado Hernández:

"Recogiendo el pensamiento de Platón, cabe dividir

la justicia -siempre como criterio racional- en individual y social; pues para él la justicia no representa un valor exclusivamente social, sino también una regla o medida de la conducta estrictamente individual, que regula la armonía entre las tres distintas partes o potencias - del alma. La actividad de cada una de estas partes del alma, tiene su propia regla, a la cual corresponde una virtud: la regla y la virtud de la parte racional, es la sabiduría (sofía); la del ánimo o coraje, que nosotros llamamos voluntad, es la fortaleza (andria); la de la parte apetitiva, correspondiente al apetito sensible, es la templanza (sofrosyne); y finalmente, es la justicia - (dikayusine), la que establece el orden o jerarquía, la relación armónica entre estas tres partes del alma y sus operaciones. Así, la justicia individual establece un orden interior, una jerarquía entre las diversas potencias del hombre, considerado éste individualmente -no en sus relaciones con los demás hombres-, orden que el ser observado en la vida, hace del individuo un ser armonioso, un hombre justo. Esta justicia individual exige que la voluntad se someta en sus actos a los dictámenes de la razón, y que a su vez los apetitos sensibles se subordinen a la voluntad y a través de ella, a la razón, ya que sólo de este modo reina la armonía en el alma humana".⁴⁴

Como hemos visto, la justicia consiste en que las tres clases integrantes de la polis se ocupen a sus funciones sin interferir en el desempeño de las actividades de las otras clases o elementos que conforman el Estado, es decir, que los gobernantes rijan y legislen, que los

militares hagan cumplir las leyes y las decisiones de los gobernantes, y que los artesanos y campesinos se apliquen a la producción de los medios necesarios para la satisfacción de las necesidades de la población.⁴⁵

Pienso que esto se da en un principio en el ámbito individual, debido a que en la medida en que el ciudadano cumple con su papel dentro de la polis, la justicia se cristalizará también -como consecuencia- en el ámbito social. La justicia es un presupuesto esencial en la doctrina platónica, ya que su consecución -como dice Luis Recaséns Siches-, "... es el principio sobre el cual está fundado el Estado perfecto",⁴⁶ componente fundamental de dicha doctrina.

El pensamiento jurídico-político de Platon de Atenas se haya expuesto en dos de sus Diálogos: la "República" y las "Leyes".

En lo particular, una de las explicaciones más claras acerca del pensamiento de Platón en esta materia es la que hace Ramón Xirau, la que en lo referente a la "República", textualmente dice:

"Distingue Platón tres clases de hombres: los de oro, los de plata y los de bronce. Los primeros son gobernantes, los segundos, guardianes; los terceros, los campesinos y los artesanos. Como el alma humana..., el Estado está formado por tres estratos: el de la soberanía, correspondiente al cochero del alma individual, el de la acción, correspondiente al corcel blanco, y el de los apetitos, coincide con el corcel negro. Los últimos, que son los campesinos y los artesanos, nunca llegarán a

ser gobernantes del Estado. Para que sean buenos productores deberán poseer una propiedad y tener una familia. Sólo la propiedad y la familia serán los motores de la producción y que el hombre, en quien no falten deseos e intereses, solamente alcanzará a producir si tiene que mantener a los suyos y conservar lo que es suyo. La clase más baja del Estado platónico es así una clase productora, propietaria y poseedora de una familia. No así la clase de los guardianes. Éstos, para que realicen su labor con desinterés, deberán carecer de bienes en esta tierra y tendrán una propiedad común y una familia común. Desposeídos de sus vínculos a la tierra y de sus apetitos, los guardianes actuarán, no para su propio bien particular, sino en vistas al bien común.

"Por encima de todos, el gobernante... Este hombre de oro que es el filósofo, será el verdadero sabio. Y si su sabiduría es perfecta, como lo espera Platón, el gobernante no tendrá necesidad de leyes puesto que él mismo, que habrá visto el sol salir de la caverna, será capaz de saber, por puro acto de sabiduría, cuál es la justicia, y cuál es la verdad. El filósofo, el que ama la sabiduría, ama toda la sabiduría y no tan sólo parte de ella, y así deberá amar la justicia, base y sostén de todo el Estado. Además, el filósofo, que es en realidad el sabio, ama la unidad y la armonía... El hombre sabio, el filósofo, que tiene un conocimiento absoluto y perfecto, no podrá causar el mal ni ser causa de la injusticia.

"El es el Estado perfecto en que soñaba Platón".¹⁷

Del anterior planteamiento, resalte a la vista una

situación -van lo que a lo largo del tiempo se refiriera-, muy importante: el hecho de que Platón haya afirmado que "el gobierno no tenía necesidad de leyes..." constituye una contradicción con su maestro Sócrates, quien, como hemos visto ya, llegó hasta el sacrificio de su vida por respeto a la ley.

Por otra parte, también es posible que esta afirmación, de llevarse a la práctica, podría conducir al Estado a una forma extrema de gobierno ya expuesto: el despotismo, o más, incluso pienso que por este camino también se llegaría a la arbitrariedad; ya que el filósofo -si aceptamos lo expuesto por Platón-, "será capaz de saber, por puro acto de sabiduría, cuál es la justicia y cuál es la verdad... el filósofo que tiene un conocimiento absoluto y perfecto no podrá desear el mal ni ser capaz de injusticia", pero el filósofo antes de ser filósofo, es un hombre, un hombre de carne y hueso al que le corre sangre por las venas, no hielo.

No atrevo a hacer este comentario, porque me da la impresión de que el devenir histórico de "La ciudad platónica" fue concebido en forma semejante a la exactitud del funcionamiento de la maquinaria de un reloj, y que los integrantes del Estado son las piezas de esa maquinaria.

Claro, por lo que respecta a los "Leyes", Virau señala que su punto de vista es completamente distinto, ya que "Platón, en sus años viejos, ya no cree como creyó en su juventud" en su madurez, en la perfección total del hombre. De ahí que en el último diálogo piense que -

el filósofo, gobernante del mejor de los Estados posibles, tendrá que someterse a las leyes de su pueblo y de su nación".⁴⁸

Además, como lo delinea en sus rasgos principales - Frederick Copleston:

"El Estado debe ser una auténtica administración. La democracia, la oligarquía y la tiranía son todas indeseables, porque son Estados clasistas y sus leyes se aprueban en bien de las clases particulares respectivas y no para el provecho de la Ciudad entera. Los Estados que tales leyes tienen no son, en realidad, auténticos sistemas de sana administración, sino facciones o partidos, y su noción de la justicia carece simplemente de significado. A nadie se le debe confiar el gobierno --- por consideraciones de alcurnia o de riqueza, sino sólo porque personalmente tenga carácter y cualidades para gobernar, y los gobernantes han de estar sometidos a la ley. El Estado es el que la Ley se halla por encima de los gobernantes y éstos son súbditos de ella, florece próspero y dichoso...

"El Estado existe, por consiguiente, no para el bien de una clase determinada de hombres, sino para que todos los ciudadanos vivan conforme es debido...".⁴⁹

Únicamente me resta decir, a la vez que me conformo con la expresión de Ramón Yarauzú, "el Estado de las Leyes recala monarquía y democracia, unidad y abstracción. En la descripción detallada hasta los últimos detalles de las leyes y de su funcionamiento, el filósofo del Estado platónico recurrió ya los análisis políticos de Aristóteles.

les".⁵⁰

1.7 ARISTÓTELES DE ESTAGIRA

Aristóteles, el último de los filósofos griegos que componen este capítulo, nació en la ciudad de Estagira - (Macedonia), en el año 384 a. de C. Debido a su gentili- cio, es conocido como "el Estagirita".

A los 18 años ingresó a la Academia de Platón por - aproximadamente 20 años. A la muerte de su maestro, parti- tió rumbo a Asia Menor, por invitación de uno de sus con- discípulos: Hermias. Permaneció ahí por espacio de tres - años, y después se dirigió hacia Mitilene, lugar en el - que se dedicó a las investigaciones biológicas.

Entre los años 343/42, el rey Filipo de Macedonia - lo llamó para que se encargara de la educación de su hi- jo Alejandro: Alejandro Magno, quien es considerado por - muchos autores como el verdadero discípulo de Aristóte- - les. A la muerte de Alejandro, acaecida en el año 335, - Aristóteles regresó a Atenas "... y, en un bosquecillo - consagrado a Apolo de Liceo, cerca del monte de Licabe-- to, establece su escuela, que dirigirá por espacio de 13 años".⁵¹

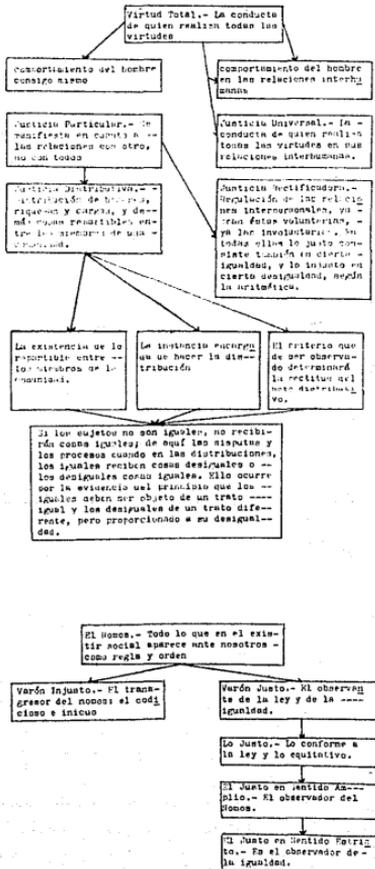
Un movimiento antimacedónico en Atenas, provocado - por la muerte de Alejandro Magno, motiva una acusación - de impiedad al Estagirita, por lo cual busca refugio en - Kalkis, lugar donde muere a los 63 años de edad, víctima de un antiguo mal.

El fundador del Liceo define la justicia como "...

un medio entre el exceso y el defecto. Llamo término --- medio de una cosa a lo que dicta igualmente de una y --- otro de las extremas, lo cual es uno y lo mismo para todos".⁵²

En su célebre libro sobre Aristóteles, publicado en 1903 por la Universidad Michoacana de Sanfilippo y que duró el tiempo con algunos cambios y adiciones en 1914, Werner Jaeger refiere "donde García Viquez sostiene que la clave para entender la filosofía moral del aristócrata está en el problema de la relación entre las físicas nicomacheas y eudemia. Los exponentes y representantes de esta interdependencia son de modo exclusivo en la obra de los dos libros de la segunda ética hacen uso en forma excepcional, con el propósito de interpretar un objeto oscuro. Ello se explica porque la física nicomachea es definitivamente superior a la otra en punto a --- construcción, claridad de estilo y medidas de generalización".⁵³

El presente, este jurista mexicano realiza una crítica del pensamiento de aristóteles en relación a la justicia, contenido en la física nicomachea,⁵⁴ el cual --- trata de sintetizar en los siguientes esquemas:



Una vez analizado este planteamiento podemos darnos cuenta, como dice Gustav Radbruch, que desde Aristóteles existen dos clases de justicia: "la justicia conmutativa representa la igualdad absoluta entre una prestación y una contraprestación... La justicia distributiva preconiza la igualdad proporcional en el trato dado a diferentes personas... La justicia conmutativa presupone la existencia de dos personas jurídicamente equiparadas entre sí; la justicia distributiva, por el contrario, presupone tres personas, cuando menos: una persona colocada en un plano superior y que impone cargas e confiere beneficios a dos o más subordinadas a ella... la justicia conmutativa es la justicia propia del Derecho privado y la distributiva la característica del Derecho público".⁵⁵

Continúa exponiendo Radbruch, que la justicia es un concepto formal que no da respuesta a dos preguntas: "1) a quién debe considerarse igual y a quién desigual, ni 2) cómo han de ser tratados los iguales y los desiguales".⁵⁶

En relación al principio "los iguales deben recibir cosas iguales y los desiguales cosas desiguales, proporcionalmente a su desigualdad", García Máynez señala que es necesaria una norma de tratamiento que nos indique la forma en qué deben ser tratados los iguales y los desiguales; pero también afirma que ésta no es suficiente, ya que también hace falta un criterio comparativo respecto del cual podamos hablar de igualdad o desigualdad entre las cosas y las personas, es decir: "la norma de tratamiento prescribe cómo hay que tratar a los iguales y -

cómo a los desiguales; el citado criterio señala el respecto en que los sujetos deben ser comparados para que resulte posible declarar que son iguales o, por el contrario, que difieren".⁵⁷

Pero ademas -concluye este jurista-, también es necesaria la utilización de pautas de valoración, o sea de el respecto del criterio comparativo para determinar el grado de igualdad o desigualdad.⁵⁸

Pasando a otra cuestión, se señaló en el apartado dedicado a Sócrates, que el hombre únicamente puede alcanzar la felicidad a través de la vida en común, es decir, en sociedad; hago referencia a lo anterior, debido a que esa es la idea con que dá inicio Aristóteles a su obra la "Política": "todo Estado es, evidentemente, una asociación, y toda asociación no se forma sino en vista de algún bien, puesto que los hombres, cualesquiera que ellos sean, nunca hacen nada sino en vista de lo que les parece ser bueno. Es claro, por tanto, que todas las asociaciones tienden a un bien de cierta especie, y que el más importante de todos los bienes debe ser el objeto de la más importante de las asociaciones, de aquella que encierra todas las demás, y a la cual se llama precisamente Estado y asociación política".⁵⁹

Como saldo de sus investigaciones, Aristóteles encontró tres tipos de sociedades y otras tantas formas de corrupción de las mismas:

"Cuando la monarquía o gobierno de uno solo tiene por objeto el interés general, se le llama comúnmente -- reinado. Con la misma condición, al gobierno de la mino-

ría, con tal que no esté limitada a un solo individuo, -- se le llama aristocracia; y se la denomina así, ya porque el poder está en manos de los hombres de bien, ya porque el poder no tiene otro fin que el mayor bien del Estado y de los asociados. Por último, cuando la mayoría gobierna en bien del interés general, el gobierno recibe como denominación especial la genérica de todos los gobiernos, y se le llama república".

"Las desviaciones de estos gobiernos son: la tiranía, que lo es del reinado; la oligarquía, que lo es de la aristocracia; la demagogia, que lo es de la república. La tiranía es una monarquía que sólo tiene por fin el interés personal del monarca; la oligarquía que tiene en cuenta tan sólo el interés particular de los ricos; -- la demagogia, el de los pobres. Ninguno de estos gobiernos piensa en el interés general".⁶⁰

Para concluir, sólo falta saber por cuál de estos tipos de sociedades se inclina el Estagirita; en esta obra, el maestro de Alejandro Magno, señala que "la mejor debe ser necesariamente la que tenga mejores jefes. Tal es el Estado en que se encuentra por fortuna una gran superioridad de virtud, ya pertenezca a un solo individuo con exclusión de los demás, ya a una raza entera, ya a la multitud, y en el que unos sepan obedecer tan bien como los otros mandar, movidos siempre por un fin noble. Se ha demostrado precedentemente que en el gobierno perfecto la virtud privada era idéntica a la virtud política; siendo no menos evidente que con los mismos medios y las mismas virtudes que constituyen al hom-

bre de bien se puede constituir igualmente un Estado, -- aristocrático monárquico; de donde se sigue que la educación y las costumbres que forman al hombre virtuoso son sobre poco más o menos las mismas que forman al ciudadano de una república o al jefe de un reinado".⁶¹

No obstante -como lo señala Xirau-, siempre abierto a la experimentación, Aristóteles no escoge ninguna forma de gobierno absoluta concretatamente, ya que no hay nada que impida que una sea mejor que otra en circunstancias específicas.⁶²

1.8 DOMICIANO ULPIANO

Ulpiano nació en la ciudad de Tiro, Fenicia, ocupó diversos cargos oficiales, resaltando el de prefecto del pretorio, en el año 222 d. de C.: fue autor de diversos tratados y comentarios legales; victimado por los pretorios en 228 d. de C., su obra principal es de tipo doctrinario, intitulada las "Reglas".⁶³ Discípulo de Papiniano, junto con éste, Paulo, Gayo y Modestino, principalmente, constituyó el "jurado de difuntos".⁶⁴

Este jurisconsulto elaboró el concepto de justicia en el Derecho romano, un Derecho que, como lo señala Gustav Radbruch: "constituye una paradoja histórica que el Derecho romano, en aquellos países en que ha sido recibido y actualizado, haya perdido su carácter primitivo de ciencia jurídica basada en la naturaleza de las cosas, - para convertirse en una ciencia librea, siendo en cambio los pueblos en que el Derecho romano no ha encontra-

do acogida, es decir, los pueblos anglosajones, aquellos en que hoy prevalece un espíritu jurídico basado en la naturaleza de las cosas, es decir, análogo al de la jurisprudencia de la antigua Roma".⁶⁵ Este concepto se desprende del último de los tres principios rectores del derecho, los cuales son (Iuris praecipua sunt haec):⁶⁶

- 1.- Vivir honestamente (honeste vivere)
- 2.- No dañar a otro (alterum non Laedere)
- 3.- Dar a cada uno lo suyo (suum cuique tribuere)

Beatriz Bernal y José de Jesús Ledezma en su "Historia del Derecho Romano y de los derechos neoromanistas", consideran que "... el contenido de la justicia... se logra en buena medida en el tercero de los preceptos que afirma la necesidad de dar a cada uno lo suyo, lo que le corresponde..., alude a la noción de justicia como sustancia del orden jurídico".⁶⁷

Este integrante del "jurado de difuntos", define a la justicia de este modo: "es la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno lo suyo . (Justitia est constantis et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi). - De esta definición deducimos que la justicia, como virtud, es la cualidad del hombre justo que lo induce a dar a cada quien lo que le pertenece; que como tal está íntimamente ligada al hombre, a cuya personalidad va inherente la facultad volitiva. Que esa voluntad debe orientarse hacia la realización de un ideal que se sintetiza en la expresión de dar a cada uno lo que es suyo . Que esa conducta humana debe ser constante, es decir, reiterada y invariable y perpetua o sea permanente en el tiempo

po".⁶⁸

Continuando con su exposición, Bernal y Ledesma, dicen que: "para los romanos la justicia no es entendida como un elevado valor abstracto, sino como el criterio práctico conforme al cual se logra una verdadera y sana ordenación en el seno de la comunidad humana, criterio que permite resolver el concreto y específico problema presentado ante los tribunales. Lo que no apunta la definición romana de justicia es el modo de lograr el que se dé a cada uno lo suyo", concluyendo que "la equidad... alude a la necesaria adecuación que el derecho tiene que lograr al aplicarse al caso concreto; por ésto suele decirse con razón que la equidad es la justicia del caso concreto, porque de lo contrario el derecho conduce a la máxima injusticia (súmmum ius summa iniuria)".⁶⁹ O como lo señala Radbruch -en relación a esta definición que se analiza-, "... esta justicia en sentido subjetivo, no puede definirse de otra manera que como el estado de conciencia dirigido a la justicia objetiva...

"Lo justo..., en el sentido de la justicia objetiva no puede ser más que una relación entre los hombres. El patrón de lo moralmente bueno se expresa en el hombre ideal, el patrón de la justicia en una ordenación ideal de la sociedad".⁷⁰

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- 1 Verdross, Alfred
"La filosofía del derecho del mundo occidental"
Tr. de Mario de la Cueva
UNAM. México. 1962
pág. 10
- 2 Verdross, Alfred
opus cit., pág. 10
- 3 Verdross, Alfred
opus cit., pág. 10
- 4 Verdross, Alfred
opus cit., págs. 11 y 12
- 5 Hesíodo
"Teogonía", "Los trabajos y los días", "El escudo
de Heracles", "Idilios de Bión", "Idilios de Mos-
co", "Himnos órficos"
Pról. de José Manuel Villalaz
Porrúa. México. 6 ed., 1982
pág. 35
- 6 Verdross, Alfred
opus cit., págs. 13 y 14
- 7 Verdross, Alfred
opus cit., pág. 16
- 8 Recaséns Mites, Luis
"Tratado general de filosofía del derecho"
Porrúa. México. 7 ed., 1981
pág. 482

- 9
 Coyleston, Frederick
 "Historia de la filosofía"
 Tomo I
 Tr. de Juan Manuel García de la Mora
 Ariel. México. 1981
 pág. 43
- 10
 Ferrater Mora, José
 "Diccionario de filosofía"
 Sudamericana. Buenos Aires. 4 ed., 1958
 pág. 1058
- 11
 Llambías de Azevedo, Juan
 "El pensamiento del derecho y del Estado en la -
 Antigüedad, desde Homero hasta Platón"
 Lib. Jurídica. Buenos Aires. 1956
 pág. 43
- 12
 Llambías de Azevedo, Juan
 opus cit., pág. 38
- 13
 Llambías de Azevedo, Juan
 opus cit., pág. 39
- 14
 Llambías de Azevedo, Juan
 opus cit., págs. 39, 40, 41 y 42
- 15
 Llambías de Azevedo, Juan
 opus cit., pág. 43
- 16
 Llambías de Azevedo, Juan
 opus cit., págs. 44 y 45
- 17
 Ferrater Mora, José
 opus cit., págs. 1262 y 1263

- 18 Conlston, Frederick
opus cit., págs. 151 y 152
- 19 Jenofonte
"Recuerdos de Sócrates"
Introducciones y notas por J. David García Roca
UNAM. México. 1946
págs. 7 y 9
- 20 Ferrater Mora, José
opus cit., pág. 126
- 21 García Máynez, Eduardo
"Ensayos filosóficos y jurídicos"
1934 - 1979
UNAM. México. 2 ed., 1984
pág. 77
- 22 García Máynez, Eduardo
opus cit., pág. 58
- 23 García Máynez, Eduardo
opus cit., págs. 57 y 58
- 24 Platón
"Diálogos"
Estudio preliminar de Francisco Larroyo
Porrúa. México. 18 ed., 1979
pés. 302
- 25 García Máynez, Eduardo
opus cit., pág. 77
- 26 García Máynez, Eduardo
opus cit., págs. 62 y 77

- 27 Cooleston, Frederick
opus cit., pág. 116
- 28 Cooleston, Frederick
opus cit., págs. 117 y 118
- 29 García Mányez, Eduardo
opus cit., pág. 79
- 30 Recaséns Siches, Luis
"Los temas de la filosofía del derecho"
Boch. Barcelona. 1934
págs. 59 y 60
- 31 García Mányez, Eduardo
opus cit., pág. 79
- 32 Platón
opus cit., págs. 26, 27 y 28
- 33 García Mányez, Eduardo
opus cit., pág. 80
- 34 Recaséns Siches, Luis
opus cit., pág. 60, nota 90
- 35 García Mányez, Eduardo
opus cit., págs. 84 y 85
- 36 García Mányez, Eduardo
opus cit., págs. 85 y 86
- 37 García Mányez, Eduardo
opus cit., pág. 86

- 38 García Máynez, Eduardo
opus cit., pág. 56
- 39 García Máynez, Eduardo
opus cit., pág. 87
- 40 Platón
opus cit., pág. 19
- 41 Ferrater Mora, José
opus cit., págs. 1059 y 1060
- 42 Recaséns Siches, Luis
"Tratado...", pág. 482
- 43 Recaséns Siches, Luis
opus cit., pág. 483
- 44 Preciado Hernández, Rafael
"Lecciones de filosofía del derecho"
UNAM. México. reimp., 1986
- 45 Recaséns Siches, Luis
opus cit., pág. 483
- 46 Recaséns Siches, Luis
opus cit., pág. 483
- 47 Xirau, Ramón
"Introducción a la historia de la filosofía"
UNAM. México. 9 ed., 1983
pág. 62
- 48 Xirau, Ramón
opus cit., pág. 64

- 49 Copplesten, Frederick
opus cit., pág. 240
- 50 Xirau, Ramón
opus cit., pág. 64
- 51 García Máynez, Eduardo
"Doctrina aristotélica de la justicia"
UNAM. México. 1973
págs. 10 y 11
- 52 Aristóteles
"Ética nicomaquea"
versión, prólogo y notas: A. Gómez Robledo
UNAM. México. 3 ed., 1972
pág. 52
- 53 Werner, Jaeger
referido por:
García Máynez, Eduardo
opus cit., págs. 13 y 14
- 54 García Máynez, Eduardo
"Filosofía del derecho"
Ferrúa. México. 5 ed., 1986
págs. 440, 441, 442 y 443
- 55 Radbruch, Gustav
"Introducción a la filosofía del derecho"
Tr. de Wenceslao Roces
Fondo de Cultura Económica. México. 3 reimp., 1978
págs. 31 y 32
- 56 Radbruch, Gustav
opus cit., pág. 54
- 57 García Máynez, Eduardo
opus cit., pág. 444

- 58 García Máñez, Eduardo
opus cit., pág. 445
- 59 Aristóteles
"Política"
Tr. de Patricio Azcárate
Espasa-Calpe. México. 19 ed., 1989
pág. 21
- 60 Aristóteles
opus cit., págs. 87 y 88
- 61 Aristóteles
opus cit., pág. 109
- 62 Xirau, Ramón
opus cit., pág. 83
- 63 Lemus García, Raúl
"Derecho romano". Sinopsis histórica
Limsa. México. 2 ed., 1977
págs. 128, 129 y 141
- 64 Margadant S., Floris Guillermo
"Derecho romano"
Esfinge. México. 11 ed., 1982
pág. 95
- 65 Radbruch, Gustav
opus cit., pág. 67
- 66 Lemus García, Raúl
opus cit., pág. 29
- 67 Bernal, Beatriz y Ledesma, Jose de Jesús
"Historia del Derecho romano y de los derechos
neorromanista"

(De los orígenes de la alta Edad Media)
Porrúa. México. 3 ed., 1986
pág. 37

68 Lemus García, Raúl
opus cit., pág. 30

69 Bernal, Beatriz y Ledesma, José de Jesús
opus cit., págs. 37 y 38

70 Radbruch, Gustav
"Filosofía del derecho"
Revista de Derecho Privado. Madrid. 4 ed., 1959
págs. 44 y 45

C A P I T U L O II

1.1 Tomás de Aquino, 1.2 Francisco Suárez y 2.3 Gottfried Wilhelm Leibniz.

Este capítulo recoge el pensamiento de dos religiosos: Tomás de Aquino y Francisco Suárez.

En ambos existen opiniones contradictorias a mi forma de pensar: en Tomás de Aquino, el hecho de que el Soberano sea vigilado por la Iglesia para regular o sancionar las leyes que aquel emite, y que, por lo mismo, considere que si esto fuera posible, el Soberano dejaría de serlo.

En cuanto a Suárez, su postura de "justicia" dando muerte al monarca cuando éste ha caído en tiranía, no es lo que en un momento dado estaría yo en desacuerdo, sino en el hecho de que sea un religioso quien hable de justicia matando a alguien, cuando el Decálogo prohíbe matar, y no creo que haya ninguna excepción al respecto.

Por lo que toca a Leibniz, el punto que más atrajo mi atención, es el hecho de que el derecho reglamente -- las conductas y las necesidades del hombre dentro de la

sociedad en que vive. Y no obstante que el derecho no --
puede ir a la vanguardia de la conducta del hombre, ya --
que considero que primero nace la conducta y después su --
reglamentación, si considero que el derecho debe ir a la --
par de aquella, si no quiere dormir el sueño de los jus- --
tes.

2.1 TOMAS DE AQUINO

Tomás nació en el año 1225 en Roccaseca, en las inmediaciones de Aquino, Nápoles. Estudió con los benedictinos; en 1243 ingresó a la orden de los dominicos, en la que estuvo por espacio de dos años; trasladándose posteriormente a París, donde fue discípulo de Alberto Magno durante tres años y continuó como su seguidor en Colonia, Alemania, hasta 1252, año en el que regresó a París y comenzó a profesar hasta 1259; recibió el título de maestro en teología; regresó a Italia en el mismo año, profesó en las ciudades de Orvieto y Roma entre otras; se dirigió a París nuevamente en 1269 y tres años después residirá en Nápoles. "Llamado al concilio de Lyon, falleció mientras se encontraba en ruta, en el convento de cistercienses de Fossanova"¹ en 1274.

El pensamiento de Tomás de Aquino es considerado como un pilar en la doctrina Católica de la Teoría del Estado; sus obras principales son: la "Summa Teológica", la "Summa contra Gentiles" y el "Gobierno de los Príncipes", esta última dedicada al rey de Chipre; Tomás basó todo su planteamiento filosófico en Dios, en el papel que otorga el Creador a todos los seres en la naturaleza; esto, nos dice Alfred Verdross, es lo que enuncia la ley fundamental del universo: "la ley fundamental del universo... es... la aspiración a un fin o finalidad, ya que todos los seres y cosas, creados y derivados de ----

Dios, están dirigidos hacia un fin de acuerdo con su naturaleza. Este fin al que tienden todas las cosas terrestres es su conservación, progreso y perfeccionamiento. Al lograr su perfeccionamiento, cada ser cumple con la finalidad que Dios asignó a su naturaleza";² el orden ético del universo -continúa exponiendo Verdross-, es "el orden a través del cual dirige Dios a todos los seres hacia --- Él, tiene su base en la ley, que partiendo de la lex aeterna pasa por la lex naturalis para descender a la lex humana, formando así una escala jerárquica".³

El concepto de ley es un instrumento fundamental en la doctrina tomista, de la cual se vale su autor para el planteamiento de la misma. La ley es definida por Aquino -apunta Ramón Xirau-, como "... cierta medida y regla de los actos, según la cual es inducido alguno a obrar o re-tractarse de hacerlo".⁴

"La ley eterna es -tomando el señalamiento de Eduardo García Máynez-, la misma razón divina, en cuanto gobierna todo lo que existe. La natural es definida como participación de la ley eterna en la criatura racional";⁵ mientras que la ley humana -como escribe Friedrich-, --- "... es una ordenanza de la razón para el bien común, hecha pública por aquel que está al cuidado de la comunidad";⁶ es decir, por el Soberano.

Esta última ley, debe contener -prosigue este autor-, los siguientes requisitos:

a) "puesto que la ley es una regla y una medida de la acción humana, deberá, necesariamente, estar relacionada con la razón.

b) "Puesto que la ley es una regla para el comportamiento humano y, puesto que el propósito de este comportamiento es la felicidad, se deduce que la ley debe, necesariamente, ir dirigida hacia el bien común.

c) "... si el objeto de la ley es servir al bien común y el bienestar, sólo podrá ser creada por la razón de todas, o por el príncipe, actuando en su nombre y representación.

ch) "Puesto que la ley contiene la regla que se aplica a quienes están sujetos a ella, dicha regla debe ser puesta en su conocimiento, para poder tener la fuerza de la obligatoriedad".⁷

Este es el tipo de ley que rige entre los hombres: para los efectos de este trabajo de investigación, el concepto de justicia de Tomás de Aquino que se vá a abordar, es el de "justicia en sentido estricto", es decir, la justicia del hombre o entre los hombres, no la "justicia en sentido amplio", o sea, la justicia de Dios:

"... Tomás de Aquino, coincidiendo en gran parte con la tradición clásica, pero subrayando explícitamente la dimensión de alteridad, esto es, de recíproca referencia en las relaciones inter-humanas, en su doctrina de la justicia como criterio jurídico-político, dice que es propio de la justicia ordenar al hombre en sus relaciones con los demás, puesto que implica cierta igualdad, como lo demuestra su mismo nombre, pues se dice que se ajustan las cosas que se igualan y la igualdad es cosa... la... justicia en sentido estricto, esto es, como criterio jurídico..., versa sobre las naciones exte

riores y las cosas. Se refiere, además, a que en esta materia se debe establecer la relación según cierta razón especial del objeto, con lo cual remite el problema a las características materiales o de contenido. Sobre estas valoraciones, al reiterar la definición de justicia como atribución a cada uno de lo que es suyo según una igualdad - proporcional, intento dar una sumaria definición de lo suyo, diciendo que debe entenderse por suyo con relación a otro todo aquello que le está subordinado o le es atribuido para sus fines. Además, siguiendo a Aristóteles, distingue la justicia entre conmutativa y distributiva, y, por su parte, añade una nueva especificación de justicia, la justicia legal, la cual en un aspecto coincide con la virtud universal, pero en otro aspecto determina el deber de aquellas conductas que son necesarias para el bien común.⁸

De la lectura de la cita anterior, podemos percibirnos que Tomás de Aquino distingue dos tipos de justicia: particular (conmutativa y distributiva), y general o legal, es decir, propone un tipo de justicia más que Aristóteles, filósofo por el cual se vio influido en determinar la naturaleza de la sociedad, la posición del hombre dentro de ella, y las formas y las funciones del gobierno; motivo por el que es considerado "maestro de la escolástica".

Un análisis de los tipos de "justicia en sentido estricto" de Tomás de Aquino, lo encontramos en la "Historia de la Filosofía del Derecho", escrita por Enrique J. Heide, cuya exposición veremos en seguida.

La justicia conmutativa es definida por el papa X de la "Summa Teológica", como aquel tipo de justicia que regula las relaciones entre personas jurídicamente consideradas como iguales, calificando la proporcionalidad entre lo que se da y se recibe, en base a un punto de estricta igualdad; cabe señalar que, como se asertó en el punto referente a Aristóteles, este tipo de justicia es el que norma las relaciones privadas. El término conmutativo es sinónimo de estricta equivalencia. "Representa el punto medio entre lo que se ha de dar y lo que se ha de recibir; es el punto intermedio entre la ganancia y la pérdida".⁹

La otra parte de la justicia particular, la justicia distributiva, "... es la que ordena las relaciones entre la Sociedad y sus miembros, de suerte que la comunidad, por medio de sus representantes, reparta las cargas públicas proporcionalmente a la resistencia y a la posibilidad de cada individuo, y los bienes públicos según la dignidad y el mérito.

"La Justicia distributiva es proporción del todo a las partes; es orden de relación de la Sociedad con sus miembros. No requiere, por tanto, igualdad absoluta entre el mérito del individuo y aquello que éste recibe, sino solamente que la relación en que se encuentran mérito y recompensa, capacidad y carga, sea la misma e igual para todos".¹⁰

Esta es la razón -afirma Tomás-, por la que la justicia, la conmutativa, sea una justicia de proporción aritmética, y la justicia distributiva, es una pro-

repartición geométrica; ya que lo que aquí se pretende es que cada uno de los miembros de la comunidad sea beneficiario de la propiedad de las cosas y las personas, de tal suerte que si una persona excede a otra, se le otorgará más de la cosa en la medida en que sobrepasó al exigido. Si a ambos tipos de justicia particular les asignáramos representaciones con números, dichas expresiones se podrían hacer de este modo: 2:4 :: 4:8, en la justicia distributiva, y, en la justicia commutativa, sería 2 = 2.¹⁷

El otro tipo de justicia, la justicia general o legal "... es la que ordena las relaciones entre los miembros y la Sociedad, e inclina la voluntad de los particulares, a dar a la comunidad lo que le es debido para el «bien común», es decir: para la conservación y perfección de la Sociedad.

"La justicia general ordena los actos de todas las virtudes al bien de la Sociedad. Se llama también legal, porque, mediante ella, cumple el hombre con la Ley".¹⁸

Si pensamos en la sociedad en su conjunto, podríamos decir que ésta es un todo; de este modo, los individuos que la integran, también podrían ser equiparados a las partes que integran ese todo. De acuerdo con lo anterior, si una de las partes o de las personas obtuviese un beneficio, éste lo sería también de la comunidad; de esta forma la justicia general pretende que todos los miembros de aquella ordenen su conducta con vistas a la obtención de su propio bien, es decir, el bien común.¹⁹

El bien común en la comunidad política, consiste en proporcionar las condiciones necesarias para la realización del bien temporal del integrante de la sociedad, e

través del suministro de todos los bienes que aseguren - su mejor rendimiento en su vida y en sus operaciones; su consecución es la causa última que le dá vida al Estado_ y a sus estructuras.¹⁴

El camino -como ya se mencionó-, para alcanzar este objetivo es la ley:

"1.º, porque la Ley determina en cuánto debe contribuir cada miembro a la vida colectiva; 2.º, porque la -- Justicia legal mueve a cada uno a realizar lo prescrito_ por las leyes, según un criterio de igualdad; 3.º, porque inclina a los hombres a dar a la Sociedad lo que como miembros suyos le deben para su conservación y prosperidad".¹⁵

Ya para terminar, recordemos que el inicio de la exposición de la doctrina de este pensador -en lo que a -- justicia se refiere-, se hizo señalando que "basó todo - su planteamiento filosófico en Dios". Me tome el atrevimiento de permitirme esa afirmación, porque Tomás de --- Aquino consideró a la voluntad subordinada a toda ley, y a la Iglesia como guardiana de la vida de los cristia--- nos, por lo que si el contenido de la ley era contraria_ a la razón, los príncipes deberían estar sujetos a los - sacerdotes; pero si no obstante el príncipe obligaba a - los súbditos a cumplir con la ley que emitió, éstos estaban en libertad de desconocer a aquella, ya que el gobernante quedaba en el caso de la excomunicación.¹⁶

Si interpreto la parte final del planteamiento anterior, deduciría que, una vez que la Iglesia me ha permitido desobedecer la ley ya que el soberano ha caído en -

en excomunión, y la obedezco, el que estaría cayendo en excomunión en este caso, sería yo.

En tal hipótesis encuentro que, por una parte si -- obedezco la ley que emitió el príncipe, estaría cumpliendo con la justicia de los hombres, pero me estaría penando de la excomunión; o por el contrario, si la desobedeciese, no sería yo excomulgado, pero tendría problemas en relación a la justicia de los hombres. (Esta disyuntiva fue tratada en la parte referente a Sócrates).

Pero no obstante ésto, hay una idea que asalta mi mente y es la siguiente: ¿qué pasaría si el soberano estuviese sueditado a la Iglesia "guardiana de la vida de los cristianos", o "sujeto a los sacerdotes" como lo propuso Tomás de Aquino?. Aclaro que al referirme al término "Iglesia", lo hago como organización administrativa.

Me inclino a pensar que, "de entrada", el Soberano dejaría de serlo, ya que habría alguien por encima de -- él, y también que el bien común que se persigue, probablemente no se obtendría, debido a que a lo mejor los sacerdotes --que forman parte del clero--, si tuvieran la -- oportunidad de decidir qué ley es o no contraria a la razón. Tengo la impresión que sería razonable la ley que -- estuviera de acuerdo a sus intereses, como por ejemplo -- se me ocurre pensar en el papel que desempeñó el clero, el clero mexicano en la intervención francesa en nuestro país, porque quizá se valdría de la ignorancia, de la -- fé, del temor o por qué no decirlo, del fanatismo de la gente, esta punta de mercenarios, para disfrutar de privilegios de clase.

2.2 FRANCISCO SUÁREZ

Suárez nació en Granada, España, en el año 1548, y murió en 1617, es conocido como "Doctor Eximus". Estudió derecho canónico en Salamanca. En el año 1564 ingresó al orden de los jesuitas; posteriormente dió clases de teología en Segovia, Valladolid, Salamanca y otras ciudades. Escritor infatigable, hombre que se dedicó al estudio y la enseñanza, fue también sacerdote y religioso ejemplar; "... sus obras completan veintiocho volúmenes en la edición de París de 1856-78".¹⁷ La gran mayoría de éstas versan sobre teología.

Francisco Suárez es el exponente más sólido de la escuela del Derecho natural español, en relación a la justicia: "afinó varios puntos de la doctrina tradicional de la justicia. Puesto que la justicia en el sentido estricto, en el jurídico, de otro lo suyo, implica la alteridad (no cabe hablar de justicia respecto de uno mismo); la justicia se refiere siempre al derecho de otro que puede reclamarlo o imponerlo. Suárez, bajo el término de justicia legal, se refiere a la idea global o universal de justicia en dos sentidos: como término genérico o procepción constitutiva de toda virtud, y como norma o conciencia de todas las virtudes particulares. Para en su pensamiento filosófico-jurídico español, una expresión justicia legal es un tercer sentido en el sentido naturalista-jurídico-político, tal como se

con lo relativo al bien común, entendiendo lo que debe ser considerado como suyo propio de la comunidad, es decir, de la sociedad política, cuya realización esté encomendada al Estado. Las otras dos especies de justicia son la commutativa y la distributiva. Es requisito intrínseco, esto es, esencialmente debido, que la ley sea justa, lo cual se entiende en un doble sentido: a) Que imponga un contenido ético; b) Que la autoridad que la dicta tenga jurisdicción sobre la materia que versa y sobre las personas a los cuales se dirige. Así pues, la ley debe ser dada: a) Con justicia legal, o saber: procurar el bien común y conceder lo debido a la comunidad; b) Con justicia commutativa, en cuanto que el legislador no manda sino aquello que lícitamente puede ordenar; y con justicia distributiva, es decir, repartiendo proporcionalmente las cargas, los puestos y las ventajas, en lo cual debe guardarse igualdad de proporción. La justicia commutativa, aparte y además de que ella exige que quien dicta la norma tenga jurisdicción, consiste en cuanto a su materia en dar a cada uno su propio derecho, esto es, aquel que es suyo, o el propio dominio de uno o de algo que equivale a él moralmente. La justicia commutativa se funda en cierto hábito, que obliga a que se dé a otro una cosa como suya, por título de propiedad, o por contrato voluntario, o por quasi-contrato, o por restitución o reparación de daño en caso de delito, o, por último, con fundamento en algunas otras razones. Los bienes objeto de la justicia commutativa no son solamente la propiedad de las cosas materiales, lo cual, al

caro, no solo, sino también otras bienes espirituales, caro, por ejemplo, el conocimiento de la verdad, y la libertad personal".¹⁸

En otras palabras, no se trata simplemente de decidir lo que se aplicará en esta ocasión, sino un planteamiento cuyo relacionamiento con él: ¿es justo la muerte del rey -- cuando se ha convertido en un tirano?, es decir, ¿en este supuesto, es justo el tiranicidio?

Pero antes de entrar en materia, pongámonos en antecedentes.

Huárez encuentra el origen último de la sociedad política en la naturaleza humana, es decir, en el carácter y las necesidades sociales del ser humano: "la formación de la sociedad política es una expresión necesaria de la naturaleza humana, aunque haya que decir que la formación de una comunidad política determinada se basa esencialmente en el consentimiento, ya que la naturaleza no ha especificado qué comunidades particulares han de formarse".¹⁹

El poder de expedir leyes lo tiene la soberanía, -- ésta pertenece a todos y cada uno de los miembros de la comunidad política -- una teoría del "contrato social" -- apunta Copleston; a ella entonces corresponde la determinación de su forma de gobierno, pero es punto menos -- que imposible que la comunidad en todo su conjunto se legisle a sí misma.²⁰

Por lo tanto, Huárez vislumbra en la monarquía, -- por consideraciones metafísicas, la mejor o más conveniente forma de gobierno. No obstante, recordemos que la so-

monarquía continúa perteneciendo a la comunidad política y para que llague a ser ejercido por el monarca, es necesario que éste celebre un pacto-convenio con el reino na na que cuanto por el consentimiento de la comunidad política. ²¹

De acuerdo con lo anterior, es necesario que la soberanía sea asignada por la comunidad al rey, para que éste la pueda detentar en forma justa, ya que, aún cuando la monarquía sea hereditaria, "quien detenta el poder lo deriva de la comunidad. En cuanto al poder regio obtenido por fuerza injusta, el rey no posee en ese caso ver dadero poder legislativo, aunque puede ser que con el -- transcurso del tiempo el pueblo llegue a dar su consenti miento y a conformarse con la soberanía, convirtiéndola así en legítima". ²²

Una vez que sabemos cuál es el origen del monarca, que se encuentra en el pacto entre él y el reino, veamos ahora si es justo o no la muerte de aquel, cuando ha traicionado la confianza del pueblo y se ha convertido en un tirano.

La soberanía -como ya se mencionó- reside en el reino, pero se transfiere al monarca debido al pacto que celebran ambos, lo que ocasiona una traslación del poder que detentaba la comunidad al monarca, inclusive se puede decir que es superior al de la comunidad, porque el reino o el Estado se ha colocado bajo el sometimiento -- del príncipe al realizar la referida transferencia.

Debe decir también, que el monarca se convierte en el vicario de Dios porque "la autoridad política deriva

en última instancia de Dios, del que depende todo el mundo".²³

Pero: ¿cuándo pasa cuando el monarca ha traicionado la confianza del reino y se convierte en un tirano?

Como el príncipe es el propietario de la soberanía del reino por virtud del pacto, aquella en ningún momento le puede ser retirada, salvo que nos encontremos con la única excepción que planteó Suárez: "a menos que acaso caiga en la tiranía, lo que es fundamento para que el reino haga una guerra justa contra él".²⁴

Francisco Suárez distingue dos tipos de tirano:²⁵

1.- El legítimo.- aquel que por la transferencia de la soberanía por parte del reino gobierna tiránicamente; y

2.- El usurpador.- aquel que por el uso de la fuerza injusta e ilegítimamente ejerce el poder en forma arbitraria.

Al tirano legítimo sólo puede declararle la guerra justa todo el reino como un ente contra él para depenarlo, ya que fue el reino el que le transfirió la soberanía para que gobernara con miras al bien común, y aquel ha traicionado su confianza. Pero es necesario que sea manifiestamente tirano para ejercitar contra él una guerra justa.

Mientras que al ilegítimo cualquiera está facultado para quitarle el ejercicio de la defensa propia porque es un usurpador.

Ahora bien, un ciudadano sujeto a un soberano sólo por parte del tirano legítimo, puede defenderse de éste.

podría incluso llegar hasta matarlo, pero siempre y cuando con la muerte del monarca se salven también los intereses del bien común y no sólo sus intereses particulares; pero si la muerte del príncipe pone en peligro el bien común, debe abstenerse de matarlo, aún a costa de su propia vida; de lo contrario se convertiría en un homicida.

Por otra parte, en el caso del usurpador, a un particular le está permitido matar al tirano pero, siempre que sea notoria su arbitrariedad y no pueda recurrir a ninguna autoridad superior para defenderse a sí o a sus posesiones.²⁶

Además es indispensable "... que el tiranicidio sea un medio necesario para la liberación del reino; que no se haya emprendido libremente algún acuerdo entre el usurpador y el pueblo; que el tiranicidio no deje al Estado afectado por los mismos o peores males que los de antes; y el Estado no se oponga explícitamente al tiranicidio privado".²⁷

Pasando a otra cosa. como en el punto referente a Tomás de Aquino, en éste también hay una duda que agalta mi mente; ¿un religioso puede hablar de matar a alguien, o de que sea justo hacerlo?

Según entiendo, los sacerdotes -como ya vimos que lo fue Suárez-, predicán la palabra del Señor, la palabra de Dios, y uno de los mandamientos -el quinto de la ley de Dios dice "no mataras"; pienso que se refiere a no matar a nadie, no creo que haya ningún caso de excepción en este aspecto.

Digo todo esto, porque encuentro -desde mi punto de vista- una contradicción, en este caso, entre lo que debió predicar este sacerdote católico, y su pronunciamiento de matar al tirano, independientemente de que sea legítimo o usurpador, y de las causas que motiven su muerte.

Ya para terminar, me gustaría dejar claro que, no discuto tanto el que sea o no justa la muerte del tirano, ni de las causas de su procedencia, sólo que -como - lo acabo de decir, cómo un clérigo que se supone predica la ley de Dios, habla de una muerte justa, cuando al hacerlo contraría el quinto mandamiento del decálogo.

Además, considero que los clérigos no deben de intervenir en asuntos del Estado; pienso que ellos deben dedicarse precisamente a predicar la palabra de Dios y ayudar espiritualmente a los creyentes, ya que de intervenir en ellos, como me pasaría lo expuesto en el apartado inmediato anterior, en cuanto a lo razonable o no de la ley; creo que de los asuntos del Estado deben encargarse los políticos y estadistas.

2.3 GOTTFRIED WILHELM LEIBNIZ

Leibniz nació en la ciudad de Leibniz, Alemania, en el año de 1646, estudió filosofía, matemáticas y Derecho en su ciudad natal, en Jena y en Altdorf; estuvo al servicio del Elector de Hannover; fue designado y enviado a París para que intentara convencer a Luis XIV que abandona la lucha interna en Europa, y se dirigiera contra -

los suales, pero de este modo obtener la unificación de las naciones cristianas. Durante su residencia en el extranjero, tuvo relación con los científicos más famosos de la época, y también tuvo la oportunidad de estudiar los escritos de Descartes, Hobbes, etc.

De regreso a Alemania, ocupó el cargo de biblioteca de la corte de Hannover, dedicándose a recopilar la historia de la Casa de Brunswick. En 1700 se le nombró presidente de la sociedad de Ciencias de Berlín, posteriormente Academia. No obstante, continuó dedicándose al estudio del Derecho y la política, con vistas a la unificación o alianza de los pueblos de Europa.²⁸

"Leibniz fue uno de los hombres más distinguidos de su tiempo, y disfrutó del patrocinio de muchas personas eminentes. Pero los últimos años de su vida fueron amargados por desconsideraciones, y cuando, en 1714, el Elector de Hannover se convirtió en el rey Jorge I de Inglaterra, Leibniz no fue elegido para acompañarlo a Londres. Su muerte, en 1716, pasó inadvertida incluso en la academia que había fundado en Berlín, y la Academia Francesa fue el único cuerpo erudito que honró su memoria".²⁹

También este pensador alemán es considerado como uno de los principales exponentes del racionalismo cristiano. Sus ideas contribuyeron para que la omnipotencia contenida en la noción de soberanía fuera modificada por la metemorfosis del derecho natural cristiano en un derecho secular de la razón. Edificado en el pensamiento de los filósofos escolásticos, este derecho de la razón pura, se transformó en fundamento de la reforma de la renovación

ción del orden jurídico positivo en función de sus efectos.³⁰

El fundador de la teología de Berlín, comienza su estudio en relación a la justicia, con el siguiente planteamiento:

"Debe admitirse que todo aquello que Dios quiere es justo y bueno. La cuestión estriba en determinar si ello es bueno y justo porque Dios lo quiere, o Dios lo quiere porque es bueno y justo; o sea: si la justicia o la bondad son algo arbitrario o tienen su razón de ser en las verdades necesarias y eternas de la naturaleza de las cosas, como los números y sus relaciones".³¹ Es decir, si la justicia depende de un ser: el Ser supremo, o bien, si ese Ser supremo ama la justicia por su contenido: la respuesta es que "Dios lo quiere porque es bueno y justo", y no que "... es bueno y justo porque Dios lo quiere".

Leibniz citando uno de los diálogos de Platón, hace referencia a una frase de Trasímaco: "Justo -dice- es lo que conviene o place al más fuerte";³² esto trae como consecuencia que la conducta de un hombre puede ser deshonrosa pero justa, porque es fuerte, o que inclusive una sentencia sea justa o injusta dependiendo del grado de intencionalidad en que se dicte; y haciendo también referencia a Hobbes, éste dice que "Dios debe tener el derecho de hacerlo todo, ya que es omnipotente".³³ Pero una cosa es que Dios pueda tener el derecho de hacerlo todo, y otra muy distinta es que Dios deba tenerlo, además, ésta nos conduciría a nuestro mismo punto de partida.

De otro lado, tampoco puede calificarse como injusticia por el éxito, es decir, si la conducta considerada anteriormente (deshonrosa o vil o odiosa) no afecta bien a las relaciones con la justicia, su éxito, es decir, que esta forma de comportamiento es justa, lo cual resulta inaudible.²⁴

"... un hombre feliz -esto Leibniz puede decirlo- y una acción impune ser, sin embargo, injusto, es decir, merecer un castigo; de modo que en realidad sólo se trata de saber por qué lo merece, no de inquirir si la pena se ha hecho o no efectiva o de si un juez habrá de imponerla".²⁵

Señala además que un hombre, el más poderoso, puede también el más justo, y todavía más: que las disposiciones que este hombre toma y ejecuta también, llevarán a los humanos al mayor grado de perfección posible en sus relaciones entre sí; pero el problema está en que no es el poder de este hombre lo que constituye el fundamento formal de su justicia, porque de aceptarlo, traería consigo consecuencia el admitir que la justicia de cada individuo dependería de la fuerza del poder que tenga, proporcionalmente hablando.²⁶

"Se trata, pues, de descubrir este nuevo fundamento, o sea, el por qué de tal atributo, o bien el concepto que por sí mismo puede establecerse cuál es el fundamento de la justicia, y determinar lo que quiere decirse fundamento cuando se llama a una acción justa o injusta".²⁷ "Entonces que ser un fundamento que sea igual para todos y para el hombre, por lo que hay que decir sólo se justifica"

que fundamenta la ley que regula el mundo.

Leibniz hace uso de la "aritmética" para el siguiente aserto:²⁸ "Decimos, por ejemplo, que 1, 1, 2, 3, 5, 8, 13, 21... son números sucesivos, es decir, cifras que resultan de multiplicar por sí mismas los números 1, 2, 3, 5, 8... y que la diferencia que entre aquellos existe puede expresarse por la sucesión de los números:

1	4	9	16	25...
3	5	7	9...	"

Con respecto a la expresión "este" esta momento hecha por Leibniz, como "elkel" escribe: "Lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto no son decisiones de la divina voluntad, pues Dios no es el legislador del mundo; bueno y malo, justo e injusto son, más bien, verdades de razón, esencias eternas que, como las relaciones entre los números, están subordinadas a la voluntad divina, por lo que Dios se encuentra también ligado a ellas".²⁹

"Lo preciso -preciso experimenta Leibniz- acontece - en el caso de la justicia. Si ésta es una expresión fija, dotada de una determinada significación..., tendrá que ser susceptible de ser definida o explicada por medio de un concepto comprensible. Pero de toda definición debe depender, si se recurre a las indiscutibles relaciones lógicas, consecuencias igualmente firmes. Esto es precisamente lo que se hace en la construcción de las ciencias necesarias, rigurosamente demostrativas, que no dependen de los hechos, sino exclusivamente de la razón, ya sea la metafísica, la aritmética, la geometría, la ciencia del movimiento y, también, la del derecho. Pero to-

das ellas tienen su fundamento no en experiencias y hechos, sino que están destinadas a dar cuenta de éstos y a replantarlos previamente, lo cual valdría para el derecho aun en la hipótesis de que no hubiese una sola ley en todo el mundo".⁴⁰

Desde mi particular punto de vista, considero que el momento más importante de la concepción leibniziana de la justicia, y la relación de ésta con el Derecho, se encuentra en su afirmación de que "derecho justo" es un pleonismo y "derecho injusto" una contradicción; es, como lo comenta Eduardo García Máynez: "la fórmula más concuente y radical del iusnaturalismo objetivista".⁴¹

"El error de aquellos que hacen depender la justicia de la fuerza viene en parte de que confunden el derecho con la ley. El derecho no puede ser injusto -ello implicaría una contradicción-, mas la ley si puede enunciar injusticias. Pues la ley es formulada y sostenida por un acto de autoridad".⁴²

La ley es una hipótesis normativa de cuyo cumplimiento depende que se realicen o actualicen las consecuencias de derecho; también es fuente formal de este ordenamiento normativo en su aspecto positivo, del que una de sus características es la coercibilidad y, como se apuntó en la introducción de este trabajo de investigación: "el derecho permite y ordena el uso de la fuerza a las autoridades cuando los lineamientos del primero no son cumplidos en forma espontánea, para que lo sean en forma impositiva".

Para Leibniz, el derecho, o mejor dicho el aspecto

del derecho al que se refiere en su afirmación, es el derecho natural y no el derecho positivo, porque éste es elaborado por los hombres, o sea por seres imperfectos y limitados, mientras que el derecho natural —como también se señaló en esta introducción—, "...vale y, consecuentemente, obliga, no porque lo haya creado un legislador humano o tenga su origen en cualquiera de las fuentes formales, sino por la bondad o justicia intrínseca de su contenido".⁴³

Para concluir lo que a Leibniz se refiere, sólo me resta decir —apagándome lo más posible a sus palabras— que:

1.- Justo es lo que en igual medida participa de la sabiduría y de la bondad.

a) La bondad consiste en alcanzar el mayor bien posible; es la inclinación de hacer el bien a todo el mundo y evitar el mal, cuando este último no sea necesario para la consecución de un bien o la supresión de un mal mayores; la bondad es inherente a la voluntad.

b) La sabiduría es el conocimiento del bien; la sabiduría es inherente al entendimiento.

la justicia -----> el bien
 la sabiduría y la bondad -----> el bien
 ↙ ↘
 la justicia

El bien es aquello que sirve al perfeccionamiento de las sustancias dotadas de entendimiento.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 Ferrater Mora, José
"Diccionario de filosofía"
Sudamericana. Buenos Aires. 4 ed., 1958
págs. 1337 y 1338
- 2 Verdross, Alfred
"La filosofía del derecho del mundo occidental"
Tr. de Mario de la Cueva
UNAM. México. 1962
pág. 121
- 3 Verdross, Alfred
opus cit., pág. 122
- 4 Xirau, Ramón
"Introducción a la historia de la filosofía"
UNAM. México. 9 ed., 1983
pág. 150
- 5 García Máynez, Eduardo
"Positivismo jurídico, realismo sociológico y ius
naturalismo"
UNAM. México. 3 ed., 1986
pág. 132
- 6 Friedrich, Carl Joachim
"La filosofía del derecho"
Tr. de Margarita Álvarez Franco
Fondo de Cultura Económica. México. 4 reimp., 1988
pág. 63
- 7 Friedrich, Carl Joachim
opus cit., págs. 71, 72 y 73

- 8 Recaséns Siches, Luis
"Tratado general de filosofía del derecho"
Porrúa. México. 7 ed., 1981
pág. 484
- 9 Luño Peña, Enrique
"Historia de la filosofía del derecho"
La Hormiga de Oro. Barcelona. 2 ed., 1955
pág. 281
- 10 Luño Peña, Enrique
opus cit., pág. 281
- 11 Luño Peña, Enrique
opus cit., pág. 281
- 12 Luño Peña, Enrique
opus cit., pág. 279
- 13 Luño Peña, Enrique
opus cit., pág. 280
- 14 Laqhance, Louis
"L'humanisme politique de Saint Thomas"
Individu otaz. París, Recueil Sirey 1939
págs. 462 y 463
- 15 Luño Peña, Enrique
opus cit., pág. 280
- 16 Friedrich, Carl Joachim
opus cit., pág. 74
- 17 Copleston, Frederick
"Historia de la filosofía"
Tomo 3
Tr. de Juan Carlos García Borrón

Ariel. México. 1951
pág. 337

18 Recaséns Siches, Luis
opus cit., pág. 485

19 Copleston, Friederick
opus cit., pág. 376

20 Copleston, Friederick
opus cit., pág. 376

21 Suárez, Francisco
referido por:
Copleston, Frederick
opus cit., pág. 377

22 Suárez, Francisco
referido por:
Copleston, Frederick
opus cit., pág. 377

23 Suárez, Francisco
referido por:
Copleston, Frederick
opus cit., pág. 377

24 Suárez, Francisco
referido por:
Copleston, Frederick
opus cit., pág. 377

25 Suárez, Francisco
referido por:
Copleston, Frederick
pág. 378

- 26 Suárez, Francisco
referido por:
Copleston, Frederick
opus cit., págs. 378 y 379
- 27 Suárez, Francisco
referido por:
Copleston, Frederick
opus cit., pág. 379
- 28 Ferrater Mora, José
opus cit., págs. 784 y 785
- 29 Copleston, Frederick
opus cit., tomo 4
Tr. de Juan Carlos García Borrón
pág. 251
- 30 Friedrich, Carl Joachim
opus cit., pág. 164
- 31 Leibniz, Gottfried Wilhelm
"Tres ensayos: el derecho y la equidad, la justicia la sabiduría"
Tr. de Eduardo García Máynez
UNAM. México. 1960
pág. 7
- 32 Platón
citado por:
Leibniz, Gottfried Wilhelm
opus cit., pág. 8
- 33 Leibniz, Gottfried Wilhelm
opus cit., pág. 8
- 34 Leibniz, Gottfried Wilhelm
opus cit., pág. 8

- 35 Leibniz, Gottfried Wilhelm
opus cit., págs. 8 y 9
- 36 Leibniz, Gottfried Wilhelm
opus cit., pág. 9
- 37 Leibniz, Gottfried Wilhelm
opus cit., pág. 9
- 38 Leibniz, Gottfried Wilhelm
opus cit., pág. 10
- 39 Wessel, Hans
citado por:
García Máynez, Eduardo
opus cit., pág. 132
- 40 Leibniz, Gottfried Wilhelm
opus cit., págs. 10 y 11
- 41 García Máynez, Eduardo
opus cit., pág. 129
- 42 Leibniz, Gottfried Wilhelm
opus cit., pág. 11
- 43 Leibniz, Gottfried Wilhelm
opus cit., pág. 11

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

C A P I T U L O III

3.1 Jean Jacques Rousseau, 3.2 Immanuel Kant, 3.3 Rudolf Stammler y 3.4 Gustav Radbruch.

El planteamiento filosófico de Juan Jacobo Rousseau abarca los siguientes puntos: su inicio consiste en las primeras etapas del hombre, su "salvaje feliz"; posteriormente, con el nacimiento de la agricultura y el hombre que cerca un pedazo de tierra y dice "esto me pertenece", aparece el origen de la sociedad.

Después, ya que el hombre ha nacido libre y no obstante se haya encadenado por todas partes, ofrece su propuesta del contrato social como una solución para convivir mejor en sociedad, y que tiene su fundamento en la voluntad general; por último, cabe mencionar que una crítica a esa teoría, es aquella que señala que su teoría de la soberanía de la voluntad general es el fundamento de los Estados totalitarios.

Immanuel Kant -nuestro segundo pensador-, considera que complementa a la teoría de la voluntad general de Rousseau, cuando dice: "obro siempre según una máxima

tal que pueda elevarse a ley de observancia universal".

En Immanuel Kant tenemos a un filósofo que fundamenta su sistema en la que él llama moral en sentido amplio. La pureza de la voluntad es el eje sobre el cual gira la moral kantiana, de ahí que afirme que: ni en el mundo, ni en general fuera del mundo, hay nada más puro que una buena voluntad, una buena voluntad en sí misma.

Lo que tiene importancia para Kant, es que todas las acciones que realice el hombre, lo haga por deber, o sea, por el pleno convencimiento de que es una obligación moral el acatamiento de la norma.

De ahí que al analizar las diferencias entre moral y derecho, señale que éste, en sentido estricto, sea exterior y coercible; por lo que en un momento podría pensarse que no importan los motivos que impulsen al sujeto a su cumplimiento, lo importante es que se cumpla. Sin embargo Kant va más allá, debido a que para que la conducta sea virtuosa, debe cumplirse por deber, y no por miedo a la coacción.

Por otra parte, al remitir el origen de todos los juicios en la razón y al no tomar en cuenta el devenir histórico del hombre, Kant desemboca en una enorme contra

dicción, ya que si el origen del derecho es "perfecto" -- por derivarse de la razón, por qué afirma que el derecho debe de ser coercible, si ésta es una característica de situaciones originadas por la experiencia, cuando el derecho por ser "perfecto" no necesita de esta característica.

En Rudolf Stammler tenemos un punto de vista absolutamente formalista en el que la voluntad vinculatoria, atárquica e inviolable constituyen su concepto de derecho, y éste junto con la justicia, van encaminados hacia la organización jurídica en la que mande una voluntad puramente racional como ley universal.

Este carácter formalista se asienta al afirmar que, existen derechos justos de un contenido concreto, que regulan una etapa de la vida social; pero que no hay derecho perfecto, porque no existe.

En Gustav Radbruch veremos a un jurista cuya forma de pensar está delimitada por la Segunda Guerra Mundial.

Antes de este acontecimiento, tenemos a un filósofo del derecho que se pronuncia y se convierte en un ultradefensor de derecho positivo como el aspecto único y genuino de este orden normativo; posición que cambia de manera

radical después de ver las atrocidades que bajo la protección de la norma jurídica ocurrieron en la Alemania nazi, toda vez que bajo este disfraz no existían garantías constitucionales que delimitaran la legislación arbitraria. - El poder del gobierno o de su policía, en el ámbito administrativo era tal, que podían ingresar a campos de concentración a cualquier persona sin motivo alguno y mucho menos sin proceso previo. Se puede decir también que, ciudadanos absueltos por un tribunal de la imputación de un delito político, eran recluidos en los campos de concentración si el Führer, lo desaprobaba. Es más se ejecutaba a personas sin proceso alguno, y después se legitimaba el acto mediante una ley retroactiva.

Esta serie de acontecimientos, llevaron a Gustav Radbruch a afirmar que:

"La ciencia jurídica tiene que recordar nuevamente - la milenaria verdad de que existe un derecho superior a la ley natural, racional o divino, frente al cual el entuerto sigue siendo entuerto, aun cuando aparezca revestido de formas legales".¹

¹ Cita de Welzel en la p. 323 de *Naturrecht oder Rechtspositivismus*. Tomada por: García Máynez, Eduardo - "Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo". UNAM. México. 3 ed., 1986. pág. 126

3.1 JEAN JACQUES ROUSSEAU

Juan Jacobo Rousseau nació el 28 de junio de 1712 - en Ginebra, hijo de Isaac Rousseau y Susana Bernard, --- quien por cierto muere a la semana de haberle dado --- luz, víctima de fiebre puerperal.

La educación que recibió en su infancia fue bastante irregular, compuesta principalmente por la lectura de novelas del gusto paterno. Su familia perteneció a la -- clase media; con una economía cada vez más decreciente -- debido a la poca atención de su padre, quien se dedicaba más a vagabundear que a su oficio de relojero; Juan Jacobo fue aprendiz de algunos oficios, de los cuales no se -- interesó por ninguno. El filósofo hereda de su padre el -- gusto por la expedición y la aventura, actividad a la -- que le dedicará gran parte de su vida.

En una ocasión que leía el "Mercure de France", aba rece una convocatoria de la Academia de Dijon, cuyo tema era "El progreso de las ciencias y de las artes gha contribuido a purificar o a corromper las costumbres?".

Rousseau participa con una obra intitulada "Discurso sobre las ciencias y las artes". Este discurso le --- brinda su entrada a la fama; en agosto de 1750 se le notificó que el discurso había obtenido el primer premio y se había hecho merecedor a una medalla de oro y trescientos francos.

En noviembre de 1753, la Academia de Dijon le vol 2

ría a dar la oportunidad de expresar sus pensamientos, cuando sus académicos lanzaron otra convocatoria: "¿Cuál es el origen de la desigualdad de los hombres? ¿Está ella autorizada por una ley natural?".

Rousseau escribe su "Discurso sobre el origen y fundamentación de la desigualdad entre los hombres" en dos partes: una revista de la historia de la humanidad, y la fase de su desenvolvimiento y desarrollo, en la que ya aparecen injusticias (me parece oportuno mencionar que en esta ocasión la Academia no discernió el premio a Rousseau sino a un abate llamado Talbert).

En el terreno de la literatura, su novela "La nueva Eloísa" es considerada como el punto de partida del romanticismo; fue concluida en 1759 y enviada a su editor en Holanda.

"Sin disputa fue Rousseau el más ilustre, aun no teniendo en cuenta sino su papel en el prerromanticismo europeo, del que fue su alma y principio motor y que por tantos respectos le es deudor. A partir de 1762, sobre todo por La nueva Eloísa y el Emilio, y luego, más cada vez por sus escritos póstumos, Confesiones y Réveries, se convierte en caudillo de los innovadores en muchos países. Siendo uno de los más ilustres representantes del siglo de las luces por su fe en la razón y su amor a las ideas y su afición a las discusiones, inaugura una nueva era por su culto del instinto, el sentimiento individual; por su pasión por la Naturaleza, su ideal de vida sencilla, de bondad natural, su desdén hacia las formas sociales y las tradicionales sujeciones y su mo--

ral del sentimiento o del corazón".¹

Tanto sus amistades como las mujeres que lo rodean y admiran van en aumento, ésto se percibe claramente después de su novela "La nueva Eloísa". Personajes de la corte pretenden convertirse en sus protectores, no obstante, el ginebrino procura mantener su independencia. La gloria estaba cerca, y las persecuciones también.

Debido a los momentos históricos que se vivían en aquel tiempo, el "Contrato social" es impreso en Holanda, en tanto que el "Emilio" lo es en París. Sus amigos consideraban que ambas obras serían un verdadero éxito; sin embargo se equivocaron, ya que las persecuciones a otros autores, se hicieron extensivas al filósofo. El "Contrato social" estuvo listo en abril de 1762, pero su venta se declaró ilegal en Francia, pese a ésto, circuló clandestinamente; el "Emilio" estuvo listo en mayo del mismo año, provocando las mismas consecuencias, y las casi inherentes persecuciones.

1762 es un año primordial en la vida de Juan Jacobo Rousseau, independientemente de que sus "Confesiones" -- fueron una publicación póstuma, su tarea había sido terminada, en sus trabajos podemos encontrar las características que redondearon el pensamiento y la personalidad de este filósofo.

La última parte de la vida de este gran hombre, se da entre persecuciones, algunas verdaderas y otras falsas. Después de que el "Emilio" es incinerado públicamente en París, el 11 de junio de 1762, esta obra es condenada en Ginebra.

Desde esa fecha, su actividad literaria fue en detrimento, a la vez que su salud se resiente, del mismo modo las persecuciones -reales e imaginarias- conducen a su cerebro al borde de la locura.

La difusión de su pensamiento ha alcanzado dimensiones en el tiempo y en el espacio, que el propio Rousseau nunca imaginó siquiera, por lo que sus ideas han perdurado después de su muerte ocurrida el 2 de julio de 1778 - en Ermenonville, Francia.²

Immanuel Kant catalogó a Rousseau -hombre por el -- que se vio fuertemente influido-, como el "Newton del mundo moral". "Con esto quería decir que Rousseau había demostrado que el verdadero ser del hombre era su autonomía ética, que la libertad era parte suya tanto como la gravedad lo es de la materia, y que el derecho y el estado podían ser comprendidos únicamente a la luz de esta realidad fundamental".³

"Se consideró que la autonomía del hombre significaba que toda norma legal era legítimamente obligatoria sólo si se ha creado con la libre participación de quienes están sujetos a ella y, además, que sólo dentro del marco del imperativo categórico puede comprenderse esta decisión libre como una expresión de la autonomía humana, como indicación de la voluntad general (volonté générale). Tiene importancia que esta voluntad general sea concebida por Rousseau como la autoridad final en toda decisión relacionada con el derecho y, por tanto, recibe un sentido radicalmente democrático e ilimitado".⁴ Para Rousseau el derecho es el punto alrededor del cual gira

la vida social.

Sin embargo, Rousseau no encontró en la sociedad el pleno desarrollo del hombre, como lo encontró Aristóteles en la polis: "... aquel que no puede vivir en sociedad y que en medio de su independencia no tiene necesidad, no puede ser nunca miembro del Estado; es un bruto o un dios.

"La naturaleza arrastra, pues, instintivamente a todos los hombres a la asociación política. El primero que la instituyó hizo un inmenso servicio, porque el hombre, que cuando ha alcanzado toda la perfección posible es el primero de los animales, es el último cuando vive sin ley y sin justicia".⁵ Por el contrario, Rousseau encuentra la felicidad, y por lo tanto la justicia (ya que no era en relación de lo tuyo y lo mío), en la comunidad del hombre salvaje, dado que él pensaba que el hombre en el estado de la barbarie no tenía por qué ser forzosamente un ser involucrado en guerras constantes, sino como el mismo lo dice en su "Discurso sobre el origen y fundamentación de la desigualdad entre los hombres": "... lo veo saciar su hambre bajo una encina, su sed en el arroyo más cercano, durmiendo bajo el árbol mismo que le proporciona su sustento, y de esta suerte satisfacer todas sus necesidades".⁶

"los hombres, más bien feroces que malos, y más atentos a preservarse del mal que pudiere sobrevénirles que tentados a hacerlo a los demás, no estaban sujetos a desavenencias muy peligrosas. Como no tenían ninguna especie de comercio entre ellos y no concibían por..."

cuencia ni la vanidad, ni la consideración, ni la estima-
ción, ni el desprecio; como no tenían la menor noción de
lo tuyo y de lo mío, ni verdadera idea de la justicia; -
como consideraban las violencias de que podían ser objeto
como un mal fácil de reparar y no como una injuria --
que es preciso castigar, y como no pensaban siquiera en
la venganza, a no ser tal vez maquinalmente y sobre la -
marcha, al igual del perro que muerde la piedra que le -
arrojan, sus disputas rara vez hubieran tenido resulta-
dos sangrientos si sólo hubiesen tenido como causa sensi-
ble la cuestión del alimento".⁷

Pero según Rousseau, el problema, y por tanto, la -
desigualdad entre los hombres surge cuando: "el primero
que, habiendo cercado un terreno, descubrió la manera de
decir: "Esto me pertenece, y halló rentes bastante sencillas
para creerle, fue el verdadero fundador de la socie-
dad civil. ¡qué de crímenes, de guerras, de asesinatos, -
de miserias y de horrores no hubiese ahorrado al género
humano el que, arrancando las estacas o llenando la zan-
ja, hubiese gritado a sus semejantes: Guardaos de escu-
char a este impostor; estáis perdidos si olvidáis que --
los frutos pertenecen a todos y que la tierra no es de -
nadie!".⁸

Este es el antecedente en el que hunden sus raíces
más profundas la propiedad privada, y derivada de ella,
la agricultura puesta en práctica:

"Del cultivo de las tierras provino necesariamente
su repartición, y de la propiedad, una vez reconocida, -
el establecimiento de las primeras reglas de justicia, -

pues para dar a cada uno lo suyo era preciso que cada cual tuviese algo. Además, comenzando los hombres a dirigir sus miradas hacia el porvenir, y viéndose todos con algunos bienes que perder, no hubo ninguno que dejase de temer a la represalia por los males que pudiera causar a otro".⁹

En la cita anterior hay un punto que considero muy importante: "el establecimiento de las primeras reglas de justicia, pues para dar a cada uno lo suyo era preciso que cada cual tuviese algo"; a diferencia de que antes que el primero que cercara un pedazo de tierra y dijera "esto me pertenece", la justicia -como se señaló en la nota 7- no era "en relación de lo tuyo y de lo mío".

Cuando el hombre saboreó el placer de la dominación (que se basa en la propiedad privada), despreció a sus vecinos, y haciendo uso de sus esclavos, trató de someter a aquellos.

Pero se dio cuenta o se percató que luchar entre sí no lo llevaría a ningún lado, sino que por el contrario, en su ánsia de poder se dañarían a sí mismos, por lo que fue necesario que esos hombres se unieran para hacer frente común a sus dominados con el objeto de que éstos en lugar de atacarlos tolerasen su opresión: "unámonos, les dijo, para garantizar contra la opresión a los débiles, contener los ambiciosos y asegurar a cada uno la posesión de lo que le pertenece. Instituyamos reglamentos de justicia y la paz a los cuales todos estemos obligados a conformarnos, sin excepción de persona, y que recaen de alguna manera los caprichos de la fortuna, seme-

tiendo igualmente el poderoso y el débil a mutuos deberes. En una palabra, en vez de emplear nuestras fuerzas contra nosotros mismos, unámoslas en un poder supremo -- que nos gobierne mediante sabias leyes, que proteja y defienda a todos los miembros de la asociación, rechace -- los enemigos comunes y nos mantenga en una eterna concordia".¹⁰

Una vez que el hombre, según estos planteamientos, ya convive en sociedad con sus semejantes, es necesario encontrar la mejor forma de llevar a cabo dicha convivencia.

El "Contrato social" es para los estudiosos de la filosofía del derecho, la obra más importante de este pensador genebrino; según Luis Recaséns Siches "el contrato social constituye una idea regulativa de la razón para juzgar sobre la justicia o injusticia de un régimen jurídico".¹¹ Continúa diciéndonos este autor que el contrato social jamás existió. Rousseau comienza su contrato preguntándose los fundamentos que justifican normas e instituciones de un régimen jurídico que traen como consecuencia limitaciones a la libertad y una serie de desigualdades en el orden civil: "me propongo investigar si dentro del radio del orden civil, y considerando los hombres tal cual ellos son y las leyes tal cual pueden ser, existe alguna fórmula de administración legítima y permanente. Trataré para ello de mantener en armonía constante, en este estudio, lo que el derecho permite con lo que el interés prescribe, a fin de que la justicia y la utilidad no resulten divorciadas".¹²

Concluye Recaséns que para que lo anterior sea posible, es necesario que el Derecho positivo contenga los derechos naturales esenciales al ser humano y se conserven en la organización social: "encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes".¹³

La voluntad general es un elemento esencial en la teoría del contrato social: la "voluntad general" no es una voluntad que exista, es la manifestación del resumen organizado de todas y cada una de las libertades de todos; es el inicio de la convivencia armónica de las libertades de todos según principios basados en la razón. Como cada quien coloca al servicio de la comunidad su propia libertad, todos reconocen la libertad de los demás, de modo que nadie pueda desconocer la suya propia. El respeto de la libertad de los demás conlleva al respeto de la propia, ya que en forma racional una misma ley debe aplicarse a todos: se trata del principio de reciprocidad. De ahí deduzco que, como lo dice Recaséns: según Rousseau, "el primer sentimiento de la justicia no nos viene de la que nosotros debemos, sino de la que nos es debida"; y su contenido es una especie de principio de reciprocidad en tanto que consiste que "yo obre como si fuese otro".¹⁴

La noción de la voluntad general no dice lo que es, sino lo que debe ser: se trata de una voluntad que refleja lo que es común a todos, por lo tanto, esta voluntad

no responde a impulsos o intereses de individuos particulares, ya que por tratarse de una voluntad general sirve al bien común, es decir, a los intereses necesariamente comunes a todos, o sea, los fundamentos por los cuales se ha configurado la asociación política, las razones -- por las cuales ésta se justifica.¹⁵

"Frecuentemente surge una gran diferencia entre la voluntad de todos y la voluntad general: ésta sólo atiende al interés común, aquella al interés privado, siendo en resumen una suma de voluntades particulares; pero suprimid de estas mismas voluntades las más y las menos -- que se destruyen entre sí, y quedará por suma de las diferencias la voluntad general".¹⁶ Esto se obtiene a través del sufragio: "cada cual al dar su voto, emite su -- opinión, y del cómputo de ellos se deduce la declaración de la voluntad general".¹⁷

Rousseau sostuvo que el sometimiento de los hombres a la voluntad general debía ser tan completa que, como lo dice en el Libro II, capítulo III de su "Contrato social": "... cuando se forman intrigas y asociaciones parciales a expensas de la comunidad, la voluntad de cada una de ellas conviértese en general con relación a sus miembros, y en particular con relación al Estado, pudiendo entonces decirse que no hay ya tantos votantes como ciudadanos, sino tantos como asociaciones. Las diferencias se hacen menos numerosas y dan un resultado menor general. En fin, cuando una de estas asociaciones es tan grande que predomina sobre todas las otras, el resultado no será una suma de pequeñas diferencias, sino una dife-

rancia única: desapparece la voluntad general y la opinión que impera es una opinión particular".¹⁸

Para terminar con el análisis del concepto jurídico político de este enorme pensador, sólo me resta decir -- que, como lo apunte Alfred Verdross, la doctrina rousseauiana de la soberanía del pueblo es discrepante a las -- ideas que sustentan Vísquez de Menchaca y Johannes Althusius en relación a que: "para estos dos escritores, el -- pueblo es ciertamente soberano, pero dentro del marco de un derecho natural ético, que es, a la vez, obligatorio y protector de todos los hombres, en tanto la tesis de -- Rousseau desemboca en una dictadura mayoritaria ilimitada, en la que la voluntad générale no halla limite jurídico alguno. Por este camino, la libertad absoluta de Rousseau conduce al Estado totalitario".¹⁹

Por lo cual podemos darnos cuenta que existe una -- contradicción en la conclusión final de su teoría de la -- soberanía, con su "pacífico salvaje", con el hombre que -- ha nacido libre y no obstante está encadenado por todas -- partes.

3.2 IMMANUEL KANT

Kant nació en Königsberg, Prusia Oriental -- lugar -- que nunca abandonó--, en el año 1724. Hombre cuya vida -- transcurrió en forma rutinaria y metódica; de muy débil constitución física, particularidad que no le impidió alcanzar la longevidad. Es uno de los más grandes -- ejemplos de tenacidad y disciplina que podemos encon---

trar. Es precisamente esta característica la que le permite largos años de intenso ejercicio de sus facultades mentales en los que escribió obras que revolucionaron el planteamiento filosófico de su tiempo. Aunque nunca sufriera síntomas de ninguna enfermedad, ni necesitara los auxilios de un médico, al final se desplomó y como triste ironía poco antes de morir su cerebro se deterioró y el gran hombre virtualmente dejó de pensar.

Fue educado en el "Collegium Fridericianum" en el ambiente del riguroso pietismo. A su instrucción humanista se agregó un vasto conocimiento de la filosofía y de las ciencias físicas y matemáticas; en concreto, la mecánica de Newton.

"Después de más de cincuenta años dedicados a la enseñanza, primero como preceptor, más tarde como privatdozent, profesor y rector de la Universidad de Königsberg, Kant murió, habiéndose hecho de su vida un reflejo de su ideal de moralidad, en el año de 1804".²⁰

Como lo señala Arnaldo Córdova, con Kant nace la teoría del Estado Moderno, ya que en la misma tenemos una organización política y jurídica plenamente independiente. El sustento de esta teoría se encuentra en el derecho, en la organización de una teoría del derecho que resista los caracteres de generalidad y abstracción que permitan su validez por sobre la totalidad de las situaciones concretas en que pueden estar ubicados sus destinatarios.

De este modo "... el derecho, se presenta como autonomía de la regulación jurídica de las conductas huma---

nas, independientemente de las particularidades en que éstas se desenvuelven... él consideraba que tanto la generalización del conocimiento como la universalización de la conducta moral y la generalidad del derecho eran resultado necesario de la aplicación de los principios de la razón y, desde luego, no podía concebir que se tratara de exigencias de un mundo en el que las relaciones sociales se generalizaban como relaciones de hombres iguales ante la ley..., la igualación de los sujetos --- que nacen destinados al cambio y que precisan, nótese --- bien, de una voluntad que pueda manifestarse libremente en el acto del cambio, en el contrato, todo ello con independencia absoluta de las condiciones particulares que observe cada uno de los sujetos".²¹

De lo anterior se desprende, como podemos darnos cuenta, que Kant vé en los principios del derecho, principios que buscan una validez total y absoluta, más allá del tiempo y del espacio, es decir, más allá de la historia. Por otra parte, la igualdad de las personas ante la ley, sólo puede manifestarse en una sociedad como la moderna, en la que se considera a la persona con una total independencia de su situación social, a diferencia de la sociedad feudal en la que el derecho regulaba las relaciones jurídicas en base a la posición que tenía la persona en la sociedad.

El fundamento de todo el sistema moral kantiano se encuentra en la pureza de la voluntad, de ahí que dé principio a su "Fundamentación de la metafísica de las costumbres" del siguiente modo:

"Ni en el mundo, ni, en general, tampoco fuera del mundo, es posible pensar nada que pueda considerarse --- como bueno sin restricción, a no ser tan sólo una buena voluntad", y continúa diciendo: "la buena voluntad no es buena por lo que efectúe o realice, no es buena por su adecuación para alcanzar algún fin que nos hayamos propuesto; es buena sólo por el querer, es decir, es buena en sí misma".²²

Como nos podemos dar cuenta, a lo que Kant se refiere es a la pureza en el propósito de la realización o abstención de un acto, es decir, se refiere a la pureza de la intención subjetiva de la persona, independientemente de su resultado en el mundo de los hechos.

Kant entiende por voluntad: "... una especie de causalidad de los seres vivos, en cuanto que son racionales, y libertad sería la propiedad de esta causalidad, por la cual puede ser eficiente, independientemente de extrañas causas que la determinan";²³ o sea, para que la voluntad sea plenamente pura, es necesario también que sea totalmente libre, ya que de lo contrario -como lo señala Eduardo García Máynez-, "si el acto es obligatorio no tendrá el sujeto ningún mérito; si aquél se encuentra vedado, resultará imposible declarar responsable a éste. Lo que el individuo ocasiona, movido por una fuerza extraña, no constituye un proceder. No es conducta, sino hecho".²⁴

Lo que realmente tiene validez para el filósofo de Königsberg, es el móvil que impulsa al sujeto a realizar una acción y será virtuosa cuando lo haga conforme al de

ber y por deber. Al respecto, distingue tres tipos de acciones que se pueden llevar a cabo en relación al deber:²⁵

- 1.- Contrarias al deber.
- 2.- Conformes al deber, pero no hechas por deber.
- 3.- Conformes al deber y hechas por deber.

Como acabamos de ver, las acciones del tercer tipo son las que revisten importancia para Kant, éstas pueden ser sintetizadas a través del siguiente imperativo categórico: "obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne en ley universal".²⁶

Señala Carl Joachim Friedrich que:

"El problema de la voluntad racional de una persona autónoma fue abordado por Kant, quien lo resolvió en la perspectiva de su racionalismo crítico. Kant muestra cómo, y en qué sentido, las voluntades autónomas de los individuos pueden entenderse como constituyentes de la voluntad general. Ello se logra con su celebrada doctrina del imperativo categórico. La ley básica de la razón --- práctica pura implícita en este imperativo categórico, dice así: obro siempre según una máxima tal que pueda elevarse a ley de observancia universal ... si los individuos actúan de acuerdo con semejante imperativo categórico legislativo, de su decisión conjunta puede resultar evidentemente una ley general, ya que el principio que ofrece el imperativo categórico en su aplicación a este caso concreto se relaciona con una ley general".²⁷

Kant separa a la moral en dos partes: el derecho y la moral en sentido estricto; el derecho se ocupa de los

deberes externos, los que delinearán determinada conducta sin tomar en cuenta las razones que la provocan; mientras que la moral en sentido estricto se encarga -como ya se indicó- de la intención que tenga la persona para actuar, y que esa intención sea conforme y en cumplimiento del deber.²⁸

"La distinción entre los conceptos de Derecho y moral, de justicia y de ética, fue establecida primeramente por Thomasius y más tarde por Kant. Acerca de los valores morales sólo puede decidir la propia conciencia, -nunca el orden jurídico".²⁹

A las leyes de la libertad, Kant las llama morales, para diferenciarlas de las leyes naturales o físicas. -- Ahora bien, cuando se ocupan de actos externos y a su legitimidad, se trata de leyes jurídicas, pero, cuando se exige que las leyes sean el motivo fundamental del obrar, se trata de leyes éticas.³⁰ Por lo que tenemos:

1.- Leyes jurídicas.- Regulan las conductas exteriores y la conformidad de éstas con la ley.

1.1.- Legalidad.- La conformidad de las acciones con la ley.

1.2.- Legislación jurídica.- Admite un impulso diferente a la idea del deber. Su característica esencial es la legalidad, y el impulso del deber es la constrictión exterior.

2.- Leyes éticas.- Además de que las acciones sean conforme a la ley, a éstas se las considere como principios determinantes de las acciones.

2.1.- Moralidad.- Que la conformidad de la idea del

deber se derive de la ley.

2.2.- Legislación moral.- Constituye una acción en deber, y el deber en impulso interior de la acción queda comprendido en la ley.

El derecho, nos dice Kant, es "... el conjunto de las condiciones a través de las cuales el arbitrio de uno puede concordar con el arbitrio de otro, según una ley universal de libertad". "La noción del derecho, respecto de una obligación correspondiente, en primer lugar no concierne más que a la relación exterior y aun práctica de una persona con otra, en cuanto sus acciones como hechos pueden tener una influencia sobre otras acciones. Pero, en segundo lugar, esta noción indica la relación del arbitrio del agente con el arbitrio del otro. En tercer lugar, en esta relación mutua del arbitrio, no se toma en consideración la materia del arbitrio, no se discute más que la forma en la relación del arbitrio".

"El imperativo categórico de la moral razaba así: - actúa en modo tal que la máxima de tu acción pueda transformarse al mismo tiempo en ley universal". "La ley universal de derecho: obra exteriormente de modo que el libre uso de tu arbitrio pueda conciliarse con la libertad de todos según una ley universal". "El derecho no tiene absolutamente por objeto más que lo que concierne a los actos exteriores, el derecho escrito, aquel en que no se mezcla nada propio de la moral, es el que no exige más que principios exteriores de determinación para el arbitrio; porque en este caso es puro y sin mezcla de precepto alguno moral. Sólomente, pues, el derecho pura-

mente exterior puede llamarse derecho estricto. Este derecho se funda, a la verdad, en la conciencia de la obligación de todos según la ley; pero, para determinar el arbitrio en consecuencia de esta obligación, el derecho estricto o puro no puede ni debe referirse a esta conciencia como móvil; por el contrario, debe apoyarse en el principio de la posibilidad de una fuerza exterior conciliable con la libertad de todos según leyes generales. El derecho y la facultad de obligar son, pues, una misma cosa".³¹

Es aquí precisamente en donde encontramos la gran diferencia entre ambos órdenes normativos: Kant se refiere a un derecho estricto, un derecho que como quedó asentado en la introducción, tiene una característica esencial: el ser exterior; y un sostén: la coercibilidad. De este modo, Kant define al derecho como una coacción general, igual y recíproca. No obstante esto, Kant va más allá: si tomamos en cuenta que, para él el cumplimiento de la norma jurídica, -en este caso-, debe hacerse por deber, no basta con su mero cumplimiento, ni que éste se lleve a cabo por medio de la coacción, sino que debe hacerse por deber para que sea a la vez, jurídica y moralmente válida, es decir, virtuosa.

Immanuel Kant basó todo su sistema de conocimiento en la razón. La razón fundamenta sus juicios apriori en un valor. Este valor va a ser plasmado en una ley positiva, la cual va a declarar protegido ese valor. Cuando un sujeto transgrede ese valor protegido o jurídicamente protegido, el derecho va a funcionar coactivamente, y --

una vez hecho ésto, se vuelve a recuperar el orden establecido. Por ejemplo:

Una persona siempre vive en sociedad con otros individuos de su misma especie. Dicha comunidad usando la razón descubre ó establece por convenio un juicio a priori en el que valoriza la protección a la vida. Acto seguido, se crea una ley positiva que va a declarar protegido - ese valor.

Si tomamos en cuenta nuestro derecho, a grandes rasgos diríamos que comete el delito de homicidio la persona que priva de la vida a otra, y se le sancionará de -- ocho a veinte años por un homicidio simple y de veinte a cincuenta por un homicidio calificado.

Si una persona priva de la vida a otra, lesiona este valor, el derecho funcionará en forma coactiva imponiéndole la pena mencionada anteriormente que proceda, - con lo cual se pretende recuperar el orden establecido, y una ley positiva en abstracto adquiere un sentido concreto, es decir, ya no tendremos un "comete el delito de homicidio...", sino un Víctor Manuel Puente-homicida.

Una vez que ha quedado claro que el derecho es sinónimo de la facultad de constreñir, Arnaldo Córdova plantea que el siguiente paso de Kant es justificar cómo y - por qué la constricción es el elemento sine qua non de este orden normativo, Córdova dice que el filósofo de -- Königsberg responde al cómo, señalando que "... se trata de una coacción recíproca e igual, que concuerde necesariamente con el principio de la libertad universal. Toda fuerza o constricción que no se aplique por igual no se

cualifica jurídicamente y, por consiguiente, no tiene nada que ver con el derecho".³² El siguiente punto corresponde en averiguar por qué el derecho necesita imponerse como una coacción general, igual y recíproca para ser considerado como tal:

"... no es tanto el concepto del derecho como una coacción recíproca e igual, que se ejerce según una ley universal y de acuerdo con ella, lo que hace posible la representación de aquel concepto. Sin embargo, del mismo modo que en la matemática pura (por ejemplo en la geometría) aquel concepto dinámico sirve de base, además, un concepto puramente formal, así también la razón tiene cuidado de proveer al intelecto, en la medida de lo posible, de concepciones a priori, que permitan construir el concepto del derecho".³³

De la misma manera en que la razón fundamenta la matemática, la física, la química, etc., también fundamenta al derecho, y es entonces cuando estamos en posibilidad de hablar de ciencias puras-teóricas.

Así, Arnaldo Córdova termina su planteamiento de la siguiente forma:

"De este modo, el filósofo de Königsberg vuelve a refundir la problemática del conocimiento en la esfera puramente racional, con lo que sigue afirmando el cómo pero no el porqué del derecho".³⁴

Como nos podemos percatar, Kant no toma al derecho como una parte del proceso de la evolución del individuo, como un fenómeno social que va a encontrar su razón de ser en la historia. A pesar de que las tres caracte-

riística de la coacción del derecho, se deban precisamente a hechos históricos, ya que además de la independencia de los Estados Unidos y la Revolución Francesa, en la época feudal, en la que las relaciones jurídicas eran jerarquizadas, la coacción lo era también, por lo tanto, no había igualdad entre las personas (entendiendo por persona: "... el sujeto cuyas acciones son susceptibles de imputación". La imputación jurídica es el juicio por el cual se declara a alguien como autor de una acción -- que provoque consecuencias jurídicas),³⁵ deformándose el derecho en una simple regimentación de privilegiados.

La teoría kantiana del derecho, estaba delimitada por la equidad: un derecho sin coacción; y por el estado de necesidad: una coacción sin derecho.

"La equidad (objetivamente considerada) no es un título en cuya virtud se pueda compeler a otro al cumplimiento de un deber puramente moral".

"El lema de la equidad, es, pues: el derecho muy estricto es una injusticia muy grande . Pero este mal no puede corregirse por medio del derecho..., porque la reclamación que se funda en la equidad no tiene más fuerza que el tribunal de la conciencia".³⁶

El estado de necesidad "... consiste en la facultad moral de defender mi vida, dando muerte a quien no me ha hecho daño.

"el hecho de la conservación mediante la violencia, no debe ser considerado como inocente (inculpable), es cierto, sino únicamente como incastigable (impunible).

"La máxima del derecho de necesidad es ésta: la ne-

cesidad carece de ley; y sin embargo, no puede haber necesidad que haga legal una injusticia".³⁷

Immanuel Kant -quien también por cierto nunca se ca
só-, es sin duda uno de los más grandes pensadores de la
filosofía que ha dado la humanidad, a tal grado que his-
tóricamente hablando, bien podría marcarse como punto de
referencia: antes o después de Kant.

Sería injusto negar a Kant el asentar las bases del
Estado Moderno, no obstante, también es cierto que fue -
una gran omisión de su parte el no concebir al derecho -
como un hecho que nace a través del devenir histórico --
del individuo, sino que, por el contrario, intenta expli
car su nacimiento en la razón.

De ahí que, como lo señala Arnaldo Córdova:

"La delimitación está perfectamente clara: el dere-
cho es derecho en cuanto no es mera coacción, pero es --
una coacción jurídica en cuanto no se confunde con la mo
ral. ¿Cómo reunir los dos términos de la relación? Kant
pensó que era posible remitiendo todo el problema a la -
razón pura, pero, al hacerlo así, la diferenciación que
se había vislumbrado entre el derecho y la moral refluye
por completo en el campo de ésta última y la exteriori-
dad del derecho se presenta de golpe como algo arbitra-
rio, como algo que no justifica su presencia, como pura
materialidad no cualificada, que riñe indefinidamente --
con los dictados de la razón: en efecto, si los princi-
pios de la razón, por ser a priori, valen absolutamente,
¿qué tiene que hacer aquí la coacción exterior que es un
dato puramente empírico?"³⁸

Y todavía más, si como se acaba de apuntar: ¿cué hace la coacción que es un dato puramente empírico en una ciencia que tiene fundamentos apriori en la razón; por qué -como lo señala Verdross- el mismo Kant afirma que - el hombre necesita de un gobernante que coactivamente lo obligue a acatar una ley universal para que sea factible la libertad de todos:

"El hombre -dice Kant en su ensayo Ideas para una historia universal en sentido cosmopolita- es un animal que necesita de la existencia de un gobernante cuando vive entre sus semejantes, pues, por regla general, hace mal uso de su libertad; no obstante que como ente racional desea una ley que fije los límites necesarios a la libertad, su naturaleza empírica, semejante a la naturaleza animal, le inclina a sustraerse siempre que puede a esas limitaciones. De ahí que necesite de un gobernante que rompa su voluntad empírica y le fuerce a obedecer a una voluntad universal, haciendo así posible la libertad de todos".³⁹

3.3 RUDOLF STAMMLER

Stammler nació en Alsfeld (Hessen), en 1856. Filósofo alemán, especializado en filosofía del Derecho, fue profesor desde 1882 en Marburgo, desde 1884 en Giessen, desde 1885 en Halle y desde 1916 a 1923 en Berlín; en 1902 escribió "La doctrina del Derecho justo" (Lehre vom richtigen Recht), y en 1922 "Filosofía del Derecho" (Rechtphilosophie), entre otras. Partidario del neokan-

tismo de la Escuela de Würburgo, Stammler desarrolló una filosofía del Derecho de tenencia formalista. Murió en Vernigerode, en el año 1939.⁴⁰

"Rudolf Stammler, fundador de la filosofía neokantiana del derecho..., tomó como punto de partida de su doctrina..., a la teoría del conocimiento de lo jurídico. Por tanto, su propósito principal consistió en la búsqueda de las categorías que deben imponerse a la materia jurídica, a fin de determinar qué es el derecho. - Ahora bien -según el pensamiento del ilustre profesor de la Universidad de Berlín- la categoría jurídica fundamental es "el querer entrelazante, autárquico e inviolable".

"Al mismo tiempo que las categorías del derecho, el filósofo neo-kantiano se propuso investigar cuáles son los principios fundamentales del derecho justo. Estos principios son puramente formales, ya que se desenvuelven en las ideas de respeto y de solidaridad. La Doctrina de Stammler concluye en el ideal, igualmente formal, de una comunidad de hombres librevolentes".⁴¹

La categoría jurídica fundamental -como lo señala Verdross-, o la definición del Derecho de Stammler (la cual veremos más adelante), consiste en un querer, es decir, en una voluntad; este querer o esta voluntad presenta, además, tres características: es entrelazante, o sea vinculatoria, autárquica e inviolable:

1.- Querer o voluntad.- "Las nociones que forman parte de nuestra conciencia se pueden ordenar con arreglo a dos métodos: el de la percepción y el de la volun-

tad. El primero recoge las sensaciones para elaborarlas objetivamente; el segundo supone un objeto a cuya consecución se aspira. Este objeto, hacia el cual se tiende, es lo que llamamos un fin".⁴²

La voluntad es aquello que dirige nuestra conciencia para la elección de los medios destinados a la consecución de nuestros fines. La facultad de opción, es característica de cualquier fin, es el criterio fundamental que separa la voluntad de la percepción; el fin es el objeto que se pretende lograr, y el medio es una causa que se puede elegir. La facultad de opción no existe en el campo de las percepciones.

El Derecho es una categoría de la voluntad, ya que el concepto de lo jurídico únicamente se puede localizar en el sector del mundo espiritual que llamamos voluntad. Pero Stammler no se refiere al Derecho como un producto de la voluntad, no se refiere a los orígenes del Derecho, a quién con su voluntad haya traído al mundo el Derecho; es decir, para Stammler Derecho y voluntad no se encuentran en una relación de criatura a creador, sino en la relación de la parte con el todo, o sea, el Derecho es una modalidad de la voluntad.

"El análisis que para determinar este concepto se tiene que hacer no ha de recaer sobre aspiración alguna de contenido limitado. No nos preocupemos de ver cuáles sean los diversos fines que el Derecho persigue, porque con esto sólo podremos conseguir una descripción hecha al azar y sin trascendencia absoluta. El verdadero concepto del Derecho es necesariamente absoluto porque res-

ponde a una totalidad armónica y condicionante para la ordenación de los fines y los medios en sí y de por sí, es decir, independientemente de todas las materias concretas de su contenido".⁴³

a) Vinculatoriedad.- Vinculatoriedad o vinculación es sinónimo de enlace, por lo que una voluntad vinculatoria "... es aquella que enlaza entre sí varias voluntades como medios recíprocos en sus relaciones. Lo que uno quiere lo toma el otro como medio de su propia voluntad, y a su vez aquel encuentra en la voluntad de éste un medio para sus fines propios".⁴⁴

Es necesario que cuando menos haya tres voluntades: la de los dos sujetos vinculados, y la vinculatoria o de vinculación entre ambos, que está por encima de la voluntad de los sujetos.

La vida del hombre puede ser dividida en dos partes: interior y social. La vida interior del hombre está caracterizada por la universalidad de sus pensamientos, es el tipo de vida propia del hombre aislado; mientras que en su vida social, la persona convive con otras personas, es, -como dice Stammler-; "una voluntad vinculatoria".

"La existencia de una voluntad vinculatoria responde a una necesidad, que se impone inexcusablemente con la vida humana",⁴⁵ toda vez que el individuo aun en estado total de aislamiento, no deja de imaginar o de pensar en sus relaciones exteriores con otras personas debido a la satisfacción de las necesidades mutuas con todos cuantos se relaciona. Por lo mismo, los hombres se unen en -

una sociedad para formar frente común a la lucha por la vida; lo cual indica que el vivir en sociedad es una convivencia que refleja la idea de cooperación.

"El concepto de sociedad -prosiguè diciendo Stamm-ler-, es una noción sintética, que, debidamente analizada, se pueda descomponer en los dos elementos siguientes:

"1.º La vinculación como tal, que consiste en la modalidad condicionante de la convivencia y se traduce en una regulación externa; es decir, en una voluntad que articula los fines de los individuos vinculados en función recíproca de medios.

"2.º La actividad común de los individuos que componen la sociedad y que, como toda conducta humana, tiende a la satisfacción de cualesquiera necesidades, de aquellas a que se pueda atender mediante cooperación".⁴⁶

Se trata, pues, de un concepto dividido en dos partes, las cuales no están en un mismo plano de igualdad, ya que la primera entraña una condición necesaria para darle un sentido de cooperación a los hombres que conviven en una sociedad; la segunda es la actividad social - cuyo contenido es la inteligencia y voluntad común objetos de la regularización externa dentro del concepto sociedad, de la cual forma parte el concepto Derecho, por lo que:

"El Derecho es una de las categorías de la voluntad vinculatoria. Su concepto entraña la idea de cooperación. Y la ordenación de las aspiraciones que tienden a un fin común, requiere que haya una voluntad sobrepuesta

a las distintas aspiraciones y esencialmente diversa que las rija".⁴⁷

b) Autarquía.- Existen dos tipos de reglas sociales: el Derecho y los convencionalismos sociales o normas de trato social o de urbanidad. Estos dos tipos de voluntad vinculadora han estado en todas las sociedades a lo largo de la historia, de modo que no se tiene conocimiento de ninguna sociedad que únicamente se haya valido de una de ellas exclusivamente. Sin embargo, ¿cuál es, o cómo podría precisarse el límite entre las normas de Derecho y las reglas convencionales?

La conducta humana penetra tanto en el ámbito del Derecho como en el de las reglas convencionales, y el paso de uno a otro se dá con una facilidad y en una cantidad imperceptible, al grado de que se dan casos en que la conducta del hombre es regulada a la vez por estos dos órdenes normativos, como ocurre -por ejemplo- en el saludo: el saludo es, por regla general, una norma de cortesía; pero, en el caso de los militares, es una obligación jurídica.

En relación a otros criterios de distinción entre estos dos órdenes normativos, éstos atienden a las características de ambos, pero Stammler dice que: "organizar quiere decir tanto como articular bajo normas, sin pre-juzgar para nada las características de una u otra categoría de la voluntad vinculadora";⁴⁸ y que este problema se puede resolver "... definitivamente con sólo fijarnos en el sentido formal que entraña la voluntad vinculadora, al articular entre sí los fines y los medios de -

los individuos, vinculados. Si logramos, pues, demostrar que cada una de las dos categorías conceptuales de normas descansen sobre diversas formas puras del pensar, estableceremos decididamente y de modo absoluto la distinción fundamental entre la voluntad convencional y la jurídica".⁴⁹

Stammler dá principio a la resolución de este problema, recordando que la voluntad vinculatoria "... enlaza entre sí varias voluntades como medios recíprocos en sus relaciones", por lo que, si nos guiáramos por sus modalidades puras, encontramos dos posibilidades:

Si la decisión de articular así los fines de los individuos se deje a la misma voluntad vinculatoria, la vinculación es fija y permanente; o si se deja a los propios individuos vinculados, la vinculación tendrá lugar en cada caso concreto.

En el segundo supuesto, la cadena de los fines y de los medios se tiene que engerzar siempre de nuevo, cuando la ocasión concreta se presente, por parte de los individuos; mientras que en el primer caso la vinculación de las distintas voluntades entre sí, en función de los medios, no es ni puede ser obra de las voluntades mismas. Aunque el contenido de la voluntad vinculatoria cambie y varíe incesantemente, la vinculación como tal permanece en este caso inmutable, y nadie podrá discutir que se trata de una verdadera voluntad vinculatoria; la segunda posibilidad sólo entraña pues, lógicamente una invitación a los individuos que se han de vincular y de los cuales depende el vincularse o no.

La primera modalidad encierra la noción de una voluntad autárquicamente vinculatoria, en cuanto que se sustrae la vinculación de la voluntad de los individuos vinculados; a esta modalidad corresponde el concepto de la norma jurídica. A la otra modalidad el concepto de la regla convencional.

Ahora bien, el derecho en su calidad de voluntad autárquicamente vinculatoria, está por encima de los individuos jurídicamente vinculados, determina quienes se hallan bajo su regulación al distinguir el contenido de la voluntad jurídica del contenido de la voluntad de los sujetos de la regulación jurídica.

Después de estos razonamientos, Rudolf Stammler llega a la conclusión de que la autarquía es una característica de la voluntad (jurídica) esencial al concepto del Derecho, debido a que éste es incompatible con la libertad y la autonomía de los sujetos regulados por éste, ya que una libertad total e ilimitada sólo puede darse en una sociedad regida únicamente por reglas convencionales que no imponen ningún deber de cumplimiento de sus compromisos y respeto a la inexistencia de las personas.

Por otro lado, el término "coacción jurídica" sólo se refiere a un Derecho particular, personal y concreto.

"Finalmente -precisa Stammler-, se comprenderá que al determinar de este modo el concepto del Derecho no se alude para nada al poder de quien haya de emanar la voluntad jurídica. Tampoco este problema tiene nada que ver con el problema conceptual, sino que supone ya una aplicación práctica de la noción del Derecho. Sólo pue--

de, pues, plantearse y resolverse a base de un material histórico concreto, y se entronca a su vez, en el último término, con la cuestión de la vigencia; es decir, de la eficacia de una voluntad jurídica".⁵⁰

c) Inviolabilidad.- La voluntad vinculatoria que constituye la autarquía, contiene una doble finalidad formal que puede determinar su decisión:

1.- Que la decisión se manifieste como algo concreto, en cada caso; o

2.- Que se conciba de modo permanente, como una unidad.

"Si se da la primera de estas dos posibilidades, nos encontraremos con una serie de manifestaciones aisladas del capricho de cada momento, que, cuando más, se podrán hilvanar por la cohesión meramente externa del número. - En el segundo caso, tenemos una voluntad nueva y peculiar, que se destaca formando una unidad de la noción general de la voluntad autárquica".⁵¹

Como podemos darnos cuenta, es el segundo supuesto el que contiene el concepto de inviolabilidad de una voluntad autárquicamente vinculatoria. Su característica principal es su permanencia uniforme en la vinculación de los fines.

En relación al Derecho como una voluntad vinculatoria, autárquica e inviolable, Rudolf Stammler concluye - su exposición en los siguientes términos:

"Fijada la noción de una vinculación inviolable, tenemos ya la última de las notas cuya unidad constituye el concepto del Derecho, después de analizar las posibi-

lidades que nos podían procurar la determinación segura de este concepto.

"Refiriéndonos ahora concretamente a la última nota indicada, no puede dudarse que la noción del Derecho entraña, como modalidad condicionante de su existencia, el carácter de inviolabilidad en el sentido que queda precisado. Los dictados del poder arbitrario abrigan la intención de que el que los dicta no quede sujeto por sí mismo a ellos. Proclaman una voluntad vinculatoria, que el titular del poder acatará si voluerit. Lo contrario precisamente de lo que ocurre con la voluntad constitutiva de normas jurídicas. El derecho es la ordenación permanente de la vida social, que como tal Derecho debe mantenerse incommovible, y no disponer de una regulación nueva para cada caso, a merced de las veleidades del que ocupa el poder, como una serie de órdenes conminadas al azar y tan pronto dictadas como revocadas, sin asiento sólido alguno.

"Podemos, pues, definir el Derecho como la voluntad vinculatoria, autárquica e inviolable.

"Queda con esto determinado definitivamente el concepto del Derecho. No descubriremos ninguna otra forma pura de ordenación de nuestra conciencia que pueda entrar como condición necesaria en las nociones jurídicas. Cuantas cuestiones de Derecho podamos plantear fuera de éstas, afectarán ya a la materia de aspiraciones limitadas, siempre transitorias y variables por su propia esencia".⁵²

Este jurista neokantiano de origen alemán, inicia -

su análisis de la justicia señalando que "la noción de lo justo entraña una unidad de ordenación de nuestros comportamientos. Justo equivale a ordenado unitariamente-----",⁵³ por contraposición al caos y a la confusión. Es la idea de rectitud encaminada a la noción de lo objetivamente justo, esto es, una armonía fundamental a la que pueden reducirse todos los deseos y aspiraciones a un fin total y absoluto que ya no sea utilizado como medio, sino que sea un fin último: una armonía absoluta.

Esta idea de rectitud es aplicada a la voluntad vinculadora en la convivencia entre varios hombres.

La noción de justicia es una armonía permanente y absoluta que nos sirve como marco de referencia para ordenar la materia jurídica a través del concepto del Derecho, ya que es el que determina y agrupa a todos los problemas jurídicos y los deslinda de otra serie de cuestiones, como pueden ser: morales, religiosas, etc.⁵⁴

La palabra justicia puede ser utilizada en dos sentidos:

"1.^o Significa, en primer término, la fiel aplicación del Derecho vigente por oposición a las violaciones arbitrarias del Derecho.

"2.^o En segundo lugar, el juzgar de una determinada cuestión jurídica en el sentido de la noción fundamental de toda posible ordenación en materia de Derecho".⁵⁵

A esa absoluta armonía --señala Luis Peceséns Giches--, se le puede llamar idea de la comunidad pura.⁵⁶

Para llegar al concepto de "comunidad pura", Stammler realiza el siguiente planteamiento:

En esta lección, es investigar cuál es el criterio por el que se pueda saber si una voluntad es fundamentalmente justa, ¿qué es la justicia?

No sería válido recurrir a ningún código; se busca una cualidad fija de las aspiraciones jurídicas que sea permanente y absoluta.

"El carácter fundamentalmente justo de una voluntad... reside... en el modo formal en que se puede juzgar y encausar, en términos absolutos, toda exigencia y toda aspiración".⁵⁷

Y continúa diciéndonos que para encontrar "el criterio por el que una voluntad es fundamentalmente justa", es necesario remontarnos a "la noción fundamental del Derecho": cuando un Derecho se armonice con unidad fundamental de nuestros pensamientos será un Derecho legítimo, independientemente del Derecho de que se trate.

Si como ya lo señalamos en la parte referente a la voluntad vinculatoria, ésta "... es aquella que enlaza entre sí varias voluntades como medios recíprocos en sus relaciones. Lo que uno quiere lo toma del otro como medio de su propia voluntad, y a su vez aquel encuentra en la voluntad de éste un medio para sus fines propios", -- "... una voluntad vinculatoria será fundamentalmente justa cuando sus normas se hallen esencialmente orientadas en el sentido de la comunidad pura",⁵⁸ entendiéndose por esta última: el enlace o vinculación entre los fines de diferentes hombres, que no tome como criterio determinante aquel que únicamente contenga validez y aspiraciones subjetivas.⁵⁹

De acuerdo con lo anterior, se trata de una comunidad de hombres libres, en la que el querer entrelazante no va a ser enfocado como un simple medio para la realización de un fin, sino que por el contrario: sus relaciones constituirán un fin en sí mismo; "una voluntad vinculatoria así concebida refleja intrínsecamente la idea de una comunidad de hombres de libre voluntad";⁶⁰ o -como -apunta Recaséns Siches-, de una comunidad de hombres librevolentes, es decir, la organización jurídica en la -- que manda una voluntad puramente racional -libre de subjetivismos-, como ley universal.⁶¹

Cabe señalar que, en relación al término "comunidad de hombres librevolentes", el Maestro Recaséns ha escrito la siguiente acotación:

"En sus últimas obras, Stammler substituyó esa fórmula de comunidad de hombre librevolentes, por la de armonía permanente y absoluta de la ordenación social, - en todas sus posibilidades habidas y por haber".⁶²

Así Stammler llega a la conclusión de que "justicia es la orientación de una determinada voluntad jurídica - en el sentido de la comunidad pura";⁶³ es decir, la justicia es una absoluta armonía de acuerdo a la cual ordenamos la materia jurídica, para dar paso a la comunidad pura, o sea, a la comunidad de hombres librevolentes.

Se trata de un ideal social, de un método formal -- por el cual nos guiamos para saber si la voluntad de una norma de Derecho está encaminada por la noción de la comunidad, no de una utopía referente a un estado social - que vaya a darse algún día, sino "... una definición del

paralelamiento central que entiendo como pauta crítica todo Derecho, llevada debidamente esta razón a sus últimas consecuencias".⁶⁴

El profundizar nuevamente el análisis que del paralelamiento le Stammler realiza Recaséns Siches,⁶⁵ encontramos:

a) Una fórmula de la justicia con valor absoluto y universal.

b) Esta fórmula aplicada a datos empíricos y a los contenidos concretos de la vida social de los diversos pueblos y tiempos, engendra ideales jurídicos distintos.

c) Los ideales jurídicos tienen un valor relativo: para un tiempo y circunstancias específicas.

"Un Derecho justo -nos dice Stammler-, es un Derecho de carácter especial. Es un Derecho positivo, por tanto de contenido concreto; y unge a través de un proceso históricamente determinado en el ciclo de la vida social. No es un Derecho perfecto, que no cabe tal, evidentemente, en la limitada realidad de la vida humana; todo Derecho es y tiene que ser imperfecto en cuanto a las normas concretas de que se compone".⁶⁶

Por lo que concluimos que, la idea de justicia es una sola, que permite un sin número de derechos justos -ya que, la materia a ordenar es variable en cada tiempo y los ideales jurídicos que se pretendan alcanzar sean distintos.

Para terminar, sólo me resta decir que: "no vale decir que la idea formal sea algo vacío. Tiene en verdad su contenido, pero un contenido de valor absoluto y gene

ral, precisamente porque es formal, lo cual equivale a -- decir, porque carece de todo contenido particular, de -- particularidades concretas, de datos empíricos, de repre-- sentaciones singulares y limitadas o elementos contingentes".⁶⁷

3.4 GUSTAV RADBRUCH

"Gustav Radbruch (1878-1950) nació en la ciudad de -- Lübeck (Alemania). Fué profesor en Heidelberg, Koenis--- berg y Kiel. De 1920 a 1924, miembro del Reichstag y mi-- nistro de justicia con Wirth y con Stresemann. Desde --- 1925, profesor de derecho penal en Heidelberg".⁶⁸

Antes de entrar de lleno al pensamiento jurídico-fi-- losófico de Gustav Radbruch, es conveniente citar a Carl Joachim Friedrich quien comenta como el escepticismo --- "... recibí gran impulso en el positivismo ya que, --- en el fondo, el positivismo contiene implícite --al menos per le que atañe a la filosofía-- un punto de vista meta-- blemente escéptico";⁶⁹ agrega que el escepticismo se de-- be principalmente a dos causas: una multiplicidad de sis-- temas y un gran caudal de educación filosófica.

También dice Friedrich que el relativismo es una de-- licada variante del escepticismo y que uno de sus princi-- pales exponentes fue el alemán Gustav Radbruch, y añade:

"En su Filosofía del derecho muestra con toda clari-- dad que el relativismo se originó en el neokantismo. La -- posición decisiva es la del concepto escéptico relativo -- al descubrimiento de la verdad. Para relacionar concreta

mente esta posición con el derecho, se afirma que no es posible descubrir juicios absolutos acerca del derecho, es decir, que no pueden demostrarse. Como la mayoría de los neokantianos, Radbruch desarrolla este punto de vista basándose en la estricta separación del terreno existencial y el normativo, del es y el debe (Sein y Sollen)".⁷⁰

Para Radbruch, "la justicia es un valor absoluto, como la verdad, el bien o la belleza; un valor que descansa, per tante, en sí mismo, y no derivado de otro superior".⁷¹ Distingue los siguientes significados de la palabra justicia:

"1) La justicia como virtud, es decir, como cualidad personal (como cualidad, por ejemplo, del juez justo), la justicia subjetiva, y la justicia como propiedad de una relación entre personas (la cualidad, por ejemplo, del precio justo), la justicia objetiva. La justicia subjetiva es la intención dirigida a la realización de la justicia objetiva, y es a ésta le que la veracidad es a la verdad. La justicia objetiva constituye, por tanto, la forma primaria y la justicia subjetiva la forma secundaria de la justicia.

"2) La justicia a tener con las exigencias del Derecho positivo, que es la juricidad, y la justicia como la idea del Derecho anterior y superior a la ley, es sea la justicia en sentido estricto. La primera es la justicia del juez; la segunda, la justicia del legislador".⁷²

El punto medular de la justicia es la idea de la --

igualdad, ésta tiene en Aristóteles, ya que desde este filósofo se distinguen dos clases de justicia (como se apunta en la nota No. 55 del primer capítulo de este trabajo de investigación) la justicia conmutativa y la justicia distributiva; "la justicia conmutativa representa la igualdad absoluta entre una prestación y una contraprestación... la justicia distributiva preconiza la igualdad proporcional en el tratado a diferentes personas... La justicia conmutativa presupone la existencia de dos personas jurídicamente equiparadas entre sí; la justicia distributiva, por el contrario, presupone tres personas, cuando menos: una persona colocada en un plano superior y que impone cargas o confiere beneficios a dos o más subordinadas a ella... la justicia conmutativa es la justicia propia del Derecho privado y la distributiva la característica del Derecho público".

La justicia tiene un centro de gravedad imposible de dejar pasar por alto: por un lado se trata de su esencia: la igualdad, y por la otra: su forma, o sea la generalidad. Su forma busca en todos los casos tener en cuenta al caso y al individuo concreto, es decir, la equidad.

La equidad es "... la propensión a dejarse guiar, o a fallar, por el sentimiento del deber o de la conciencia, más que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la ley... es la moderación en la aplicación de la ley, atemperando según el criterio de justicia el rigor de la letra".⁷³

Por lo tanto señala el profesor de Heidelberg, que la equidad jamás podrá llevarse a cabo por completo; debido a -

que la justicia individualizada es derivada siempre de normas generales.

Refiriendo la cita inserta en el capítulo uno exponen Radbruch comentando a Aristóteles, que la justicia es un concepto formal que emite la respuesta a dos preguntas: 1) ¿a quién debe considerarse igual y a quién desigual? 2) ¿cómo han de ser tratados los iguales y los desiguales?*

En relación a la igualdad, escribe que ésta "... es siempre la abstracción de la desigualdad existente, pues las cosas y los hombres de este mundo se parecen tan poco entre sí... Si dos autores del mismo hecho criminoso deben sufrir la misma pena, por haber cometido el mismo delito, e deben ser tratados de diferente modo, atendiendo a sus antecedentes distintos y a su distinta peligrosidad, esta cuestión de igualdad e desigualdad, tiene que ser resuelta con arreglo a consideraciones teleológicas previas, es decir, antes de que la justicia pueda emitir su fallo. Y tampoco es posible derivar de la justicia -- misma el tipo de la pena ni la cuantía absoluta de ella. La justicia puede solamente determinar la medida relativa de las penas dentro de un sistema penal dado, pero no establecer el sistema penal mismo. No es la justicia la llamada a decidir si el sistema de penas vigente debe -- culminar en la más grave de las penas, la de muerte, y -- comenzar con una pena de prisión, e si debe más bien tener como remate de la escala punitiva la pena de cadena perpetua y como primer escalón, por abajo, una mínima -- multa. Lo único que la justicia puede hacer es determi--

nar, dentro de una escala de penas ya dada, el punto que corresponde al grado de culpa e peligrosidad del sujeto activo. La justicia sólo puede determinar la forma de la ley: el que ésta sea igual para todos los considerados como iguales y revista, por tanto, la forma de la generalidad. No puede decirnos nada, en cambio, en cuanto al contenido de tales leyes generales, valaderas por igual para todos los equiparados como iguales".⁷⁴

No obstante, Radbruch manifiesta que también existen normas jurídicas cuyo contenido se origina únicamente en la idea de justicia; pero también afirma que la gran mayoría de las normas jurídicas nada más obtienen de la justicia su forma: la igualdad de trato para todos y la generalidad de su reglamentación legal. Pero su contenido debe ser determinado por otro principio: la adecuación a fin.

"La justicia, para poder derivar de ella las normas jurídicas, tiene que complementarse con otro factor: finalidad e adecuación a un fin. Por fin en el Derecho ... debe entenderse... la idea de fin, de lo que debe ser".⁷⁵

Señala Alfred Verdross, que el pensamiento jurídico filosófico de Radbruch, puede dividirse en dos partes: antes y después de la Segunda Guerra Mundial.⁷⁶

Antes de este acontecimiento histórico, Radbruch expuso que, el concepto de justicia, está a cargo de la filosofía del Derecho, mientras que la idea de fin corresponde al Derecho de la ética. La ética a su vez se divide en: la teoría de los deberes y la teoría de los bie-

nes. Los bienes morales son los valores que conforman el contenido de los deberes impuestos por la moral. El fin del derecho puede referirse tanto a los bienes como a -- los valores morales.

Radbruch añade que la teoría de los bienes morales contempla tres diferentes grupos de valores: personalidad individual, personalidad colectiva y obra cultural. Estos grupos de valores nos conducen a tres sistemas de valores: el individualista (aprecia los valores de la -- personalidad individual), el supraindividualista (reconoce valores de las personalidades colectivas) y el transpersonalista (proclama los valores de la cultura).

Al respecto Luis Recaséns Siches comenta en su documentado libro sobre el pensamiento jurídico del profesor de Heidelberg:

"Cada una de estas tres ordenaciones implica ideales jurídicos diversos, que, en fórmula abreviada, podrían designarse respectivamente con las palabras: Libertad, Poder, Cultura.

"Ahora bien, la Filosofía del Derecho ha podido --- aclararnos la razón o el fundamento de los distintos --- ideales jurídicos; podrá decirnos cuáles son las consecuencias que lógicamente se derivan de cada una de las -- posiciones, es decir, los medios adecuados y conducentes para servir respectivamente a los tres fines relatados. Lo que desgraciadamente no puede darnos, es un criterio seguro e infalible para escoger entre estas concepciones. La decisión sobre a cuál corresponde la primacía entre los valores fundamentales, no es una labor científica.

fica, no es un tema abordable por métodos racionales, si no algo sobre lo cual dice la última palabra la concepción del mundo y de la vida, que se profese. Esta decisión no es justificable mediante argumentos demostrativos, sino fruto de una confesión, de una creencia inicial. Por lo tanto, científicamente es imposible demostrar (en el término de esta palabra) cuál de estas tres concepciones es la acertada. No se trata de que las tres sean igualmente aceptables: de ninguna manera, se postula que sólo una puede y debe ser válida; pero el juicio sobre esta validez no es una operación científica, sino una confesión de la conciencia: algo que sólo se puede afirmar en méritos de una concepción primaria del mundo y de la vida, y no como resultado de un proceso dialéctico".⁷⁷

Los ideales de estos tres esquemas sociales de la vida humana en común son, expuestos a manera de temas, éstos: la libertad, el poder y la cultura respectivamente; los cuales cobran forma, para decirlo en términos políticos, en partidos:

1.- El ideal individualista, la libertad, encuadra en los partidos liberales, los democráticos y los sociales; ya que de acuerdo con la concepción liberal, el valor de la personalidad está por encima de cualquier interés mayoritario. Por lo que respecta a los partidos democráticos, la personalidad del individuo vale en la medida en que contribuya a la de la mayoría, toda vez que ésta se encuentra por sobre la minoría. En relación a los partidos sociales: "el socialismo postula una democracia

material, es decir, la libertad económica, efectiva, para el individuo, aunque sin alejarse por él de la meta final individualista".⁷⁸

2.- El sistema de valores supraindividuales, constituye la base de los partidos autoritarios e conservadores, en los que todo lo que existe es gracias al Estado, y no a sus miembros; éstos están por debajo de aquel elemento.

3.- La concepción transpersonal todavía no es adoptada por ningún partido. No obstante, la cultura es el único punto de referencia que tenemos para valorar históricamente la obra de los pueblos desaparecidos.

Las tres concepciones que acabamos de ver, son contradictorias entre sí, pero también tienen un punto en común: cualquiera que sea la concepción por la que se opte, el derecho positivo estará ahí como norma obligatoria porque, "la concepción relativista de los valores, según la cual la supremacía de alguno de ellos no es comprobable por la ciencia, conduce al reconocimiento de la necesidad y obligatoriedad del derecho positivo".⁷⁹

Añade Verdross en su "Filosofía del derecho del mundo occidental", reproduciendo un texto de Radbruch: "si suponemos que el fin supremo del derecho se puede determinar científicamente, tendremos que aceptar la conclusión de que frente a este derecho natural descubierto -- por la ciencia debe ceder cualquier derecho positivo que se le opusiera... admitida la hipótesis, no es posible concebir justificación alguna en favor de la validez de un ordenamiento cuya injusticia ha sido comprobada por --

la ciencia... pero si consideramos que es inadmisibile la hipótesis de un derecho natural científicamente comprobado, tendremos que admitir que la función hipotéticamente atribuida a ese pretendido derecho natural se debe cumplir-se por la voluntad y el poder. Si nadie puede establecer qué sea lo justo en sí, debe alguien fijar qué sea lo jurídico".⁸⁰

El relativismo de Radbruch desemboca en la obligatoriedad del derecho positivo, lo que conduce a que independientemente del valer escogido, el derecho positivo es reconocido como un valer objetivo. Este lo reafirma Radbruch en su frase: "la seguridad jurídica priva sobre la justicia". El derecho es un orden social con una finalidad última: la justicia; y con una finalidad actual: la seguridad jurídica. Por otra parte, el derecho tiene una finalidad mediata: la realización de la justicia cuando el contenido de las normas jurídicas positivas concuerda con la idea de justicia; su finalidad inmediata es cuando la seguridad jurídica se cumple a través de su efectividad.⁸¹

Pero Verdross agrega en su crítica a Radbruch: "si el principio básico la seguridad priva sobre la justicia vale para las tres concepciones valorativas anteriormente descritas, dicho principio resulta elevado a la categoría de un valor jurídico objetivamente demostrable, lo que a su vez implica la superación del relativismo de Radbruch".⁸²

En la segunda etapa del pensamiento de Radbruch, en centramos un hombre más "humano" si se me permite la ---

expresión, debido a que le toca vivir los abusos que bajo el escudo del derecho positivo de la Alemania de Hitler, se cometieron para ocultar acciones inhumanas.

Alfred Verdross dice que Radbruch autocrítico su propia concepción relativista, llevándole a escribir las siguientes palabras:

"Cuande las leyes niegan conscientemente la voluntad de ser justo, cuande descencen arbitrariamente los derechos de los hombres, en tales hipótesis, falta a la ley toda justificación..., en esos casos, los juristas deben tener el valer de negarles el carácter de normas jurídicas". Continúa Verdross su exposición señalando que Radbruch en otro párrafo añadió: "si algunas leyes son de tal manera injustas y perjudiciales a la comunidad, ha de ser posible negar su validez, mejor aún, desconocer su naturaleza de normas jurídicas... Existen, en consecuencia, principios jurídicos fundamentales, más pederes que cualquier regulación legal; la ley que les contradiga carecerá totalmente de validez. A estos principios se les da el nombre de derecho natural o derecho racional. Es verdad que en sus manifestaciones particulares aquellos principios fundamentales están envueltos por diversas dudas, pero el trabajo de los siglos proporciona un material suficientemente firme, que ha recibido una confirmación universal en las declaraciones de derechos y en la idea de los derechos del hombre; por lo que solamente un escepticismo intencionado puede ponerlos en duda".⁸³

Esoos abusos legitimados per el derecho positivo ale

mán en la Segunda Guerra Mundial, conducen a Gustav Radbruch a una modificación radical de su concepción jurídica, ya que -como prosigue diciendo Verdross-, el insigne penalista, filósofo del derecho y profesor de la Universidad de Heidelberg apunta:

"Ahí donde no se aspira a la justicia, ahí donde la igualdad que constituye el corazón de lo justo es desconocida conscientemente en la creación del derecho positivo, la ley así impuesta no solamente es un derecho injusto, sino que más bien carece de la esencia de lo jurídico". Según el mismo Verdross, Radbruch para concluir expresó: "la supuesta legalidad propia del derecho que deriva del positivismo jurídico desemboca... necesariamente en la posibilidad de un Estado totalitario y de sus leyes. De hecho, el positivismo, con su convicción la ley es la ley, dejó totalmente indefensas a las juristas alemanas en contra de las leyes arbitrarias de centímetro criminal. El positivismo no puede por sí mismo fundar la validez de las leyes..., la fuerza puede ser la base para un tener que ser (müssen), nunca para un deber ser (sollen). El deber ser puede únicamente fundarse en un valer inmanente a la ley".⁸⁴

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- 1 Tieghem, P. Van
citado por:
Moreno, Daniel
Estudio preliminar al
"Contrato social" o "Principios del derecho político", "Discurso sobre las ciencias y las artes",
"Discurso sobre el origen de la desigualdad".
Juan Jacobo Rousseau
Porrúa. México. 8 ed., 1987.
pág. XXIX
- 2 Moreno, Daniel
opus cit., págs. X, XI, XIII, XV, XIX, XX, XXI, -
XXII, XXIII, XXIV, XVIII, XXX, XXXIII y XXXIV
- 3 Friedrich, Carl Joachim
"La filosofía del derecho"
Tr. de Margarita Álvarez Franco
Fondo de Cultura Económica. México. 4 reimp., 1988
pág. 181
- 4 Friedrich, Carl Joachim
opus cit., pág. 181
- 5 Aristóteles
"Política"
Tr. de Patricio Azcárate
Espasa-Calpe. México. 19 ed., 1989
pág. 24
- 6 Rousseau, Juan Jacobo
"Contrato social" o "Principios del derecho político", "Discurso sobre las ciencias y las artes",
"Discurso sobre el origen de la desigualdad"
Estudio preliminar de Daniel Moreno

Porrúa. México. 8 ed., 1987
pág. 111

- 7 Rousseau, Juan Jacobo
opus cit., págs. 125 y 126
- 8 Rousseau, Juan Jacobo
opus cit., pág. 129
- 9 Rousseau, Juan Jacobo
opus cit., págs. 135 y 136
- 10 Rousseau, Juan Jacobo
opus cit., pág. 138
- 11 Recaséns Siches, Luis
"Tratado general de filosofía del derecho"
Porrúa. México. 7 ed., 1981
pág. 435
- 12 Rousseau, Juan Jacobo
opus cit., pág. 3
- 13 Rousseau, Juan Jacobo
opus cit., pág. 9
- 14 Recaséns Siches, Luis
opus cit., pág. 486
- 15 Recaséns Siches, Luis
opus cit., págs. 436 y 437
- 16 Rousseau, Juan Jacobo
opus cit., pág. 16

- 17 Rosseau, Juan Jacobo
opus cit., pág. 57
- 18 Rousseau, Juan Jacobo
opus cit., pág. 16
- 19 Verdcos, Alfred
"La filosofía del derecho del mundo occidental"
Tr. de Mario de la Cueva
UNAM. México. 1962
págs. 200 y 201
- 20 Xirau, Ramón
"Introducción a la historia de la filosofía"
UNAM. México. 9 ed., 1983
pág. 265
- 21 Córdova, Arnaldo
Selecc., prólogo y notas a:
"Principios metafísicos de la doctrina del derecho"
Immanuel Kant
UNAM. México. 1978
págs. X y XI
- 22 Kant, Immanuel
"Fundamentación de la metafísica de las costumbres"
Espasa-Calpe. Madrid. 4 ed., 1973
págs. 27 y 28
- 23 Kant, Immanuel
opus cit., pág. 11
- 24 García Máynez, Eduardo
"Introducción al estudio del derecho"
Prólogo de Virgilio Domínguez
Porrúa. México. 33 ed., 1982
pág. 21

- 25 Kant, Immanuel
opus cit., págs. 33 y 34
- 26 Kant, Immanuel
opus cit., pág. 72
- 27 Friedrich, Carl Joachim
opus cit., págs. 185 y 186
- 28 Verdross, Alfred
opus cit., pág. 231
- 29 Radbruch, Gustav
"Introducción a la filosofía del derecho"
Tr. de Wenceslao Roces
Fondo de Cultura Económica. México. 3 reimp., 1978
pág. 53
- 30 Kant, Immanuel
"Principios metafísicos de la doctrina del derecho"
Selec., prólogo y notas de Arnaldo Córdova
UNAM. México. 1978
pág. 11
- 31 Kant, Immanuel
opus cit., págs. XV, 32, 33, 34 y 35
- 32 Córdova, Arnaldo
opus cit., pág. XVII
- 33 Salomon, M.
citado por:
Córdova, Arnaldo
opus cit., pág. XVIII
- 34 Córdova, Arnaldo
opus cit., pág. XVIII

- 35 Kant, Immanuel
opus cit., págs. 24 y 29
- 36 Kant, Immanuel
opus cit., págs. 37 y 38
- 37 Kant, Immanuel
opus cit., págs. 38 y 39
- 38 Córdova, Arnaldo
opus cit., págs. XX y XXI
- 39 Verdross, Alfred
opus cit., págs. 231 y 232
- 40 Ferrater Mora, José
"Diccionario de filosofía"
Sudamericana. Buenos Aires. 4 ed., 1958
pág. 1280
- 41 Verdross, Alfred
opus cit., págs. 285 y 286
- 42 Stammler, Rudolf
"Tratado de filosofía del derecho"
Nacional. México. 1974
pág. 73
- 43 Stammler, Rudolf.
opus cit., pág. 87
- 44 Stammler, Rudolf
opus cit., pág. 89
- 45 Stammler, Rudolf
opus cit., pág. 95

- 46 Stammeler, Rudolf
opus cit., págs. 100 y 101
- 47 Stammeler, Rudolf
opus cit., pág. 101
- 48 Stammeler, Rudolf
opus cit., pág. 107
- 49 Stammeler, Rudolf
opus cit., págs. 107 y 108
- 50 Stammeler, Rudolf
opus cit., pág. 111
- 51 Stammeler, Rudolf
opus cit., pág. 116
- 52 Stammeler, Rudolf
opus cit., pág. 117
- 53 Stammeler, Rudolf
opus cit., pág. 209
- 54 Stammeler, Rudolf
opus cit., pág. 240
- 55 Stammeler, Rudolf
opus cit., pág. 242
- 56 Recepción Siches, Luis
"Panorama del pensamiento jurídico del siglo XX
Tomos I. Porrúa. México. 1963
pág. 63

- 57 Stammer, Rudolf
opus cit., pág. 244
- 58 Stammer, Rudolf
opus cit., pág. 245
- 59 Recaséns Siches, Luis
opus cit., pág. 63
- 60 Stammer, Rudolf
opus cit., pág. 247
- 61 Recaséns Siches, Luis
opus cit., pág. 63
- 62 Recaséns Siches, Luis
opus cit., pág. 63
- 63 Stammer, Rudolf
opus cit., pág. 248
- 64 Stammer, Rudolf
opus cit., pág. 247
- 65 Recaséns Siches, Luis
opus cit., pág. 64
- 66 Stammer, Rudolf
opus cit., pág. 254
- 67 Recaséns Siches, Luis
opus cit., pág. 64

- 68 Nota del editor a:
"Introducción a la filosofía del derecho"
Gustav Radbruch
Tr. de Wenceslao Reyes
Fondo de Cultura Económica. México. 3 reimp., 1978
pág. 7
- 69 Friedrich, Carl Joachim
opus cit., pág. 238
- 70 Friedrich, Carl Joachim
opus cit., pág. 239
- 71 Radbruch, Gustav
opus cit., pág. 31
- 72 Radbruch, Gustav
opus cit., pág. 31
- 73 Palomar de Miguel, Juan
"Diccionario para juristas"
Mayo. México. 1981
pág. 532
- Ver nota 56, capítulo I
- 74 Radbruch, Gustav
opus cit., pág. 32
- 75 Radbruch, Gustav
opus cit., pág. 35
- 76 Verdross, Alfred
opus cit., pág. 324

- 77 Recaséns Siches, Luis
"Panorama del pensamiento jurídico del siglo XX"
Parrúa. México. 1963
págs. 235 y 236
- 78 Radbruch, Gustav
opus cit., págs. 36 y 37
- 79 Verdross, Alfred
opus cit., pág. 324
- 80 Radbruch, Gustav
citado por:
Verdross, Alfred
opus cit., págs. 234 y 235
- 81 Verdross, Alfred
opus cit., pág. 235
- 82 Verdross, Alfred
opus cit., pág. 235
- 83 Radbruch, Gustav
citado por:
Verdross, Alfred
opus cit., pág. 236
- 84 Radbruch, Gustav
citado por:
Verdross, Alfred
opus cit., pág. 236

C A P I T U L O I V

4.1 Eduardo García Máynez, 4.2 Luis Recaséns Siches y 4.3 Rafael Preciado Hernández.

En este cuarto y último capítulo, se expondrá el pensamiento de tres juristas mexicanos: Eduardo García Máynez, Luis Recaséns Siches y Rafael Preciado Hernández. Me permito aclarar que, el segundo de estos pensadores no obstante ser de origen español, lo abarcamos debido a que la mayor parte de su obra la realizó en nuestro país.

Por lo que respecta a Eduardo García Máynez abordaremos dos aspectos: su teoría del derecho como orden jurídico concreto que contrapone a la llamada teoría dominante del derecho como orden jurídico abstracto, y su concepción de justicia, aunque en este punto, más que emitir un concepto propio de este valor jurídico fundamental, se pronuncia a favor de la teoría que sobre la justicia expone Nicolai Hartmann.

En Luis Recaséns Siches, veremos una característica de la justicia, que le llama mucho la atención: la unanimidad esencial que el concepto de justicia ha tenido en

el transcurso del tiempo: dar a cada quien lo suyo.

También afirma que la justicia es un concepto formal que necesita para su aplicación poseer criterios comparativos, es decir, pautas de valoración para dar a cada uno lo que le pertenece. Y, en base a la doctrina de los valores, lleva a cabo una jerarquización de los mismos con la que pretende obtener una prioridad en su realización.

Muestro último autor a tratar, Rafael Preciado Hernández, toma en cuenta la justicia en relación a dos enfoques diferentes: como una virtud, y como un valor.

En el primer aspecto, diferencia a la justicia como una virtud en sí misma y como un criterio racional; llegando a la conclusión de que ambos renglones no se contraponen, sino que se complementan, por lo que puede ser definida desde ambos puntos de vista.

En el desarrollo de su estudio de la justicia como un valor, analiza las tres características de los valores en general: su polaridad, su objetividad y su precariedad; otorgando al mencionado valor jurídico aquellas características que considera procedentes.

4.1 EDUARDO GARCIA MAYNEZ

Profesor de Filosofía Jurídica y en su tiempo Director del Centre de Estudios Filosóficos de nuestra máxima Casa de Estudios, miembro del Colegio Nacional y Maestro Emérito, Eduardo García Máynez es uno de los filósofos del Derecho más brillantes de América. Autor de un gran número de obras sobre la materia, entre otras "Filosofía del derecho", e "Introducción al estudio del derecho", - esta última, catalogada por Luis Recaséns Siches, como un libro con "... un excelente panorama de los problemas de la teoría fundamental e incluso de la filosofía jurídica, rico en información y puntos de vista originales, tanto en la crítica de las doctrinas ajenas, como en la elaboración de las propias, se ha convertido en un manual clásico en los países de lengua española".¹ Y agrega Recaséns que su contribución con estudios y análisis a la axiología jurídica además de los realizados en la Teoría General del Derecho, por la calidad de los mismos, sitúan a García Máynez como un pensador con un nivel, una profundidad y un detalle de tipo microscópico, cuya apertación al mundo jurídico resalta por sí misma.²

Este jurista que le ha dado renombre internacional a nuestro país en el campo del derecho, define a ese orden normativo de la siguiente manera:

"Derecho es un orden concreto, instituido por el hombre para la realización de valores colectivos, cuyas

normas -integrantes de un sistema que regula la conducta de manera bilateral, externa y coercible- son normalmente cumplidas por los particulares y, en caso de inobservancia, aplicadas e impuestas por los órganos del poder público".³

En sus "Ensayos filosófico-jurídicos 1934-1979", -- Eduardo García Máynez expone su concepción del derecho -- como orden jurídico concreto, la cual contrapone a la -- idea tradicional de orden jurídico, es decir, a la idea del derecho como orden jurídico abstracto.⁴

Dicha idea tradicional de orden jurídico, de acuerdo con la llamada teoría dominante, consiste en: "... un conjunto sistemático de normas de estructura bilateral, externa y coercible, que encuentra la razón de su fuerza obligatoria en la llamada ley fundamental del sistema.

"Según la misma doctrina, la relación entre el comportamiento efectivo de los destinatarios y las normas -- del orden no es un elemento de éste. El hecho de que los preceptos legales sean normalmente cumplidos e aplicados es condicional de la vigencia del sistema, y recibe, -- de acuerdo con la concepción tradicional, el nombre de -- eficacia. Pero si la última no es elemento de aquél, --- ello necesariamente implica, según la misma posición, -- que el derecho no es un orden concreto, sino abstracto, -- ya que se le concibe como simple conjunto de reglas de -- conducta cuya efectividad, para emplear un giro kelseniano, es conditio sine qua non, más no conditio per quam -- de la validez de las mismas".⁵

El planteamiento de su doctrina del derecho como --

orden concreto, García Máynez le cimenta exponiendo en primer término la noción genérica, y posteriormente, la específica de orden normativo.

Por orden García Máynez entiende la definición ya citada en la introducción de este trabajo de investigación: "orden es el sometimiento de un conjunto de objetos a una regla e sistema de reglas cuya aplicación hace surgir, entre dichos objetos, las relaciones que permiten realizar las finalidades del ordenante".

Ante seguido, descompone la definición para separar los elementos que la integran: a) un sujeto ordenador; b) un conjunto de objetos; c) un criterio e pauta ordenadores; d) la sujeción de los objetos del orden a dicha pauta e criterio; e) las relaciones que de tal sujeción derivan para los objetos ordenados y f) la finalidad e finalidades perseguidas por el ordenante.

"Objeto, en sentido lógico, es todo lo susceptible de recibir un predicado cualquiera. La significación del vocablo no está, pues, limitada a cosas, ni a objetos psíquicos, ideales e de cualquier otra clase. Se aplica asimismo, a la conducta, por lo que no debe tomarse como exclusivamente referible a lo no personal. Para que pueda hablarse de lo que expresa, dentro de la teoría que estoy exponiendo, el único presupuesto es que los objetos entre los que existe e pretende instituirse un orden, sean -como escribe W. D. Oliver- discernibles entre sí e idénticos a sí mismos.

"Respecto del criterio ordenador debe tenerse en cuenta que está necesariamente referido -y sólo puede --

aplicarse- a lo susceptible de ordenación. El término -- abarca todo principio cuyo empleo pueda conducir al arreglo de un conjunto de entidades o cosa condicionante de un orden ya realizado: principios lógicos, reglas técnicas, pautas estimativas, normas de comportamiento, etc. Como la naturaleza de un orden depende en buena parte de la de su criterio ordenador, éste no sólo tiene que adaptarse a la índole de lo ordenable, sino también a los -- designios de quien lo ha formulado. La segunda especie -- de adecuación hállase limitada por la primera, puesto -- que la finalidad que el ordenante busca excluye el uso -- de medios incompatibles con la naturaleza de lo que se -- pretende ordenar".⁶

García Máynez continúa su trabajo, tomando en cuenta la tesis de Nicolai Hartmann acerca de la estructura de los procesos teleológicos, en la que distingue tres -- momentos en lo que a órdenes humanos se refiere: la concepción del orden, la elección de los medios conducentes al logro de la finalidad, y la realización efectiva de -- lo previamente proyectado; y nos dice que un orden es -- eficaz, y por lo tanto, orden auténtico, en la medida en que el material ordenable (cosas e personas) queda efectivamente sometido a las reglas constitutivas del criterio ordenador".⁷

Por otra parte, la palabra orden tiene dos acepciones:

- 1.- Las reglas ordenadoras, o el conjunto sistemático de ellas.
- 2.- El resultado del proceso de ordenación.

"En el caso especial de los ordenamientos normati--
 ves, su mayor e menor eficacia depende del grado y medi--
 da en que los destinatarios ajusten su comportamiento a_
 las normas que les rigen. Cuando, en el propio caso, se_
 llama orden al conjunto de éstas -como lo hace la teoría
 tradicional-, el vocablo asume el primero de los dos sen--
 tidos; cuando lo que designa no es ese conjunto, sino la
 situación creada por la observancia normal de los precep--
 tos que regulan el comportamiento, adquiere la segunda -
 significación".⁸

Aquí García Máynez advierte una diferencia esencial
 entre los órdenes cósicos y los reguladores de la conduc--
 ta humana:

1.- Si el material ordenable está formado por obje--
 tos tangibles, su ordenación sólo puede llevarla a cabe--
 el ordenante e las personas encargadas de aplicar las re--
 glas ordenadoras.

2.- Cuando lo que se pretende ordenar es el compor--
 tamiento, es indispensable la colaboración de los suje--
 tos cuyo comportamiento se pretende ordenar.

2.1.- La observancia del criterio ordenador y las -
 reglas que de él dimanen sea potestativa.

2.2.- Que sea obligatoria. Este es el caso de los -
 ordenamientos normativos.

2.2.1.- Que el cumplimiento de los deberes que deri--
 van de las reglas del orden, pueda, e;

2.2.2.- Que no pueda imponerse en forma coactiva.

"Cuando por orden se entiende no sólo el conjunto -
 de las reglas constitutivas e derivables de la pauta or--

denadora, sino el resultado del sometimiento -libre e im-
 pueste- de los objetos ordenados a dichas reglas, tal si-
 tuación a fortiori se traduce en una urdimbre de relacio-
 nes: por una parte de los objetos del orden con las re-
 glas de ordenación; por otra, de esos objetos entre sí.
 Tales relaciones son precisamente las que permiten reali-
 zar los propósitos del ordinante.

"Los órdenes humanos asumen siempre carácter me-
 dial, ya se trate de los de índole técnica, ya de los de
 naturaleza normativa. Se ordena, no por ordenar, sino pa-
 ra conseguir, a través de la ordenación, determinados ob-
 jetivos".⁹

Para este tratadista, un orden cósico espacial es -
 aquel en el cual hay una "... sujeción de un conjunto de
 cosas a un criterio ordenador que condiciona, de acuerdo
 con los fines del ordinante, el lugar que a cada una de
 ellas conviene";¹⁰ el ejemplo que utiliza es el de una -
 biblioteca.

Cuando se señala que una biblioteca "está en orden"
 se quiere dar a entender que los libros que la componen,
 se encuentran en el lugar que de acuerdo con la pauta or-
 denadora, se ha destinado a cada uno de ellos.

Este tipo de orden, obtiene su perfección cuando --
 las cosas -en este caso los libros-, están en el lugar -
 asignado a todos y cada uno de ellos, cualquier altera-
 ción o la inexistencia de la subordinación de los obje-
 tos, rompe la perfección del orden.

En los órdenes cósicos el criterio ordenador es --
 creado por el sujeto, estamos en presencia de un orden -

convencional o voluntario en el que el sujeto ordenador lleva a cabo sus fines, es decir, el orden se encuentra teleológicamente condicionado.

La persona que pretenda alcanzar por medio del orden ciertos fines determinados, debe ubicarse en tres momentos:

"1) Planteamiento de la finalidad o finalidades perseguidas.

"2) Concepción de un orden capaz de servir para el logro de esas finalidades.

"3) Realización efectiva del orden previamente concebido y, por tanto, de las finalidades del ordenante".¹¹

La realización efectiva consiste, además de la ordenación de los objetos de acuerdo con las reglas que componen el criterio ordenador, en el mantenimiento del orden ya establecido por medio de acciones que lo hagan posible y que, del mismo modo, permitan el crecimiento de lo que se está ordenando, es decir, la sumisión al criterio ordenador de más y más partes que integran dicho orden.

El creador de un sistema clasificatorio es un pequeño legislador que in abstracto, marca los procedimientos clasificatorios, es, en tres palabras, el sujeto ordenador; mientras que la persona que ordena los objetos, es quien aplica dicho orden.

En el caso de la biblioteca, el "orden" de un sistema de libros, no consiste en el sistema de reglas de ordenación, sino en el resultado de tal sometimiento de --

los objetos ordenables. Concebir o crear un orden no es lo mismo que realizarlo o llevarlo a cabo; de ahí que la persona que crea la pauta ordenadora, sea distinta a la que la aplique.

"Los órdenes cuya finalidad deriva de la aplicación de las reglas de una o más artes pueden recibir el calificativo de técnicos, y de ser contrapuestos a aquellos cuyos fines se logran a través del cumplimiento de normas. Los órdenes técnicos, y en general, los creados por el hombre, únicamente sirven a los propósitos que su creador les asigna cuando sus reglas se basan en el conocimiento, y permiten la aplicación, de legalidades constitutivas de otros órdenes no humanos. Al hablar de los segundos no nos referimos sólo a la legalidad causal de la naturaleza, sino a cualquier otra independiente del sujeto aplicador, pero de la que éste puede servirse para la obtención de sus desiderata (piénsese, por ejemplo, en las de carácter lógico u ontológico).

"Aun cuando lo mismo el establecimiento de un orden cósmico que el de un sistema de normas exigen la intervención de seres capaces de conducirse en forma inteligente, entre los dos tipos de ordenación existen diferencias radicales. Una lo es de cosas, mientras que la otra regula el comportamiento de las personas. El criterio ordenador -si por ahora prescindimos de los órdenes referidos a la voluntad o al entendimiento divinos- es en ambos casos creación humana. Pero los objetos -en el sentido latísimo, ya definido, del término- difieren esencialmente. En los ordenamientos del primer grupo se tra-

ta de entidades materiales -libres, documentos, monedas, cuadros-; en los del segundo, de seres dotados de personalidad. Estos no sólo tienen conciencia de su posición dentro del orden, sino que pueden someterse espontáneamente a él (lo que implica el reconocimiento de su validez); intervenir en su creación de algún modo (autonomía) y condicionar en gran medida su eficacia. Pero, al propio tiempo, en cuanto capaces de autodeterminación y de juicio, pueden también -como ocurre en relación con el derecho positivo- poner en tela de duda su fuerza obligatoria, negarle justificación y violar sus preceptos".¹²

Señala este filósofo del derecho que, según Nicolai Hartmann, lo que conduce a los sujetos a un sistema de normas de carácter personal, es la posesión de dos atributos: el libre albedrío; y la capacidad de intuir y realizar valores. La persona está facultada para escoger entre el cumplimiento y la violación, y, además, para analizar la legitimidad de los preceptos que gobiernan sus acciones.

Aplicado este al campo del derecho, tenemos que el orden jurídico no es un simple conjunto de prescripciones e preceptos, sino un orden concreto derivado de la sumisión -en términos generales- de la conducta a dicho conjunto. El orden que nace de la observancia o aplicación de las normas vigentes, no debe confundirse con el orden que ostentan las mencionadas normas e preceptos. Para hacerle más explícito, García Máynez recurre al ejemplo de la biblioteca: "así como no puede decirse que

el orden de una biblioteca esté constituido por el sistema clasificatorio, el de la comunidad jurídicamente organizada tampoco se confunde con el de los preceptos legales. Una biblioteca sólo está ordenada cuando los libros que la forman ocupan el sitio que a cada uno corresponde. De igual manera, el orden jurídico concreto o real -necesariamente dimana de la normal sumisión, a los preceptos del sistema, de la conducta de sus destinatarios, ya se trate de los particulares, ya de los encargados de establecer o de aplicar las normas vigentes. Si este enfoque es correcto, el término orden jurídico no debe referirse al sistema normativo; en rigor sólo conviene al concreto o real que deriva de la eficacia de tal sistema. Pero entonces resulta que la teoría dominante aplica aquel término, más que al orden jurídico total, a un elemento suyo, conviene a saber, el que forman los preceptos en vigor. Sólo cuando éstos son cumplidos o aplicados, el orden se convierte en realidad, y los actos de cumplimiento o aplicación asumen el carácter de medios, respecto de las finalidades del ordinante (la sociedad jurídicamente organizada)".¹³

El valor explicativo de nuestra comparación -presigúe este pensador-, no concluye con lo anteriormente dicho. En el ejemplo de la biblioteca, su orden está condicionado a que los libros estén en su lugar, de acuerdo con el criterio ordenador designado a cada uno. Si suponemos que por un momento todos los libros se encuentran en su lugar asignado, quiere decir que cuando menos en ese momento, el orden de la biblioteca es perfecto. Sin

embargo, esta perfección se desvanece en el instante que cualquiera de los libros desaparezca de su asignación, - independientemente de la causa que la origine. De este modo se desprende que los órdenes cósicos son perfectibles; y dice que lo mismo se puede decir de los órdenes de índole normativa. "El que a través de los últimos se pretende lograr está condicionado siempre por la mayor e menor eficacia de sus normas, este es, por el grado y medida en que los destinatarios ajusten a ellas su conducta. Pero el sometimiento, libre e impuesto, a un conjunto de reglas, si bien condiciona la eficacia de estas últimas, nada indica sobre el valer de su contenido".¹⁴

En el orden cósico espacial, el orden real depende de la aplicación del criterio ordenador del material ordenable, pero el hecho de que las partes que integran -- aquel orden ocupen el lugar correcto, no quiere decir -- que dicho criterio sea bondadoso, es decir, retomando el ejemplo de la biblioteca, los libros pueden estar ordenados conforme al autor, al tamaño, al precio, a la materia, etc; pero esto sólo es indicativo de que los libros están sometidos a las reglas de ordenación y que se ha logrado el propósito tanto del creador como del ejecutante del orden, pero no que el sistema de clasificación -- sea bueno o malo. "Del mismo modo, la eficacia de una norma, o de todo un conjunto de normas, tampoco permite afirmar que éstas sean intrínsecamente valiosas".¹⁵

Continúa exponiendo García Máynez que, para otorgar les valor intrínseco, tiene que atender a las finalidades que la aplicación de estas normas pretende realizar.

Tratándose de un orden jurídico puede suceder que, su --
 eficacia, más que depender de su cumplimiento, depende --
 de su imposición; en tal caso, existe la posibilidad de --
 que los particulares contrariamente a sentirse ligados --
 por el derecho, se sientan sometidos al poder: "por ello
 creemos que la seguridad jurídica no deriva simplemente
 de la imposición coactiva de los preceptos en vigor, por
 que la única seguridad genuina es la fincada en la justí-
 cia. Si la realización de un sistema legal justo es un --
 valor positivo, la de un sistema legal injusto es un va-
 lor negativo".¹⁶

No obstante que sea inaceptable la objetividad de --
 los valores que el legislador quiere llevar a cabo, e --
 que dicha objetividad no es posible probarse; los parti-
 culares de todas maneras se plantean el problema de la ben-
 dad o justicia intrínseca de las normas legales, además --
 de que estos juicios sobre su contenido son los que esta-
 blecen el acatamiento e violación de las normas. "Si es-
 te es así, el estudio del orden jurídico concreto de una
 sociedad no deberá limitarse al examen y sistematización
 de los preceptos que el poder público considere obligato-
 rios, ni --en actitud sociológica-- a la comprobación de --
 que son eficaces; tendrá también, para ser exhaustiva y --
 descubrir el espíritu del sistema, que tomar en cuenta --
 las finalidades perseguidas por los creadores de las nor-
 mas y, por tanto, los valores que a través de éstas últi-
 mas pretenden aquéllos realizar".¹⁷

No obstante, como el mismo Eduardo García Máynez le
 expone, y ha quedado señalado en la introducción de este

trabajo de investigación:

"La regulación normativa del comportamiento será --
 tante más perfecta cuante en mayor medida realice los de
 siderata que le dan sentido. Per elle es que el problema
 de la justificación de un orden concreto sólo puede plan
 tearse y resolverse de manera satisfactoria cuande se --
 tiene un conocimiento adecuado de les fines a que debe -
 tender, le mismo que de les medios que permitirán reali-
 zarles. Le dicho revela una de las causas determinantes_
 de la imperfección de les sistemas legales: ni siquiera_
 el legislador más sagaz puede intuir convenientemente to
 des les valores que, en tal e cual circunstancia históri
 ca, deben condicionar el contenido de las leyes, ni pre-
 ver tampece, de manera infalible, hasta qué punto éstas_
 serán cumplidas e aplicadas".

Eduardo García Máynez, en relación a la justicia, -
 según le señala Recaséns Siches, "... simpatiza con la -
 filosofía de Nikolai Hartmann, en el sentido de conside-
 rar la justicia como le valor objetivo de una ordenación
 jurídica, consistente negativamente en ne atender contra
 el derecho ajene, ne invadir la esfera de libertad de --
 les demás, ne causar daño a terceros, etc., en suma, se_
 relaciona con les mandamientos contenidos en la segunda_
 tabla del Decálogo --ne matar, ne rebar, ne cometer adul-
 terio, ne rendir falso testimonio...--; y consiste, ade--
 más, desde el punto de vista positivo, en las ideas de -
 libertad de la persona y de igualdad".¹⁸

García Máynez, en su "Filosofía del derecho", hace_
 una síntesis de la teoría de justicia de Hartmann, ex---

puesta por éste en el capítulo 44 de su obra intitulada "Ethik Zweiter Teil";¹⁹ en la cual da comienzo diciendo que la noción de lo justo ha sufrido variaciones a lo largo del tiempo, ya que en la antigüedad consistía en un trato igual a los iguales; desigual a los desiguales. Posteriormente, esta frase adquirió mayor fuerza con el desarrollo de la moral cristiana, motivo por el que la exigencia de trato igual para los iguales y desigual para los desiguales, fue sustituida por la de derechos iguales para todos. Es más, no obstante que las personas difieran en sus características físicas, intelectuales, raciales, etc., existe un punto en el cual todos son iguales; sin embargo esta idea de igualdad únicamente es aplicable a determinados aspectos fundamentales y a unos cuantos derechos propios del individuo. Los ordenamientos jurídicos históricos tienen como misión dar proyección y vida a tales aspectos; cualquier intento contra esos derechos perjudica la dignidad esencial de las personas.

"La justicia puede ser considerada como virtud o como valor social. En el primer aspecto no es lo que objetivamente concuerda con la ley, ni representa tampoco un derecho ideal. El derecho ideal constituye el objeto a que se orienta la intención del varón justo. Cuando se dice que una ley o determinado ordenamiento son justos, no se alude a la justicia como virtud, sino al valor objetivo de tal o cual ordenación de la convivencia humana. El hombre justo, es decir, el que practica la justicia, es el que procede rectamente o tiende hacia la rectitud;

el que ve siempre a sus semejantes como iguales. La justicia aparece entonces como actividad virtuosa, o valor ético stricto sensu".²⁰

La consideración de la enorme cantidad de valores - descubiertos enseña que la justicia no es el más alto o elevado de ellos, sobre todo cuando se tiene un punto de vista no tanto como una virtud, sino como un valor objetivo de una ordenación, ya que desde este enfoque, no es un máximo, sino el mínimo de exigencia moral; es decir, no se trata de una conducta positiva que pretenda alcanzar la justicia como una realización máxima, sino desde una perspectiva conservadora y no constitutiva, tal y como se muestra en los mandamientos del Decálogo: no matar, no robar, no cometer adulterio, etc.

Se trata de la protección de bienes elementales como la vida, la familia o la propiedad, pero la justicia no se agota ahí, ya que de hacerlo sería un valor instrumental para la obtención de los valores que se encuentran tras de esos bienes: la esfera de la libertad de las personas. "Como ordenación objetiva de la vida social, inspirada en la idea de la igualdad, es el derecho una instancia protectora, pero no únicamente de los valores más bajos, sino también de los de rango superior, a los que no se refiere de manera inmediata",²¹ este es, los valores espirituales, los que únicamente pueden darse en una sociedad en la que la vida, la propiedad, la libertad y el honor estén eficazmente protegidos. El objeto de la justicia no es la realización directa de los bienes espirituales, pero sí de asegurar las condiciones

necesarias para que éstos se puedan dar; la existencia de la vida, la libertad, la propiedad y el honor, representan las condiciones mínimas indispensables para la obtención de un orden superior.

En relación a esta teoría, García Máynez en su misma obra expone su punto de vista, el cual consiste en -- que:

"Respecto de la doctrina de Nicolai Hartmann deseamos subrayar y hacer nuestra una importante observación: la de que, en la rica multiplicidad de los valores hasta hoy descubiertos, no es la justicia el más alto, sobre todo cuando dejamos de interpretarla como virtud y la concebimos como valor objetivo de una ordenación social. Pero si desde este punto de vista no representa un máximo, sino un mínimo de exigencia moral, y ésta empieza por manifestarse de modo negativo, bajo la forma de un conjunto de prohibiciones, como en la segunda tabla del Decálogo, desde este ángulo aparece ante nosotros como fundante de una exigencia positiva: la de que no sólo se respeten los valores más bajos, sino también los de rango superior, a los que no se refiere de manera inmediata. Pues si la justicia no tiene por objeto realizar los últimos, formula en cambio la exigencia de que de derecho asegure las condiciones en que pueden realizarse e, en otras palabras, la de que se reconozca y proteja la esfera de libertad de cada hombre".²²

Don Luis Roca Sáenz Siches, tratadista de origen español que realizó la mayoría de su obra en México, motivo por el cual le incluimos en este capítulo, comienza su estudio sobre la justicia, diciendo que a ésta ha sido tradicional vérselo como el valor jurídico por excelencia.

A lo largo de la historia, la palabra justicia ha sido utilizada en dos distintos sentidos: por una parte, la justicia es el criterio ideal del derecho; y por la otra, es la virtud máxima de carácter universal que abarca todas las demás virtudes.

Sin embargo este último concepto ha entrado en desuso desde la época de Aristóteles en forma progresiva, y actualmente se concibe a la justicia como el criterio inspirador del derecho positivo, el cual busca la regulación de las relaciones jurídicas de modo externo entre los individuos.

A través de un recorrido histórico, nos damos cuenta que el concepto de justicia es el que tiene una mayor identidad en todas las escuelas que le han estudiado en un momento determinado, por lo mismo, ha conservado una unanimidad esencial.

No obstante lo anterior, el problema se presenta "... en una serie de supuestos, de referencias y de implicaciones que ella nos plantea. Y aquí es donde comienzan y se desarrollan la discrepancia y la discusión.

"El análisis de todas las doctrinas sobre la justicia, desde los pitagóricos hasta el presente, pone de manifiesto

nifiesto que entre todas las teorías se da una medular -
coincidencia: el concebir la justicia como regla de armo-
nía, de igualdad proporcional, de proporcionalidad, en-
tre lo que se da y se recibe en las relaciones interhuma-
nas, bien entre individuos, bien entre el individuo y la
colectividad.

"El mismo pensamiento se ha expresado también mu-
chas veces en la historia de la filosofía jurídica y po-
lítica diciendo que justicia consiste en dar a cada uno
le suyo".²³

Sustancialmente todos los pensadores conciben a la
justicia como quedó esbozada en la cita anterior, pero -
las disputas en la práctica de la misma han sido distin-
tas y muy variadas; por lo que tenemos que si bien es --
cierto que los estudiosos de la justicia la han definido
de un modo similar, las filosofías políticas y jurídicas
sobre este tema son diferente y diametralmente opuestas.

El problema radica en la falta de normas de trata-
miento, de criterios comparativos y de pautas de valera-
ción, es como le apuntamos en la parte referente a Aris-
tóteles, en el análisis que de la "Ética nicomaquea" ha-
ce el Maestro Eduardo García Máynez, es decir, el concep-
to de justicia es una idea formal, que no nos dice la ma-
nera en que se va a administrar "le suyo", las cosas que
debes ser iguales o armonizadas, porque éste concepto no
define quienes son iguales y quienes son desiguales, ni
la forma en que deben ser tratados igualmente los igua-
les y desigualmente los desiguales atendiente a su desi-
gualdad e igualdad según el caso, ni la manera de deter-

minar a la una y a la otra.

"Las dificultades y la discusión se concentran en -
terno a cuáles sean los valores relevantes para promover
la proporción e armonía, se centran en torno a qué sea -
le que deba atribuirse a cada cual como le suje. Este --
problema de valoración material e de contenido constituye
y nada menos que el asunto principal de la filosofía po-
lítica y de la axiología jurídica".²⁴

Por lo anteriormente expuesto, el problema no se en-
cuentra en el concepto de justicia, sino en las normas -
de tratamiento, criterios comparativos y pautas de vale-
ración que ella presupone e implica y que repercuten en -
ella misma.

Don Luis sostiene que es precisamente ahí, donde se
localiza la parte medular de la explicación y entendi-
miento del valor jurídico que nos ocupa.

Citamos líneas atrás, que se concibe a la justicia -
como una regla de armonía, de igualdad proporcional, de -
proporcionalidad; al respecto nuestro autor nos dice que
"... los conceptos igualdad, proporcionalidad y armonía,
no son empleados como expresión de algo que sea, como --
enunciativos de relaciones reales, sino de criterios nor-
mativos, como pauta para una tarea a realizar. Se trata -
de promover una igualdad armónica e proporcionalidad en-
tre hombres; y no entre hombres abstractamente considera-
dos, sino entre hombres concretos, insertos en el cumpli-
cadísimo entresije de sus relaciones y actividades socia-
les. Y para esas relaciones entran en cuestión todas las
actividades, precedentes no sólo de las concretas dife-

rencias entre los individuos, sino también de las diversas situaciones en que se encuentran. Y se trata, como he expresado, no de enunciar una situación de igualdad existente en realidad desde algún punto de vista, sino de promover esa igualdad en la tarea de la organización de las relaciones sociales, desde el punto de vista normativo de unos valores. Se trata de algo que se estima como debiendo ser, de algo que debe hacerse. En este sentido, se ofrece como una tarea de igualar proporcionalmente, de equiparar los términos de las relaciones sociales. Ahora bien, esos términos son desiguales; y es precisamente por este por lo que se exige que sean iguales, e que en algún respecto queden equiparados, vinculados proporcionalmente, armónicamente".²⁵

En un contrato bilateral, en el cual se intercambian cosas y servicios, éstos deben ser iguales, es decir, una de las partes tendrá que entregar el mismo tanto de lo que recibe, o realizar el mismo servicio que le prestan, de este modo, como lo podemos vislumbrar, si -- por ejemplo, nosotros entregamos una cantidad de cigarrillos de marca y tipo determinadas, tendremos el derecho de recibir la misma cantidad de cigarrillos de igual tipo y marca, lo cual no tendría ningún sentido. Por lo tanto, el motivo de la relación no es recibir lo mismo, sino algo distinto pero equivalente, que valga lo mismo respecto a algo, en pocas palabras, que haya una proporción entre la prestación y la contraprestación.

Sin embargo, para lograr éste es necesaria una unidad de medida, para que a través de la misma se puedan -

equiparar las cosas o servicios diferentes que se intercambien, y así pedamos saber cuáles son equivalentes.

Por lo anteriormente expuesto, lo importante es saber "cuál deba ser el criterio para establecer la equivalencia";

"La igualdad que la justicia exige consistiría en que, calculadas en su debida combinación las diversas valoraciones que afectan a uno de los términos de la relación, resultase que en el otro término se diera una pareja magnitud total de estimación. Habría que desarrollar algo que metafóricamente podríamos llamar un álgebra de las estimaciones, gracias a la cual pudiésemos conseguir criterios certeros de mensura, para llegar a apreciar -- las sumas de valoraciones en combinación, que encarnan en cada uno de los términos de la relación. Y exige la suma en combinación, porque puede ocurrir que la estimación fundada en un valor superior anule las consecuencias de otras estimaciones basadas en valores inferiores".²⁶

El primer punto que tendrá que enfrentar la Estimativa Jurídica, es el de calificar cuáles son los valores que tienen que ver con el Derecho, que interesan al Derecho, que sean --como al mismo Recaséns le dice-- "puntos de vista normativos ideales para el Derecho".

De este modo, una vez que la Estimativa Jurídica califique cuáles son los valores que interesan al Derecho, deberá de hacer una jerarquización de los mismos para establecer la equivalencia y proporcionalidad en las relaciones de los particulares entre sí, o las de éstos con la colectividad.

A continuación transcribiremos algunos fragmentos - acerca de los valores que Recaséns considera como inspiradores "de puntos de vista normativos ideales para el - Derecho", como él mismo le indica.

"Con lo expuesto -escribe Luis Recaséns Siches- he justificado la necesidad de elaborar una Estimativa Jurídica, inspirada en la doctrina de los valores. Sus tareas principales serán:

"En primer lugar, determinar los valores supremos - que en todo caso deben inspirar al Derecho, los valores que dan lugar a normas ideales de carácter general, aplicables en todo caso y situación.

"En segundo lugar, averiguar qué otros valores pueden y deben normar la elaboración del Derecho en determinados casos, y supuestas unas ciertas condiciones; y esclarecer los nexos de esos valores con los primeros.

"En tercer lugar, se deberá esclarecer qué valores, a pesar de serlo y aun de ocupar un alto rango en la jerarquía axiológica, en ningún caso ni de ninguna manera pueden ser transcritos en las normas jurídicas.

"En cuarto lugar, habrá que inquirir las leyes de la relación, combinación e interferencia de las valoraciones que confluyen en cada uno de los tipos de situaciones sociales.

"En quinto lugar, estudiar las leyes de realización de los valores jurídicos. Y, por fin, además, una serie de cuestiones solidarias y adyacentes de las mencionadas".²⁷

De todo el planteamiento que realiza el Maestro Re-

caséns, tenemos que, si bien es cierto que el concepto formal de justicia es el que más unanimidad esencial guarda en el tiempo, precisamente para que tenga una larga permanencia en el tiempo, es necesario que sea un concepto formal, ya que como nuestro autor le menciona, las formas en que la justicia se ha manifestado, han sido distintas y muy variadas.

Por otra parte, en cuanto a la jerarquización de valores se refiere, Luis Recaséns si se coloca a la vanguardia en este aspecto, debido a que es necesario un "marco de referencia" sobre el cual se puedan determinar qué cosas son distintas pero equivalentes para que haya -como se indicé anteriormente- proporción entre la prestación y la contraprestación.

Sin embargo, de la escala jerárquica que ofrece el profesor Recaséns, en la cual nos hace un ordenamiento del tipo de valer que debe prevalecer sobre otro, nos encontramos con que dicha escala jerárquica parte de un criterio muy subjetivo; además, por qué jerarquizó su valoración del modo en que lo hizo, o mejor dicho en base a que, o con fundamento en qué construyó su escala de valores.

Con lo anterior, no nos avocamos a investigar si es buena o mala, correcta o incorrecta su jerarquización, sóloamente nos interesa indagar el marco de referencia que fundamenta ese criterio, y qué tanta validez puede tener ese "marco de referencia" para que sea de universal observancia y por qué.

4.3 RAFAEL PRECIADO HERNANDEZ

El neotomista mexicano Rafael Preciado Hernández --- contempla la justicia desde cuatro puntos de vista:

- 1.- Su esencia.
- 2.- Sus especies: general e legal, y particular, la cual se subdivide en distributiva y conmutativa.
- 3.- La justicia social como otra especie de justicia.
- 4.- Justicia y equidad.

La justicia según este autor, se puede entender como un criterio racional y como una virtud.

Como criterio racional nos encontramos que se fundamenta --como toda su teoría-- en el derecho natural debido a que es un "... criterio ético que nos obliga a dar al prójimo lo que se le debe conforme a las exigencias ontológicas de su naturaleza, en orden a su subsistencia y perfeccionamiento individual y social".²⁸

Lo que se le debe jurídicamente hablando es el reconocimiento e atribución de sus derechos y el señalamiento de sus obligaciones de los actos jurídicos que realice, lo que conlleva al principio de imputación: la atribución de los actos y sus consecuencias a su ejecutor; y el principio de responsabilidad: que la persona afronte las consecuencias de los actos que efectúe.

Lo anterior es enfocado a través del derecho positivo, el cual se basa en el derecho natural, que tiene a su vez un fundamento ontológico; por lo que el criterio

racional de justicia también tiene trascendencias en los ámbitos moral y religioso, debido a que si bien es cierto que en el campo del derecho positivo el criterio racional de justicia de un hombre va a responder de sus consecuencias ante los demás hombres, en el campo moral va a responder ante su conciencia y en el religioso ante Dios.

Apuntamos al inicio que el maestro Preciado entiende de la justicia como un criterio racional y como una virtud, y nos dice además que se distinguen, pero no se oponen: "hay distinción, más no oposición; pues la justicia como criterio, aunque tenga el carácter de un principio práctico y no simplemente teórico, es un objeto ideal e independiente de razón, dado que constituye un conocimiento; mientras que la justicia como virtud es un hábito, que tiene su asiento en la voluntad y no en la inteligencia. Sin embargo, como toda virtud es un hábito recto, postula una cierta medida de rectitud, medida que en este caso se identifica con el criterio de lo justo; luego la justicia como criterio es la medida racional de la justicia como virtud, y por consiguiente no hay oposición entre ellas".²⁹

La justicia social -término al cual nos referiremos más adelante-, tiene por objeto la coordinación de las acciones de las partes -las personas-, con respecto al todo -la sociedad en general-, encaminada a una meta: el bien común.

Las personas a la vez estamos englobadas en diferentes agrupaciones, como lo son asociaciones científicas,

utilitarias, de trabajo, etc.; dichas agrupaciones tienen objetivos de acuerdo al fin para el cual fueron creadas. La justicia social se encarga de jerarquizar esos fines u objetivos de acuerdo al bien común que puedan otorgar a la comunidad, para lograr el mayor perfeccionamiento de sus integrantes.

También hace mención Preciado Hernández -haciendo referencia a Tomás de Aquino- a la justicia individual, es decir, a la justicia aplicada al individuo específicamente determinado, como un requisito indispensable para la realización del bien común, como lo veremos después.

Otro aspecto que toca nuestro autor es el de la justicia como idea de igualdad; pero aquí no se refiere a la igualdad entendida como relación proporcional entre la culpa y la pena, la prestación y la contraprestación, sino a la igualdad basada en la naturaleza ontológica de la persona, "... se refiere esta idea de igualdad a las exigencias de un orden fundado en la naturaleza misma -- del hombre: la justicia es la igualdad en el trato, en orden al bien individual y social del ser humano".³⁰

Como podemos darnos cuenta, siendo Rafael Preciado Hernández un neotomista como lo es, se puede ver claramente la influencia que de Aquino ha tenido en este estudio de la Filosofía del derecho, prueba de ello es la gran insistencia que recalca en la procuración y conservación del bien común como meta principal de la esencia de la justicia.

Esa insistencia en la procuración, obtención y conservación del bien común, -característica importantísima

en el desarrollo del concepto de justicia en Tomás de -- Aquino-, se vuelve a presentar en las especies de la jus ticia que abarca Preciado Hernández, y que se pueden resumir en el siguiente cuadro:

considera los seres humanos en relación con la sus-
tancia de la comunidad de la unidad social y el
bien común.
Resalta los derechos de la sociedad.
Dice que todos y más uno de los miembros de la
comunidad adquiere automáticamente su posición en
ella. Pero los deberes de los ciudadanos son
fuerza de la sociedad como representantes de la so-
ciedad, como los deberes de las personas soberanas.
Dice que también ellos están obligados a ser-
vir de acuerdo con las exigencias del bien común.
El sujeto titular del derecho respecto de la comuni-
dad como persona jurídica colectiva, el sujeto ma-
yor es el individuo, ya sea este soberano o pro-
terano.

JUSTICIA
DISTRIBUTIVA O LEGAL

JUSTICIA SOCIAL

JUSTICIA
PARTICIPATIVA

considera los seres humanos en relación con la sus-
tancia de las participaciones entre sí y frente a
la comunidad. Resalta los derechos de las participa-
ciones.
Se establece en distributiva y comunitativa, porque
el derecho tiene derechos frente a la sociedad y a
frente a sus miembros o frente a la misma socie-
dad cuando ésta se refiere en el mismo plano que
las participaciones.

JUSTICIA
COMUNITATIVA

la justicia general y la justicia
distributiva sobre las participaciones
que se llama "bien común" o "bien social"
y de autoritarismo, representando
en sus otros términos "el bien común"
relacionado en el mismo plano con
la persona jurídica colectiva. Así
es la comunidad, solo que el "bien
común" respecto de sus partes, es este es
en los principios. Las partes son
"las personas, sus partes, sus de-
beres" según se refieren al bien comu-
nidad, distributiva en la medida de
sus participaciones a mantener el "bien
común", integran la unidad "comu-
nitativa" que es la sociedad civil o
política, y así como viene cada
subordinada al todo, a las otras
partes del bien común, es cuando de-
be ser tratada como la "autoritar-
dad" profesionalmente "de las par-
tes" distributivas, las partes, en
sus participaciones, contribuyen a la
integración y al bien común, y en
esta medida contribuyen al "bien comu-
nidad" frente a uno y otro "bien"
a través de relaciones entre las
partes y el todo.

Resalta la participación en correspondencia a
cada uno de los miembros de la entidad —
no el bien común, salvo el bien común —
distributivo, así como las partes a ser-
vir con que los particulares deben servir
al todo.

El sujeto titular del derecho es siempre
la persona individual, el sujeto mayor —
es la sociedad política como representación
de la comunidad.

para las relaciones del cambio, y en esta
relación las participaciones son más de comu-
nitativa, representando de las partici-
paciones. En esto como la idea de unidad in-
dividual en la medida de justicia, es impli-
camente representativa bajo la forma de una
comunidad distributiva, en la que se res-
ponde por las relaciones. La justicia comunitativa
está relacionada sobre la distribución y
la representación, entre el todo y la
parte.

En esta forma de distribución que se dan
entre las partes, entre personas relacio-
nadas en el mismo plano. El sujeto "mayor"
y "menor" integran en una relación comu-
nitativa, en una relación que por
"relaciones entre sí" están por la
justicia distributiva, cuando se refieren
"a" "comunidad" o "comunidad como partici-
paciones" por la justicia distributiva es
comunitativa, que como concepto de justicia
"comunitativa", se que es uno y otro "bien"
el "bien" frente a sí mismo y los otros
que y relaciones que definen del todo,
bajo la "autoritar" distributiva.

La justicia como ha quedado clasificada en el cuadro anterior, es dividida por el autor que nos ocupa, en justicia general o legal, y en justicia particular, la cual se subdivide en distributiva y conmutativa.

El siguiente punto que plantea Don Rafael, es el de ver si hay otra especie de justicia: la justicia social.

Su estudio lo hace a través del análisis de dos tesis:

La primer tesis es sustentada por Kleinbapfl, Gandía y Gómez Hoyos. Estos autores dicen que "... la justicia social es la clase particular de justicia que tiene por objeto propio la repartición equitativa de la riqueza superflua".³¹ Y a continuación la diferencian de la justicia general o legal, y de la justicia distributiva por su sujeto pasivo, su sujeto activo, el objeto material y el objeto formal; quedando de la siguiente forma:

justicia social

sujeto pasivo.- los poseedores de la riqueza superflua.

sujeto activo.- los indigentes.

objeto material.- las cosas superfluas.

objeto formal.- el derecho de los indigentes.

justicia general o
legal

sujeto pasivo.- los particu-
lares.
sujeto activo.- la comunidad.
objeto material.- los bienes
de los particulares.
objeto formal.- el derecho -
de la sociedad.

justicia distributiva

sujeto pasivo.- la comunidad.
sujeto activo.- los particu-
lares: todos y cada uno de -
ellos.
objeto material.- el bien co-
mún distribuable individual-
mente.
objeto formal.- el derecho -
de todos y cada uno de los -
miembros de la sociedad a --
participar en el bien común

Per lo que respecta a la justicia conmutativa, los que sustentan esta tesis dicen que "... ésta rige relaciones entre particulares o personas colocadas en un mismo pie de igualdad, mientras que la justicia social rige relaciones entre grupos o clases sociales",³² es decir, asociaciones intermedias entre la sociedad y los individuos, como lo son: las asociaciones profesionales o del trabajo, las asociaciones utilitarias, científicas, etc.

La segunda tesis es sustentada por Vermeersch. Para este autor sólo hay tres especies de justicia, según su

razonamiento que inmediatamente citaremos:

"La justicia propiamente dicha es una virtud que da a cada cual su derecho (lo que le es debido). Luego habrá tantas especies de justicia propiamente dicha, cuantas son las especies de derechos que se deben a otro. -- Ahora bien, hay tres especies de derechos, a saber: el que deben los miembros a la comunidad, el que debe la comunidad a los miembros y el que se deben las personas -- privadas unas a otras. Luego hay tres virtudes distintas, que constituyen tres especies de justicia propiamente dicha. Estas tres especies son la justicia legal, la distributiva y la conmutativa. Por fin, estas tres especies son últimas, es decir, no admiten otra subdivisión. Porque no hay más personas que los individuos y la comunidad, ni cabe discurrir otro cuarto orden de relación -- entre las personas, consideradas simplemente bajo el concepto de tales".³³

Preciado Hernandez se pronuncia en favor de la segunda tesis debido a que:

1.- Para resolver el problema de la injusta distribución de la riqueza, no es necesaria la creación de una nueva especie de justicia, sino que bastaría aplicar el imperio de las tres especies de justicia tanto en el orden nacional como internacional.

2.- La justicia legal o general tiene como fin primordial el bien común, y éste, está dirigido también a los indigentes.

3.- Las clases sociales son sociedades intermedias como tales, por lo tanto:

4.- Las clases sociales intermedias son amorfas y acéfalas, ya que carecen de representantes que además cómo pedrían en la práctica determinar los bienes superfluos -en su totalidad- y cómo los reclamarían.

Ahora bien, desde mi particular punto de vista, y como le afirma Preciado Hernández, las personas que integran las clases sociales intermedias tienen derechos como personas individualmente consideradas, y más aún, las asociaciones profesionales, científicas, etc., los trabajadores pueden unirse y dar nacimiento a un sindicato -- por ejemplo, y así pueden confermar una persona meral legalmente constituida con personalidad jurídica, y por lo tanto ser un haz de obligaciones.

Por otro lado el término LA JUSTICIA SOCIAL.

Piense que el término de justicia social es repetitivo, es un pleonasmo -como diría Leibniz-, toda justicia es social -la humana-, por supuesto.

La realización de un valor absoluto llamado justicia es la meta primordial de todo ordenamiento normativo llamado derecho, y el derecho es una ciencia social que trata de regular las relaciones jurídicas de los individuos para la mejor convivencia de los mismos dentro de la sociedad en que se manifiestan.

Es más, cuando a una persona individualmente determinada se le administra justicia, estamos en presencia de justicia social, debido a que se conservaría el orden establecido por un estado de derecho, ya que de no ser así -supengamos que esa persona decide hacerse justicia por su propia mano: una venganza privada-, traería como

consecuencia la ruptura del orden establecido por el estado de derecho.

Por último, el término justicia social -por lo general- está encaminado hacia las personas que pertenecen a las clases sociales de menos recursos individualmente -- consideradas, por lo mismo, cabría utilizar el término - JUSTICIA SOCIAL EN SENTIDO ESTRICTO; para la incorporación de dichas personas al resto de la sociedad, o por el contrario, de utilizarse este término después de todo lo expuesto estaríamos ante una aberración.

Pasando a otra cosa, dos características son necesarias e indispensables en el derecho: que sea justo y --- equitativo;

Hemos dicho anteriormente que la meta de todo ordenamiento normativo llamado derecho es la justicia, pero justicia y equidad no son sinónimos, sino que la equidad se sobre entiende en la aplicación del valer justicia.

A través de reglas de conducta el derecho intenta-- abarcar el acontecer cotidiano del individuo para que -- cuando dicho acontecer planteado en forma hipotética ocurra en el mundo de los hechos, se le apliquen las consecuencias que el mismo derecho establece; pero el problema consiste en determinar si un caso dado está comprendido en la hipótesis normativa.

El problema nos dice el maestro Preciado, se debe -- enfocar desde dos puntos de vista, es decir, desde el -- punto de vista de la norma y desde el punto de vista del caso concreto; ya que hay que determinar el sentido de -

la primera y las características específicas del segundo.

"Con razón se ha dicho que la aplicación del derecho reviste la forma de un silogismo, en el que la premisa mayor es la norma jurídica que se pretende aplicar, - la premisa menor es el caso considerado, y la conclusión es el dispositivo de la sentencia judicial o de la resolución administrativa".³⁴

De este modo el papel del juzgador reviste una doble importancia: por una parte es el compositor que crea una obra, y por otra es el director de orquesta que la lleva a cabo.

Sin embargo como se expuso en el punto referente a Gustav Radbruch, la equidad por excepción podrá darse -- por completo debido a que siempre se va a partir de normas generales, impersonales y abstractas que en la gran mayoría de los casos obtendrán de la justicia su forma; la generalidad, pero en muy pocos casos su contenido.

A los más que se puede llegar es a aproximaciones, podríamos referirnos por ejemplo en el Derecho Positivo Mexicano, a los artículos 51 y 52 de Código Penal para el D.F.; los cuales a la letra dicen:

"ART. 51. Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente.

"ART. 52. En la aplicación de las sanciones penales se tendrá en cuenta:

"1° La naturaleza de la acción u omisión y de los me
dios empleados para ejecutarla y la extensión del daño -
causado y del peligro corrido;

"2° La edad, la educación, la ilustración, las cos-
tumbres y la conducta precedente del sujeto, los motivos
que le impulsaron e determinaron a delinquir y sus condi
ciones económicas;

"3° Las condiciones especiales en que se encontraba_
en el momento de la comisión del delito y los demás ante
cedentes y condiciones personales que puedan comprobar--
se así, como sus vínculos de parentesco, de amistad o na
cidos de otras relaciones sociales, la calidad de las --
personas ofendidas y las circunstancias de tiempo, lu---
gar, modo y ocasión que demuestran su mayor o menor temi
bilidad.

"El juez deberá tomar como cimiento directo del suje-
to, de la víctima y de las circunstancias del hecho en -
la medida requerida para cada caso".

Pero el juzgador de todos modos estará calificando_
conductas reguladas por normas generales, impersonales y
abstractas.

"Así pues, la equidad es el criterio racional que -
exige una aplicación prudente de las normas jurídicas al
caso concreto, tomando en cuenta todas las circunstan---
cias particulares del mismo, con miras a asegurar que el
espíritu del derecho, sus fines esenciales y sus princi-
pios supremos, prevalezcan sobre las exigencias de la --
técnica jurídica".³⁵

Rafael Preciado Hernández también abarca la justi--

cia como un valor. Su planteamiento le comienza haciendo una breve explicación general de la teoría de los valores.

Esta teoría fue planteada por primera vez en la segunda mitad del siglo XIX, como una investigación para precisar en qué consiste el valer, es decir, obtener un concepto o una definición del mismo, aunque para algunos el valor sea indefinible.

Empieza su exposición haciendo referencia a la sensación, a la visualización y la auditividad, nos dice -- que todos nosotros tenemos conceptos acerca de ellas, pero únicamente quien ha visto u oído puede comprender plenamente en qué consisten tales conceptos, esto es, resultaría inútil intentar explicar a un ciego, por ejemplo, en qué consisten los colores. Por lo que respecta a la intuición sensible sensorial, ésta es aplicable a los objetos que el espíritu aprehende o percibe mediante emociones, es decir, "... el valor es un dato primario que el espíritu aprehende o percibe regularmente mediante -- una síntesis de intuiciones sensorial, emocional e inteligible; de ahí que no sea posible dar una definición exacta del valer, sino que daba manejarse este concepto más bien describiendo, refiriéndose a cualidades y muy -- variadas datos de los seres".³⁶

Este se obtiene mediante la distinción entre simples juicios existenciales con los juicios de valor, lo cual consiste en que el predicado del juicio enunciativo sólo ofrece una relación espacio-temporal, mientras que el juicio de valer constituye un criterio, por

ejemplo:

juicio enunciativo: Juan tiene en su jardín rosas.

juicio valorativo: Juan tiene en su jardín rosas --
grandes y hermosas.

Los valores son criterios "... sin los cuales no se ría posible la libre actuación, ya que todo acto voluntario libre supone una determinación, una preferencia, una elección y la elección a su vez presupone un criterio".³⁷

A continuación, Preciado Hernández analiza tres características de los valores: polaridad, objetividad y precariedad.

La polaridad se refiere al desdoblamiento de los valores hacia dos direcciones o polos: positivo y negativo, es decir, bueno y malo, justo e injusto, hermoso y feo, etc. De los valores éticos hay que diferenciar al valor en sí mismo de su realización, e sea, su concretización en el mundo de los hechos; por otra parte, el valor es imperativo, ya que exige que se lleve a cabo por la persona, es un deber ser. Si se habla de los polos de un valor (justicia e injusticia), si existe la exigencia de su realización, querrá decir que del mismo modo en -- que es exigida la justicia es igualmente exigible la injusticia, lo cual resulta inaudito, por lo que Preciado Hernández rechaza "... la llamada polaridad de los valores, dado que todo valor es siempre positivo; y lo que se designa como valor negativo es la ausencia o privación del valor".³⁸

La objetividad de los valores es la independencia -

que hay entre el sujeto y la relación que guardan los valores. No obstante que el valor sea percibido en forma subjetiva y por lo tanto variable en cada sujeto "... al valor debe atribuírsele siempre cierta consistencia que lo mantiene idéntico a sí mismo a través de las variaciones subjetivas de su conocimiento".³⁹

La tercera y última característica de los valores que analiza el neotomista mexicano, la precariedad, es el fundamento que diferencia a las leyes naturales de las normas. Las leyes naturales explican fenómenos cuyo acontecimiento es causal, fatal y necesario; mientras que la norma es sinónimo de exigencia, es esencialmente violable, ya que de los actos contenido de las normas no es forzosa su consecución, por lo que la precariedad "... que se refiere sobre todo a los valores morales consiste en que éstos tienden a realizarse a través de las libres determinaciones de los hombres, quedando así subordinadas en cuanto a su actualización a la voluntad humana".⁴⁰

Para considerar la noción de justicia en base a lo anteriormente expuesto, Preciado Hernández se refiere a los grados de desenvolvimiento de la conciencia moral; para tal efecto, utiliza la estimación de Dupréel en su "Bosquejo de una Filosofía de los Valores",⁴¹ obra de la cual Preciado lleva a cabo la siguiente exposición "... éstos grados pueden reducirse a tres. En el primero (fase de los instintos), aunque ya influyen los instintos sociales como el sacrificio materno sobre el resto de los impulsos orgánicos, el valor de la conducta corresponde aún al orden de los valores biológi

ces. En el segundo grado (fase del conocimiento de las reglas), el individuo ajusta su conducta a un mandato -- que en alguna forma traduce la convivencia del grupo al cual pertenece; de donde se sigue que el valor atribuido al acto que está de acuerdo con lo prescrito por la regla, es todavía un valor relativo, puesto que la regla se funda en el interés o conveniencia del grupo y por lo mismo varía de igual manera que ese interés. Finalmente, el tercer grado de desenvolvimiento de la conciencia moral (fase del ideal moral), se caracteriza por la idea en los individuos del grupo sobre el valor absoluto de la regla aceptada; aparece entonces el sentimiento de que la regla debe ser observada no simplemente porque reporta ventajas al grupo social, sino porque es buena en sí misma, llegando a considerarse al grupo social como un instrumento al servicio de la justicia, y no la justicia como un medio útil a la sociedad.

En el primer grado no hay propiamente una apreciación de la conducta, pues ésta se determina, según se indicó antes, casi exclusivamente por los instintos, siendo en el segundo grado en el que aparece la distinción entre el acto y la apreciación del mismo, al advertirse la posibilidad de que la conducta se ajuste a la regla o deje de observarla, aprobándose el acto que está de acuerdo con lo que previene la regla, por cuanto ésta expresa la conveniencia del grupo. Sin embargo, en el debate o deliberación que precede a la aprobación del acto que es conforme a la regla, entran en conflicto dos intereses o conveniencias, el del individuo y el del grupo --

social. Por el contrario, en la fase del ideal moral el conflicto se plantea entre dos reglas, razón por la cual tiene que buscarse un criterio, diverso del de la mera conveniencia y capaz de justificar por sí mismo, la superioridad de una de esas reglas. Esta situación se presenta en todos aquellos casos de conflictos entre dos grupos sociales independientes regidos por diversas reglas, las que pueden ser suficientes para resolver los conflictos surgidos entre los miembros de sus respectivos grupos, pero que resultan inaceptables para aplicarse a un conflicto surgido entre los dos grupos, ya que cada uno de ellos pretenderá imponer su propia regla. En esta hipótesis, e los grupos prescinden de justificar sus reglas y uno de ellos impone la suya al otro por medio de la fuerza, en cuyo caso nos encontramos en presencia de un hecho, de la violencia, de la barbarie; o bien esos dos grupos aceptan el debate o la discusión sobre cuál de las dos reglas deben impartar, siendo entonces indispensable encontrar un criterio que se imponga a toda conciencia capaz de limitar sus inclinaciones naturales, sus tendencias y apetitos, de acuerdo con los dictados de la razón. Y hemos dicho que este criterio debe ser distinto del de la mera conveniencia e utilidad, porque lo ventajoso o provechoso varía del mismo modo que las tendencias o impulsos a los cuales responde, o de acuerdo con las necesidades que satisface, siendo inadecuado como medida para la apreciación e enjuiciamiento de dos reglas. Además, lo conveniente se relaciona con nuestro interés, con aquello que deseamos según nuestras

inclinaciones naturales, cosa que nos lleva fácilmente a subordinar la verdad a nuestro interés, los dictados de la razón a nuestros apetites. Con toda razón observa Dupréel que $2 + 2 = 3$ es ventajoso al deudor; $2 + 2 = 5$ es prevechoso al acreedor, y sólo $2 + 2 = 4$ que no beneficia a nadie, representa el partido del hombre honesto, - porque él ha puesto su interés del lado de la verdad".

"La noción de justicia responde a estas exigencias, pues sin referirse a situaciones concretas, postula una igualdad proporcional, una medida armónica de cambio y - distribución".⁴²

Aristóteles la concibe como el justo medio entre el exceso y el defecto; en relación a la pena era la distribución entre el mérito y el demérito, de los honores y las cargas, la equivalencia o proporcionalidad entre la prestación y la contraprestación, entre el delito y la pena. En este aspecto, se presume por un lado, la existencia de dos partes en la relación, y por otro, la de los objetos que se distribuirán a ambas. Este es punto de vista formal, sin embargo, Preciado considera la justicia como un valor moral que representa un criterio de valoración de las acciones humanas, por lo que interesa comparar los actos de las personas para darnos cuenta en qué medida contribuyen al bien común, a fin de otorgar a cada uno -en forma proporcional- los honores, los bienes e las cargas que les corresponden conforme a sus actos.

Por otra parte, existe una oposición entre el objetivismo del derecho y la tendencia sicologista; esta úl-

tiva se basa en el sentimiento que de modo instintivo --
 nes conduce a la solución de problemas jurídicos. Pero --
 este es desconocer la diferencia entre la experiencia de
 un valor y la consecuencia del mismo, lo es una gran ---
 equivocación. En los animales los juicios de valor radi-
 can en el instinto, por lo que el valor de la vida sensi-
 tiva se ubica en la esfera espacio-temporal; en el hom-
 bre también se dan este tipo de situaciones, pero en és-
 te, a través de la inteligencia, esas situaciones le ---
 otorgan la experiencia necesaria para elevar los valores
 y así obtener valores puros, consecuentemente objetivos.

Si se identificara la justicia con un sentimiento, --
 las normas de aquella solamente podrían obligar a los --
 que participen de ese sentimiento, lo que implica que en
 una controversia del orden jurídico en la que hay dos in-
 tereses distintos, es necesario recurrir a un criterio -
 objetivo para saber cuál de los intereses tiene un res-
 paldo válido; si este criterio de lo justo depende de un
 sentimiento, éste por ser particular, es distinto en ca-
 da persona, por consiguiente, ambas partes tendrán la ra-
 zón, ya que es muy subjetivo el sentimiento de justicia --
 en cada una, motivo por el que es inaceptable la tesis -
 del sicologismo jurídico.

Por último, Preciado considera la precariedad del --
 valor justicia, la cual consiste en la violabilidad esen-
 cial del derecho, para diferenciar las normas jurídicas --
 de las leyes del derecho como fenómeno social. Esta pre-
 cariedad ha conducido también a la negación de un valor --
 universal que se ha utilizado como criterio inmutable pa-

ra la valoración de reglas e instituciones jurídicas.

Prosigue diciéndonos que las acciones del hombre no son siempre justas y es muy difícil dar una solución justa a cada caso particular. No obstante esto, no es posible negar la existencia de un criterio fundamental de -- justicia, ya que es un valor que existe por sí mismo, -- existencia que se traduce en su validez. Esta validez no puede ser afectada por la realidad, el ejemplo que utiliza Preciado, es el de un Ingeniero que hace un mal cálculo matemático, no por ese motivo dejan de ser verdaderos los principios sobre los cuales efectuó dicho cálculo. - Del mismo modo, no por un acto injusto la justicia deja de tener validez, es más, cuando existe un acto injusto, es cuando más imponente es el valer justicia.

Los valores pretenden, o mejor dicho exigen regir -- la conducta del hombre como ser libre, pero además de -- una exigencia, se trata de una necesidad moral: un deber.

Es cierto que la justicia nada puede hacer por sí -- sola, pero también es cierto que los hechos nada pueden -- contra ella, es irracional no aquilatar su valor ante -- los resultados de la experiencia, ya que éstos son responsabilidad solo de los hombres carentes de voluntad para adecuar sus acciones a los dictados de la razón, o -- per equívocas prevenciones por no localizar con sinceridad y con interés las soluciones correctas; es como el ejemplo de Ingeniero: si se derrumbase lo que construyera, la culpa la tendría él, no la validez de las matemáticas utilizadas para los cálculos de la obra.

El neotomista mexicano Rafael Preciado Hernández -- sintetiza su exposición acerca de la justicia como un valor, en los siguientes términos:

"... la justicia, como toda idea universal, tiene - su fundamento en la realidad de donde el espíritu apre- hende e capta, por medio de los sentidos, datos concre- tos a los que la razón con sus operaciones abstractiva - comparativa y generalizadora imprime una forma inmate- rial, integrando así el concepto e la idea; por lo cual se ha dicho que éstos existen fundamentaliter in re, formaliter in intellectu. Es decir, no es lo mismo el - concepto e la idea, que las realidades inteligibles sig- nificadas con tales nociones; pero tampoco son éstas, me- ras creaciones de la mente. El conocimiento intelectual es en este sentido, más un descubrimiento que una crea- ción. Su validez radica en su adecuación a la realidad - inteligible, en su objetividad que deriva de la independ- encia que tienen las realidades en cuanto objetos de co- nocimiento, respecto de las operaciones intelectuales -- -conceptuación, juicio y raciocinio- del sujeto cognos- cente.

"Ahora bien, el fundamento real, objetivo de la idea de la justicia, consiste en las características comunes de los seres humanos, como son sus estructuras biológica y espiritual y las capacidades que comprenden, todas -- ellas integradas en una unidad personal cuyas partes y - operaciones observamos vinculadas entre sí, constituyen- do esa individualidad personal; por lo cual las referi- mos a ella con el concepto de lo suyo, aquí comprendidos

lo mio, lo tuyo, lo de él o de ella. Si todas esas cosas significadas con el concepto de lo suyo fueran comunes, si no pertenecieran a un individuo, no tendría sentido - distinguir a una persona de otra. Pero la conciencia --- conviene recordar que la persona es el individuo de naturaleza espiritual- nos hace reconocer que hay cosas -- que pertenecen a los seres humanos primitivamente, que son suyas de cada uno.

"Per supuesto que hay diversas razones para considerar que una cosa -aquí comprendidos todos los objetos -- susceptibles de servir al ser humano en el orden natural- pertenece a una persona, que es suya. Así, la relación de pertenencia es inmediata y evidente, tratándose de realidades como la vida, los miembros y los órganos - del cuerpo y las facultades espirituales -capacidad de - conocimiento intelectual, capacidad de autodeterminación y cierta capacidad creativa de objetos materiales e inmateriales-, todo aquello por lo que el ser humano está -- constituido y existe como individuo, formando los elementos de su persona. Un ser consciente como el hombre no -- puede admitir que la vida, los miembros, las facultades -- por las cuales el individuo existe, dependan de otra persona que del sujeto que los posee de hecho. En cambio, -- las relaciones de pertenencia de los productos de la actividad humana, resultan mediatas y requieren argumentación o discurso, como ocurre en los casos de los derechos de autor y de la propiedad de los bienes externos -- constituidos por un material transformado con el esfuerzo consciente de una persona.

"Con base en este conocimiento intelectual de lo su-
yo -inmediato y mediate- de cada persona, al juicio valo-
rativo de la conciencia moral que nos exige racionalmen-
te reconocer y respetar en nuestro prójimo y semejante -
le suyo, como a él le exige reconocer y respetar lo ----
mío, no es razonable calificarlo de subjetivo y mucho me-
nos de arbitrario o fundado exclusivamente en una deci-
sión de la voluntad; pues como enseña Messner, a pesar -
del sello histórico-social singular de las morales, exis-
te una unidad de conciencia moral en la humanidad, una -
igualdad de razón moral de todos los hombres para com-
prender la verdad y la validez obligatoria de los princi-
pios éticos más generales. En las formas del ethos desa-
rrollan los pueblos su peculiar individualidad moral con
sus típicos valores éticos, como la valentía, la cons---
tancia, la justicia, la fidelidad, el sentido familiar,
la laboriosidad, el ahorro, la serenidad, la moderación,
la utilidad, y la pureza".⁴³

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- 1 Recaséns Siches, Luis
"Panorama del pensamiento jurídico del siglo XX"
Perrúa. México. 1963
volumen 1, pág. 362
- 2 Recaséns Siches, Luis
opus cit., pág. 362
- 3 García Máynez, Eduardo
"Filosofía del derecho"
Perrúa. México. 5 ed., 1986
pág. 135
- 4 García Máynez, Eduardo
"Ensayos filosóficos-jurídicos"
1934 - 1979
UNAM. México. 2 ed., 1984
pág. 402
- 5 García Máynez, Eduardo
opus cit., pág. 402
- 6 García Máynez, Eduardo
opus cit., págs. 402 y 403
- 7 García Máynez, Eduardo
opus cit., pág. 403
- 8 García Máynez, Eduardo
opus cit., pág. 403
- 9 García Máynez, Eduardo
opus cit., pág. 404

- 10 García Máynez, Eduardo
opus cit., pág. 404
- 11 García Máynez, Eduardo
opus cit., pág. 404
- 12 García Máynez, Eduardo
opus cit., pág. 405
- 13 García Máynez, Eduardo
opus cit., pág. 406
- 14 García Máynez, Eduardo
opus cit., pág. 406
- 15 García Máynez, Eduardo
opus cit., pág. 406
- 16 García Máynez, Eduardo
opus cit., pág. 407
- 17 García Máynez, Eduardo
opus cit., pág. 407
- 18 Recaséns Siches, Luis
"Tratado general de filosofía del derecho"
Porrúa. México. 7 ed., 1981
págs. 487 y 488
- 19 García Máynez, Eduardo
"Filosofía...", págs. 458, 459 y 460
- 20 García Máynez, Eduardo
opus cit., pág. 459
- 21 García Máynez, Eduardo
opus cit., pág. 459

- 22 García Máynez, Eduardo
opus cit., pág. 476
- 23 Recaséns Siches, Luis
"Tratado...", pág. 481
- 24 Recaséns Siches, Luis
opus cit., pág. 482
- 26 Recaséns Siches, Luis
opus cit., pág. 491
- 27 Recaséns Siches, Luis
opus cit., págs. 494 y 495
- 28 Preciado Hernández, Rafael
"Lecciones de filosofía del derecho"
UNAM. México. Reimpresión, 1986
pág. 209
- 29 Preciado Hernández, Rafael
opus cit., págs. 210 y 211
- 30 Preciado Hernández, Rafael
opus cit., pág. 214
- 31 Preciado Hernández, Rafael
opus cit., pág. 218
- 32 Preciado Hernández, Rafael
opus cit., pág. 219
- 33 Gómez Moyos, Rafael
citado por:
Preciado Hernández, Rafael
opus cit., pág. 220

- 34 Preciado Hernández, Rafael
opus cit., pág. 222
- 35 Preciado Hernández, Rafael
opus cit., pág. 223
- 36 Preciado Hernández, Rafael
"Ensayos filosófico-jurídicos y políticos"
Jus. México. 1977
págs. 60 y 61
- 37 Preciado Hernández, Rafael
opus cit., pág. 61
- 38 Preciado Hernández, Rafael
opus cit., pág. 62
- 39 Preciado Hernández, Rafael
opus cit., pág. 63
- 40 Preciado Hernández, Rafael
opus cit., pág. 63
- 41 Dupréel
referido por:
Preciado Hernández, Rafael
opus cit., págs. 63, 64 y 65
- 42 Preciado Hernández, Rafael
opus cit., pág. 65
- 43 Preciado Hernández, Rafael
opus cit., págs. 69, 70 y 71

CONCLUSIONES

- 1.- Que la justicia es un concepto formal que puede ser entendida tanto como una virtud, como un valor.
- 2.- Que la justicia consiste en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, consiste en dar a cada quien lo suyo.
- 3.- Que para la aplicación del concepto formal justicia es necesaria la utilización de normas de tratamiento, criterios comparativos y pautas de valoración.
- 4.- Que la justicia puede ser dividida en legal o general y en particular, la cual se subdivide a su vez en conmutativa y distributiva.
- 5.- Que no se puede hablar de la "justicia social", como otra especie de justicia, ya que toda la justicia es social; y por lo tanto sería una aberración aplicar el término "justicia social en sentido estricto".
- 6.- Que el concepto de justicia de la corriente iusnaturalista, como el concepto de justicia de la corriente iuspositivista llevadas a un punto extremo resultan falsas.

- 7.- Que la justicia en todos los casos, satisface el cumplimiento de su ámbito formal: general, impersonal y abstracta. Pero el cumplimiento de su ámbito material, es decir, su contenido, no en todos los casos se lleva a cabo por completo, debido a las características del caso en concreto, y al criterio del juez que lo vaya a resolver.
- 8.- Que el concepto de justicia debe ser uno, y dar origen a un sin número de derechos justos, ya que no hay un derecho perfecto.
- 9.- Que la justicia puede ser entendida como el mínimo de la exigencia moral en la que se puede cimentar la convivencia de las personas en sociedad.
- 10.- Que la justicia debe ser la meta más alta a la que debe aspirar todo ordenamiento normativo llamado derecho, para regular la conducta jurídica de los hombres en la sociedad en que se manifiestan.
- 11.- Considero que la justicia consiste en la "voluntad constante y perpetua de dar a cada quien lo suyo"; pero por ser la justicia un concepto formal, necesita para su aplicación, de normas de tratamiento, -- criterios comparativos y pautas de valoración. La justicia encuentra dos formas de manifestación principalmente: la del derecho positivo y la del derecho natural; sin embargo, ambas corrientes son sólo

un aspecto del derecho, no su totalidad, totalidad_ que radica en la conjunción de aquellas, no en su - contraposición. Pero, desgraciadamente, esta teoría únicamente puede ser concebida en el deber ser, por que al aplicarse al ser, se desvanece casi por completo.

La justicia también reviste una forma: gene--- ral, impersonal y abstracta, y un contenido que, en el análisis del caso concreto, es decir, en la equidad, la impartición de justicia -no obstante que -- siempre está basada en la ley-, es subjetiva debido al criterio del juzgador al que se le someta el caso. Con esto no quiero dar a entender que las decisiones del juzgador sean únicamente subjetivas, no, ya que también revisten, porque así debe de ser, un ámbito objetivo, el cual se encuentra en su fundamentación; sino que la motivación -de esas decisiones- si es subjetiva, de acuerdo al criterio de cada juzgador.

Todo lo anterior es consecuencia de que estamos ante un deber ser, ante una característica de - toda ciencia social, como lo es el derecho.

B I B L I O G R A F I A

Aristóteles. "Ética nicomaquea". 3 ed., versión, --
prólogo y notas: A. Gómez Robledo. México. UNAM. --
1972

263 p. (Nuestros clásicos)

Aristóteles. "Política". Tr. de Patricia Azcarate. --
19 ed. México, Espasa-Calpe, 1989

246 p. (Colec. Austral, 239)

Bernal, Beatriz. "Historia del derecho romano y de
los derechos neorromantistas, desde los orígenes de
la alta edad media". / Beatriz Bernal, José de Jesús
Ledezma. -- 3a ed. -- México: Edit. Porrúa, 1986

440 p.

Bodenheimer, Edgar. "Teoría del derecho". 10 reimp.
Vers. de Vicente Herrero. México. Fondo de Cultura
Económica, 1988

418 p.

Cassirer, Ernest. "Las ciencias de la cultura". Tr.
de W. Recas. 2 ed. México, Fondo de Cultura Econó-
mica, 1955.

191 p. (Breviarios, 49)

Cervantes Ahumada, Raúl. "Derecho mercantil". 4 ed.
México, Herrero, 1984

703 p.

Copleston, Frederick. "Historia de la filosofía". --

Barcelona, Ariel, 1981

9 v. ("Concivium", 9)

Contenido: v. Grecia y Roma. Tr. de J. Manuel -- García de la Mora.- v. 2. De San Agustín a Escoto. Tr. de J. Carlos García Borrón.- v. 3. de Ockham a Suárez. Tr. de Juan Carlos García Borrón.- v. 4. De Descartes a Leibniz. Tr. de J. Carlos García Borrón.- v. 5. De Hebbes a Hume Tr. de Ana Doménech.- v. 6. de Wolf a Kant. Tr. de Manuel Sacristán. v. 7. de Fichte a Nietzsche. Tr. de Ana Doménech.- v. 8. De Bentham a Russel. Tr. de Manuel Sacristán.- v. 9. De Maine de Biran a Sartre. Tr. de José Manuel García de la Mora.

Ferrater Mora, José. "Diccionario de filosofía". 4 ed. Buenos Aires, ed. Sudamericana, 1958
1481 p.

Friedrich, Carl Joachim. "La filosofía del derecho". Tr. de Margarita Alvarez Franco. 4 reimp. México, -- Fondo de Cultura Ecnómica, 1988
433 p. (Breviarios, 179)

García Máynez, Eduardo. "Doctrina aristotélica de la justicia"; estudio, selección y traducción de -- textos. México, UNAM. Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1973
297 p.

García Máynez, Eduardo. "Ensayos filosófico-jurídicos, 1934-1979". 2 ed. corregida y aumentada. México. UNAM. 1984
413 p.

García Máynez, Eduardo. "Introducción al estudio -- del derecho". Prólogo de Virgilio Domínguez. 33 ed. México. Porrúa. 1982
444 p.

García Máynez, Eduardo. "Filosofía del derecho". 5^a ed. México. Ferrúa, 1986
542 p.

García Máynez, Eduardo. "Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo". 3 ed. México. - UNAM. Fac. de Derecho, 1986
178 p.

Hesíodo. "Teogonía", "Los trabajos y los días", -- "El escudo de Heracles", "Idilios de Bión", "Idilios de Mesco", "Himnos Orficos". Prólogo de José - Manuel Villalaz. 6 ed. México. Ferrúa, 1982
89 p. (Colec. Sepan Cuantes, 206)

Husserl, Edmund. "Investigaciones lógicas". Tr. del alemán por M. G. Morente y J. Gaos. 2 ed. Madrid, - Rev. de Occidente, 1967
2 v.

Jenofonte. "Recuerdos de Sócrates. Banquete, apología". Vers. directa, introducción y notas por J. David García Bacca. México, UNAM, 1916
1 v. (pág. varía) (Bibl. Scriptorum Graecorum et Romanorum Mexicana)
Texto griego y español

Kant, Immanuel. "Fundamentación de la metafísica de las costumbres". 4 ed. México, Espasa-Calpe, ----- 1973
146 p. (Colec. Austral, 648)

Kant, Immanuel. "Principios metafísicos de la doctrina del derecho". Selec., prólogo y notas: Arnaldo Córdova. México, UNAM, 1978
222 p. (Nuestros clásicos, 33)

Kelsen, Hans "Teoría pura del derecho". Tr. de la 2 ed. en alemán por J. R. Vernengo. 3 reimp. México. UNAM. 1983
364 p.

Lachance, Louis. "L' humanisme politique de Saint - Thomas". Individu etaf. París, Recueil Sirey, 1939
2 t.

Leibniz, Gottfried Wilhelm. "Tres ensayos: el derecho y la equidad, la justicia, la sabiduría". Tr. - de Eduardo García Máynez. México, UNAM, 1960
20 p. (Cuadernos del Centro de Estudios Filosóficos, 7)

Lemus García, Raúl. "Derecho romano (sinopsis histórica)". 2 ed. México, Limsa, 1977
2 t.

Lufio Peña, Enrique. "Historia de la filosofía del - derecho". 2 ed. Rev. y ampliada. Barcelona: Ed. La -
hermiga de oro, 1955
797 p.

Llambías de Azevedo, Juan "El pensamiento del derecho y del Estado en la antigüedad, desde Homero hasta Platón". Buenos Aires, Lib. Jurídica, 1956
403 p.

Margadant S., Floris Guillermo. "Derecho romano". - 11 ed. corregida y aumentada. México. Esfinge. 1982
530 p.

Palomar de Miguel, Juan. "Diccionario para juristas". México. Mayo ediciones, 1981
1439 p.

Platón. "Diálogos". Estudio preliminar de Francisco Larroyo. 18 ed. México. Porrúa. 1979
785 p. (Colec. Sepan cuantos, 13)

Preciado Hernández, Rafael. "Ensayos filosófico-jurídicos y políticos. México: Jus, 1977
253 p.

Preciado Hernández, Rafael. "Lecciones de filosofía del derecho". reimp. México. UNAM. 1986
306 p.

Radbruch, Gustav. "Introducción a la filosofía del derecho". Tr. de Wenceslao Roces. 3 reimp. México. Fondo de Cultura Económica, 1978
192 p. (Breviarios, 42)

Radbruch, Gustav. "Filosofía del derecho". 4 ed. Madrid, Rev. de Derecho Privado, 1959
278 p.

Recaséns Siches, Luis. "Los temas de la filosofía del derecho en perspectiva histórica y visión del futuro". Barcelona, Bch, 1934
150 p.

Recaséns Siches, Luis. "Panorama del pensamiento jurídico del siglo XX". México. Porrúa, 1963
2 v.

Recaséns Siches, Luis. "Tratado general de filosofía del derecho". 7 ed. México. Porrúa, 1981
717 p.

Rickert, Heinrich. "Ciencia cultural y ciencia natu

ral". Tr. del alemán por M. G. Morente. 3 ed. Buenos Aires, Espasa-Calpe. 1952
228 p. (Colec. Austral, 347)

Rodríguez, Guillermo Héctor. "Ética y jurisorudencia". México, 1947
206 p.

Rojina Villegas, Rafael. "Teoría jurídica de la conducta". México, Eds. Botas, 1947
260 p.

Rousseau, Jean Jacques. "El contrato social o principios de derecho político", "Discurso sobre las ciencias y las artes", "Discurso sobre el origen de la desigualdad". Estudio preliminar de Daniel Moreño. 8 ed. México, Porrúa, 1987
178 p. (Colec. Sepan cuantos, 113)

Stammler, Rudolf. "Tratado de filosofía del derecho". Tr. de la segunda edición del alemán por W. Roces. Nacional. México. 1974
455 p.

Verdross, Alfred. "La filosofía del derecho del mundo occidental; visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas. Tr. de M. de la Cueva. México, UNAM, Centro de Estudios Filosóficos, 1962
433 p.

Xirau, Ramón. "Introducción a la historia de la filosofía. 9 ed. México, UNAM, 1983
501 p.