

539
2ej



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

"EFICACIA DE LA NORMA DE
DERECHO INTERNACIONAL"



DERECHO

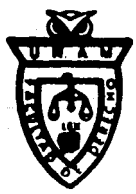
T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

RAFAEL FRANCISCO MENDEZ ESPINOSA



Cd. Universitaria, Distrito Federal

1991

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



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.

EFICACIA DE LA NORMA DE DERECHO INTERNACIONAL

INDICE GENERAL

CAPITULO PRIMERO

NATURALEZA Y ESENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL

	Pag.
I.- La negación que la doctrina hace del Derecho Internacional. -----	1
II.- Doctrinas que sostienen el carácter rudimentario y de transición del Derecho Internacional. -----	23
III.- Fundamentación del Derecho Internacional por la escuela positivista moderna. -----	28
IV.- La reacción antipositivista. -----	35

CAPITULO SEGUNDO

LA NORMA DE DERECHO GENERAL

I.- Conceptos jurídicos fundamentales o elementos para que la norma resulte adecuada a su fin. -----	40
A).- El Supuesto Jurídico. -----	42
B).- El Derecho Subjetivo. -----	53
C).- El Deber Jurídico su fundamento de validez y esencia del Deber Jurídico. -----	65
D).- La persona Jurídica. -----	72
E).- La Sanción. -----	78

CAPITULO TERCERO

La obligatoriedad de la norma. -----	84
--------------------------------------	----

CAPITULO CUARTO

La facultad de exigir el deber correlativo. -----	90
---------------------------------------------------	----

CAPITULO QUINTO

La Coercibilidad. -----	96
-------------------------	----

CAPITULO SEXTO

LA EFICACIA DE LA NORMA DE DERECHO INTERNACIONAL

	Pag.
I.- La eficacia de la norma del derecho Internacional.	107
II.- Las fuentes del Derecho Interno. -----	107
III.- Las fuentes del Derecho Internacional. -----	108
IV.- Proceso de elaboración de las normas de Derecho In - terno. -----	108
V.- Proceso de elaboración de las normas de Derecho.---- Internacional.	109
VI.- Elementos esenciales de la norma de Derecho Interna- cional. -----	112
VII.- Eficacia de la norma de Derecho Internacional. -----	114
Conclusiones. -----	116
Bibliografía. -----	119

EFICACIA DE LA NORMA DE DERECHO INTERNACIONAL

CAPITULO PRIMERO

NATURALEZA Y ESENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL

1.-La negación que la doctrina hace del Derecho Internacional.

Mucho se ha discutido en cuanto al carácter jurídico de la norma de derecho internacional, de todos es sabido que la norma de derecho internacional es un punto de discusión y, no sólo en cuanto a su juridicidad, sino aún más en cuanto a su existencia y a su validez, de ahí que existan teorías que niegan la existencia del derecho internacional, teorías que aceptando la existencia del derecho internacional, le niegan su naturaleza jurídica y por ende le niegan su validez.

Existen autores que opinan que el derecho internacional en su naturaleza lleva incito una problemática sumamente marcada, a diferencia de otras disciplinas jurídicas, que sólo tienen sus problemas particulares. Y atribuyendo en parte la problemática del derecho internacional, al jurista internacional moderno que no puede escapar a dos atracciones que son: por un lado la tentación de crear un sistema jurídico inacabado y por otro lado la tentación conciente o inconciente de referir el derecho internacional al modelo más fácil del derecho interno estatal.

En principio nos avocamos a la tarea de analizar y tratar de entender a los que se les ha denominado negadores radicales del derecho internacional.

Los autores se encuentran de acuerdo en cuanto que al hablar de negadores del derecho internacional nos encontramos ante un concepto muy amplio y ambiguo y esto lo podemos notar por principio de cuentas, en que algunos autores como César Sepúlveda nos hablan de negadores radicales del derecho internacional.

Señalándonos que por tales se debe entender "a aquellos que definitivamente no aceptan ni siquiera la existencia del derecho internacional, porque están convencidos de que las relaciones internacionales se conducen sólo por la fuerza, no por el derecho". (1)

Por otro lado autores como "A. Verdross" al hablarnos de derecho internacional y sus negadores, nos dice que "ésta expresión designa a quienes sin negar la existencia del derecho internacional, no reconocen su carácter jurídico. Y suelen fundamentar su tesis alegando que el conjunto de normas llamado derecho Internacional carece de legislador permanente, de un tribunal propiamente dicho y de un poder coercitivo central". (2)

(1) SEPULVEDA, César: CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO. 2a. Ed. Editorial Porrúa, S.A. México. 1964. p. 35

(2) VERDROSS, Alfred: DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO. Trad. Antonio Truyol y Serra. Editorial Aguilar. Madrid. 1955. p. 63

Por su parte Waltz nos señala que en el marco de nuestra investigación, no cabe caracterizar el concepto de negadores del derecho Internacional, mas que acudiendo a las consideraciones siguientes:

Es común a todos ellos el excluir al llamado derecho Internacional del reino de los valores jurídicos propiamente dichos. Por ello caen bajo esta denominación todos los ius internacionalistas que, por uno u otro motivo, se creen en la necesidad de poner en entredicho el carácter jurídico del derecho Internacional.(3).

El maestro Truyol y Serra al hablarnos del derecho Internacional Público como Política de fuerza nos habla también de una actitud radical de los autores que niegan toda normatividad internacional señalando que el derecho Internacional es la simple expresión ideal de la constelación de fuerzas de la Política Internacional. (4).

Nos dicen los autores radicales que al prevalecer la fuerza en las relaciones Internacionales, no pueden existir normas de conducta obligatoria, de cualquier naturaleza que sean, de modo que el derecho Internacional sería una construcción jurídica que serviría de instrumento para llevar una política de fuerza sin valor normativo.

Por otro lado nos encontramos con que los autores que sólo niegan el carácter jurídico del Derecho Internacional, sin negar su existencia, parten de la idea de un poder superior como único medio susceptible de ordenar a los miembros de una comunidad, y ya ordenación precisamente puede realizarse por la superioridad de dicho poder ante los miembros de la comunidad. Luego estos autores no reconocen otro tipo de derecho que no sea el denominado derecho de subordinación.

Lo que nosotros notamos al analizar a Waltz es que si bien - al igual que otros autores como Sepúlveda encuentra la distinción entre los negadores radicales y negadores moderados del derecho Internacional, es decir, no existiendo una unificación de criterios en cuanto a los negadores del derecho Internacional, - por existir puntos de vista entre éstos por demás heterogéneos, el para englobar a todos los negadores lleva a cabo una unificación artificial de los autores, reuniéndolos bajo la característica puramente negativa, ya de la existencia, ya de la naturaleza jurídica del derecho Internacional.

(3) WALTZ Gustav Adolf. ESENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL Y CRITICA DE SUS NEGADORES. Trad. Antonio Truyol y Serra. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1943.

(4) Truyol y Serra Antonio: FUNDAMENTOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO. 2a. Ed. Editorial F. Scix, Editor. Barcelona. 1955.

Al hablarnos del iusnaturalismo radical empieza por exponer - nos que se requirió de una legitimación iusnaturalista del Derecho Internacional. Para que este penetrara al ámbito de la ciencia jurídica. Hugo Grocio en su famoso libro sobre el Derecho de gentes, partiendo de concepciones iusnaturalistas, establece una distinción entre un derecho de gentes natural y un derecho de gentes voluntario o positivo". (5). Concepción dualista que viene a servir de punto de partida para varias corrientes iusinternacionalistas.

El derecho de gentes natural, Grocio lo fundamenta en el apeto social, habiendo concordancia entre los preceptos divinos y los preceptos de este derecho.

En tanto que el derecho de gentes voluntario, lo encuentra Grocio en el consentimiento de los Estados debiendo su existencia a motivos de índole práctico utilitarista. Luego nos encontramos que para la consideración de Grocio es más importante el derecho Internacional natural, ya que el derecho Internacional voluntario al aparecer, para él, simplemente como una apéndice del derecho Internacional natural, en este encuentra fundamento y apoyo aquél.

En cuanto a los negadores radicales, nos encontramos con que el primero de éstos es el filósofo inglés Thomás Hobbes, quien sostiene la teoría del contrato social y nos señala en una de sus obras (El Leviathan) que el derecho de gentes no es otra cosa más que un conjunto de leyes que tiene por objeto regular las relaciones mutuas de fuerza física entre los Estados. De tal afirmación deduce que los Estados viven en un estado de naturaleza, ya que no se hayan sometidos a una civitas máxima superior. De modo es que para que pudiera existir según Hobbes un derecho Internacional positivo, se requeriría de una autoridad superior capaz de establecerlo como derecho positivo ya que de otra forma, en la que lo conocemos, según Hobbes son meras palabras que por falta de un poder coercitivo supraestatal no está capacitado para dar seguridad alguna, luego nos parece que Hobbes apunta lo negatorio de este derecho, trayendo como consecuencia que los Estados se encuentran siempre, "en posición de gladiadores, o sea en estado de guerra potencial o actual".

(Leviathan, I. Cap. XIII). (6).

(5) WATZ. Ob. cit. p.36

(6) VERDUGO. Ob. cit. p. 64

Apunta Hobbes que en el egoísmo natural del hombre es donde descubre la ley social fundamental que corresponde a la regulación en el ámbito de la naturaleza. Creemos que tales bases se apoyan para establecer una distinción entre los fenómenos sociales, luego divide a tales fenómenos de la siguiente forma: "relaciones sociales fuera del Estado, regidas por el derecho natural y la ley natural; relaciones sociales en el Estado regidas en primer término por el derecho legal positivo". (7)

De modo es que Hobbes siempre equipara el derecho internacional con el estado de naturaleza de los hombres que viven fuera de la comunidad estatal. Luego por ser el derecho internacional idéntico al derecho natural, le son aplicables todos los principios enunciados acerca del estado de la naturaleza, no así si existiera una civitas máxima que estableciera y fundamentara un derecho internacional positivo. Así las cosas para Hobbes el derecho internacional contiene reglas morales carentes de carácter jurídico, por lo que sólo de un modo condicionado obligan a determinadas acciones. Por tanto en el fondo lo que rige es un mero principio utilitarista de poder. Ante la objeción que se le hace en el sentido de que un estado de naturaleza como el que describe es una ficción teórica sin realidad alguna, contesta Hobbes refiriéndose a sus doctrinas en cuanto a las relaciones interestatales reguladas por las reglas de derecho natural que tienen una validez condicionada, lejos de tener sólo un carácter práctico de aplicación en el campo empírico real que es idéntico al derecho natural.

En cuanto a ésta teoría de negadores radicales nos encontramos con otros autores de entre los que citamos a uno de ellos por considerarlo seguidor de Thomas Hobbes, siendo éste "Baruch de Espinosa" - quien nos presenta una concepción análoga a la de Hobbes, postulando la ordenación física universal, doctrina que culmina en el principio de que "cada cual tiene tanto derecho como tiene poder", siendo ésta la afirmación favorita de éste, admitiendo que los Estados pueden reunirse en una confederación, cuestión que implica la posibilidad de fundamentar el derecho de gentes. Resulta un concepto funcional e idealista el que formula éste autor, para expresar las relaciones reales de fuerza entre los hombres, afirma éste autor que el derecho sólo es un reflejo de la fuerza del poder.

Todos los seres tienen un gran sentido de conservación y pretenden que perdure su ser, ley fundamental que tiene validez para todos los seres, de donde deriva como correlato ideal, el derecho natural tal como lo entiende Espinosa, derecho natural que se delimita en su alcance hasta donde llega la capacidad de autoconservación y actuación de la naturaleza.

(7) WALZ. Ob. cit. p.º 40

Hasta donde llega la capacidad del hombre es hasta donde llega su derecho. Los derechos de la naturaleza son las reglas y leyes de la naturaleza que regulan todo acontecer pero derecho y moral serán idénticos en Espinosa si los hombres se desajenan exclusivamente por la razón. La capacidad de la naturaleza humana determinada por los instintos naturales constituyen para Espinosa, el concepto de derecho natural de que cada cual llega exactamente hasta donde alcanza su poder. Por ello, en la medida en que cada cual está sometido al poder de otro, lo está también a su derecho, viviendo en cambio según su propio derecho en la medida en que tenga poder para rechazar todo ataque y dar libre curso a su libertad. (8). Mientras Hobbes había desarrollado una serie de leyes naturales regulativas, entre otras, el principio pacta sunt servanda, para que rigiesen en su estado de naturaleza, Espinosa niega el principio antes mencionado, ya que en efecto el derecho no es más que un reflejo de la constelación natural de fuerzas, una mera función ideal de las aptencias dinámicas naturales. (9).

Lo que Espinosa nos presenta como derecho Internacional es un mero vocablo, al decir de Walz, desprovisto de toda legalidad propia; lo que él llamó derecho Internacional es idéntico al derecho natural de los Estados, los cuales en efecto no se han unido en una comunidad de Estados en la que hubiese leyes positivas. De modo que si los Estados se hayan, unos frente a otros, como los individuos en el Estado de naturaleza, es decir en estado, o relaciones de enemistad. Por ello creemos que nos señala, Espinosa que "todo el ámbito de las relaciones internacionales está única y exclusivamente dominado por la fuerza, por la guerra entre los Estados". (10).

(8) WALZ. Ob. cit. pp. 58 y 59

(9) WALZ. Ibidem. 59 y 60

(10) WALZ. Ibidem. Ob. cit. p. 61

Pensamos nosotros que no tiene absolutamente nada que ver lo que Espinosa llama derecho Internacional, con el concepto que nosotros conocemos.

Por lo que toca al derecho Internacional convencional, nos encontramos con que Espinosa al hablar del tratado, nos dice: "todo Estado puede desistir del tratado en cuanto se modifique la situación, sin que por ello haya lugar a acusarle de una violación del derecho." Nos dice Espinosa que sólo un necio puede fijarse de un tratado Internacional, puesto que todo gobierno tiene el deber de velar en primer término por el bienestar del propio Estado y sacrificar en todo momento a la razón y luego el gobierno puede dejar de cumplir un tratado que se oponga a los intereses del Estado sin que incurra en una violación de derecho Internacional." (11).

Nosotros creemos que no se trata de un fundamento bastante para negar la existencia del Derecho Internacional, dado que también en el ámbito interno existen disposiciones legales que en ocasiones se dejan de cumplir fundándose en la "Rebus sic stantibus", y no por ello tales disposiciones dejan de ser derecho.

Toca su turno de prestarle atención a un autor que sin ser negador del Derecho Internacional, es de vital importancia su doctrina, tanto, que sirve de punto de partida para otros autores que si son negadores del Derecho Internacional.

Hegel, autor que considera al derecho Internacional como derecho, pero a nuestro modo de ver, no como a un auténtico derecho. Nos encontramos que su concepción del derecho Internacional se reduce a un mero derecho estatal externo, esto a consecuencia de la falta de un poder supra estatal que lo establezca, lo anterior lo deducimos de la siguiente afirmación que Hegel nos presenta: "un auténtico derecho sólo sería posible sobre la base de un poder supra estatal" (12). Afirmación que coincide con las de Hobbes y de Espinosa, como ya hemos visto.

Hegel, al considerar al Estado como un fin en sí absoluto y como consecuencia poseedor de un derecho supremo frente a los individuos, no puede hacer otra cosa que negar la existencia de un poder supraestatal. Por otro lado si el Estado es un fin en sí absoluto, lo que contribuya a su bien constituirá su ley suprema. De ahí que su estado no reconozca sobre sí ningún ordenamiento superior que en un momento dado pudiera limitar su orden jurídico propio.

Luego el fundamento del derecho Internacional de Hegel no se encuentra en una voluntad supraestatal, sino en voluntades soberanas diversificadas.

(11) WALZ. *Ibidem*. op. 62 y 63

(12) Verdros. *Ob. cit.* n. 60

Los Estados frente a sí mismos se hayan en Estado de naturaleza, y por lo que toca a sus derechos, no encuentran su fundamento lo encuentran en sus voluntades particulares, encontrando que las relaciones entre los Estados son relaciones de independencia, independencia que estipulan entre sí encontrándose al propio tiempo por encima de estas estipulaciones.

Ya hemos visto que Hegel se encuentra de acuerdo con Hobbes en el sentido de que los Estados se encuentran entre sí en un estado de naturaleza, dado que no se encuentran sometidos a un poder superior, encontrándonos con que Hegel tiene en común a los negadores del Derecho Internacional, el argumento del poder para señalar que no se trata de un auténtico derecho aún cuando reconozca que se trata de derecho. De ahí que por ello nos resulte conveniente tratar de entender su doctrina en este orden de ideas.

Frente a todos los negadores del derecho Internacional, nos dice Hegel que hay que hacer valer que una comunidad no sólo puede crearse por una autoridad central, sino también por la cooperación de los sujetos jurídicos. Cooperación que se da sobre la base de convicciones jurídicas comunes, con cierto equilibrio de las fuerzas para que queden aseguradas. Este tipo de estructura jurídica se denomina: derecho de coordinación o derecho corporativo.

Sin embargo no hay que olvidar por otra parte que también el derecho de coordinación, está sobre los sujetos jurídicos, ya que las normas aún establecidas de común acuerdo se destinan para ellos y son tan obligatorias como las normas del derecho de subordinación. Encontrando que ambos tipos jurídicos sólo se diferencian en cuanto que el derecho de subordinación posee órganos centrales de creación y ejecución del derecho. Mientras que el derecho de coordinación en su proceso de creación exige en todos sus grados una cooperación de todos los sujetos jurídicos.

El derecho corporativo es más sensible que el derecho fundado en el señoría, por la razón de que éste dispone de medios coercitivos, en tanto que aquél es del todo incoercitivo, si para su cumplimiento no interviene la buena voluntad de los sujetos jurídicos.

"Los negadores del derecho Internacional olvidan finalmente que el derecho Internacional no es un sistema jurídico independiente y hermético, porque sólo puede ser cumplido y realizado por el derecho estatal, por eso la naturaleza del derecho Internacional no puede determinarse aisladamente: ha de aprehenderse en el marco del derecho positivo en su conjunto cuya corona es el derecho Internacional (13). Es decir que al hablar del derecho Internacional éste debe referirse al derecho estatal.

Por su parte Adolfo Lasson siendo seguidor de Hegel en cuanto a la doctrina sobre dominio y mando absoluto del Estado con postergación del individuo. Nos dice que: "El Estado es la encarnación suprema del espíritu objetivo, en una palabra el poder absoluto sobre la tierra. Por lo tanto no puede estar sometido a un orden normativo superior a sí mismo" (14). Luego de ahí que para Lasson el derecho Internacional no sea un verdadero derecho, por que no es susceptible de imponer limitaciones a las soberanías de los Estados.

En cuanto a los tratados nos dice este autor que no tienen el carácter de normas y lo más que acepta que sean es reglas de prudencia política que para que tengan cierta validez, se requiere que revistan algún interés para los Estados tratando de regular sus relaciones de fuerza entre ellos.

Dichas normas de prudencia política, serian justas "sólo en la medida en que son adecuada y sólo el Estado interesado puede decidir si esa adecuación existe. Por lo mismo la guerra que es la expresión de la soberanía es el único medio posible de resolver los conflictos cuando se rompe el equilibrio" (15).

Nos presenta Lasson dos teorías que a lo largo de la historia de modo diferente cada una de ellas enjuician las relaciones interestatales y tales teorías son la teoría maquiavélica y la teoría Lasson denominada Teoría Ultramontana.

La primera teoría es la que considera en sí al Estado como un fin, de ahí que enjuicie consecuentemente las relaciones interestatales de acuerdo con el criterio exclusivo de la realización del fin del Estado. De modo es que para esta concepción, solamente los mandatos de la prudencia y del oportunismo regularan las relaciones internacionales. Así la política de fuerza tendrá que dominar las relaciones entre los Estados.

Por su parte la teoría ultramontana señala que las relaciones entre los Estados se debe enjuiciar de acuerdo con los puntos de vista de la moral humana general, válido para las relaciones entre los individuos. Esto es que según esta teoría las máximas éticosociales del amor al prójimo y del espíritu de fraternidad deben ser válidas así como, para las relaciones entre los individuos entre sí, como para las relaciones interestatales.

Así las cosas nos encontramos que para Lasson no resulta difícil decidir por una de estas dos teorías, y nosotros mismos podemos deducir por cual de los dos se decide, aunque de carácter finito, es decir que los Estados por ser fines en sí, sólo se guían por sus intereses en las relaciones interestatales, que enjuiciarán, de acuerdo con las máximas maquiavélicas, encontrando por tanto que el propio interés de los Estados en sus relaciones exteriores es el que hace posible entre ellos un estado de paz.

(14) SEPULVEDA. Ob. cit. p. 37

(15) SEPULVEDA. Obidem. p. 37

Lasson nos señala una de sus consideraciones, muy importante que para nuestro criterio es determinante para permitir el encuadramiento de este autor dentro de los llamados negadores del Derecho Internacional, tal afirmación es la siguiente: "El Estado no puede someterse a un orden jurídico positivo extraño, con sus leyes rígidas, y por ello las relaciones interestatales carecen de carácter jurídico. Siendo el Estado un fin en sí éste debe autorrealizarse y el primer medio de que dispone es la soberanía. Y esta soberanía, que Lasson concibe en el sentido radical de una categoría fáctico-teleológica, es la que domina de un modo exclusivo las relaciones internacionales. No tolera esta soberanía una sumisión del Estado a un orden jurídico, que no es más que ficticio". (16)

Luego nos encontramos que para Lasson, todas aquellas normas que puedan encuadrarse formando parte del Derecho Internacional, no son otra cosa que la parte de un estado fáctico de oportunismo. Dependiendo el contenido de tales normas del arbitrio de los Estados, consistiendo al respecto en esto precisamente la soberanía de los Estados.

Por otro lado, siendo para Lasson los tratados Internacionales la expresión de las recíprocas relaciones de fuerza entre los Estados, enjuicia Lasson desde el mismo punto de vista el carácter jurídico de estos, tomando en cuenta que tal enjuiciamiento lo hace de acuerdo con el criterio exclusivo de la realización del fin del Estado. De ahí que tales tratados sólo conservan su razón de ser, mientras reflejan esta relación de fuerzas en interés del Estado así que si tales tratados al paso del tiempo sufren una modificación, los tratados carecen de razón de ser y dejarán de tener objeto en interés del Estado; encontrándonos con esto que se trata de la aceptación de la Teoría de la Cláusula la "Rebus sic Stantibus" en los tratados, trayendo como consecuencia la negación de la obligatoriedad de los tratados internacionales. Y nos dice el autor objeto de nuestro estudio que: "Si el llamado derecho Internacional no es derecho en el sentido auténtico de la palabra, tampoco los tratados internacionales son convenios en sentido jurídico". (17)

En Lasson nos encontramos con un negador a luces vistas declarado, del carácter jurídico del Derecho Internacional, para quien solamente es una forma racional teleológica de la política internacional, y aún más podemos decir que para este autor ni siquiera bajo la forma de un derecho convencional existe un derecho Internacional que tenga verdadero carácter jurídico. Con tales ideas comprendemos el porqué de la siguiente afirmación de Lasson: "Todas las relaciones internacionales, y dentro de ellas las llamadas relaciones jurídicas internacionales, descansan única y exclusivamente en el principio de la política de fuerza y del egoísmo nacional bien entendido". (18)

(16) WALZ. Ob. cit. p. 77

(17) WALZ. Ibidem. p. 78

(18) WALZ. Ibidem. p. 78

Utro de los negadores del derecho Internacional lo encontramos en "Gumpłowicz", quien habiendo sido profesor de Teoría del Estado, parte de una concepción naturalista positivista, para afirmar en principio que la cultura, es el producto de la lucha entre diversos elementos humanos. (19)

Luego esta situación se refleja también respecto del derecho, que es parte de la cultura humana, pudiendo de este modo señalar que de la lucha de los grupos primitivos, se trasciende a la lucha entre los Estados.

Así las cosas, afirma Gumpłowicz que: "El Derecho no es sino un conjunto de reglas dictadas para poder establecer un orden en la sociedad. Es la expresión de la relación de fuerzas entre los elementos que constituyen el grupo". (20)

Por otra parte, en este autor encontramos una concepción análoga a la de Lasson, privando ciertas diferencias de métodos científicos, y de puntos de partida, como ya vimos Lasson parte de la filosofía Hegeliana, en tanto que Gumpłowicz parte del naturalismo positivista. Es decir, en su concepción existe una contraposición entre lo natural y lo espiritual, venciendo lógicamente lo natural, ya que para éste en toda investigación científica no debe tomarse en cuenta más que objetos naturales, sin embargo Gumpłowicz es consecuente al adoptar para sus consideraciones sociológicas, un método naturalístico causalmente condicionado. Apuntando que "para el naturalismo sociológico derecho y Estado no son producto del arbitrio humano sino esencialidades causalmente condicionadas, que han llegado a ser necesarias". (21)

De modo es que Gumpłowicz considera al Estado como un mecanismo natural que surge, teniendo como causa, la lucha entre las fuerzas que lo mueven, de ahí que nos defina al Estado como "una organización del dominio surgida por vía natural, para el mantenimiento de un orden jurídico determinado. De modo análogo, define el derecho como el complejo de las disposiciones promulgadas y señaladas por el poder estatal para la ordenación de la vida del pueblo". (22)

(19) SEPULVEDA. Ob. cit. p. 37

(20) SEPULVEDA. Ibidem. P. 37

(21) WALZ. Ob. cit. p. 78

(22) WALZ. Ibidem. cit. p. 79

Así es que en tales definiciones nos encontramos que el orden jurídico que señala como producto de ciertas relaciones de fuerza, sólo posible en donde exista un órgano coactivo capaz de crearle un ámbito de vigencia, luego nos encontramos aquí con una negación tácita del orden jurídico Internacional. Por ello es fácil deducir que por faltar en las relaciones interestatales un órgano dominante de poder, para esta Teoría no pueden surgir reglas jurídicas teniendo como causa las relaciones entre Estados. Es decir que las relaciones interestatales carecen de una voluntad unitaria indispensable de poder, que se encuentra por encima de los Estados de la que, de acuerdo con una Teoría, debe nacer todo el derecho. Pero como no existe tal voluntad unitaria según esta concepción, es el egoísmo la norma que rige la conducta de los Estados en sus relaciones entre sí, sin tomar en cuenta las normas ya éticas, ya jurídicas. Y tal sucede por lo que se llama derecho Internacional, careciendo según los negadores de éste de las notas esenciales del verdadero derecho, nada tiene que ver con éste.

Por nuestra parte nosotros no creemos que el llamado derecho Internacional carezca de los elementos esenciales del derecho y sin apresurarnos para hacer una crítica, solamente apuntamos que creemos que los autores que afirman que el Derecho Internacional adolece de las notas esenciales del derecho no han logrado entender en principio que la fuerza no es un elemento intrínseco del derecho, sino extrínseco, por ello caen en el error negando la existencia o el carácter jurídico del derecho.

Lo que apuntamos anteriormente lo vemos en el sentido de que los negadores del derecho Internacional al hablarnos de la esencia de los elementos esenciales del derecho nos señalan como tales: a la fuerza sancionadora judicial y ejecutiva suprema. Señalando que resulta evidente que el comportamiento de los Estados se rige por mandatos de la prudencia que nunca alcanzarán la categoría de normas jurídicas.

Por su parte Lundstedt sostiene que un ordenamiento jurídico no puede darse sin la existencia de un aparato penal que funcione realmente. Y si no existiere este poder penal, el derecho o el ordenamiento jurídico pasarían a ser un producto de la imaginación. Lundstedt ve en el Estado sólo la suma de individuos que lo componen (23). Así es que para este autor el llamado derecho Internacional es simple política de fuerza, encontrándonos consecuentemente que en las relaciones internacionales no existe el menor asomo de encontrarnos ante un verdadero derecho Internacional. Nos dice Lundstedt que este derecho carece de un fundamento real y positivo, objetivamente fundado y empíricamente comprobable que el derecho tiene en la comunidad jurídica estatal.

Es decir: que "falta en la vida Internacional una maquinaria social cuyo funcionamiento regular y seguro se viera desencadenado por situaciones, en interés de una comunidad jurídica Internacional". (24). Sucede todo lo contrario, ya que dominan los intereses particulares de los Estados sin que se tomen en cuenta en realidad el interés general de una comunidad jurídica Internacional, siendo por Lundstedt, lo que determina necesariamente el carácter legal del orden jurídico internacional objetivo. Nos dice el autor que la maquinaria jurídica estatal, puede funcionar debido a la existencia de una organización, es decir, gracias a la existencia de un legislador que determine el contenido inequívoco del derecho; gracias a la existencia de un órgano jurisdiccional, supra partes, encaminado a dirimir una controversia; por último, gracias a la existencia de un poder ejecutivo. Factores que es por demás tratar de encontrarlos en el ámbito Internacional. Lo que equivale en resumen, a negar la coercitividad del derecho Internacional.

"El derecho Internacional requeriría por lo menos, un legislador internacional que estableciera unívocamente las reglas de derecho Internacional, un tribunal imparcial dotado de un poder coactivo superior, que estuviera en condiciones de garantizar el funcionamiento regular de esta maquinaria jurídica Internacional, frente a resistencias nacionalistas. Un verdadero derecho Internacional requiere la organización del mundo y el desarme nacional. Pero no es cierto que la voluntad de la comunidad pueda de un modo u otro crear el derecho objetivo". (25)

Para nosotros es Lundstedt uno de los autores más radicales, cosa que afirmamos, ya que tal lo deducimos de sus consideraciones. Nos dice "es la guerra y no el derecho, es decir: es el azar de la fuerza y no una legalidad racional, lo que predomina en este sedicente derecho Internacional. No hay la menor huella de verdadero derecho internacional en la vida de los Estados: no hay derecho Internacional". (26)

En cuanto a Olivecrona sostiene el criterio parecido al de Lundstedt, cosa lógica ya que es discípulo de éste, así es que nos dice que lo que caracteriza a cualquier orden jurídico es la reglamentación y monopolio del empleo de la fuerza, de ahí que no se pueda hablar de un estado de derecho en el ámbito internacional. (27)

(24) WALZ. Ob. cit. P. 95

(25) WALZ. Ibidem. p. 98

(26) WALZ. Ibidem. P. 103

(27) SEPULVEDA. Ob. cit. p. 38

Con Pufendorf nos encontramos una de las negaciones más puras y simples del derecho Internacional, como veremos al analizar los argumentos que escribe contra la posibilidad de un Derecho Internacional positivo. Plantea el problema de la siguiente forma: "¿Existe un derecho de gentes especial positivo que difiera del derecho de gentes natural?"; y ¿cómo habríamos de advertir la posibilidad de este derecho de gentes?". En principio y como anticipo del criterio que entendemos que sigue Pufendorf, hemos de señalar que se pronuncia con toda decisión contra la existencia del mismo.

De modo es que nos encontramos con que para este autor no es posible la existencia de un derecho Internacional positivo y esto debido a la falta de una fuente jurídica correspondiente. Para nosotros es fácil distinguir con claridad la influencia de la doctrina de Hobbes en las consideraciones de este autor, es decir, influye en él la representación del derecho legal positivo según la cual, es el derecho del establecimiento de las normas de un poder coactivo, que es el que les confiere, el carácter jurídico positivo. Cuestión que resulta difícil demostrar en el ámbito Internacional, por la carencia de legislador en el mismo. Y ante la posibilidad de demostrar el carácter positivo de un derecho consuetudinario y de un derecho Internacional convencional, rechaza tal posibilidad. Sin embargo acentúa que de la convivencia entre los Estados se implantan ciertas costumbres, pero lo que no acepta es que tengan carácter jurídico, --aduciendo que los Estados pueden desligarse de éstos usos. Y encontramos que al igual que otros autores afirma que la observancia no depende más que de la prudencia.

Por lo que toca al derecho Internacional convencional nos dice Pufendorf lo siguiente: "Los tratados Internacionales no pueden ser considerados como derecho de gentes objetivo y positivo, que en cuanto fuente jurídica mereciera, en el ámbito del derecho Internacional, la misma consideración que el derecho legal interno positivo". (28). Y esto porque el tratadista entiende que al igual que los contratos de derecho civil que presuponen la existencia de una ley positiva que sancione su validez, los tratados Internacionales presuponen la existencia de una fuente jurídica ante la imposibilidad de ser considerados como tal.

De ahí que nosotros consideremos que ante la imposibilidad que nos presenta, el autor, de que exista un derecho Internacional consuetudinario y convencional y aún más ni siquiera la posibilidad de construirlo nos resulta fácil calificarlo como uno de los negadores más radicales del derecho Internacional.

Por otro lado como ya apuntábamos hay teorías que sin negar la existencia del derecho Internacional, niegan el carácter jurídico del mismo, afirmando cuando mucho que sólo se le puede considerar como normas morales, entre ellos militan autores como John Austin, quien siendo fundador de la escuela de la Juris

prudencia analítica, afirma que "el derecho Internacional es sólo un conjunto de normas positivas que son impropriadamente llamadas leyes". (29). Para Austin el derecho Internacional es más que una rama de la moral positiva. Y esto debido a que en tanto que el derecho positivo es susceptible de ser aplicado coactivamente y por otro lado es derecho que emana de un legislador, en cambio las normas morales aunque de hecho se apliquen, carecen de carácter jurídico, dado que no son susceptibles de aplicación coactiva y emanan de la opinión pública.

La ley para Austin tiene como nota característica esencial, el que se trata de mandatos imperativos, de ahí que nos encontremos que para esta concepción no pueda darse el derecho positivo fuera de la Sociedad organizada en estado; luego, para este representante de la Teoría del imperativo, nada más en el Estado se pueden dar un poder supremo capaz de emitir normas jurídicas a sus súbditos. La imperatividad del derecho positivo deviene del hecho de que por tratarse de un mandato emitido por un poder supremo, ofrece la posibilidad de que sea ejecutado de manera coactiva en caso de incumplimiento. De ahí que se considere a la ejecución coactiva como un elemento del concepto del derecho positivo, dentro del cual no hay lugar para el derecho Internacional. Y en donde si encuentra su encuadramiento es en la moral Internacional o bien en la cortesía Internacional.

Y bien, para Austin, todo derecho es una especie de mandato con carácter imperativo y por tal carácter presupone la existencia de un Estado con poder supraordinario capaz de hacer cumplir el derecho por medios coactivos.

Ahora bien, Austin, nos señala que: "al lado de las leyes imperativas, hay otra clase de leyes establecidas por hombre y para hombres, pero que no son mandatos que resulten de una relación de subordinación política, característica imprescindible del derecho positivo. Estas son las leyes morales. (30)

Por otro lado nos encontramos que estas leyes morales que existen al lado de las leyes imperativas Austin las divide en dos clases: la primera clase está integrada por leyes establecidas por determinados hombres, para otros hombres, luego tomando en cuenta que se trata de mandatos se consideran como leyes en sentido propio. Sin embargo no son leyes de derecho positivo, porque para que tal sean se requirieron que emanen, según Austin, de un poder político supraordinario o cuando menos que emanen de una entidad que obra en delegación de éste. Luego vemos que existiendo la relación de mandato, no existe la relación de subordinación política, como en el Estado.

La segunda clase de leyes positivas que distingue Austin, es tá integrada por leyes morales positivas y las encontramos formadas por parte de leyes en sentido impropio. Sin embargo al igual que

(29) SEPULVEDA. Ob. cit. p. 29

(30) WALZ. Ob. cit. p. 117

las anteriores se pueden encuadrar dentro del marco de las leyes morales positivas. Sin embargo, se distinguen de las anteriores en que éstas no tienen su fuente en hombres determinados. Es decir que no se puede señalar de modo preciso a su legislador como sucede con la ley propiamente dicha. La única fuente de la ley es, aquí la opinión pública. De ahí que este tipo de normas no pueda ser incluido dentro del marco de las normas morales de la primera clasificación y por ende mucho menos dentro del marco de las leyes jurídicas positivas. Y dentro de este grupo encontramos siguiendo a Austin las más variadas clases de normas, tales como: las leyes del honor, moda y las normas de derecho Internacional. Un ejemplo de leyes morales positivas, nos dice serían, los mandatos que los padres dirigen a sus hijos. Leyes propiamente dichas en virtud del mandato. Pero como los padres no actúan por delegación del Legislador, no son leyes jurídicas positivas.

Por otro lado señalaremos las consideraciones que este teórico esgrime para sostener la afirmación de que el término ley o norma en cuanto a la norma de derecho Internacional, sólo se le puede aplicar en sentido analógico, dada la existencia, de semejanzas entre estas normas y las normas jurídicas, las cuales sólo contribuyen a una mayor confusión:

10.- En la ley propiamente dicha aparece una persona determinada o una pluralidad exactamente delimitada de personas, como entidad autora del mandato; en la ley en sentido amplio (derecho Internacional), que es dictada por la opinión pública, la fuente de la misma es una multitud indeterminada cuya opinión difusa dicta la ley;

20.- En caso de incumplimiento, el derecho positivo hace pasar automáticamente sobre la voluntad reacia la sanción que implica la ejecución coactiva; en caso de resistencia a la opinión pública pesará probablemente sobre el infractor un efecto desagradable, aunque no pueda determinarse exactamente su procedencia;

30.- La sanción que automáticamente desencadena el derecho positivo despierta la obediencia jurídica en los súbditos; el desencadenamiento probable de algunas ventajas en caso de desobediencia a la opinión pública de una multitud indeterminada de hombres, produce en los interesados una voluntad fundamental de acatamiento;

40.- Como consecuencia de la ley propiamente, aparece en el comportamiento de los súbditos una constancia, una regularidad y una seguridad que indudablemente no existirían sin la vigencia de la ley; como consecuencia de la opinión pública, las relaciones que se desarrollan dentro de una multitud indeterminada de hombres adquieren igualmente un grado de constancia, regularidad y seguridad que no existirían sin el imperio de aquella ley en sentido impropio, que llamamos opinión pública".(31)

(31) WALZ. Ob. cit. p. 78

De todo lo anterior deducimos que este autor no niega la existencia del derecho Internacional sino que por el contrario le reconoce como moral positiva, pero nunca reconoce el carácter jurídico de las normas. Puntualizando tal afirmación, nos dice: "el llamado derecho Internacional es moral internacional. Pues sus normas no están amparadas por una política superior, sino por la opinión pública, como las reglas de la moda, el honor o la cortesía, pero son normas que rigen efectivamente, por ello sería más exacto denominarlas usos sociales". (32)

De igual modo Julius Binder afirma que: "las normas del derecho Internacional son reglas éticas. El derecho es la ordenación ética de una comunidad". (33)

Es decir, que este autor neohegeliiano llega a conclusiones parecidas a las de Austin, aún partiendo de supuestos distintos. Luego sus principales afirmaciones son que: "el derecho va siempre vinculado a una comunidad; ahora bien la razón universal o espíritu absoluto sólo adquiere realidad y forma objetivas en las naciones y las comunidades transpersonales a estas incorporadas. La forma existencial de una comunidad, en la que expresa esta individualización suya del espíritu absoluto, es el derecho. Luego ¿cómo puede serlo el llamado derecho Internacional, no habiendo comunidad alguna real superior a los Estados? Luego las normas de este derecho Internacional son en realidad moral Internacional o costumbre Internacional". (34)

Luego de esto vemos o podemos decir que Binder es determinante para contestar a la pregunta del carácter de la norma de derecho Internacional. Ahora bien, cabe señalar que para Binder solamente se debe reconocer carácter jurídico a las normas positivas en cuanto que correspondan a la idea del derecho y que funcionen como tal.

Binder nos presenta un planteamiento del problema del derecho Internacional del modo siguiente: ¿"Hay un orden jurídico que rebasa el marco del Estado y que, sin limitarse a dar un fundamento al pueblo como unidad en el conjunto de sus súbditos, vincule el Estado a otros Estados y fundamente, entre los pueblos, una comunidad jurídica de la clase que sea?" (35)

Al hacer Binder una consideración más de cerca del problema nos encontramos que distingue dos aspectos como derecho interestatal fundamentándolo en la voluntad de una comunidad superior a los Estados, de la índole que sea, teniendo como misión formar una comunidad acogiendo dentro de un orden jurídico a los Estados singulares.

(32) TRUYOL. Ob. cit. p. 35

(33) SEPULVEDA. Ob. cit. p. 39

(34) TRUYOL. Ob. cit. p. 35

(35) WALZ. Ob. cit. p. 146

Por otra parte nos encontramos claramente que Binder nos niega la existencia del derecho Internacional. Sólo que este autor no se conforma con que los nuevos y los iusinternacionalistas crean en la existencia de tal derecho para poderlo considerar como derecho integrado por normas de carácter jurídico. Y esto porque el autor se encuentra con que ningún precepto de derecho Internacional se ha manifestado eficaz, sobre todo en momentos de crisis, de modo que tales normas han dejado de cumplir la función propia del derecho de reunir a los sujetos jurídicos en una comunidad. Y nos dice con más énfasis que: "La teoría de la cláusula "Rebus sic stantibus", que late tácitamente en todo tratado internacional, viene a demostrar una vez más que falta, precisamente, un vínculo jurídico propiamente dicho". (36)

Ante tales consideraciones, nos encontramos con que Binder anula toda iniciativa doctrinal que pretenda fundar el carácter jurídico del derecho Internacional en el principio de subordinación. Y esto porque encuentra la falta de una comunidad supra-estatal que debe existir como presupuesto del mencionado principio.

Sigue diciéndonos Binder que no se puede sostener la idea de la existencia de un derecho internacional, porque si tal fuera, necesitaríamos que existiera el Estado mundial que dispusiera de una organización administrativa, de un órgano jurisdiccional y de un procedimiento ejecutivo propio, fuera capaz de englobar a todos los Estados formando una comunidad jurídica Internacional.

Y bien, Binder no niega la existencia y aún más la necesidad de un derecho Internacional, lo que niega es el carácter jurídico de sus normas. Lo anterior lo entendemos así por las afirmaciones que en los siguientes términos nos expresa "El llamado derecho Internacional tiene valor en la práctica, es incluso en parte exigencia de la ley moral, pero no es derecho, porque carece de las notas determinantes de lo jurídico". (37)

Siguiendo el orden de ideas propuesto por los autores y en virtud de encontrarnos en el análisis de las doctrinas de los autores que sin negar la existencia del derecho Internacional, niegan el carácter jurídico del mismo, nos corresponde analizar el pensamiento de "Félix Somlo", quien afirma que las normas del derecho Internacional son equiparables a las normas de la cortesía. "Por lo escaso de las reglas, lo precario de su obligatoriedad y el grado insuficiente de obediencia que se les muestra no le permite al autor encontrar una característica precisa para tales normas, por lo que afirma que se trata de normas de carácter sui generis". (38)

(36) SEPULVEDA. Ob. cit. p. 39.

(37) WALZ. Ibidem. p. 154.

(38) SEPULVEDA. Ob. cit. p. 39.

Y como consecuencia nos señala también que sólo son derecho, no las normas Internacionales, sino "las normas que logra establecer un poder supremo, permanente y extenso, comúnmente obedecido" (39)

Nosotros entendemos que por el contrario de la definición que nos presenta este autor, las normas de derecho internacional son para él el resultado de un poder inestable que se ha constituido por la concurrencia voluntaria de las grandes potencias. De ahí que no sólo niegue el carácter jurídico de las normas mencionadas, sino aun más niega también el carácter moral de las mismas, ya que a su juicio moral es autónoma y absoluta, en tanto que las normas Internacionales son heterónomas interviniendo para su conformación una justicia relativa.

Por otra parte, nos encontramos que para Somlo, sólo se puede concebir al derecho Internacional, no como un orden de coordinación, sino como un orden de subordinación. Admite Somlo que las normas de derecho Internacional emanan de un poder superior a los Estados singulares. Dado que en virtud de un principio de unanimidad, los Estados se ven en la necesidad de contribuir al establecimiento de la norma manifestando su conformidad.

"Una vez establecida una norma un Estado sólo puede desistirse de ella de acuerdo con las demás potencias. Por consiguiente, los Estados singulares no constituyen sino partes de aquella comunidad que es sólo parte del derecho Internacional común. Esta comunidad está por encima de los Estados". (40) Luego el derecho Internacional es un orden de subordinación y con esto nos dice Somlo que el hecho de probar que las normas proceden de un poder superior a los destinatarios no prueba el carácter jurídico de las mismas.

En resumen Somlo expone algunos argumentos en los cuales basa o funda su criterio para negar el carácter jurídico de las normas de derecho Internacional, señalando las siguientes circunstancias.

En primer lugar la escasez de las llamadas normas jurídicas Internacionales; en segundo lugar la comunidad Internacional que está detrás del llamado derecho Internacional común, es un poder carente en democracia de permanencia para poder ser considerados como poder jurídico. Y señala aquí también que no sólo la existencia del poder de la comunidad internacional es pasajera, sino que también la vigencia de una serie de normas del derecho Internacional, y esto porque ambas se interrumpen durante la guerra; por otra parte también la observancia irregular y deficiente de estas normas internacionales, de por sí ya escasas, va en contra de su carácter jurídico. (41)

(39) TRUYOT. Ob. cit. p. 35

(40) WALZ. Ob. cit. p. 131

(41) WALZ. *Op. cit.* P.P. 132 y 133

Luego, vemos y como resultado del análisis del pensamiento de Spj lo, que lo más adecuado para él es considerar a tales normas atendiendo al poder de que emanan y a su carácter heterónomo como una clase especial y propone determinarla sin mayor preámbulo "normas internacionales o supra estatales".

Por su parte Burckhardt es más consecuente con las normas de derecho Internacional, consideración que señalamos, ya que éste autor llega a admitir el carácter jurídico de las normas, sin embargo a pesar de tal aceptación, señala que no son obligatorias. Y esto porque se trata de un derecho imperfecto, dado que nos encontramos en presencia de un derecho subjetivo y convencional y no ante un derecho objetivo y positivo. Este autor hace tales consideraciones porque distingue dentro del derecho Internacional dos problemas distintos uno del otro: "son dos cosas diversas el problema jurídico del derecho Internacional y el problema de su validez. En cuanto a la primera cuestión, dice, si existe el derecho Internacional; por lo que se refiere a la segunda, ese orden normativo no vale, porque no se apoya en una organización y no es por lo tanto positiva." (42)

Es decir que para Burckhardt el derecho Internacional está muy lejos de ser perfecto por carecer:

a) de positividad, ya que sólo es derecho positivo el que se establece materialmente por una autoridad competente, autoridad que falta en la esfera Internacional, (en ésta cabe únicamente un legislador delegado, producido por un negocio jurídico entre Estados);

b) de coactividad, puesto que también ésta presupone una autoridad competente;

c) de unidad sistemática en sus normas." (43)

Luego para éste autor, este derecho, no es algo dado sino algo propuesto, postulado por la razón.

En cuanto al problema de su validez formula una doble pregunta: "¿cuál es el concepto de validez, cómo reconocemos la validez del derecho? y ¿cuál es el fundamento de validez?". (44)

Afirma Burckhardt que para que un orden jurídico sea válido, requiere que las normas, tengan la capacidad de hacer efectivamente sus prestaciones, para que puedan ser acatados aún en contra de otras normas que se les opongan, fundándose tal validez en la existencia de un aparato coactivo organizador, es decir que el orden jurídico debe disponer de la organización correspondiente presuponiendo la validez jurídica en la existencia de tal organización.

(42) SEPULVEDA. Ob. cit. p. 40

(43) TRUYOL. Ob. cit. p. 37

(44) WALZ. Ob. cit. p. 176

Pero los Estados no reconocen organización alguna superior a ella, por ello señalamos dice Burckhardt que no puede ser un derecho positivo por la falta de la organización internacional. Luego encontramos que Burckhardt no se pronuncia en contra de la existencia del derecho Internacional, ni contra su carácter jurídico, sino contra su positividad, y en esto estriba su imperfección.

Consideraciones críticas en cuanto a los negadores del derecho Internacional, por cuanto vimos que este concepto es muy amplio y ambiguo, afirmación en la que se encuentra de acuerdo todos los autores, trataremos de hacer una crítica global a todas las consideraciones doctrinales, ya que creemos que sería poco afortunado tratar de hacer una crítica específica de cada uno de los autores.

En principio, ya vimos que existen autores que niegan la existencia del derecho Internacional, porque están convencidos de que las relaciones Internacionales se conducen sólo por la fuerza no por el derecho. Por otro lado los autores que sólo niegan el carácter jurídico del derecho Internacional, suelen fundamentar su tesis alegando que tal derecho, carece de legislador permanente de un tribunal propiamente dicho y de un poder coercitivo central.

Es común a todos los negadores del derecho Internacional el excluirlo del campo de los valores jurídicos propiamente dichos.

Los autores radicales nos dicen que al prevalecer la fuerza en las relaciones internacionales, no pueden existir normas de conducta obligatoria de cualquier naturaleza que sean.

Y así tenemos con Hobbes que define el derecho de gentes como el conjunto de leyes que tienen por objeto de regular las relaciones mutuas de fuerza física entre los Estados, luego niega la existencia del derecho basándose en la carencia de una civitas máxima superior que someta a los Estados prescindiendo de su voluntad (poder coercitivo).

En cuanto a Warush de Espinosa es el más cercano seguidor de Hobbes, quien como ya vimos, con lo que consideramos su frase favorita, resume su pensamiento, permitiéndonos entender, que si un Estado hubiera que no tuviera poder, no tendría derecho ya que se trata que cada Estado tiene tanto derecho como tiene poder, el derecho sólo es un reflejo de la fuerza del poder de cada Estado.

Hegel sin ser negador del derecho Internacional, entendemos que nos habla del derecho concibiéndolo no como un auténtico derecho Internacional, sino como un derecho Estatal externo, ya que no encuentra que exista un poder supra estatal que lo establezca, nos hace la siguiente afirmación: "un auténtico derecho sólo sería posible sobre la base de un poder supra estatal, (poder coercitivo). Creemos que coincide con Hobbes por cuanto éste nos habla de la falta de una civitas máxima, luego el fundamento que el derecho Internacional nos presenta no es una voluntad supraestatal, sino un conjunto de voluntades soberanas diversificadas. Para nosotros es posible uno de los más valiosos fun

damentos que del derecho Internacional, se haya dado hasta aquí, encontramos gran verdad, por cuanto creemos también que una comunidad no sólo puede crearse por una autoridad central, sino también por la cooperación de los sujetos jurídicos, convencidos de un posible equilibrio de sus fuerzas. Encontrándonos con esto - frente al denominado derecho de coordinación o derecho corporativo, el cual exige en su proceso creativo, una cooperación de todos los sujetos jurídicos. Y por otra parte para su cumplimiento requiere de la buena voluntad de los sujetos.

Lasson señala que el Estado es el poder absoluto sobre la tierra (poder coercitivo). De ahí que no pueda estar sometido a un orden normativo superior a él mismo. Luego para él el derecho Internacional no es un verdadero derecho porque no es capaz de imponer limitaciones a las soberanías de los Estados, dependiendo el contenido de sus normas del arbitrio de los Estados, haciendo uso, de sus soberanías.

Gumplowicz define el derecho como un conjunto de disposiciones promulgadas y señaladas por el poder estatal para la ordenación de la vida del pueblo. Es decir que para este autor el derecho Internacional no es posible en donde exista un órgano coercitivo capaz de crear un ámbito de vigencia, (poder coercitivo). Esto es que entendemos que para este autor se requiere de una voluntad unitaria de poder, necesarísima para poder regular las relaciones interestatales, cosa que no existe, esta voluntad unitaria debiera entregarse por encima de los Estados y es de la que debiera nacer todo el derecho.

Lundstedt niega la existencia del derecho Internacional basándose en la ausencia de un aparato penal que aplique por la fuerza las normas de tal derecho, (poder coercitivo) para evitar que dominen los intereses particulares de cada Estado y suceda lo contrario, es decir que se impongan los intereses generales de la comunidad jurídica Internacional, siendo lo que determinaría el carácter jurídico del orden Internacional.

El autor señala que el derecho estatal funciona gracias a la existencia de una organización es decir: la existencia de un legislador; de un órgano jurisdiccional y de un poder ejecutivo y tal equivale a negar la coercitividad del derecho Internacional.

Olivetrona, para este autor lo que caracteriza a todo orden jurídico es la reglamentación y monopolio del empleo de la fuerza, de ahí que no pueda hablar de un Estado de derecho en el ámbito Internacional ya que en éste no existe fuerza y por ende no existe el monopolio en el empleo de la misma.

Pufendorf se pronuncia sin mayores especulaciones contra la existencia del derecho Internacional, porque se encuentra con la falta de un poder coercitivo que establezca las normas del Derecho Internacional por la fuerza, que es lo que le conferiría el carácter jurídico positivo a tales normas. Entre otras cosas también señala la ausencia de un legislador.

Austin afirma por su parte que el derecho Internacional es sólo un conjunto de normas morales positivas que son impropiamente llamadas leyes. También aduciendo que el verdadero derecho es susceptible de ser aplicado coactivamente y que además éste emana del legislador. Preparándose así para negar el carácter jurídico del derecho Internacional, al señalar que la norma moral aunque de hecho se aplique carece de carácter jurídico, por no ser susceptible de aplicación coactiva, y no emanar de un legislador, sino de la opinión pública. La norma jurídica debe ser un mandato imperativo emitido por un poder supremo (el Estado, poder coactivo) y por ello podría ser ejecutado de manera coactiva en caso de incumplimiento.

Binder nos dice que el derecho Internacional son reglas éticas, luego el derecho es la ordenación ética de la comunidad Internacional, luego vemos que no habla de ordenación jurídica, por negarle tal carácter al derecho Internacional. Nos dice que el derecho va siempre vinculado a una comunidad. Y el derecho Internacional, no se encuentra vinculado a una comunidad real superior a todos los Estados de ahí que afirma que el derecho Internacional sólo es moral Internacional o costumbre internacional. Luego al hablar de comunidad supra-estatal, tácitamente está aduciendo el argumento de la falta de poder coercitivo, para negar el carácter jurídico del derecho Internacional.

Félix Somlo, también señala que las normas de derecho Internacional, son equiparables a las normas de la cortesía y nos habla de un grado insuficiente de obediencia, luego aquí también vemos el argumento de la ausencia del poder coercitivo, necesario para el cumplimiento de las normas, declarando que se trata de normas sui generis aduce que sólo es derecho la norma que logra establecer un poder supremo permanente y extenso, comúnmente obedido.

Difiere con respecto a otros negadores del derecho Internacional, en cuanto que también niega el carácter moral de la norma, aduciendo con cierto tino que la norma de derecho Internacional es heterónoma en tanto que la norma es autónoma y absoluta.

Burckhardt, señala que el derecho Internacional es un derecho imperfecto, aún cuando sea jurídico. Es imperfecto por no ser obligatorio, dado que carece para este autor de coactividad, de una autoridad competente y por ello no es válido, por no existir el aparato coactivo para darle tal validez. Luego Burckhardt no niega la existencia del derecho Internacional, no niega su carácter jurídico sino lo que niega es la positividad del derecho, pero a nuestro modo de ver tal negación la hace basándose en los mismos argumentos que los demás autores.

De manera general, los autores señalan que el derecho Internacional carece de las notas esenciales del derecho, señalando como notas esenciales, la fuerza el poder coactivo, luego la ausencia de dichos elementos dentro de la norma de derecho Internacional, constituye la base o fundamento de su negación. Fundamento que para nuestro criterio está erróneamente utilizado, ya

que consideramos que tales elementos ni aún en la norma del derecho que denominan verdadero existen, ya que nosotros hemos aprendido que el poder coactivo o coercitividad, es "la fuerza que el Estado tiene para hacer cumplir al infractor de una norma aún en contra de su voluntad", luego la norma en sí no es coactiva, sería acaso un elemento extrínseco de ella. Los que le niegan carácter jurídico, o positividad se basan también en los mismos argumentos. Se ve que todos los autores tratan de equiparar el derecho a la fuerza arbitraria del más fuerte llegando inclusive hasta la estatolatría en algunos casos, o a un extremo nacionalismo en otros casos.

Se olvidan de que en todo momento es factible la cooperación entre las naciones, basándose en el convencimiento singular de cada Estado con respecto a principios jurídicos, comunes, sin la necesidad de recurrir a una civitas máxima, como nos lo señala Verdros al hablar de un derecho corporativo, sin aparo de coacción y sin la necesidad de identificar al derecho Internacional, con el derecho Estatal, y aducir la fuerza compulsiva para la aplicación de las normas.

II.- DOCTRINAS QUE SOSTIENEN EL CARACTER RUDIMENTARIO Y DE TRANSICIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL.

A los autores de estas doctrinas, por significar un equilibrio entre los negadores y entre los que fundamentan la existencia del derecho Internacional, los podemos considerar como intermedios. Estos autores señalan que el derecho Internacional es un derecho sin fuerza, cosa que lo hace deficiente. Sin embargo, al hablar de deficiencia, no están negando rotundamente su eficacia, ya que éstos reconocen que el orden jurídico Internacional es un sistema imperfecto pero que tal imperfección no es estática, sino que tiende a mejorarse constantemente. "Es decir que se trata de un derecho transicional, que tendrá que desembocar por fuerza en un sistema acabado, en un derecho federal de las naciones." (45)

Nos encontramos al analizar a Oppenheim, que es la falta de un poder supremo que señale el derecho, la principal preocupación de él.

En principio lo que hace Oppenheim es tratar de fundamentar el carácter jurídico del derecho Internacional, sin antes hacer una serie de deducciones, y para ello presenta algunas definiciones:

"Concepto de derecho Internacional. Derecho Internacional es el nombre dado al conjunto de reglas consuetudinarias o convenidas en tratados consideradas con fuerza jurídica obligatoria por todos Estados en sus relaciones mutuas". (46)

(45) SEPULVEDA. Ob. cit. p. 41

(46) OPPENHEIM. T. de Der. I. p. 4

En cuanto a la segunda parte de ésta definición, Oppenheim al estudiar el problema del derecho Internacional, se encuentra que desde los inicios de ésta ciencia, ha sido una cuestión muy discutida, la de la fuerza jurídica obligatoria de sus reglas, ya que autores como Hobbes, Pufendorf, Austin entre otros, definen al derecho como "un conjunto de normas destinadas a regular la conducta humana, establecidas e impuestas por una autoridad política soberana" (47). Oppenheim comenta ésta definición, diciéndonos que tal definición si fuera exacta no cabría considerar como derecho al derecho Internacional, ya que éste es un conjunto de normas que regulan las mutuas relaciones entre Estados soberanos. Y que no existe una autoridad política superior que pueda obligar a los Estados a cumplir dichas normas.

Sin embargo, nos señala Oppenheim que tal definición no es exacta y él considera que se refiere únicamente al derecho formal de un Estado.

Y sigue tratando de fundamentar el carácter jurídico del derecho Internacional y consecuentemente su existencia, de ahí que nos señale: "para la existencia del derecho no son esenciales ni la autoridad legislativa ni los tribunales de justicia. Dado que cuando en una sociedad primitiva surge una cuestión de derecho es la sociedad misma la que decide y no un tribunal. Sólo que cuando una sociedad progresa hasta convertirse en Estado, las necesidades y circunstancias diferentes, hacen necesarias la existencia de un legislador y tribunales de justicia pero antes de tal evolución ya existe el Derecho. Luego debemos entender que Oppenheim equipara tal evolución o progreso del derecho interno con el derecho Internacional, que para él también tiende a mejorar, aunque en la actualidad, la carencia de un legislador en el ámbito Internacional a otros autores los hace suponer la no existencia o el carácter moral o de otra índole menos jurídico del derecho Internacional, Oppenheim afirma: "que las relaciones entre Estados sólo pueden explicarse teniendo en cuenta que dichas relaciones son las de una sociedad primitiva". (48)

(47) OPPENHEIM. Ob. cit. p. 7

(48) OPPENHEIM. Ibidem. p. 9

Sin embargo, en las siguientes líneas señalamos el argumento que en opinión nuestra creemos que es el más valioso para Oppenheim, para fundamentar el carácter jurídico del derecho Internacional es el consenso (entre otros) de los miembros de la comunidad Internacional. Deducción que hacemos en base a la definición que el derecho Internacional nos presenta: "Es el conjunto de reglas para la conducta humana en el seno de una sociedad, las cuales se hacen cumplir por un poder externo, en virtud del común consenso de dicha sociedad". (49)

Oppenheim nos señala tres condiciones esenciales para la existencia del Derecho:

- 1.- La existencia de una sociedad.
- 2.- Un cuerpo de reglas para la conducta humana en dicha sociedad.
- 3.- El consenso general de la sociedad para que un poder externo haga observar dichas reglas.

Dichas condiciones las esboza primeramente en su definición y parece señalarnos que si tales condiciones se dan en el derecho Internacional, entonces no podemos negar su existencia. (50)

Nos encontramos con las condiciones que el propio Oppenheim hace para demostrar que tales condiciones si se dan en el derecho Internacional.

"Al decir de Oppenheim una sociedad puede definirse como un conjunto de individuos más o menos ligados entre sí por intereses comunes nacidos de una relación constante y múltiple entre los individuos mismos". (51). Luego es perceptible sin lugar a dudas que existe un conjunto de Estados ligados entre sí por intereses múltiples, ya comerciales, culturales, radiotelefónicos, etc., que unifican a los Estados entre sí, creando la comunidad. Por otro lado tocante a la segunda condición, no podemos negar la existencia de reglas relativas a la conducta de los Estados en sus relaciones mutuas. Y por último nos encontramos con que podemos afirmar la existencia del consenso de la comunidad de Estados, para que las reglas relativas a la conducta Internacional se hagan cumplir por un poder externo.

Ese poder externo Oppenheim lo traduce por no existir un poder central en la fuerza de la propia acción del Estado lesionado y la intervención de los Estados que simpatizan con él son los medios por los cuales se puede dar y se da actualmente efectividad al derecho Internacional. Es la guerra el último recurso para defender los derechos violados, vitales para la existencia de los Estados. Además tanto el pacto de la sociedad de las naciones como la Carta de las Naciones Unidas al establecer un sistema represivo para castigar la violación de su obligación primordial, han elevado el cumplimiento de la ley a la categoría de un principio reconocido de derecho convencional. (52)

(49) OPPENHEIM. Ibidem. p. 10

(50) OPPENHEIM. Ibidem. p. 10

(51) OPPENHEIM. Ibidem. p. 11

(52) OPPENHEIM. Ibidem. ppp. 13 y 14.

Por otro lado siguiendo el orden de ideas de los autores que considerando el derecho Internacional un tanto imperfecto por tratarse de un derecho rudimentario y de transición, toca su turno al tratadista Lambert a quien encuadramos dentro de esta corriente, como según lo deducimos de sus afirmaciones: "Es una observación muchas veces repetida por sociólogos e historiadores, la de que el derecho Internacional presenta rasgos que se asemejan notablemente a algunos que ofreció el derecho interno de ciertos países en etapas hace siglos pasados. Con referencias sobre todo, al derecho de los pueblos germanos en el momento en que se pusieron en relación con Roma, el paralelismo es sorprendente en algunas Instituciones, como en la autotutela de los propios derechos o facultad de tomarse los titulares de éstos, la justicia por su mano, la responsabilidad colectiva, etc." (53)

Por otro lado autores hay que como Kunz nos señalan, las notas que derivan del carácter primitivo del derecho Internacional, entre tales notas Kunz nos dice que "la descentralización orgánica es precisamente una nota derivada de su carácter primitivo, en el aspecto estático por la escasez de sus normas generales." Y, en el aspecto dinámico, porque éstas normas por regla general sólo obligan a los individuos, de una manera inmediata, siendo necesaria la interposición entre aquéllas y éstos de un Estado. (54)

Por lo que toca a Miaja de la Muela, nos señala que no están de acuerdo los autores en cuanto al señalamiento de las notas que caracterizan para ellos al derecho Internacional como derecho imperfecto, lo único que es común a todos aquellos, es que nos presentan la ausencia de notas que sólo encuentran en el derecho interno de los Estados.

Sin embargo Miaja, califica a éstos autores como los más moderados, dado que, no niegan ni la existencia ni el carácter jurídico del derecho Internacional, sólo señala que se trata de un derecho imperfecto, imperfección que acepta, pero no en base a que el derecho internacional tenga o deje de tener las notas esenciales del derecho interno. Ya que nos señala que al establecer comparaciones entre ambos derechos, resulta más propio referirnos a dos especies diferentes, ya que perteneciendo al mismo género ambos tienen sus notas distintivas.

Y he aquí de acuerdo con Miaja, nos encontramos con el carácter imperfecto o rudimentario del derecho Internacional, pero no sin señalar la tendencia evolutiva del mismo, aunque notamos cierto pesimismo en sus afirmaciones, ya que al hablar del uso de la fuerza para hacer se justicia por su mano, nos dice: "puede desaparecer o atenuarse con el desarrollo de las organizaciones internacionales basadas en las prohibiciones del empleo de la fuerza en las relaciones entre sus miembros, siempre estará una característica clara de primitivismo en el orden Internacional. Y esto se....."

(53) LAMBERT. : LA VENGEANCE PRIVEE ET LE FONDEMENTE DU DROIT INTERNATIONAL. París, 1931

(54) KUNZ. TEORIA GENERAL DEL DERECHO. Academia Interamericana de derecho comparado y Derecho Internacional. Vol. II. La Habana. - 1954. p.p. 367 y 368.

gún nos señala por la falta de una adecuada división del trabajo, es decir de órganos especiales para el cumplimiento de las funciones legislativa y ejecutiva, y, respecto a la judicial no añadir a la función esencial de juzgar de los órganos que la cumplen, la facultad de que ejecute lo juzgado". (55)

Y es que al decir de Mijaja, la evolución del derecho Internacional es por demás muy lenta aun cuando señala que la mencionada lentitud sólo es referible al derecho Internacional general, no así al derecho convencional.

Nos señala el autor ya tantas veces citado que a esta lentitud se refería Ortega y Gasset en una impugnación que realizó de la existencia del derecho Internacional glosando el libro de Max Sheler "Der Genius des Krieges und deutsche Krieg". Quien señala para su criterio: "el derecho Internacional no existe ni existía, y lo más a lo que puede aspirar el actual derecho Internacional - poniéndonos a soñar - es que evite aquellas guerras injustas y diera aquellos conflictos que no son específicamente conflictos entre pueblos. El problema es evitar las guerras justas teniendo todavía como institución paralela del derecho Internacional la guerra. Y como hasta ahora no ha sido posible señala el autor - que el derecho Internacional no ha evolucionado, ya que no han sido superadas las venganzas familiares de los pueblos primitivos. (56)

También para Savigni el derecho Internacional es un derecho imperfecto, para este autor cualquier tipo de derecho es producto de una conciencia jurídica comunitaria. De modo es que debemos deducir de tal consideración que Savigni está conforme en que -- existe una comunidad Internacional. Pero sólo que como al igual que los antes analizados autores nos habla de la tendencia evolutiva, pero no del derecho sino de una comunidad en lenta gestación, comunidad que paulatinamente va adquiriendo una conciencia jurídica, y mientras esa conciencia jurídica no sea completamente adquirida, será patente la imperfección e inseguridad de las normas de derecho Internacional. (57)

En cuanto al maestro Truyol y Serra, nos encontramos que al hacerles la crítica a los autores que ya hemos analizado, nos dice que estos autores olvidan que el derecho del Estado como se concibe en la actualidad, sólo es un modo de las tantas formas de manifestación del derecho. Es decir, nosotros entendemos que el autor también distingue un paralelismo evolutivo del derecho Internacional señalando tácitamente el carácter primitivo de éste, con cierta tendencia a mejorar.

(55) MIAJA DE LA MUELA, Adolfo: INTRODUCCION AL DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO. 3a. Ed. Ediciones Atlas. Madrid. 1960. p. 50

(56) MIAJA. Ob. cit. p. 96

(57) TRUYOL Y SERRA, Antonio: FUNDAMENTOS DE DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO. 2a. Ed. Editorial. F. Seix. Editor. Barcelona 1955. p. 36

Nos dice Trujol que comparando la coacción estatal, con la del derecho Internacional, ésta tiene dos grandes defectos a saber: "por una parte, hay frecuente desproporción entre el derecho tutelado y la fuerza que ha de desplegarse para su tutela; y por otra parte, el éxito depende en definitiva de la distribución de fuerzas entre los respectivos, Estados, y otros sujetos internacionales, por lo que de hecho la coacción será difícilmente operante contra las grandes potencias, lo cual implica ante todo un retraso evolutivo del derecho Internacional con respecto al derecho estatal". - (58)

En resumen Trujol no acepta los argumentos de los autores que niegan la existencia del derecho Internacional, ni los de los autores que sólo le niegan su carácter jurídico. Y nos dice que: "lo más que de hecho la coacción será difícilmente operante contra la estructura distinta del derecho interno, verdad que nadie niega". - (59)

De ahí que nosotros distingamos que tanto Oppenheim como Trujol se encuentran de acuerdo en sus consideraciones al respecto, y no sólo por lo que toca a la concepción de dos diferentes derechos, sino aún más, en cuanto a que se trata de un derecho imperfecto.

III.- FUNDAMENTACION DEL DERECHO INTERNACIONAL POR LA ESCUELA POSITIVISTA MODERNA.

El positivismo comprendiendo, que el hecho de que el derecho Internacional obliga al Estado, aun cuando éste no haya intervenido en la creación de sus normas no puede negarse, ha intentado fundamentar el por qué de la obligatoriedad de tal derecho. Y a tal efecto se encamina una copiosa cantidad de teorías.

En principio nos encontramos con que algunos autores han tratado de fundamentar al derecho basándose en el supuesto del consentimiento común de los Estados. Al respecto analizando a Kelsen en su libro "Principios de Derecho Internacional Público", nos encontramos con afirmaciones que consideramos por demás importantes. - las cuales enunciamos. "los hombres no son por su naturaleza, ni libres ni iguales y aunque fuesen libres e iguales por su naturaleza, están obligados sin su consentimiento, por el derecho, a comportarse de una manera determinada. La teoría del consentimiento común de los Estados que ingresan voluntariamente a la comunidad Internacional, como fundamento de esta comunidad o del derecho Internacional que la constituye, se apoya sobre la misma ficción". - (60). Es decir que los Estados no son por su naturaleza ni libres ni iguales; y una vez habiendo ingresado a la comunidad internacional, están obligados sin su consentimiento por el derecho, a comportarse de una manera determinada. De modo es que tratando de dilucidar aún más esta postura, analizamos un ejemplo en cuanto a que

(58) TRUJOL. Ob. cit. pp. 39 y 40

(59) TRUJOL. Obid. p. 40

(60) KELSEN. Hans: PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Trad. Hugo Caninos y Ernesto C. Hornida. Editorial El Ateneo, Argentina. 1965. p. 132

si un Estado comienza su existencia, tendrá todos los derechos y las obligaciones establecidas por el derecho Internacional general, sin que sea necesario que este nuevo Estado haga reconocimiento del derecho Internacional. Antes bien el nuevo Estado requiere que se le reconozca como tal por los demás Estados, para el efecto de que le sea aplicable el Derecho Internacional. Luego el nuevo Estado debe llenar ciertos requisitos para que en el sentido del derecho Internacional sea un Estado, luego aquí vemos que el nuevo Estado no se somete al derecho Internacional voluntariamente, sin embargo tal derecho lo obliga o reconozca o no. De ahí que los Estados que forman parte de la comunidad Internacional, no puedan libremente retirarse de la misma, porque implicaría retirarse del derecho Internacional, cosa que no puede ser porque tal Estado aún sin su voluntad sigue siendo sujeto del derecho.

Los autores al designar el hecho sobre el que se basa el derecho Internacional general, nos dicen, que es derecho consuetudinario. Sostienen que el derecho Internacional consuetudinario es creado por el consentimiento común de los Estados; "y desde que no hay una manifestación expresa de este consentimiento, da lugar a un consentimiento tácito". (61)

Y bien, en el orden internacional el problema de la fundamentación del derecho Internacional, ha dado lugar al nacimiento de dos doctrinas que son el voluntarismo y el objetivismo, que también han sido denominadas, "teorías de la autolimitación y de la coordinación".

El fundamento de que parten los voluntaristas en general, para la elaboración de sus teorías, es que consideran a las normas jurídicas como producto de la voluntad humana, por tanto el derecho interno reposa en el asentimiento de los ciudadanos, y el derecho Internacional en el reconocimiento de los Estados, esto es que el derecho de gentes se funda en el consentimiento de sus sujetos, manifestado expresa o tácitamente en los tratados o por la costumbre.

Tesis objetivistas: estas sitúan el origen del orden jurídico no en el campo de la voluntad humana, sino que la validez de una regla de derecho depende de otra de la que procede, y así sucesivamente hasta llegar a la norma fundamental de la que derivan todas las normas jurídicas, de este modo fundamenta al derecho Internacional la escuela de Viena al frente de la cual se encuentra Kelsen.

Doctrina de la Autolimitación.

Jorge Jellinek y sus seguidores, tratan con esta teoría de dar una base más firme sin abandonar el principio de la soberanía absoluta, a la obligatoriedad del derecho. Y sostienen que en virtud de la soberanía del Estado este no puede quedar sometido a ninguna otra voluntad, pero sí puede limitar la suya propia, en relación con los Estados con quienes establece relaciones. "El estado que vive en la comunidad jurídica Internacional no se reconoce tan sólo vinculado hacia adentro, se reconoce a sí mismo vincu-

(61) Kelsen. Ob. cit. p. 266

lado hacia afuera por el Derecho Internacional, sin someterse por ello a una autoridad externa. También en lo que atañe al derecho Internacional, el Estado sólo queda sometido jurídicamente a su propia voluntad". (62)

Jellinek es uno de los iniciadores de la idea del "Estado de Derecho" y nos dice que "un Estado se obliga por sus propias normas jurídicas, las cuales no puede legítimamente desairar". -- (63). Es decir que el Estado mismo se impone la prohibición de dejar de respetar un orden jurídico, que por otro lado él ha establecido.

Y sigue Jellinek tratando de fundamentar al derecho Internacional y llega a sostener que él no encuentra diferencias entre el derecho Internacional y el derecho interno. Sin embargo al tratar de explicarnos esta afirmación nosotros creamos que él mismo nos señala una diferencia entre ambos derechos y nos dice que lo que ocurre es que en el derecho interno existe una relación de subordinación de los miembros de la comunidad estatal al derecho. En tanto que el internacional es un orden jurídico de entidades coordinadas jurídicamente iguales. Nos señala también Jellinek que la obligación internacional es de naturaleza precaria, sin embargo esta circunstancia no le priva de su carácter legal, porque en adición al aspecto normativo, hay un fundamento psicológico -- que surge de hecho, que se le reconoce obligatoriedad por los miembros de la sociedad. (64)

No obstante todo lo anteriormente expuesto por Jellinek nos encontramos con que sus consideraciones no son firmes ni para él mismo, ya que más tarde llega a afirmar que el estado está legalmente autorizado para incumplir, en el momento que sea, con una obligación que resulte incompatible con sus intereses, ya que derivando la obligación Internacional de la voluntad del propio Estado, y si esa voluntad es el fundamento de la norma que impone la tal obligación, dicha norma puede llegar a ser derogada por la misma voluntad que la fundamenta.

Teoría de la voluntad colectiva o *Vereinbarung*. Teoría de la Coordinación.

Teoría expuesta por Triepel principalmente, estima que el derecho Internacional nace de la función de una pluralidad de voluntades estatales en una voluntad común, como un acuerdo derivado de intereses iguales de comunidad de propósitos, el *Vereinbarung*, es un acuerdo colectivo del que surge una voluntad superior a las voluntades parciales, en este caso las de los Estados que para aquellas cooperaron; de esa voluntad común que resulta, se produce el ordenamiento jurídico internacional.

(62) TRUYOL Y SERRA, Antonio: Ob. cit. p. 50

(63) SEPULVEDA, César: CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO 2a. Ed. Editorial Porrúa, S.A. México. 1964. p. 43

(64) SEPULVEDA. Ob. cit. p. 44

A la objeción planteada a Tripel, en el sentido de que por que las voluntades particulares que hicieron surgir la voluntad común no pueden desligarse de ésta, cuando lo consideren conveniente o lo que es igual, en que se funda la fuerza obligatoria de dicha voluntad el autor responde: que la fuerza radica en que se sienta vinculado a ella.

Y bien ya vimos cómo Tripel trata de fundamentar al derecho internacional en la voluntad colectiva de los Estados, lo hace - partiendo de una distinción en cuanto al acuerdo de voluntades, - diciéndonos que existe el *vertrag* o sea el contrato común, y la *vereinbarung*, o lo que es lo mismo un número de voluntades encaminadas hacia un mismo fin. La tal diferencia, la señala en los siguientes términos: "En el contrato, el contenido de las obligaciones está opuesto directamente, hay un acuerdo entre dos partes y los intereses son correlativos, aunque diferentes. En cambio en la *vereinbarung* encontramos un poder creado por sí mismo. La *vereinbarung* viene a ser una función, un crisol de las voluntades particulares que puede producir reglas obligatorias a todas las partes". (65)

Todos los esfuerzos de Tripel están encaminados a fundamentar la obligatoriedad del derecho, pero en todo momento niega la existencia de una *civitas máxima*, y tal obligatoriedad se basa en el derecho de coordinación, y por tal derecho niega que exista la mencionada *civitas máxima*. Pero se le ha criticado al respecto - en el sentido de que si una vez creada la voluntad colectiva los Estados no están capacitados para incumplir con ella, luego la tal voluntad colectiva es superior y por ello funge como *civitas máxima*.

Por su parte Hatschek al iniciar la exposición de sus consideraciones señala que el derecho Internacional y el Interno son de naturaleza diferente. Su diferencia entre ambos la encuentra en la existencia de una voluntad superior en el derecho interno, la cual coloca a los individuos en una relación de subordinación, en tanto que en el derecho Internacional no existe una voluntad superior, sino que los Estados actúan colaborando unos con otros, colocándose en una relación de coordinación con lo cual se crea la norma de derecho Internacional.

Las normas de derecho Internacional según Hatschek se crean o nacen de la actuación paralela, en cuanto a su legislación entre varios o todos los Estados, o bien pueden nacer por reglas internas consuetudinarias que después se vuelven reglas internacionales. (66). De lo anterior deducimos que estamos en presencia de un expositor de la teoría de la coordinación. Sin embargo al hablarnos de la obligatoriedad de las ya mencionada normas, creemos que le niega el carácter jurídico a las mismas, ya que nos dice que las normas de derecho Internacional son obligatorias para el Estado no como preceptos de derecho, sino como reglas sociales

(65) SEPULVEDA. Ob. cit. p. 43

(66) SEPULVEDA. Ob. cit. p. 46

o convencionales, cuya sanción consiste en mera compulsión social. Y crean por el efecto inescapable de la reciprocidad, una obligación legal. (67)

Otro brillante expositor de la teoría de la Coordinación es Kaufmann, quien principio nos dice que el derecho de subordinación sólo es posible dentro del Estado, porque la subordinación sólo es posible por la fuerza. En tanto que entre los Estados, existiendo solamente relaciones de fuerza, se está en presencia de entidades independientes que hacen promesas, quedando por encima de las mismas.

Para Kaufmann el principio básico en el derecho de coordinación, pueden encontrarse en la máxima "el que puede quiere".

En esta doctrina se aduce que los intereses subjetivos de los miembros individuales coordinados constituyen a su vez reciprocidad relativas de derecho. En el sistema de Kaufmann la voluntad de los Estados es necesaria no sólo para crear la norma de derecho, sino para la obligatoriedad de la misma, sea continua, es decir que desde nuestro punto de vista nos parece encontrar una postura similar a la de Jellinek en la teoría de la autolimitación, ya que la fuerza obligatoria de la norma también depende de la voluntad del Estado ya que si el Estado no quiere que tal obligatoriedad no sea continua, no lo será.

La teoría de la norma *pacta sunt servanda*.

Ya vimos que las teorías voluntaristas presentan defectos al tratar de fundamentar el derecho Internacional por medio de las teorías de la autolimitación y de la coordinación, dado que los intereses de los Estados son cambiantes, la voluntad de los mismos también lo es. Así tenemos que se avocan los autores de la escuela positivista moderna a buscar un fundamento más aceptable sobre el cual descansar el sistema jurídico Internacional y su obligatoriedad, y ese fundamento lo pretenden encontrar en una norma primaria designada de todo voluntarismo, la cual sería la norma *pacta sunt servanda*.

Con Cavagliotti nos encontramos la presentación de llegar a una norma objetiva de validez universal, partiendo de una base con tractualista. Al igual que las teorías voluntaristas afirman que el derecho Internacional no es un poder superior que subordina a los sujetos de derecho, que lo que en realidad es que se trata de un sistema de promesas entre entidades coordinadas y jurídicamente iguales y para darle fortaleza a tal sistema señala que el fundamento del mismo se encuentra en la norma *Pacta Sunt Servanda*. Sólo que para Cavagliotti al contrario de Anzilotti y la Escuela de Viena, la norma *pacta sunt servanda*, es un axioma a posteriori.

(67) SEPULVEDA. *Ibidem*. p. 43

(68) SEPULVEDA. *Ibidem*. p. 45

Esto se puede considerar como un principio objetivo general: - apartado del voluntarismo? creemos que no, ya que se trata de la práctica de los Estados, lo que significa un retroceso al voluntarismo del que pretende desligar su teoría.

Dionisio Anzilotti por su parte nos presenta una posición diferente a la de Cavagliari, ya que la norma *pacta sunt servanda* para él no es un principio posteriori sino un principio *a priori* de valor absoluto universal y abstracto. Así dice: "La fuerza obligatoria de esas normas deriva del principio de que los Estados deben respetar los acuerdos concluidos entre ellos (*pacta sunt servanda*). Y como tal principio constituye la base de las normas de derecho internacional, es decir no existiendo otro principio o norma superior que lo fundamente, impide una demostración ulterior desde el punto de vista de la norma misma.

Luego este principio habremos de admitirlo como un valor objetivo absoluto, dicho en otras palabras como la hipótesis primera e indemostrable en que descansa la norma de derecho Internacional. (69)

Señala Anzilotti "lo que distingue al orden jurídico Internacional, es que en él, el principio *pacta sunt servanda* no descansa como en el derecho interno, sobre una norma superior el principio mismo constituye la norma suprema". (70)

Anzilotti también pretende fundar el derecho sobre un principio desligado de la voluntad de los Estados, es decir sobre un principio objetivo. Sin embargo, señala también que el *pacta sunt servanda* no es aplicable al derecho Internacional general, sino que sólo se podría aplicar al derecho internacional convencional, pero tal consideración no es definitiva, ya que con ello se estaría apartando del positivismo jurídico, para caer en el jusnaturalismo, y por ello reconsidera para volver a su concepción positivista.

La posición Kelseniana y de la Escuela de Viena.- Tratando de fundamentar también al derecho Internacional, de un modo diferente al de Anzilotti sostiene la teoría de la norma *pacta sunt servanda*. Partiendo desde un punto de vista puramente científico de ahí que a su doctrina se le llame por el propio Kelsen, Teoría Pura del Derecho.

La posición Kelseniana ha sido objeto al igual que toda su teoría del derecho en general, de las más enconadas críticas. Al fundamentar el carácter jurídico del derecho Internacional, tratando de encontrar la norma fundamental del mismo, parte de la concepción unitaria del sistema normativo, por lo que su teoría como todas aquellas que le confieren unicidad al derecho, cae dentro de las construcciones monistas. Las tesis monistas consideran que al lado del derecho positivo en general, no puede existir otro sistema de normas válidas en contra posición con la tesis dualista que consideran al derecho interno y al derecho Internacional como dos sistemas de normas dife-

(70) ANZILOTTI. Ob. cit. p. 42

(69) ANZILOTTI. C. de Derecho I. P. p. 7 41

rentes, independientes y separados, que nunca se confunden porque el valor propio del primero es independiente de su conformidad con el derecho Internacional.

Kelsen, funda la validez del orden jurídico en un sistema de normas a manera de pirámide escalonada, en la que cada norma recibe su validez de la norma superior; en el vértice de dicha pirámide se sitúa "la norma fundamental" que condiciona la unidad del sistema y confiere carácter jurídico a los preceptos particulares.

La norma fundamental es una hipótesis destinada a garantizar la unidad del sistema jurídico, no sólo interno sino total; dicha norma es el postulado político de la doctrina Kelseniana, que la considera como un medio indispensable, auxiliar del pensamiento del jurista, de ella se procede lógicamente, derivando y aplicando a la jurisprudencia, las necesarias consecuencias.

La misma cosa ocurre con respecto a las normas Internacionales, que son derecho en tanto integran la unidad del sistema jurídico, junto con las demás dotadas de validez.

La norma hipotética fundamental se coloca en la cúspide del sistema del derecho Internacional. Y señala Kelsen que se ha de elegir como "norma fundamental" aquella a la que corresponda un cierto grado de eficacia, pues en derecho Internacional, esa eficacia es contenido de una norma jurídica" (71). Luego la cúspide de la pirámide de normas Internacionales, será el principio "pacta sunt servanda". Este axioma fundamenta el derecho Internacional convencional, el cual a su vez como en general todo derecho común, se funda en la costumbre.

Por otro lado nos señala Kelsen que la norma fundamental "no forma parte del sistema de derecho positivo, y esto porque le sirve de primer fundamento. No está promulgada, pero ella es la que condiciona la unidad del sistema" (72). Y si no sólo condiciona sino que dentro de un orden jurídico, la validez de tal orden jurídico depende de la norma fundamental única, ésta podrá garantizar la unidad del orden jurídico.

Ya vimos que la tal hipótesis fundamental en el ideario Kelseniano es la norma pacta sunt servanda, la cual presupone el derecho consuetudinario, por lo que al decir de Kelsen habría de formularse diciendo que los Estados deben comportarse conforme al uso establecido. Para Kelsen la norma jurídica es una orden de realizar conducta siempre conforme al derecho.(73)

Los defectos que Kelsen atribuye al derecho Internacional son: "escasas de las sanciones; los Estados soberanos, sujetos al

(71) KELSEN, Hans: ESTUDIO CRITICO DE LA TEORIA PURA DEL DERECHO Y DEL ESTADO DE LA ESCUELA DE VIENA. Barcelona. 1933. p. 82

(72) SEPULVEDA. Ob. cit. p. 94

(73) KELSEN. Ibidem. p. 49

derecho Internacional, son, a la vez creadores del derecho Internacional; tales sujetos realizan la decisión de los conflictos y la ejecución de las decisiones, el derecho Internacional es un derecho descentralizado, porque delega en cada uno de los miembros la posibilidad de actuar el derecho, pero el jurista vienes pro-pugna por su posibilidad a centralizarse. (74)

Se critica la postura de este ilustre doctrinario del derecho. En el sentido de que al descansar su tesis en la naturaleza hipotética de lo que él señala como norma fundamental, tal hipótesis es de carácter provisional, y sujeta a confirmaciones posteriores de los hechos, de las cuales sobrevendrá su validez. Por otro lado se dice que si Kelsen aceptara que la norma fundamental hipotética fuera una regla de derecho positivo consuetudinario, cesaría de ser el fundamento del ordenamiento jurídico ya que la costumbre busca ser obligatoria, fundamentada en la voluntad reiterada de los Estados.

Por su parte Verdross concluye que la tal hipótesis jurídica no es científica, porque de ser así ha de comprobarse en la experiencia y ésta no es en modo alguno probada por el hecho de que una cierta conducta sea regularmente observada; se trata en realidad de un principio cuya verdad debe ser probada por otro método.

Otros autores nos dicen que: "la teoría pura del derecho no puede negar la unidad de la imagen jurídica del mundo, ni la filosofía del derecho puede negar partiendo de una consideración meramente sociológica y dejándose arrastrar por el temperamento guerrero, que sobre los Estados haya una instancia superior aunque (en su totalidad) sólo en la idea, pero al mismo tiempo como una exigencia absoluta que exige realización: Pues frente a una y -- frente a otra, vale el hecho de la existencia de la comunidad jurídica internacional y de su correlativa constitución". (75)

La teoría Kelseniana, quiere en un momento aceptar como "pacta sunt servanda", a los tratados, a la costumbre y a las sentencias de tribunales por no encontrarnos en presencia de un derecho nuevo de imposición al Estado, sino que se trata de declaración o interpretación de los pactos precedentes. Con lo cual creemos que no se abandona el voluntarismo, sino que se está en el mismo campo. Se dice que resulta clarísimo que la norma pacta sunt servanda no sólo es el contenido de los pactos, dado que la costumbre jurídica Internacional, obliga no sólo a aquellos que hayan intervenido en su creación.

IV.- LA REACCION ANTIPOSITIVISTA

El motivo por el cual se da esta reacción, es porque la corriente positivista fue insuficiente, es decir que no logra explicar la naturaleza del Derecho Internacional, y aún menos su fundamentación. Luego por su parte esta corriente, tratando de superar al positivismo, también trata de fundamentar al derecho de gentes.

(74) SEPULVEDA. Ibidem. p. 50

(75) LEGAS y la GAMBRA: EXAMEN CRITICO DE LA TEORIA PURA DEL DERECHO. Ob. cit. p. 334

La tal reacción antipositivista, se divide en dos corrientes: 1.- La integrada por las llamadas teorías Realistas; y 2.- El iusnaturalismo axiológico.

Para la Escuela Realista el orden internacional, es un orden superior al positivo. Y es Hugo Krabbe uno de los que tratan de localizar el fundamento del derecho internacional.

Nos dice Krabbe que "el derecho es un dominio de normas que se imponen y obligan espiritualmente, porque el individuo tiene noción y conciencia de que valen y deben valer". (76)

Hemos visto en otras ocasiones que para algunos autores de corte positivista, la fuente del derecho internacional es la fuerza o soberanía del Estado. Cosa que Krabbe no acepta, ya que él señala como fuente del derecho internacional, a la conciencia que a él tienen cada uno de los individuos cuando el tal derecho afecta a su esfera jurídica de intereses.

Opina este autor, que: "El derecho internacional viene a surgir cuando los pueblos de los diversos Estados ensamblian su sentido de lo justo, para incluir también las relaciones internacionales. Así frente a la personalidad del Estado, se erige la soberanía impersonal del derecho, más noble y menos inhumana". (77)

La solidaridad, teniendo como causa la interdependencia de los hombres, significa para Duguit, la fundamentación del derecho. Del hecho de la solidaridad, se desprenden reglas sociales que encuentran la causa de su cumplimiento, en la convicción de que es necesario para la vida en sociedad tal observancia. Luego si tales reglas son necesarias para el funcionamiento de la vida en común, luego su incumplimiento, merece como consecuencia una sanción positiva.

Luego de ahí se deduce, que el derecho internacional es un derecho creado por los individuos en base a que su sentido de solidaridad trasciende al ámbito internacional, sin que tal derecho haya sido creado por el Estado.

Duguit, al derecho de gentes lo llama derecho intersocial, porque al decir de él se capta mejor el carácter de hecho social que posee el derecho internacional. (78)

Al igual que Duguit, George Scelle encuentra la fundamentación del derecho internacional en el hecho de la solidaridad de los individuos, al sustentar su teoría monista intersocial. Se trata de un vínculo social con el cual los individuos están obligados a su cumplimiento por la conciencia que tienen de la necesidad de tal, dándole con esto el carácter de una norma imperativa o sea jurídica.

(76) SEPULVEDA, César: CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL. 2a. Ed. Prol. del autor. Editorial Porrúa. S.A. México. 1964. p. 52

(77) SEPULVEDA. Ob. cit. p. 53

(78) SEPULVEDA. Ibidem. p. 53

Nos dice este autor: "cuando los diversos grupos sociales se ponen en contacto entre sí, la solidaridad que ahí fluye hace nacer el derecho Internacional. Así el carácter obligatorio de este orden jurídico surge de la necesidad de las relaciones que rige". (79)

Nosotros consideramos que de alguna manera estos autores -- opinan de manera semejante entre ellos y concuerdan en que el derecho Internacional no es un ordenamiento de carácter compulsivo.

Schwarzenberger.- El método inductivo para este autor resulta adecuado para lograr la construcción de un sistema de derecho Internacional.

Frente a la concepción del Estado totalitario, aparece el jusnaturalismo moderno, pretendiendo en ocasiones formular un sistema de derecho Internacional de manera apriorística.

Las notas esenciales y características de esta corriente -- son: a) Conexión estrecha entre derecho y moral; b) empleo del método experimental, para evitar el racionalismo abstracto; c) sostener que existe una síntesis forzosa entre el derecho natural y el positivo. (80)

Dentro del jusnaturalismo clásico, nos encontramos con autores tales como Louis Le Fur. Este autor nos dice que el derecho no es otra cosa que el razonamiento dirigido a las relaciones sociales y su reglamentación.

Le Fur tratando de proporcionar un contenido al derecho natural señala que tal contenido está constituido por algunas reglas capitales, dentro de las cuales las más esenciales son las siguientes:

- a) La obligación de respetar los pactos realizados libremente;
- b) La obligación de reparar todo perjuicio causado injustamente;
- c) El respeto a las autoridades.

En este sistema, el derecho positivo viene a ser el medio a disposición del Estado para la realización del bien común pero el Estado está obligado por los imperativos del derecho natural y de la justicia objetiva. (81)

La teoría del jusnaturalismo axiológico es la que viene a sustentar "Alfred Verdross". Como pudimos darnos cuenta, en un principio, este autor participa en las ideas positivistas, sólo que en nuestros tiempos se conduce dentro del jusnaturalismo axiológico.

Este autor nos señala que el hombre es sociable por naturaleza

(79) SEPULVEDA. Ibidem. p. 55

(80) SEPULVEDA. Ob. cit. p. 55

(81) SEPULVEDA. Ibidem. p. 55

za, y que tal sociabilidad juega un papel muy importante en el de-
recho internacional, ya que es la que le imprime el contenido.

El vivir en sociedad, nos dice, es la primera norma del dere-
cho natural y tal implica la obediencia a una autoridad, la cual
debe inspirarse en el bien común. Señala Verdross que en el ca-
rácter natural del derecho de gentes viene a participar la ética.
Ya que el derecho internacional en su contenido se halla determi-
nado materialmente, por normas sociales de moral, que suelen reci-
bir el nombre de derecho natural. El término moral se emplea --
unas veces en sentido estricto y otras en sentido amplio. En sen-
tido amplio se entiende por moral el conjunto de las normas que --
regulan el comportamiento del hombre como personalidad ética. Un
sector de estas normas constituyen el derecho ético derecho natu-
ral, ya que sus normas sólo abarcan aquella parte de la moral que
fundamenta los derechos y deberes sociales". (82)

Sigue diciéndonos este autor que para dar contenido a la nor-
ma fundamental, tenemos que partir de aquellos principios jurídi-
cos que los pueblos civilizados reconocen comúnmente, toda vez --
que las normas del derecho internacional positivo se han ido cons-
truyendo sobre la base de la ciencia jurídica común de los pue- --
blos. Ejemplo claro de ello es el viejo derecho internacional de
la cultura mediterránea que brotó del jus Gentium de la antigüe -
dad. (83)

Nos dice Verdross que el derecho natural y el derecho positi-
vo deben coexistir, y señala que esto debe ser porque el derecho
positivo encuentra su apoyo en el derecho natural, ya que toda -
normatividad, presupone un valor que debe realizarse a través de
la propia normatividad, señala que los principios generales del -
derecho evitan un total rompimiento entre el derecho natural y el
positivo.

Por su parte Brierly encuentra el fundamento del derecho In-
ternacional en un principio inmanente no jurídico. Y cuál es es-
te fundamento?, nos dice que la respuesta la debe dar la filoso-
fía jurídica.

Nos dice Brierly "que la última fuerza obligatoria de todo -
derecho es que el hombre sea un individuo aislado o esté asociado
con otros hombres en un Estado, está obligado, en tanto que ser -
dotado de razón, a creer que el orden y no el caos es el princí-
pio que gobierna al mundo en que tiene que vivir. (84)

Por su parte los jusnaturalistas racionalistas tratan de lo-
grar una interpretación del derecho internacional positivo, a la

(82) VERDROSS, Alfred: DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO. Trad. Anto-
nio Trutol y Serra. Frol. del traductor. Editorial Aguilar.
Madrid. 1955. p. 32

(83) VERDROSS. Ob. cit. p. 36

(84) SEPULVEDA, César: CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO.
2a. Ed. Frol. del autor. Editorial Porrúa. S.A. México. 1964.
p. 57

luz de una lex ferenda racional.

En cuanto al iusnaturalismo contemporáneo es poseedor de una innegable tradición Grociana. Pero no sólo esto, sino que simultáneamente aparece en ésta una influencia de los teólogos juristas españoles, quienes establecen con gran tino que "sólo en la idea de comunidad internacional, orientada teleológicamente, pueden encontrarse los auténticos fundamentos del derecho Internacional". (85)

"Por su parte César Sepúlveda al hablarnos del fundamento del derecho Internacional moderno, nos dice que sólo en la idea de comunidad jurídica de Estados puede encontrarse la esencia y la propia naturaleza del derecho Internacional. Basados en el principio de solidaridad humana, por nexos sociológicos. La idea de derecho Internacional debe, referirse a la mencionada solidaridad humana y no a la voluntad de los Estados individuales. La comunidad Internacional, por sí misma, ya presupone valores hacia donde debe orientarse el derecho, tanto el interno cuanto el Internacional". (86)

(85) SEPULVEDA. Ob. cit. p. 57

(86) SEPULVEDA. Ibidem. p. 60

CAPITULO II

LA NORMA DE DERECHO EN GENERAL

CONCEPTOS JURIDICOS O ELEMENTOS PARA QUE LA NORMA
RESULTE ADECUADA A SU FIN.

¿Qué es un concepto jurídico fundamental? De acuerdo con Oscar Morineau: "todo concepto es un predicado referido a una materia de conocimiento, al sujeto de un juicio el concepto es fundamental, cuando es integrante del objeto al cual pertenece o se refiere". (87). Entonces un concepto jurídico fundamental será el predicado referido al derecho, sin el cual éste no puede concebirse.

El derecho es la norma jurídica: luego los conceptos jurídicos fundamentales, serán los elementos integrantes de toda norma jurídica y, todo aquello que no esté en la norma no será un concepto jurídico fundamental y, todo dato perteneciente a la norma será un concepto jurídico fundamental.

Hablaremos de manera breve de la sanción como concepto jurídico, pero de acuerdo con Morineau considerándola no como concepto jurídico fundamental, por encontrarse solamente en las normas sancionadoras y a diferencia de este elemento y para tratar de hacer notar que es un elemento esencial de la norma, nos referiremos al deber, éste sí considerado como un concepto jurídico fundamental, por tratarse de un dato perteneciente a todo derecho posible. Y este deber ser debemos señalar que es condicionado por la norma, ya que si se realiza el hecho mencionado por la norma, nacen las consecuencias y se imputa determinada conducta como debida. Al hecho objeto de la hipótesis normativa, de cuya realización depende el nacimiento de las consecuencias jurídicas, le llamamos supuesto jurídico y a éste también la podemos llamar concepto jurídico fundamental por encontrarse en toda norma posible, sin el supuesto no existiría la razón en que se funda la imputación o sea que si el sujeto no se coloca dentro de la hipótesis normativa, no nacen las consecuencias jurídicas, luego para que éstas nazcan se requiere que el sujeto realice la conducta descrita por la norma para que nazca tal o cual consecuencia jurídica, podríamos decir que como en derecho penal que se considere realizado un delito debe de haber una adecuación de la conducta al tipo descrito en la ley penal, por ejemplo: si matas debes ir a la cárcel; si vendes debes entregar la cosa vendida; si compras debes pagar. Luego nos damos cuenta que se trata de conceptos jurídicos fundamentales, por ser elementos invariables aunque no exclusivos del derecho.

(87) MORINEAU, Oscar: ESTUDIO DEL DERECHO. Prol. Dr. Luis Recasens Siches. Editorial Porrúa. S.A. México, 1953. p. 43

Es necesario y valioso que el hombre use y disponga de las cosas externas, para poder subsistir y realizarse como persona luego el hombre requiere del facultamiento de su conducta dirigida hacia las cosas exteriores, por medio de un precepto que es evidentemente valioso y necesario y este precepto de derecho para que pueda autorizar la propia conducta de un sujeto, es necesario que al mismo tiempo prohíba a los demás impedir la realización de la conducta autorizada.

De ahí que podemos afirmar, que toda autorización jurídica es correlativa de una prohibición hecha a otro sujeto. Si no fuera así y la norma se limitara a autorizar la propia conducta de un sujeto sin prohibir conducta a los demás resultaría que éstos no estarían obligados a abstenerse, en virtud del principio que señala que:

"Todo lo que no está exigido o prohibido está permitido". Luego la plenitud de la norma, requiere que a toda autorización de conducta hecha a un sujeto, vaya acompañada la prohibición correlativa a cargo de los demás. Aquí brota por necesidad un dato universal de la regulación jurídica: "su bilateralidad".

El derecho no es por ser bilateral, sino por ser derecho necesariamente es bilateral, para que un sujeto quede autorizado jurídicamente es necesario que los demás queden obligados y viceversa.

Tenemos dos clases de normas jurídicas, las que tienen por fin proteger la libertad de cada uno y las que sirven para fomentar la cooperación social:

Las primeras son el facultamiento de la propia conducta y las segundas el de la conducta ajena. En ambos casos el facultamiento implica la existencia del deber correlativo a cargo de otro, el cual aparece como consecuencia necesaria por haber facultado conducta en forma jurídica mediante su autorización y su prohibición. A la primera se ha llamado derecho subjetivo; a la segunda deber jurídico.

Toda norma contiene autorizaciones y prohibiciones correlativas. De ahí que podemos afirmar que tanto derecho subjetivo como deber jurídico son conceptos jurídicos fundamentales. La consecuencia jurídica será el conjunto de estos dos sujetos y provendrá de la realización del supuesto.

Para que el derecho y la norma jurídica en sí resulten adecuados a su fin se han dotado de los siguientes elementos:

- 1.- Del deber ser o fundamento de validez;
- 2.- Del supuesto o condición de cuya realización depende la impartación de conducta;
- 3.- De exterioridad, limitando su objeto a la conducta exterior o a las manifestaciones exteriores de la conducta;
- 4.- De bilateralidad, que es la relación existente entre la autorización de conducta hecha por la norma a un sujeto y la prohibición hecha a otro u otros sujetos. Elementos que quedan ligados por la facultas exigendi que es el dato que

dota a la regulación de juricidad y por tanto se trata de un elemento integrante de todo derecho subjetivo. Es el elemento que liga al derecho con el deber; es una facultad fundida con todo derecho subjetivo, es la facultad de exigir el deber correlativo;

- 5.- La consecuencia jurídica integrada por el derecho subjetivo y por el deber jurídico, el primero como autorización de conducta hecha por la norma a un sujeto y el segundo como prohibición de conducta hecha por la norma a un sujeto;
- 6.- El sujeto que es aquel a quien la norma autoriza o prohíbe - conducta;
- 7.- El objeto del derecho que es la conducta facultada o prohibida por la norma;
- 8.- El concepto de relación jurídica también es un concepto jurídico fundamental, ya que los elementos de la norma están relacionados entre sí en forma necesaria y ninguno de ellos tiene sentido por sí mismo, no podemos imaginarnos a las consecuencias sin supuesto y viceversa.

Cabe señalar en este punto que la norma de derecho Internacional, también contiene tales elementos. Es decir, creemos nosotros que la mencionada norma, también está dotada: de un deber ser; de un supuesto jurídico; de exterioridad; de bilateralidad; etc.

A) EL SUPUESTO JURIDICO

Habremos de referirnos a algunos elementos de la norma jurídica, con el objeto de ampliar nuestro conocimiento de la misma, de modo es que hablaremos del "supuesto jurídico, ya entendido y mencionado como un concepto jurídico fundamental".

Siendo aplicables las normas jurídicas a los sujetos, es necesario que se realicen los hechos mencionados por la norma para que un sujeto frente a otro adquiera un derecho y un deber correlativo recíprocamente, dando lugar a la imputación de las consecuencias de derecho, dependiendo de la realización de la condición establecida por la norma. Podemos expresar la relación existente entre el hecho condicionante y las consecuencias de la siguiente manera: Si "A" es, debe ser "B"; si se realiza la condición establecida por la norma, nacen las consecuencias.

Es el supuesto un elemento invariable del precepto? Juan - Llambias de Acevedo, considera que: "es posible que el nacimiento de las consecuencias no esté sujeto a la realización de un supuesto. De tal modo el derecho no sería un deber ser condicionado, sino categórico. En vez de decir, si "A" es, debe ser "B", diríamos simplemente debe ser "B". (88). Y nos dice por ejemplo los derechos absolutos que facultan a expresarse, a mover libremente, a trabajar y a asociarse, son otorgados al sujeto por el sólo hecho de existir, sin que el titular tenga que realizar algún supuesto para llegar a ser sujeto del derecho, puede decirse que lo mismo pasa con los deberes generales impuestos por una -

(88) MORINEAU, Oscar: ESTUDIO DEL DERECHO. Prol. Dr. Luis Recasens Siches. Editorial. Porrúa, S.A. México 1953. p. 70

norma, tales como el deber de votar, el de obedecer las reglas de tránsito internacional, etc.

Al respecto, Oscar Morineau opina que la forma categórica es aparente en estos casos, ya que en el primero el otorgamiento del derecho está sujeto al nacimiento del titular, (un hecho), y en el caso del voto se necesita llegar a ser ciudadano, otro hecho. En el caso de las reglas de tránsito internacional, se requiere que el sujeto se encuentre transitando, para que pueda estar sujeto a tales reglas. De donde se concluye que siempre es necesaria la realización de determinado hecho para la atribución de derechos subjetivos y deberes jurídicos y dicha atribución está condicionada cuando menos, al hecho del nacimiento del sujeto a quien se atribuyen. Y al hecho adicional de que tal sujeto se encuentre dentro del ámbito de aplicación de la norma de orden jurídico correspondiente, lo anterior lo podemos resumir diciendo que el nacimiento de las consecuencias depende siempre de la realización de condiciones de carácter especial y temporal.

Regular conducta es igual a condicionar la imputación, y cuando el hecho mencionado por la norma necesariamente ha de realizarse, la relación entre el supuesto y las consecuencias es necesaria, el supuesto es la razón de la imputación.

Debemos distinguir entre el supuesto, hecho mencionado por la norma, de su realización fáctica llamada hecho jurídico. El primero es una idea; el segundo es un acontecimiento que aparece en el tiempo y en el espacio, y dicho acontecimiento puede no aparecer al mundo fáctico, de ahí que el nacimiento de las consecuencias esté sujeto a la realización de una hipótesis, quedando de acuerdo así con la definición que García Máynez nos da del supuesto diciendo que es: "la hipótesis normativa de cuya realización dependen las consecuencias". (89)

La mayoría de los autores están de acuerdo en que la relación existente entre el supuesto y el hecho jurídico es contingente, ya que éste puede o no realizarse, pero si al realizarse el supuesto, necesariamente nacen las consecuencias jurídicas.

Al respecto podemos afirmar que no existe una relación entre el supuesto y el hecho, ya que el supuesto puede existir sin el hecho, pero el hecho se convierte en jurídico por el supuesto, luego no se trata de una relación recíproca, sino unilateral, el hecho si depende del supuesto, pero no así el supuesto del hecho, en realidad el hecho mencionado es el supuesto, o sea la descripción de la conducta debida y hablar de relación contingente es igual de acuerdo con Oscar Morineau a decir que existe tal relación.

Es necesaria la existencia de la relación entre el hecho jurídico y las consecuencias jurídicas?

(89) GARCIA MAYNEZ, Eduardo: INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO. Décimacuarta Edición. Prol. de Virgilio Domínguez. Editorial Porrúa. S.A. 1967. p. 172

Mencionaremos la ley de causalidad jurídica, enunciada por Fritz Schreier, de la siguiente manera: "no hay consecuencia de derecho sin supuesto jurídico" (90). Y consideramos de acuerdo con Oscar Morineau, que esta ley no es la expansión de los datos constantes deducidos de los acontecimientos naturales, sino que se trata de la expresión de una necesidad lógica, porque a la realización del supuesto se imputan necesariamente las consecuencias jurídicas.

Schreier propone el siguiente corolario de la ley de causalidad: "ninguna modificación de las consecuencias jurídicas sin la correspondiente modificación del supuesto jurídico, o bien, toda transformación del supuesto jurídico produce una transformación en las consecuencias de derecho". (91)

Como dos supuestos jurídicos distintos pueden engendrar las mismas consecuencias jurídicas o bien un sólo supuesto puede engendrar consecuencias jurídicas distintas, cuando la norma jurídica así lo dispone.

Opinamos junto con Oscar Morineau que la ley de causalidad no es necesaria lógicamente. Las consecuencias no afectan el papel que desempeña el hecho, ni éste es causante en sí de las consecuencias ya que el enlace existente entre el hecho y las consecuencias depende de la norma, es decir podemos concluir que hay una invariabilidad en cuanto al nacimiento de las consecuencias a la realización del supuesto, sin embargo si puede variarse el tipo de consecuencias que han de nacer a la realización del supuesto y dicha variación depende del legislador, variación que puede lograr sin alterar la estructura del supuesto establecido por la norma que a la realización del mismo transformará el deber ser condicionado en deber ser categórico, representando por derechos subjetivos y deberes jurídicos correlativos. Luego la clase de hecho contenido en la hipótesis normativa y las consecuencias producidas por su realización dependen de lo dispuesto por el precepto. De ahí que se diga que el principio de que toda modificación del supuesto produce la correspondiente modificación de las consecuencias y viceversa, no es aplicable al legislador ya que éste puede modificar tanto al supuesto como a las consecuencias. Suponiendo que Schreier se refiriera a que los sujetos del precepto no pueden modificar ni al supuesto ni a las consecuencias jurídicas, sin que se sobreviniera una modificación ya en el supuesto o ya en las consecuencias, no podríamos aceptar tal razonamiento porque la modificación del precepto no es susceptible de ser hecha por los sujetos del precepto aún cuando así lo quisieran.

Si el caso concreto no coincide con el supuesto mencionado por la norma no habrá lugar al nacimiento de las consecuencias, en tanto que si las partes en el caso concreto convienen en consecuencias distintas a las previstas por la norma, éstas se estarán

(90) MORINEAU. Ob. cit. p. 72

(91) MORINEAU. Obidem. p. 72

refiriendo o ajustando a un supuesto distinto al contenido en la norma. Sólo podemos aceptar como válida la ley de causalidad de Schreier: "no hay consecuencias de derecho sin supuesto jurídico", pero no así su corolario, porque creemos que se funda en la aplicación del principio de causalidad natural al mundo del derecho, al decir de Oscar Morineau. Pudiendo afirmar que el hecho jurídico no produce consecuencias en sentido natural ya que todo lo jurídico deberá ser referido al deber ser, sin tener que identificar la fatalidad natural o el ser con la implicación normativa o el deber ser.

Tal como hemos afirmado que las consecuencias deben su nacimiento a la realización del supuesto, podemos afirmar que determinado hecho puede dar nacimiento a determinadas consecuencias o que hechos diferentes producen las mismas consecuencias, debiendo considerar que la dependencia del supuesto y de las consecuencias es de carácter valorativo, por ejemplo: para determinar que un sujeto debe ser sancionado con prisión o pena de muerte, el juez deberá fundarse, no en principios lógicos, sino en razones estimativas agravantes o atenuantes, que determinen la peligrosidad del sujeto y consecuentemente el tipo de sanción que se deba aplicar.

De lo anterior podemos deducir la doble función del supuesto ya que nos permite entender que a la realización del supuesto, si matas, nacen las consecuencias jurídicas, debes ir a la cárcel, o bien debes morir, luego nos permite saber cuándo nacen las consecuencias jurídicas, siendo ésta una de las funciones del supuesto; la segunda función del supuesto sería la que nos permita saber porque nacen las consecuencias jurídicas, porque habrá una adecuación de conducta o coincidencia de la conducta descrita en la hipótesis normativa y la conducta realizada por el sujeto, Por qué debes ir a la cárcel? o Por qué debes morir?, porque realizaste la conducta dañosa, matar. Luego esto es que la ley de causalidad jurídica, nos permite conocer el por qué y el cuándo del nacimiento o imputación de las consecuencias jurídicas.

El hecho mencionado por la norma o supuesto puede ser no sólo la conducta humana, sino de cualquier hecho del cual a su realización dependa el nacimiento de las consecuencias jurídicas. Hecho que algunos autores lo definen como un suceso que al parecer modifica lo existente y se podrá denominar hecho jurídico cuando la modificación en lo existente implique consecuencias de derecho, por ejemplo: los frutos producidos por las plantas, las crías de los animales, el derrumbe de un árbol, hechos que dan lugar al nacimiento de derechos y deberes correlativos. Sólo de bemos tener en cuenta que el supuesto debe referirse a hechos exteriores que axiológicamente deban producir las consecuencias, el efecto citamos el ejemplo siguiente: "El caso de Guillermo Tell, en que el tirano decretó la pena de muerte al que no saludara a su sombrero colocado en sitio prominente". No podemos creer que se tratara de un mandato axiológicamente válido, sino del todo arbitrario, referido al mundo del ser y no del deber -- ser impuesto por el poder del tirano.

En cuanto al objeto de las consecuencias del Derecho subjetivo, será solamente la conducta humana y no así cualesquiera - otros hechos naturales, lo mismo en cuanto al deber jurídico, de biéndose esto a que el derecho tiene como finalidad exclusiva la de regular conducta humana.

Según García Máynez un derecho subjetivo puede servir de su puesto jurídico para el nacimiento de otros derechos, señalando como ejemplo de esto un derecho potestativo como fundamento del derecho subjetivo de libertad, de ahí que nos diga que no sólo conviene distinguir el supuesto jurídico en base a la diferencia entre la mención de un hecho y su realización fáctica, porque no siempre se refiere la hipótesis normativa a un hecho. Existiendo supuestos integrados por la fusión de un derecho y de un hecho, por ejemplo: la mayoría de edad, fenómeno natural que al fusionarse con la nacionalidad, en su carácter de derecho subjetivo, da lugar a los derechos y deberes del ciudadano. Cabe recordar que el maestro define el supuesto como "la hipótesis de cuya realización dependen las consecuencias establecidas por la norma", afirmando que "la nacionalidad no es un hecho natural sino una situación jurídica que engendra las consecuencias de la ciudadanía" (92). Sin embargo siendo el hecho jurídico el que indica el momento, en que aparecen las consecuencias es evidente que las cosas ideales o corpóreas ya existentes no pueden desempeñar el papel de supuesto, por ser necesario recurrir al acontecer y no al ser para determinar el momento de la imputación, de tal forma el derecho subjetivo no puede servir de supuesto por tratarse de ideas que se encuentran en la posibilidad de transformarse en hechos. El derecho subjetivo es el facultamiento de conducta otorgado por la norma a un sujeto, luego se trata de una autorización y no de una condición mencionada en la norma como hecho natural susceptible de realizarse para dar nacimiento a las consecuencias. Ningún derecho subjetivo puede servir de fundamento a otro derecho, porque por definición sabemos que tales derechos subjetivos provienen de la norma para ser otorgados a un sujeto. De ahí que astemos de acuerdo en que los derechos subjetivos son ideas que al no poder convertirse en hechos se ven imposibilitados de funcionar como supuestos jurídicos, al respecto nos encontramos con un ejemplo claro "cuando la ley hace referencias al propietario para gravarlo con impuestos, no se refiere al derecho de propiedad, sino al hecho de ser propietario". (93)

En resumen un derecho subjetivo no puede fungir como supuesto porque la imputación normativa solamente se actualiza al presentarse un acontecimiento, necesariamente un hecho natural, y el derecho subjetivo jamás es un hecho. (94)

(92) GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo: INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO. Décimacuarta Edición. Prolog. de Virgilio Domínguez. Editorial Porrúa, S.A. México. 1967.p.

(93) Ob. cit. p. 79

(94) Ididem p. 79

Existen hechos jurídicos que por sí solos no producen consecuencias, sino que es necesario referirlos a un derecho subjetivo, para que los produzcan. Luego la norma jurídica se encarga de mencionar el hecho refiriéndolo ya ~~que~~ a un derecho subjetivo o bien a un deber jurídico o a un objeto real preexistente. Por ejemplo, el daño funge como incumplimiento de un deber jurídico, por lo que tal hecho adquiere su sentido al ser referido a un objeto ideal, al deber de respeto impuesto al sujeto pasivo universal. El derecho subjetivo como el deber jurídico como ya hemos visto son incapaces de producir consecuencias de derecho por sí solas, por ello tienen que ser referidos al supuesto daño para que adquieran su sentido pleno. Luego pueden servir de antecedente jurídico para que un determinado hecho produzca consecuencias. El antecedente jamás se realiza por sí solo de donde no puede fungir como supuesto jurídico, pero nos encontramos con que su existencia es necesaria ya que hay hechos denominados dependientes precisamente porque aun cuando lleguen a realizarse carecerán de sentido jurídico si no son referidos a los antecedentes jurídicos. Podremos distinguir los supuestos jurídicos de los antecedentes jurídicos, porque estos últimos son siempre objetos dependientes y los supuestos pueden ser tanto dependientes como independientes, ambos en cuanto a la producción de consecuencias.

Tanto el derecho subjetivo como el deber jurídico por sí solos no producen consecuencias de ahí que no puedan desempeñar el papel de hechos jurídicos, pero sí el papel de antecedentes jurídicos al cual Oscar Morineau define de la siguiente manera: "antecedente jurídico es el objeto ideal o real de cuya existencia depende que un hecho, el devenir, sirva de hecho jurídico y pueda producir las consecuencias normativas". (95)

Contrario a lo anterior algunos autores como J. Ramírez - Sánchez y el maestro García Máynez, afirman que ciertos supuestos jurídicos están constituidos por realidades de otra índole que bien pueden ser un derecho subjetivo o alguna situación jurídica, de la misma manera consideramos que opina el maestro Rojas al hablarnos de las formas de realización de los supuestos y nos dice que al respecto no sólo los hechos o actos jurídicos pueden fungir como supuestos jurídicos, sino que también una tercera categoría, que es la denominada por él y por los autores anteriormente mencionados como situaciones jurídicas, que no son ni hechos ni transformaciones de la realidad sino facultades y deberes que se desprenden de esas situaciones jurídicas y nos mencionan variados ejemplos, tales como el siguiente: "el dueño de un automóvil para que pueda hacer uso del mismo requiere de un supuesto, el derecho de propiedad sobre el automóvil". (96)

(95) MORINEAU, Oscar: EL ESTUDIO DEL DERECHO. Prol. Luis Recasens Siches. Editorial Porrúa. S.A. México. 1953. p. 80

(96) RAMÍREZ SÁNCHEZ, Jacobo. INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO Y NOCIONES DE DERECHO CIVIL. Prol. Guillermo R. Viramontes. Cd. Universitaria, México, D.F. Textos Universitarios. UNAM. 1967. p. 42

Y siguen diciéndonos, si existe un derecho de propiedad sobre la cosa, se puede producir el hecho de que se haga uso del automóvil, siendo esto una facultad del propietario y que no constituye un hecho real. Sin embargo consideramos que lo que produce el hecho de que se haga uso de automóvil, es el hecho de ser propietario, hecho que debe ser referido al derecho subjetivo de propiedad, para que adquiera significación jurídica.

Para nosotros y de acuerdo con Oscar Morineau cuando la norma refiere un hecho a un objeto determinado en relación con el propietario y el uso de tal objeto, tal como el automóvil del ejemplo anterior, entonces funge como hecho jurídico el acontecimiento mencionado por la norma y como antecedente el ser físico indicado y el derecho de propiedad. Ya vimos que el derecho de propiedad no puede funcionar como supuesto pero sí como antecedente al hecho de ser propietario, el cual podrá fungir como supuesto jurídico para el nacimiento de las consecuencias jurídicas de uso, ya que una idea no es susceptible de convertirse en hecho y por tanto sólo estamos en presencia de un antecedente jurídico, incapaz de producir consecuencias por sí solo.

Oscar Morineau nos presenta un razonamiento claro para demostrar que el concepto de situación jurídica no tiene relevancia jurídica, y dice: "considerar que la mayoría de edad es una situación jurídica, por la circunstancia de que una vez realizado el hecho único de llegar a los 18 años, se inicia la capacidad y ésta sigue existiendo indefinidamente, es igual a no darse cuenta que lo que tiene relevancia jurídica es siempre un hecho y no una situación: a) el hecho de cumplir 18 años que engendra la llamada capacidad o posibilidad normativa de adquirir derechos y asumir responsabilidades u obligaciones; b) el momento en que se realiza cada uno de los hechos adicionales necesarios para adquirir en concreto un derecho subjetivo o un deber jurídico, la celebración de un contrato por mayor de edad, por ejemplo, se ve claramente que en ambos casos no fue la situación, sino un hecho concreto el que fungió de supuesto jurídico". (97)

Contrario a lo que afirma García Máynez al definir el supuesto jurídico como la hipótesis de cuya realización dependen las consecuencias establecidas por la norma, afirma Oscar Morineau que el supuesto es un elemento categórico de la norma y no hipotético. Sigue diciendo que lo que puede ser hipotético es la realización del hecho mencionado. La hipótesis no es el supuesto jurídico, pero sí la relación existente entre el supuesto y el hecho.

Afirma Morineau que García Máynez confunde un elemento de la norma, el supuesto, como objeto de conocimiento, con la relación que guarda con otro objeto de conocimiento, con la realización del supuesto.

(97) MORINEAU. Ob. cit. p. 82

La confusión es evidente pues el supuesto es "aunque jamás" se realice el hecho mencionado (98). De modo es que si una cosa es, ya no es necesario esperar a que sea, porque el supuesto como vimos, es aún cuando el hecho no se realice, y lo hipotético es aquello que en determinado momento no es, pero existe la posibilidad de llegar a ser, aún cuando el hecho no exista en el tiempo y en el espacio, por tratarse de la mención que habrá de realizarse en el mundo fáctico, pero si tiene una existencia ideal imprescindible como elemento de la norma. Luego el que la realización del supuesto sea contingente, no da lugar a la afirmación de que el supuesto sea hipotético. Tampoco encontramos correcta la afirmación de que el hecho sea hipotético porque cuando deja de ser mención existe real y efectivamente, luego lo único que podríamos decir que lo que es hipotético es el tránsito del supuesto a las consecuencias.

Sin embargo García Máynez nos dice que él no sostiene que el supuesto sea hipotético, sino que se trata de una hipótesis, señalándose que: "es hipotética la realización del hecho mencionado por la norma, más no su mención" (99). De donde considera que es igual hablar de hipótesis de cuya realización depende el nacimiento de las consecuencias, que decir hecho mencionado por la norma.

Diversas formas que el supuesto puede revestir.

Supuestos que distingue Fritz Schreier: a) simples, cuando dependen de una sola hipótesis normativa; b) complejos, cuando constan de varias hipótesis; c) dependientes, cuando deben fundarse para que produzcan las consecuencias de derecho; d) independientes, cuando pueden producir consecuencias jurídicas en forma aislada o combinada entre sí; e) compatibles, o sea cuando reunidos destruyen o aniquilan las consecuencias que producirían aislados.

En algunas ocasiones nos encontramos con que a la realización de un hecho no se producen las consecuencias o viceversa, porque en ocasiones para que produzcan las consecuencias se requiere de la realización de dos hechos o más, y de ahí que nos encontremos con las diferentes denominaciones de supuestos indicados, luego cuando el supuesto no basta por sí solo al darse su realización para producir las consecuencias jurídicas, estaremos frente a un supuesto jurídico dependiente, y por el contrario cuando a la realización del supuesto nacen las consecuencias, estaremos frente a un supuesto jurídico independiente porque desde que los sujetos manifiestan su voluntad de contratar y aceptar, contratar, integrándose así el consentimiento, se producen los deberes y derechos para las partes. En tanto que será un supuesto jurídico dependiente por ejemplo la rescisión del contrato que dependiera del hecho del incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato, así como del nacimiento del contrato

(98) MORINEAU. Ob. cit. p. 83

(99) GARCÍA MÁYNEZ. Ob. cit. p. 147

que contenga las condiciones pactadas. Considerando que el incumplimiento de las obligaciones viene a actualizar el deber del incumplido, no siendo el contrato en cuanto hecho el que funge como supuesto fundante, sino las consecuencias derivadas del mismo las que sirven de antecedente por darle sentido al hecho del incumplimiento, para que dicho hecho adquiera el carácter jurídico capaz de producir el derecho a la rescisión del contrato, luego las primeras consecuencias son el antecedente jurídico del segundo hecho.

Nos encontramos con que los autores nos señalan que la dependencia puede ser absoluta o relativa, y serán absolutamente dependientes aquellos hechos que no producen consecuencias algunas, aún cuando se realicen y como dice Oscar Morineau: "se trata de hechos que sólo producen consecuencias de derecho cuando forman parte de un hecho jurídico total", o como nos señala Husserl son aquéllos hechos para los cuales sólo vale la ley cuando pueden existir como partes de un todo. (100). De ahí que al respecto nos encontramos con el criterio unificado de Oscar Morineau y de García Máynez, en el sentido de que no se puede hablar estrictamente de supuestos absolutamente dependientes, por que caerían en el peligro de señalar como supuesto jurídico a un hecho que por sí solo no produce consecuencias jurídicas, de ionia si podemos aceptar su existencia como un elemento integrante del supuesto, añadiendo que sólo podrán existir los supuestos independientes y los relativamente dependientes, reafirmando que los llamados absolutamente dependientes, deberán indefectiblemente tenerse como partes de un todo, o del supuesto total.

En cuanto a los hechos jurídicos independientes no existe problema y por ello sólo basta para su conocimiento la definición que de ellos nos da Husserl, diciendo que son aquellos hechos jurídicos que producen por sí mismos consecuencias de derecho sin la necesidad de hallarse unidos a otros.

Por lo que toca a los hechos relativamente dependientes son aquéllos que producen por sí determinadas consecuencias de derecho, pero no otras, y sólo podrán producir consecuencias de derecho diferentes a las que producen por sí cuando se hallan unidos a nuevos hechos que pueden ser también relativos o absolutamente dependientes, al efecto Oscar Morineau nos señala un ejemplo: "será un hecho relativamente dependiente frente al hecho jurídico total de la constitución del derecho de prenda, es la entrega del objeto, porque también la entrega del objeto produce consecuencias jurídicas cuando no existe el contrato de prenda". (101)

(100) MORINEAU. Ob. cit. p. 85

(101) MORINEAU. Ob. cit. p. 85

Los supuestos jurídicos en ocasiones se fusionan entre sí para hacer posible el nacimiento de las consecuencias jurídicas. La cual Husserl define explicándonos que cuando un objeto de conocimiento sólo lo podemos comprender cuando lo encontramos enlazado a otra cosa, decimos que necesita para existir encontrarse fundida con ésta. Encontramos que existen dos tipos de fusión, que son: la unilateral y la recíproca. Se da la fusión unilateral en el caso de las consecuencias de uno de los supuestos que nacen, aún cuando el supuesto jurídico fundado no se realice. Se da la fusión recíproca, cuando la relación existente entre los supuestos es reversible, o sea que ambos supuestos son fundantes el uno del otro, porque también tales supuestos al realizarse ninguno crea consecuencias jurídicas aisladamente, es necesario que los dos supuestos se produzcan para que se creen las consecuencias jurídicas, luego entendemos que la fusión recíproca se da entre supuestos absolutamente dependientes.

Puede una consecuencia fungir como supuesto jurídico capaz de producir consecuencias jurídicas?

Nos encontramos con que al respecto tanto García Máynez, como Schreier, y aún Rojina Villegas están de acuerdo en que la consecuencia jurídica puede desempeñar el papel de hecho jurídico capaz de producir consecuencias de derecho, de tal modo que de ello nos podemos dar cuenta al analizar lo que Rojina Villegas denomina como combinación en serie de los supuestos, aclarando que esto lo pudimos haber hecho al hablar de la clasificación de los supuestos, sin embargo creemos conveniente exponerla en este punto: nos dice Rojina Villegas que la combinación en serie de los supuestos, se da a través de grandes ciclos o procesos que se presentan en el derecho. El juicio o proceso resulta de un enlazamiento entre supuestos que desde el inicio del proceso dichos supuestos, no sólo tendrán el carácter de tales, sino de consecuencias que se convertirán en supuestos que a la realización de los mismos, producirán nuevas consecuencias que también podrán desempeñar el papel de consecuencias, hasta llegar a la consecuencia final o sentencia, la cual podrá fungir como supuesto, para dar nacimiento a la consecuencia de abrirse como segundo juicio el proceso de ejecución. El juez cumple con su deber al dictar la sentencia y dicho cumplimiento servirá de fundamento para que nazca la obligación de acatar el fallo, considerando desde luego que no es el deber del juez que funge como fundamento para dar lugar al nacimiento de la obligación de cumplir con el fallo, sino el hecho del cumplimiento del deber del juez como realización fáctica y no la simple idea de la existencia del deber, que en todo caso sirve para darle sentido jurídico al actuar del juez. Luego debemos pensar que las consecuencias jurídicas pueden servir de supuesto capaz de producir nuevas consecuencias siempre que tengan realización fáctica y no así la simple idea de un derecho o de un deber, creemos que ésta es la opinión al respecto de Oscar Morineau, ya que nos encontramos con una negativa rotunda de que la consecuencia pueda servir de supuesto capaz de producir nuevas consecuencias de derecho.

Opina Schreier que no tiene relevancia el que se cumpla con un deber jurídico ya que tal cumplimiento es incapaz de producir alguna norma, en tanto que el incumplimiento sí tiene trascendencia ya que de éste se produce una norma secundaria.

Al respecto señalamos que de lo anterior opina Oscar Morineau la realización del hecho produce consecuencias y se cumple aquí con el supuesto como elemento integrante de la norma de ahí que la realización de tal hecho no produzca a la norma. "el incumplimiento tiene sentido jurídico en cuanto que es elemento de la norma y no en cuanto que produce la norma sancionadora" (102). Se realiza el supuesto mencionado por la norma para dar nacimiento a la sanción. Además las consecuencias producidas a la realización del supuesto no sólo son derechos o deberes, sino también pueden producirse como consecuencia: la extinción, modificación o transmisión de éstos. Tanto como el nacimiento de un deber representan una consecuencia y sólo se puede extinguir el deber al cumplimiento del mismo, de ahí que sea un error afirmar la intrascendencia en el campo jurídico del cumplimiento del deber.

Nos habla Schreier del espacio jurídico vacío, haciéndolo representar por medio del cumplimiento del deber, de ahí que afirma que tanto el cumplimiento como el derecho subjetivo carecen de relevancia jurídica, correspondiendo al espacio jurídico vacío, todos los hechos naturales que no producen consecuencias de derecho. De acuerdo estamos al respecto, nos adherimos a la opinión del maestro Oscar Morineau que acepta que la facultad no es capaz de producir consecuencias, señalándonos que ésta es una consecuencia derivada de la realización del supuesto, sin que de esto podamos derivar la irrelevancia del derecho subjetivo y además éste es un elemento imprescindible de todo derecho objetivo, afirmando Morineau, la relevancia del cumplimiento del deber, en que es una consecuencia invariable que se da a la realización del supuesto jurídico. Tampoco el derecho subjetivo o facultamiento de conducta derivado de la norma es irrelevante ya que dicha conducta adquiere el sentido jurídico de la norma, siendo esta conducta jurídica y no un simple hecho natural.

Por nuestra parte podemos afirmar que el derecho subjetivo no carece de relevancia jurídica no sólo por ser hecho dotado de sentido jurídico, ni sólo por ser realización del derecho, sino que sabemos que a todo derecho corresponde un deber, así por ejemplo, el que tiene facultado transitar requiere que no se le impida transitar, luego puede exigir la abstención de los demás de tal impedimento. De ahí que no podríamos concebir la existencia exclusiva de deberes porque a los derechos subjetivos se les considera irrelevantes jurídicamente y formando parte del espacio jurídico vacío.

El hecho jurídico al realizarse tiene relaciones con las consecuencias al respecto mencionaremos la aplicación del corolario de la ley de causalidad de Schreier. "toda modificación en los hechos produce un cambio en las consecuencias".

En relación con la prestación nos encontramos que en caso del incumplimiento del hecho jurídico fundado la consecuencia puede ser una prestación diversa a la que se podría exigir al realizarse el hecho jurídico fundante, por ejemplo: la pérdida de la cosa por culpa del deudor, al realizarse el hecho jurídico total, no se podría exigir la entrega de la cosa, sino el pago de daños y perjuicios, esto sería una modificación de los hechos jurídicos? A la realización del hecho jurídico fundante y del hecho jurídico funda

do, deberán de ser consecuencias diversas, sin embargo no podemos pensar que ésto sean modificaciones a los hechos jurídicos fundante y fundado, sino que se trata de la fusión de hechos que nos producen consecuencias previstas por la norma.

Los supuestos pueden clasificarse en orden a su posible tiempo de aparición en: invertibles antecedentes y subsecuentes. En el caso de aquéllos supuestos en los que no importa su orden de aparición, se denominarán invertibles, y al igual que Schreier mencionaremos el ejemplo que él señala: "el animus y el corpus, tratándose de la posesión ya que no importa que primero haya existido la tendencia material y después el ánimo de poseer o a la inversa". (103)

B) EL DERECHO SUBJETIVO

Hemos hablado ya del supuesto jurídico y vimos que se trata de un hecho mencionado por la norma de cuya realización depende el nacimiento de las consecuencias. Del mismo modo vimos que las consecuencias jurídicas son el nacimiento, modificación, transmisión o extinción de derechos subjetivos y deberes jurídicos correlativos.

Rojina Villegas define a las consecuencias de derecho diciendo que: "son todas aquellas situaciones jurídicas concretas que sobrevienen por virtud de la realización de los distintos supuestos previstos por las normas jurídicas". (104). Sin embargo del estudio de las opiniones de Oscar Morineau, nos nace el convencimiento de que no nos encontramos en el caso del derecho subjetivo, ante una situación, sino ante un facultamiento.

La mayoría de autores están de acuerdo en el sentido de que el derecho subjetivo es un concepto jurídico fundamental. Y al decir de Kelsen, nos encontramos con que el derecho subjetivo tiene diferentes significaciones que son:

- a) como facultad de exigir una conducta ajena. (105)
- b) como facultad de realizar una conducta propia.
- c) como poder jurídico. Sobre determinados bienes que nos pertenezcan en propiedad o de los que tengamos el goce, el uso o la posibilidad de utilizarlos como garantía. Además de estos significados que nos señala Kelsen, nos encontramos con un significado más, dentro de las condiciones que de derecho subjetivo nos presenta el maestro Rojina Villegas y que es:
- d) como facultad de crear la relación jurídica.

(103) MORINEAU. Ob. cit. p. 103

(104) Rojina Villegas, Rafael. Int. al Estudio del Derecho II Ed. Editorial Porrúa, S.A. México 1967. p.

(105) Significado que trataremos en el inciso (b) de este capítulo.

**EL DERECHO SUBJETIVO COMO DERECHO
A LA PROPIA CONDUCTA**

El objeto del derecho subjetivo será el facultamiento de conducta otorgado por la norma a un sujeto, siendo este un aspecto de la definición de derecho subjetivo y es un aspecto, porque nos encontramos con otro aspecto del derecho subjetivo, que es de correlatividad, siendo este segundo aspecto el complemento de conducta para exigir el cumplimiento del deber jurídico, según - Rojas Villegas. Luego la definición del derecho subjetivo quedaría integrada de la siguiente manera: "DERECHO SUBJETIVO ES EL FACULTAMIENTO DE CONDUCTA OTORGADO POR LA NORMA A UN SUJETO, unida o fundida a la facultad misma del sujeto, de exigir el cumplimiento del deber correlativo".

El facultamiento existe desde que existe la norma, pero la validez de la norma no depende de la facultad del facultado, sino que, como ya vimos en el inciso anterior en que hablamos del supuesto jurídico, depende de la realización o no del supuesto que da nacimiento a las consecuencias. Tratándonos de centrar en el tema hemos de afirmar junto con Rojas Villegas: "que el contenido del derecho subjetivo se manifiesta como una facultad para que el sujeto activo pueda hacer u omitir algo en relación con su propia persona". (106). Luego si el sujeto está facultado para hacer u omitir, nos encontramos con que está autorizado a dicha conducta, por la ausencia de un deber que le impusiera la conducta contraria, o si por el contrario el sujeto estuviera facultado a la abstención, dicho derecho de abstención lógicamente se le autoriza al sujeto, por no existir el deber jurídico de hacer la conducta contraria, por ejemplo: "el derecho que tenga un trabajador los días domingos". Con respecto al facultamiento de conducta otorgado por la norma, señalamos como alcance de la norma no sólo un facultamiento sino un mandato implícito, con el que debe cumplir el sujeto pasivo universal, o sea un deber de abstención, para que el sujeto facultado pueda realizar su conducta.

Del mismo modo Kelsen considera: "que debe haber necesariamente un deber jurídico a cargo de los demás que los constriña en la necesidad de abstenerse de exigir al sujeto de la norma a que realice la conducta contraria a la que la misma lo faculta.

(106) ROJINA VILLEGAS, Rafael: INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO. Segunda Ed. Editorial Ferrán, S.A. México 1967. p. 5

EL DERECHO SUBJETIVO COMO PODER JURIDICO SOBRE BIENES PROPIOS O AJENOS

En este caso tenemos también al derecho subjetivo como facultamiento, y no podría ser de otro modo, de usar, gozar o disponer de los bienes propios. Pero, ¿que este facultamiento de usar, gozar o disponer, sólo opera con respecto a los bienes propios? No, porque la esfera jurídica de los sujetos está integrada por relaciones jurídicas con otros sujetos, o sea que se vinculan entre sí por el nacimiento de obligaciones entre los mismos, de ahí que los sujetos en ocasiones tengan el derecho subjetivo de usar, gozar o disponer de los bienes ajenos, siendo este facultamiento necesario en ocasión de que se trata por medio de la afectación de los bienes ajenos de garantizar el cumplimiento de una obligación a cargo del sujeto pasivo. Kelsen considera al analizar esta significación del derecho subjetivo "que implica un deber jurídico - en los demás, para abstenerse a fin de que el sujeto activo pueda realizar los actos que conforme a la norma está facultado para - llevar a cabo en cuanto a sus propios bienes o los ajenos". (107) De donde la doctrina nos presenta la clasificación fundamental de derechos reales sobre bienes propios; por ejemplo la propiedad; y derechos reales sobre bienes ajenos, por ejemplo el usufructo, la hipoteca y la prenda.

EL DERECHO SUBJETIVO COMO FACULTAD DE CREAR LA RELACION JURIDICA

El sujeto puede a través del acto jurídico crear nuevos derechos y obligaciones, derecho subjetivo que el derecho objetivo reconoce al particular a través del principio de la autonomía de la voluntad, creando relaciones jurídicas que darán nacimiento a un contrato, a un convenio, o bien a un acto jurídico unilateral.

Todos los autores se encuentran de acuerdo en que: "los actos jurídicos propiamente dichos son los actos voluntariamente realizados por el hombre con la intención de engendrar, modificar o extinguir derechos, de ahí que se defina al acto jurídico como la manifestación de voluntad que se hace con la intención de engendrar, modificar o extinguir un derecho". (108). De donde podemos deducir que el sujeto está facultado para crear la relación jurídica por su sola voluntad, o de acuerdo con otro, creando por lo consiguiente ciertas obligaciones o derechos, estipulando la forma en que podrán ejercitar sus derechos y cumplir con sus deberes.

(107) ROJINA. Ob. cit. p. 7

(108) COLIN, Ambrosio y H. CAPITANT: CURSO ELEMENTAL DEL DERECHO CIVIL. Prol. del autor Trad. de la II Ed. Francesa por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, III Edición. Madrid, E. Instituto Editorial Reus, 1952. pp. 167, 168, 169

Al analizar la teoría de Oscar Morineau, nos encontramos con que nos señala que Rojina Villegas al referirse a los deberes, -- considera que son el aspecto pasivo de los derechos: "en cuanto al aspecto pasivo de los derechos subjetivos, es decir, por lo que se refiere a los deberes jurídicos" y nos sigue diciendo, -- es evidente que el deber jurídico, restricción de conducta a un sujeto, no es el aspecto pasivo del derecho, (y en ello estamos de acuerdo), de la autorización de conducta a un sujeto distinto; sencillamente, una cosa es el derecho y otra distinta el deber, por lo que éste no es un aspecto de aquél, a pesar de que -- ambos estén invariabilmente relacionados. (109)

Sin embargo nosotros creemos que el maestro Rojina Villegas al referirse a los dos aspectos del derecho subjetivo no se refiere al deber jurídico, sino a un facultamiento de poder exigir el cumplimiento del deber correlativo, de modo es que aún cuando no se refiera al deber jurídico como un aspecto del derecho subjetivo creemos que lo que el maestro Rojina Villegas denomina como un segundo aspecto del derecho subjetivo, no es otra cosa más que otro derecho subjetivo distinto, o sea que nos encontramos ante un facultamiento de conducta en cuanto un derecho subjetivo que no es otra cosa, y a este derecho subjetivo corresponde un deber correlativo, con el cual en ocasiones no se cumple espontáneamente, de donde el sujeto titular del derecho subjetivo, correlativo de este deber, estará facultado a exigir el cumplimiento de dicho deber.

El derecho subjetivo es el derecho del sujeto, es el derecho de ejercer determinada conducta, todo derecho subjetivo es un facultamiento de conducta otorgado por la norma a un sujeto, y este facultamiento bien puede ser para ejercitar la propia conducta o para gozar de la conducta ajena. Por tratarse de una autorización jurídica, la norma, faculta al titular de la misma, para exigir el cumplimiento del deber correlativo, que impone a todo el mundo la obligación de respetar la conducta facultada al titular. El derecho subjetivo como ya hemos visto puede ser también el facultamiento de la conducta ajena, de donde la norma facultará al titular a exigir la prestación de la conducta debida.

Del análisis anterior encontramos que la definición más ad hoc del derecho subjetivo es la que nos da "Oscar Morineau" en su libro "El estudio del Derecho", y es la siguiente: "EL DERECHO SUBJETIVO ES EL FACULTAMIENTO DE CONDUCTA FUNDIDO O UNIDO A LA FACULTAD DE EXIGIR EL DEBER CORRELATIVO". (110)

Con "WINDSCHEID" vemos que el derecho subjetivo es: "un poder o señorío de la voluntad, reconocido por el orden jurídico". (111)

(109) MORINEAU. Ob. cit. p. 196

(110) MORINEAU. Ob. cit. p. 117

(111) MORINEAU. Ob. cit. p. 118

Toda conducta observada cuando está autorizada por la norma, aparece como poder o señorío de la voluntad, protegido por el orden jurídico. Al respecto Morineau endereza la siguiente crítica, diciendo que el derecho subjetivo no es la conducta facultada, sino su facultamiento o autorización. Nos señala Oscar Morineau que Windscheid describe correctamente algo que no es el derecho subjetivo, sino un hecho relacionado con él, la conducta jurídica. (112)

Nosotros consideremos que no siendo la voluntad un elemento constitutivo del derecho subjetivo, podemos señalar que de la definición que nos da Oscar Morineau se entiende claramente que siendo todo derecho subjetivo un facultamiento de conducta otorgado por la norma, es claro que la voluntad del sujeto no interviene para que nazca dicho facultamiento de conducta, el derecho subjetivo nace desde que nace la norma, luego dicho facultamiento no requiere del reconocimiento del orden jurídico sino que nace del mismo orden jurídico. Lo facultado por la norma sería el poder o señorío de la voluntad o sea la conducta que será el contenido u objeto del derecho subjetivo.

El derecho subjetivo debemos entenderlo como nos lo señala Oscar Morineau, diciéndonos que: "es una fusión del facultamiento de conducta hecho al titular y de la facultad de exigir el deber correlativo" (113), siendo incompleta la definición que se limita a la facultas exigendi. Ya que inclusive la mayoría de los derechos del titular son facultamientos de conducta, no sólo de exigir sino de hacer, luego si aceptáramos como derecho subjetivo sólo a la facultas exigendi, todos los derechos subjetivos de hacer, omitir, o abstención, no serían derecho, ya que el individuo está facultado en ocasiones a hacer, a omitir, o a abstenerse, sin que se lo exijan.

Y aún el acreedor que recibe la conducta ajena, tampoco estaría gozando de su derecho cuando no lo exige. Hay ocasiones en que el titular del derecho ignora que lo tiene, luego no ejecuta la conducta a que está facultado, luego este derecho que él ignora, si no lo exige, no por ello deja de ser derecho.

En cuanto a la atribución del derecho subjetivo al realizarse el supuesto, García Máynez comentando a Windscheid, nos dice que:

"Por derecho subjetivo se entiende la facultad de exigir determinado comportamiento, positivo o negativo, de la persona o personas que se hallan frente al titular. Tal facultad aparece cuando el orden jurídico prescribe que en determinadas circunstancias se haga u omita alguna cosa, y pone a disposición de otro sujeto el imperativo que contiene dicho orden. (114). Nos

(112) MORINEAU. Ibidem. p. 118

(113) MORINEAU. Ibidem. p. 120

encontramos con que la norma desde un principio y antes de nacer el derecho subjetivo a favor de determinado sujeto, prescribe la circunstancia de cuya realización depende el otorgamiento de tal derecho; pero éste derecho no nace por la simple prescripción normativa, sino por la realización del supuesto. En otra ocasión ya comentamos que el derecho subjetivo nace desde que nace la norma, porque la voluntad del sujeto es inoperante para el nacimiento del derecho subjetivo que deriva de la norma, también vimos que una cosa es el facultamiento de conducta y otra distinta es la conducta facultada, luego nosotros creemos que el derecho subjetivo, si nace por la prescripción normativa y no por la realización del supuesto, ya que vimos también que en ocasiones el sujeto está facultado a realizar tal o cual conducta, siendo éste un derecho subjetivo, aún cuando él ignore tal facultamiento. Sin embargo, no podemos negar que a la realización del supuesto sobrevienen las consecuencias jurídicas que pueden traducirse en derechos o deberes y éstos también son susceptibles de no realizarse porque el sujeto no quiere realizarlos, de ahí que independientemente de que el sujeto ejercite sus derechos nacidos como consecuencia de la realización del supuesto, o no los ejercite, no podemos negarles el carácter de derechos subjetivos. Nos parece que al opinar del modo como lo hacemos anteriormente, nos encontramos en completo acuerdo con el maestro Oscar Morineau y con Kelsen, ya que afirman que la existencia de un derecho subjetivo no depende de la voluntad del sujeto y que aún los incapacitados no teniendo voluntad, son sujetos de derechos. Tampoco depende de la voluntad, para ejercitarlo, ni del hecho de hacerlo, pues el derecho puede existir aunque no se ejercite. A mayor abundamiento, hemos expresado ya con anterioridad que la existencia del derecho subjetivo no depende del conocimiento que se tenga de él, por el titular, de ahí que estemos plenamente de acuerdo con Oscar Morineau cuando nos señala que: "de lo contrario llegaríamos a la conclusión de que los incapacitados y las personas morales no pueden ser sujetos de derechos, por no serlo de voluntad de ejercicio o de conocimiento". (115)

Según García Máynez: Widscheid, modifica su doctrina al sostener que: "por voluntad de...bía entenderse la del ordenamiento jurídico y no la del sujeto". (116)

Tal modificación estamos ciertos que no resuelve el problema ya que sólo la persona humana puede ser sujeto de voluntad, de ahí que siendo las normas el producto de la voluntad del conglomerado social, pero ellas mismas no son voluntad, nos expresamos en el mismo sentido que Oscar Morineau, quien nos señala que con tal modificación a la doctrina de Widscheid, su definición de de

- (114) GARCIA MAYNEZ, Eduardo: INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO. Profr. del autor. Décimocuarta edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1967. p. 187
- (115) MORINEAU, Oscar: EL ESTUDIO DEL DERECHO. Profr. del Dr. Luis Recasens Siches. Editorial Porrúa, S.A. México. 1953. p.112
- (116) GARCIA MAYNEZ, Eduardo: INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO Profr. del autor. XIV Ed. revisada. Editorial Porrúa, S.A. México. 1967 p. 188

recho subjetivo quedaría así: "el derecho subjetivo es un poder o señorío reconocido por la voluntad del orden jurídico."

Creemos que Ihering se manifiesta en el mismo sentido que Windscheid, en cuanto nos dice que la voluntad que determina el derecho subjetivo es la voluntad de la norma, y nos señala como punto de partida la voluntad del orden jurídico que manda en el derecho subjetivo y no la voluntad del facultado. Está bien, sabemos que el facultamiento de conducta concedido al sujeto dependerá de lo que la norma disponga y no de lo que el titular desee, pero no podemos aceptar que el derecho subjetivo sea voluntad, sino producto de la voluntad humana.

Nos encontramos con que Ihering distingue dos elementos del derecho subjetivo, uno es de carácter formal y el otro es de carácter substancial. El elemento formal corresponde a la protección otorgada al sujeto mediante la acción en juicio; el segundo elemento corresponde al interés protegido por el derecho, de ahí que el derecho subjetivo sea para éste "un interés jurídicamente protegido". (117). Sigue afirmando Ihering que la finalidad del derecho es la protección de los intereses de las personas, lo cual consideramos como cierto. Pero a pesar de ello, creemos junto con Oscar Morineau, que el error de Ihering, es que no distingue que el derecho es el medio necesario para proteger el fin, sea el interés de las personas, y no como él afirma, que el derecho subjetivo es el interés jurídicamente protegido, pues ya vimos y no nos cansamos de reiterar, que todo derecho subjetivo es un facultamiento de conducta, y no un interés, que en todo caso el sujeto puede no tener interés en su derecho, aún cuando sea titular del mismo, o bien puede tener un interés que no esté jurídicamente protegido. Luego podemos decir, el facultamiento de conducta otorgada por la norma a un sujeto, unido a la facultad de exigir el cumplimiento del deber correlativo es lo que servirá para proteger el interés de las personas, de donde si afirmáramos que el derecho subjetivo es el interés jurídicamente protegido, tendríamos que aceptar que un interés es susceptible de proteger a otro interés.

García Máguez nos señala criticando a Ihering, que éste debería de admitir como elemento esencial del derecho subjetivo, la protección jurídica y no lo protegido, sin embargo sería posible proteger por proteger, creemos que es indispensable proteger algo, por ejemplo, cómo podría protegerse el derecho de un sujeto que vende o de otro que compra, para que no se les impida al uno vender y al otro comprar, si uno de ellos grita: vendo, vendo, y el otro grita: compro, compro, pero no dicen ni que venden ni que compran, luego no habiendo objeto de un contrato de compraventa, ni siquiera, alguien les podría impedir que ejerzan su derecho de comprar o de vender, ya que en realidad no existe. Cómo podría decirsele a alguien te prohíbo que vendas por el simple hecho de que grita que vendes, no lo consideramos así, es sabido que en algunas zonas, se les prohíbe vender a los comerciantes ambulantes, restringiéndoles su derecho de comerciar, ya sea por falta de permiso o por otra causa, lue

(117) MORINEAU. Ob. cit. p. 125

¿cómo se le podrá restringir el derecho de comerciar a alguien que dice que vende, pero que en realidad no está vendiendo? o -- bien ¿qué derecho se le va a proteger? Luego debemos señalar que lo tutelado o protegido, es en realidad el objeto o contenido del derecho subjetivo, considerando de este modo que dicho objeto es un elemento constitutivo del derecho.

"Jellineck" opina que el derecho subjetivo es "un interés tutelado por la ley mediante el reconocimiento de la voluntad individual" de lo anterior encontramos que la crítica hecha a las teorías de Windscheid y de Ihering, es suficiente para dejar aclarado que esta teoría adolece de los mismos errores que las mencionadas, dado su carácter ecléctico en la parte que corresponde a lo que de cada autor adopta "Jellineck".

Por otra parte "Kelsen" nos dice que la persona tiene derechos subjetivos que le devienen de la declaración de voluntad de la norma, haciendo depender de esa voluntad la aplicación de la sanción, o sea que si el sujeto está obligado a realizar una conducta determinada, al incumplir con ella, el órgano del Estado le deberá aplicar una sanción. De otra manera cuando el sujeto está facultado para poner en movimiento al órgano del Estado de acuerdo con Kelsen, el sujeto tendrá una norma a su disposición y es entonces cuando el sujeto será titular de un derecho subjetivo, derecho que al no estar a disposición de la voluntad de un sujeto, tiene el carácter de derecho objetivo, es decir que el derecho objetivo se transforma en subjetivo cuando está a disposición de la voluntad de una persona. Por ejemplo nos señala Kelsen que el sujeto tiene un derecho subjetivo cuando está facultado para exigir el cumplimiento del deber al sujeto pasivo y también facultado a exigir al Estado que aplique la sanción por el incumplimiento del deber. El facultamiento de conducta del acreedor es para Kelsen una norma secundaria, porque depende de una norma primaria, que es la que faculta al mismo acreedor para pedir al Estado la aplicación de la sanción considerando que no se trata de un derecho distinto, sino del mismo en dos momentos o relaciones distintas. De ahí deriva Kelsen la conclusión de que puede existir un deber jurídico sin que necesariamente, deba existir un derecho subjetivo correlativo, ya que afirma que el "derecho subjetivo sólo existe cuando la norma faculta a un sujeto a pedir la aplicación de la sanción" (118). De modo es que nos encontramos con que de lo anterior resultaría que cada norma jurídica. Como lo afirma el autor tantas veces citado en ocasiones, estatuye deberes, pero no otorga derechos.

Podemos decir que consideramos que no es verdad que el derecho subjetivo sólo existe cuando el sujeto puede pedir la aplicación de la sanción, nos encontramos con que está describiendo el

derecho de acción a cargo del sujeto y es verdad que el derecho de acción es un derecho subjetivo. Luego podemos decir que todo derecho de acción es un derecho subjetivo, pero existen derechos subjetivos que no son derechos de acción. Véase también que Kelsen señala la existencia de normas que imponen deberes sin conceder facultades, pero esto no quiere decir que porque la norma impone el deber sin conceder expresamente una facultad, el sujeto no sea titular de un derecho subjetivo correlativo del deber impuesto, ya que si por ejemplo, una norma me impone a mí que debo de votar, sin que me faculte a abstenerme de votar, existe una prohibición de conducta, "tienes prohibido no votar", pero al mismo tiempo -- existe un facultamiento de conducta o sea el derecho subjetivo, y nadie puede impedir que yo cumpla con mi deber o bien que realice la conducta que tengo prohibida. Es lógico que a todo derecho subjetivo corresponde un deber jurídico o viceversa, tienes prohibido matar, debes no matar, puedes exigir la abstención de los demás sujetos para que no te obliguen a matar.

Morineau criticando a Kelsen, afirma lo siguiente: "el derecho subjetivo no es la facultad de pedir la aplicación de la sanción, porque ésta nace del incumplimiento de un deber, lo cual supone la existencia previa del deber y su derecho correlativo". -- (119)

Además podemos afirmar que un derecho subjetivo puede existir antes de que sea violado, luego no es exacto decir que el derecho subjetivo existe cuando el sujeto está facultado para pedir que se aplique la sanción.

García Máynez nos da una definición de derecho subjetivo y nos dice que "es la facultad, derivada de una norma, que una persona tiene de hacer u omitir algo" (120). De acuerdo con Oscar Morineau, García Máynez, está tratando de definir al derecho subjetivo por una de sus especies, suponiendo que el derecho solamente autoriza la propia conducta del sujeto titular del derecho subjetivo. Pero en ocasión anterior nos encontramos con que el derecho subjetivo faculta no sólo la conducta propia, sino que faculta al sujeto del deber un hacer u omitir para el titular, facultando en este sentido al acreedor a gozar de la conducta del deudor, sin que esté facultado a hacer u omitir algo él mismo. Todo derecho subjetivo de acuerdo con Oscar Morineau faculta al sujeto a exigir el cumplimiento del deber correlativo, apreciación que resulta de la definición que de derecho subjetivo nos da el maestro Morineau, de ahí que al exigir el cumplimiento del deber correlativo, se esté manifestando un derecho a la propia conducta, sin que sea manifestación de un derecho de crédito. La definición que a nuestro modo de ver es la correcta es la que nos propone Oscar Morineau: "DERECHO SUBJETIVO ES LA AUTORIZACION DE CONDUCTA (PROPIA O AJENA) OTORGADA A UN SUJETO POR LA NORMA, EL CUAL TAMBIEN ESTA FACULTADO A EXIGIR EL DEBER CORRELATIVO". (121)

(119) MORINEAU. Ob. cit. p. 126

(120) Idem, p. 128

(121) GARCÍA MÁYNEZ. Ob. cit. p. 190

En cuanto a la clasificación de los derechos subjetivos nos dice Oscar Morineau, es necesario determinar la naturaleza del género, sin tomar en cuenta la especie, o sea que es el derecho subjetivo en general, de donde podemos decir que todo derecho es facultamiento de conducta otorgado por la norma a un sujeto, determinado a quien se autoriza y que se le autoriza. De un modo concreto nos dice el maestro Morineau, que el derecho subjetivo es: "la autorización de conducta (propia o ajena), otorgada por la norma a un sujeto. Como consecuencia de esta autorización o facultad, el titular está también facultado para exigir, o bien el respeto de la conducta facultada a él mismo o bien la prestación de la conducta que le es debida por el sujeto pasivo de la relación jurídica". (122). De donde nos encontramos con que el derecho subjetivo es un complejo de dos facultades, en el que encontramos por un lado el facultamiento de la propia conducta, y por otro lado la facultas exigendi, o sea la facultad de exigir el respeto a la propia conducta o bien la facultad de exigir la prestación de la conducta ajena.

El maestro Oscar Morineau en su obra "El Estudio del Derecho", nos pone de manifiesto, los elementos que podemos encontrar en todo derecho subjetivo: "a) La autorización o facultamiento que es el derecho subjetivo propiamente hablado; b) La conducta autorizada que es el contenido u objeto de todo derecho subjetivo; c) El sujeto a quien la norma autoriza la conducta y d) La facultad de exigir el deber correlativo" (123). Al mismo tiempo nos señala que existen elementos relacionados con el derecho subjetivo y son: el supuesto jurídico, el deber correlativo y la relación existente entre el derecho subjetivo y el deber jurídico, necesaria para que sean correlativos.

Por su parte Oscar Morineau nos brinda la siguiente clasificación de derechos subjetivos:

1.- "En atención a la conducta facultada y de acuerdo con lo que hemos visto anteriormente en el sentido de que todo derecho subjetivo es facultamiento de conducta, nos encontramos con que la norma puede autorizar la conducta propia o bien la conducta ajena y al respecto nos señala Morineau que el facultamiento de la propia conducta es derecho absoluto, en tanto que el facultamiento de la conducta ajena es derecho relativo.

(122) MORINEAU. Ibidem. p. 137

(123) MORINEAU. Ibidem. p. 137

2.- Los derechos subjetivos, se pueden clasificar en: enajenables o inalienables, en atención a su disponibilidad.

3.- En atención al modo como se ejercitan los derechos subjetivos se pueden clasificar en derechos potestativos u obligatorios.

Potestativos porque el sujeto titular está facultado para -- ejercerlos o no, o sea que tiene una opción a su arbitrio; obligatorio cuando el orden jurídico impone el ejercicio de un derecho de manera obligatoria, es decir que no existe opción de ejercerlo o no, a su arbitrio, en los derechos de ejercicio obligatorio, la norma faculta la acción y prohíbe la omisión o viceversa. En los derechos de ejercicio potestativo la norma autoriza la -- acción y la omisión simultáneamente, otorgando consecuentemente un derecho, el de optar, derecho al que García Máynez denomina derecho de libertad.

4.- En cuanto al momento de ejercitar los derechos subjetivos éstos, se pueden clasificar en derechos de ejercicio inmediato y derechos de ejercicio diferido o condicional. Al respecto podemos decir que la realización de tales derechos es contingente, pero no así su existencia o su nacimiento.

5.- También en atención al momento del nacimiento de los derechos subjetivos, éstos se pueden clasificar en derechos subjetivos inmediatos, o derechos subjetivos diferidos. Si el derecho subjetivo se adquiere a la realización de un único supuesto, éste será de carácter inmediato. Por el contrario sí para la adquisición de un derecho subjetivo se requiere de la realización de un supuesto y además de la realización de un supuesto adicional, éste será de carácter diferido.

6.- Atendiendo a la duración del derecho subjetivo el maestro Morineau, nos da otra clasificación dividiéndolos en derechos subjetivos limitados o ilimitados. Al respecto y tratando de comprender tal afirmación señalamos los ejemplos que de éstos nos da el maestro Morineau: nos dice en principio que un derecho de crédito es generalmente de duración limitada; un derecho absoluto es generalmente de duración ilimitada, sin embargo, contrario a lo que opinan otros autores, Morineau como ya vimos al hablar de los derechos subjetivos absolutos de los derechos subjetivos relativos, no dice que se clasifican de este modo en atención a la conducta facultada o sea a la propia conducta, o bien a la conducta ajena, de ahí que se diga que tales datos no pertenecen a la esencia de estos derechos.

7.- En atención al sujeto del derecho y del deber se trata de encontrar un criterio objetivo que nos permita distinguir entre el derecho público subjetivo y el privado subjetivo. Al respecto nos dice Morineau que es público el que sirve de fundamento a una relación jurídica, en cuya relación interviene una autoridad como tal, con el carácter de parte de la relación, ya sea sujeto activo o pasivo. En la relación tributaria el fisco es sujeto activo, pero además es autoridad y funge como tal, se estará frente a un derecho público, no así cuando aun interviniendo una autoridad en una relación, sin el carácter de tal, como cuando el Estado compra a un particular, es sujeto activo de una relación jurídica, pero con carácter de comprador, luego estará frente a un derecho probado.

8.- En ocasiones un derecho subjetivo se encuentra relacionado con otro, es decir en coexistencia con otro derecho, y en atención a esto se clasifican los derechos subjetivos en dependientes o independientes. De la necesidad que tenga un derecho, de otro para su existencia, es decir, cuando un derecho no pueda existir por sí solo, o bien si un derecho puede existir por sí solo, se clasificará ya como derecho dependiente o ya como derecho independiente, considerando que en la mayoría de los casos, nos encontramos ante derechos subjetivos independientes, así como también debemos considerar que la situación de dependencia entre los derechos subjetivos de que se trata es de carácter recíproco ya sea un derecho subjetivo funcionando con otro derecho subjetivo o bien con un deber, y como ya vimos que a todo derecho subjetivo corresponde un deber, en tal caso todo derecho subjetivo es dependiente.

9.- Los sujetos podemos ser titulares de derechos que o bien nos sirven de fines o bien de medios para alcanzar un fin, de ahí que esta clasificación se haga de acuerdo con el maestro Morineau en atención al fin que los propios derechos persiguen. La simple autorización de conducta será un derecho fin; de otra manera aquellos derechos que tienden a proteger derechos ya existentes, se denominarán derechos medios. Bien podemos decir que son medios porque son los instrumentos necesarios de que nos podemos valer para garantizar la existencia de otros derechos. Al efecto diremos que el derecho de acción es un medio porque aun tratándose de un derecho autónomo sirve para proteger a todos los demás derechos subjetivos.

10.- En atención a la generalidad del supuesto mencionado por la norma existen derechos subjetivos absolutos que se adquieren sin que el sujeto haga algo para ello, sino, que por el simple hecho de pertenecer a un grupo que en abstracto menciona la norma y son derechos absolutos que no recaen sobre cosa alguna.

Al respecto citamos ejemplos que nos señala el maestro Morineau: el ser mexicano, ciudadano, habitante del país.

También en atención al supuesto mencionado por la norma pueden existir derechos subjetivos relativos, que para su adquisición requieren de la realización de un hecho concreto, como cuando en el caso de los derechos reales, la norma exige a los que parcialmente pueden llegar a ser titulares de tales derechos, la realización del supuesto o del hecho concreto, para que a su realización sobrevenga como consecuencia la adquisición o nacimiento de los mismos. "Clasificación que coincide con la que se hace en atención al momento del nacimiento del derecho subjetivo".

11.- En cuanto a que para el ejercicio de un derecho, tal ejercicio este sujeto a una condición, el maestro Morineau los denomina derechos subjetivos contingentes, distinguiéndolos de aquellos derechos que sin estar sujetos a condición para su ejercicio, son susceptibles de realizarse desde el momento de su nacimiento, o bien sea que desde el momento de su autorización, simultáneamente se otorga su ejercicio, sin que medie condición alguna, como ejemplo el derecho de acción, derecho que otorgado puede ejercitarse sin la realización de otro supuesto. Artículo 1939 del Código Civil, que cita el maestro Morineau: "la condición es suspensiva, cuando de su cumplimiento depende la existencia de la obligación".

12.- Finalmente el maestro Morineau nos recomienda la conveniencia de distinguir entre derechos renunciables, con los potestativos y entre los de ejercicio obligatorio con los irrenunciables, para efecto de no confundirlos diciéndonos que los de ejercicio obligatorio, son irrenunciables, cosa lógica, ya que el obligado no puede renunciar a su deber y por ende tampoco al deber de cumplir con él. (124)

C).- EL DEBER JURIDICO SU FUNDAMENTO DE VALIDEZ Y ESPECIE DEL DEBER JURIDICO.

Algunos autores se han conformado en la búsqueda de la validez del deber jurídico, con decir que tal validez se funda en la utilidad del deber jurídico que sirve para la realización de los valores jurídicos. Esta afirmación al decir de Oscar Morineau es té de acuerdo con los moralistas que sólo afirman que el deber es válido porque se funda en los valores, sin hacer un análisis de los valores jurídicos.

(124) MORINEAU. Ibidem. pp. 108 a 112

Otros autores nos dicen que sólo tenemos el deber de hacer u omitir lo que la norma ordena, confundiendo al deber con los derechos de ejercicio obligatorio, sin que se den cuenta de que todo lo que la norma ordena, al ordenarlo no sólo lo ordena, sino que lo permite necesariamente ya que sería contradictorio que la norma exigiera hacer sin autorizar la acción o la omisión, - pero también tenemos que señalar que si la norma exige, al autorizar la acción estaremos en presencia de un derecho subjetivo, es decir un facultamiento de conducta, de ahí que nos encontremos con que se crea una confusión, no sólo para los autores, sino aún mayor para los que sin tratar de innovar en el derecho - tratamos, solamente de comprenderlo y nos encontramos con que la mayoría de autores se limitan a decir que el deber jurídico es lo exigido o lo ordenado, sin darse cuenta que eso es objeto de un derecho y no de un deber.

Para Kant el deber jurídico es una obligación ética indirecta al considerar "que un mandato obliga al sujeto, al cual está dirigido solamente cuando lo acepta voluntariamente y siempre que se trate de una regla dotada de validez universal". (125). Sin embargo es criticable esta afirmación ya que sabemos que, no está dado a los sujetos manifestar su voluntad para que se de la obligatoriedad de una norma, por ejemplo la mayoría de sujetos, tienen un mandato o como en las disposiciones de una norma de carácter tributario, mandato que no aceptan voluntariamente, y sin embargo tienen que cumplir con él y es una regla dotada de validez universal.

Luego el aceptar que una norma sea obligatoria o que nazca un deber jurídico porque está dotada de validez universal, no implica que esté fundamentando la validez del deber jurídico - pues sabemos que ni siquiera su cumplimiento depende de la voluntad de los sujetos, ya que al infractor incumplido de una norma le será aplicada una sanción que es la consecuencia del incumplimiento del propio deber, y si ni su cumplimiento depende de la voluntad, mucho menos su validez.

Kelsen nos enseña que estar jurídicamente obligado a cierto comportamiento significa que la conducta contraria es antijurídica y que como tal, representa la condición de una sanción establecida por la norma, es decir que todo humano sin excepción es un infractor en potencia por estar jurídicamente obligado a

(125) KILMINEAU, Oscar: EL ESTUDIO DEL DEBER. Prof. Luis Recaséns Siches. Editorial Porrúa, S.A. México. 1953. p. 146

una conducta contraria, a la que es condición necesaria para la aplicación de una sanción. Abundando en las consideraciones de Kelsen y tratando de entenderlo en cuanto a las mismas, hablaremos de la siguiente definición que de deber jurídico nos da Kelsen. Kelsen considera que el deber jurídico, es aquella conducta contraria al acto antijurídico; es decir el contenido del deber jurídico que determina exclusivamente por oposición al contenido del acto antijurídico. De esta suerte si el acto antijurídico es aquella conducta que el derecho toma en cuenta para aplicar la sanción de tal manera siempre resulta ser el hecho condicionante de la consecuencia coactiva, el deber jurídico va a ser justamente la conducta contraria a la que constituye el contenido del acto antijurídico. Por lo tanto el contenido del deber jurídico se determina realizando la conducta contraria a la que la ley toma en cuenta como condición de la consecuencia coactiva.

Sólo por exclusión Kelsen determina el contenido del deber jurídico, de modo es que de acuerdo con Kelsen, siempre tendremos el deber de realizar la conducta contraria al hecho antijurídico.

Kelsen nos dice que en cuanto a las obligaciones naturales a cargo de un sujeto, no existe deber de cumplirlas ya que no realiza el sujeto una conducta antijurídica al no cumplir con ellas, y por ende como el contenido del deber jurídico es la conducta contraria al hecho antijurídico, el no cumplir con este tipo de obligaciones no es ilícito porque no es sancionable, ya que la sanción no podría nacer, ya que requeriría que se diera el incumplimiento de un deber y que en este caso no existe, según Kelsen.

Por el contrario la teoría tradicional se expone en forma inversa a la de Kelsen y que ésta considera al deber como primario y el incumplimiento del deber es decir el acto antijurídico, sólo será el supuesto para que opere una norma secundaria que impondrá la consecuencia coactiva, consecuencia coactiva que sólo opera para el caso de que se falle al cumplimiento del deber.

Además desde el punto de vista de la lógica, Kelsen considera conveniente enunciar primero el deber jurídico, definirlo antes de definir la sanción, considerando que ésta es la consecuencia del incumplimiento de aquél.

Cossío al igual parte de que lo primario es el deber jurídico, al decirnos que: "dado un hecho con su determinación temporal, debe ser la prestación de alguien obligado frente a alguien pretensor; o si no es la prestación, deberá ser la sanción que aplicara un órgano del Estado, ante la pretensión de la comunidad soberana". (126). Sin embargo Kelsen ya no concibe como norma primaria al deber y considera que en realidad es la norma secundaria y si lo consideramos así es porque estamos acostumbrados a razonar en el derecho, como razonamos en el orden moral, -

(126) RUIJINA VILLEGAS, Rafael: INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO. Segunda Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1967. p. 18

que sería al igual que procede el método del derecho natural. Para Kelsen esto sería de acuerdo con la lógica del sentido común, pero él nos propone invertir la lógica en cuanto al punto de vista jurídico, ya que perdería sentido un deber jurídico si no está sancionado, convirtiéndose en un deber virtual como en el caso de las obligaciones naturales, de ahí que sea muy importante no definir al deber por su propio contenido, sino por el contrario que se defina como conducta contraria a la del contenido de los hechos anti-jurídicos, de acuerdo por lo tanto que los deberes jurídicos deben ser definidos por el legislador -- cuando haya sanciones, garantizando la efectividad del derecho, que elabore imponiendo sanciones penales a todos aquellos actos indeseables. Luego la proposición concreta de Kelsen es la siguiente, al decir de Roxina Villegas: "primero eliminar los actos indeseables a base de sanciones, definir el ámbito de lo prohibido, sancionándolo. Será el campo de lo anti-jurídico, para de ahí deducir lo jurídico en sentido obligatorio y dar contenido a los deberes, sólo en tanto y cuanto sean formas de conducta impuestas como contrarias a los hechos anti-jurídicos". (127)

En cuanto al deber en relación con la sanción, Kelsen sólo concibe al deber jurídico como la conducta contraria al hecho que es condición para la aplicación de una sanción, es decir la conducta anti-jurídica.

Al decir de Roxina Villegas en cuanto al obligado a pagar contribuciones, está obligado a pagarlas porque el no pagar, es el hecho anti-jurídico, o bien, el supuesto condicionante de la sanción.

De todo esto deducimos que el objeto del deber jurídico es la conducta contraria a la sancionada y al encontrarnos con la opinión de Oscar Morineau, nos enseña que la objetividad de la teoría para encontrar el objeto del deber es aparente y nos haría con saber que conducta está sancionada, para que al encontrarnos con la conducta contraria encontremos dicho objeto del deber, señala el maestro Morineau que para Kelsen una regla -- cualquiera se convierte en regla jurídica, por la magia del castigo. La objetividad de que habla Kelsen consiste en describir de forma objetiva un producto que es en sí subjetivo, de acuerdo con la doctrina de Kelsen que considera que toda estimación es subjetiva e irracional. Kelsen procede de la misma manera -- en que lo haría un psiquiatra, que afirma que solamente es racional el comportamiento de los locos, fundándose en el hecho -- de que la psiquiatría lo describe en forma objetiva. (128). -- Por ello Morineau nos dice que el procedimiento empleado por Kelsen para establecer la objetividad de la ciencia jurídica, -- no es objetivo, ni científico, ni jurídico. Que para identificar el derecho es necesario justificarlo, puesto que no es posible afirmar con fundamento que determinada conducta es obligatoria por el hecho de que la conducta contraria está castigada. --

(127) ROJINA. Ob. cit. p. 19

(128) MORINEAU. Ob. cit. p. 148

El enlace del castigo a determinada conducta depende del concepto que tenga el legislador acerca de lo debido, de ahí que carece del fundamento la afirmación de que sólo son derecho las disposiciones subjetivas de los que logran sustentar el poder.

No todo lo que está sancionado, debe ser, o bien como señala el maestro Morineau al respecto que: "no es científico decir que algo debe ser por estar sancionado y por pertenecer a un todo firmemente establecido, ya que no es posible derivar el deber ser del ser". (129)

Estamos de acuerdo con Oscar Morineau en que resulta inútil fundar el deber en la sanción, ya que si tal fuera llegaríamos a la negación de lo que queremos probar.

Al decir de Oscar Morineau, nos encontramos con que Kelsen logra decirnos que es el deber, ya que nos señala que el deber jurídico es la conducta contraria a la que sirve de condición para que sea aplicada la sanción, pero de la misma manera nos encontramos con que el mencionado autor, no logra fundamentar ni justificar el deber, ni mucho menos logra descubrir la esencia del mismo. Concluye la opinión de Oscar Morineau diciendo que Kelsen y la mayoría de los autores incurrir en error al hablar del deber jurídico, porque lo confunden con el derecho subjetivo de ejercicio obligatorio.

Fritz Schreier. Este autor en cuanto al deber sigue a Kelsen y nos dice que para él sólo tiene sentido el deber por ser el único obligatorio y a más de ello el deber jurídico sólo tiene relevancia en cuanto a su incumplimiento, ya que éste es el que produce la norma secundaria o sancionadora. En contra de tal afirmación, nos encontramos con la crítica del maestro Morineau, con la cual estamos de acuerdo y nos dice que tampoco el hecho del incumplimiento produce a la norma secundaria, mientras éste no funja como supuesto jurídico de la norma sancionadora, el hecho es sólo eso mientras no esté referido al supuesto normativo, siendo la norma la que le da sentido al hecho del incumplimiento y no el hecho del incumplimiento el que produce la norma. Pensamos que tales errores sobrevienen cuando se hace depender todo el conocimiento jurídico del castigo y sobre todo ya vimos que el deber jurídico, carece de sentido como objeto independiente de conocimiento a diferencia de afirmar que sólo lo obligatorio tiene sentido como dato de una norma.

Nosotros como siempre y a todo lo largo del desarrollo de esta investigación hemos manifestado estar de acuerdo con el maestro Oscar Morineau y por ello en este caso también estamos de acuerdo con él, en cuanto a la siguiente afirmación: "El deber jurídico queda justificado cuando aparece como objeto correlativo -

del derecho subjetivo" (130). El deber jurídico adquiere sentido cuando lo encontramos como objeto relativo, formando parte -- junto con el derecho subjetivo del concepto de consecuencias de derecho. Al respecto se afirma que el deber jurídico y el derecho subjetivo, coexisten siempre en la regulación jurídica ya -- que se encuentran fundidos recíprocamente, pues no podrían existir el uno sin el otro. Para que el hombre se realice requiere precisamente de conducta externa, luego es valiosa toda manifestación de libertad, encontrando tal manifestación el límite, en la posibilidad de que los demás realicen precisamente su conducta externa, luego será valioso imputar a los demás el deber de -- abstención con el objeto de proteger y autorizar la libertad de cada sujeto.

La necesidad de que los hombres vivamos en sociedad, viene de la imposibilidad que tenemos para que por nosotros mismos satisfagamos todas nuestras necesidades, luego también aparece la cooperación intersubjetiva como una necesidad social de ahí que para lograr la cooperación es necesario facultar la conducta ajena, como es necesario facultar la propia conducta. Luego hemos visto ya que el deber jurídico y por tanto es valioso, de donde su incumplimiento deber ser sancionado y no así que por que una conducta está sancionada, debe ser la contraria al objeto del deber.

Luego, a todo esto, el derecho subjetivo es fundante del deber jurídico y elemento constitutivo de toda norma jurídica.

¿Qué es el deber jurídico? Según lo que hemos venido observando, nos damos cuenta que Kelsen no logra decir que es el deber -- jurídico y lo confirmamos al encontrarnos con que nos dice, que es deber la conducta contraria a la castigada, pues tal conducta es conducta permitida y por tanto contenido de un derecho subjetivo y no contenido de un deber jurídico, de modo es que creemos junto con Morineau que lo que en realidad define es un derecho -- subjetivo de ejercicio obligatorio, ya que al autorizar la conducta contraria a la sancionada nos encontramos que con que tal autorización es un derecho subjetivo y el sujeto es constreñido a realizarlo.

Otra opinión la encontramos en Rojina Villegas que nos define al deber jurídico como un "Estado de sujeción por virtud del -- cual un sujeto denominado pasivo, se encuentra constreñido a dar, hacer, no hacer o tolerar, respecto de un sujeto activo". (131)

La misma crítica que se le hace a Kelsen opera para Rojina Villegas, ya que también nos habla de un hacer, el cual es objeto de un derecho subjetivo y aún más se dice que al hablarnos de -- que el deber es un Estado de sujeción, decimos, que no es tal, -- sino un elemento obligatorio de la norma y constitutivo de la --

(130) MORINEAU. *Idem.* p. 151

(131) ROJINA. *Ob. cit.* p. 331

nisma, por lo antes expuesto creemos que Cajina define en realidad un derecho de ejercicio obligatorio que constriñe a realizar la conducta facultada.

Como el maestro Recaséns se adhirió a la opinión de Nelsen creemos innecesario volver sobre las críticas anteriores y por ello nos limitamos a mencionar tal observación de aceptación por parte de ese autor.

Por otro lado nos encontramos con la opinión del maestro García Máynez, y del deber jurídico nos dice que se trata de una manifestación de las consecuencias de derecho, pero además no dice de acuerdo con Radbruch que la obligación moral tiene el carácter de deber, pero solamente deber, en tanto que la obligación jurídica además de tener el carácter de deber, también tiene el carácter de deuda, o sea que tal obligación jurídica, además de estar constreñido a cumplirla el sujeto, es susceptible de ser exigida por otro sujeto. Nos sigue diciendo que es a la luz de los valores como se puede determinar la existencia de un deber como deuda. Sin embargo el maestro Morineau nos dice que a la luz de los valores el deber jurídico nace como consecuencia de haberse autorizado conducta, luego el deber jurídico no es válido por el hecho de que se pueda exigir por otro sujeto distinto de su titular, es válido porque permite la realización del derecho subjetivo que es el fundamento del deber jurídico.

El maestro García Máynez nos entrega una definición de deber jurídico, diciendo que es: "la restricción normativa de la libertad de un sujeto, derivada de una exigencia cuyo cumplimiento constituye, para otro u otros, el contenido de un derecho". (137). Aquí vemos que para García Máynez el deber jurídico concretamente es la restricción de la libertad jurídica del sujeto deducimos tal restricción, como un efecto limitativo sobre el derecho de libertad y ¿esto implica el haber encontrado qué es el deber jurídico? Creemos que no constituye una definición del deber jurídico la afirmación de que la libertad ha dejado de existir.

Habiendo ya analizado las anteriores opiniones veremos lo que para el maestro Morineau es el deber jurídico. Si nos ponemos a pensar en el por qué de la imposición a una determinada persona de un deber, nos encontramos con que dicha imposición es hecha para hacer posible el otorgamiento de derechos a otra persona y esta posibilidad se logra por la propia finalidad del deber jurídico, que es la de provocar la acción o la omisión del obligado, dando como resultado que el obligado preste su conducta al sujeto activo o bien que al autorizado por la norma se le impida la realización de la conducta facultada. En todos los casos el deber tiene por resultado restringir la libertad del obligado al prohibirle o exigirle la acción. En ocasiones la norma autoriza la acción y para ello al mismo tiempo prohíbe la omi --

(137) GARCÍA MAYNEZ, Eduardo: INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO - CHU. Décimacuarta edición, Prof. de Virgilio Domínguez. - Editorial Porrúa, S.A. Mexico. 1967. p. 268

sión y por tanto también prohíbe la opción, luego, está restringiendo la libertad del obligado. En ocasiones la norma autoriza la omisión y al mismo tiempo prohíbe la acción y también necesariamente la opción, de este modo se provoca ya la acción o la omisión. - "Es aquí cuando aparece el deber, la restricción de la conducta del sujeto obligado" (133). De donde el deber claramente resulta ser, la prohibición de conducta, positiva o negativa, el deber jurídico es siempre la restricción de la libertad del obligado. El obligado tiene la facultad de hacer y la prohibición de omitir y de omitir o bien la facultad de omitir y la prohibición de hacer y de omitir.

D).- LA PERSONA JURIDICA

¿Será la persona jurídica un concepto fundamental? Al analizar a los autores en cuanto a la persona jurídica, nos encontramos con que nos tratan de explicar quienes son los sujetos de derecho, cuestión que la propia ley resuelve, mediante enumeración que hace en los artículos del 22 al 28 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales.

Aún cuando ya en otras ocasiones nos referimos a los conceptos jurídicos fundamentales en general, nos volvemos a hacer esta pregunta, para el efecto de situarnos y poder más o menos tratar de expresar nuestra idea al respecto: ¿qué es un concepto jurídico fundamental? ya vimos que todo concepto es un predicado referido a una materia de conocimiento, al sujeto de un juicio. El concepto es fundamental cuando es integrante del objeto al cual pertenece o se refiere. Entonces si consideramos a la persona jurídica como un concepto jurídico fundamental, diríamos que: Entonces este concepto jurídico fundamental, será el predicado referido a la persona jurídica, sin el cual éste no puede concebirse. Podemos decir, como ya lo hemos afirmado, que los conceptos jurídicos fundamentales serán los integrantes de toda norma jurídica, y que todo aquello que no esté en la norma jurídica no será un concepto jurídico fundamental. De lo anteriormente expuesto podemos deducir de manera rudimentaria que por cuanto las normas jurídicas en todo caso atienden a regular conducta humana, por ello nosotros consideramos que la persona jurídica sí es un concepto jurídico fundamental, ya que lo consideramos dato invariable de la norma que siempre hace referencia a la conducta del sujeto, para regularla.

Todos los autores están de acuerdo en que el derecho es la regulación bilateral de la conducta humana y nos encontramos a cada instante con afirmaciones que nos indican, como es lógico, que los seres humanos son los sujetos del derecho en el sentido de que la norma se refiere a ellos en cuanto regula su conducta. Para efecto de ampliar más el tema y con el propósito de aprender un poco más al respecto, trataremos de investigar que es la persona jurídica.

Al decir de Oscar Morineau nos encontramos con qué persona jurídica es: "El ser humano en cuanto su conducta es regulada por la norma jurídica" (134). Si la conducta regulada es el objeto o contenido del deber o del derecho, nos encontramos que tal deber o tal derecho, tiende, uno a prohibir conducta, u otro, a facultarla y ¿a quién autoriza o prohíbe conducta?, al sujeto, de otro modo también al hablar del supuesto jurídico como el hecho mencionado - por la norma de cuya realización depende el nacimiento de las consecuencias, ¿quién debe realizar el hecho mencionado? o si no depende dicha realización del sujeto, ¿para quién son trascendentes las consecuencias que de tal realización devengan?, sólo para el sujeto, luego volvemos y lo haremos cuantas veces podamos y sea necesario, a considerar que la persona jurídica si es un concepto jurídico fundamental, si bien los sujetos no se personifican dentro de la norma, la norma siempre alude al sujeto, por cuanto le va a regular su conducta.

Al decir de Oscar Morineau "el sentido de la persona jurídica lo encontramos refiriendo el hombre a la norma". (135). Y para encontrar al sujeto de derecho recurrimos a la norma de derecho, siempre que aparece una comunidad humana por la necesidad de una regulación intersubjetiva de la conducta de los hombres. ¡Ah! pero vemos que la persona jurídica es tal en tanto cuanto que realiza valores jurídicos, formando parte de las relaciones jurídicas, ya como sujeto pasivo, ya como sujeto activo, de ahí que el hombre no sea persona jurídica en su plenitud sino en tanto que realiza conducta jurídica, al respecto citaremos un ejemplo que nos da el maestro Morineau: "el precepto que prohíbe la adquisición de bienes raíces a los extranjeros en la zona prohibida, respecto de éste el extranjero no es sujeto de derecho, pero no por ello deja de ser persona jurídica, si bien carece de capacidad para adquirir bienes raíces en la zona prohibida, pero sí es persona jurídica no en su plenitud en este caso, por que al realizar la conducta prohibida no realiza un valor jurídico, sino antes bien su conducta será antijurídica, por no ser sujeto del derecho subjetivo de propiedad, pero el no ser persona jurídica plena no es si negarle la personalidad, sino antes bien es persona jurídica por la existencia del reconocimiento normativo de que una persona tiene la posibilidad de llegar a ser sujeto de derechos y deberes y si a un individuo se le desconociera la posibilidad de llegar a ser sujeto de derechos o deberes, se desconocería su personalidad jurídica.

En cuanto a la persona moral o colectiva, existen diversidad de criterios en cuanto a su designación, primero vemos que se le designa persona moral a una sociedad, afirmación a la cual el maestro Morineau adereza crítica, diciendo que "el hombre mismo es sujeto de derecho, no en cuanto realiza valores morales, sino en cuanto realiza valores jurídicos". (136)

(134) MORINEAU. Ob. cit. p. 169
(135) MORINEAU. Ob. cit. p. 169
(136) MORINEAU. Ob. cit. p. 173

Por otro lado, lo contrario de persona moral no sería persona colectiva, sino persona inmoral, de ahí que atinadamente nuestro maestro, ya tantas veces citado Oscar Morineau, diga que: "la persona llamada moral, nada tiene de moral pues su estructura o esencia es completamente irrelevante desde el punto de vista moral.

En segundo lugar, se le designa también persona colectiva, lo cual es incorrecto, porque se trata por medio de la personalidad jurídica hacer desaparecer, el dato de colectividad o pluralidad, atribuyéndolo a un solo ente un conjunto de derechos y deberes y si tal no fuera no sería sino de acuerdo con Kelsen una pluralidad de puntos ideales de imputación de derechos y deberes, degenerando tal idea ya que debiera ser precisamente con la creación de dicho ente la unificación de derechos y deberes haciendo posible la concepción Kelseniana de que toda persona jurídica es un punto ideal de imputación de derechos y deberes. Posiblemente sería más propio hacer una distinción en cuanto a personas físicas también resulta impropio, ya que el hombre es persona jurídica, no por el hecho de ser físico, sino en virtud de que realiza valores jurídicos. No obstante lo anterior, en realidad no representa problema ya que el problema es más de designación que jurídico, ya que la podemos llamar como se quiera y no por ello nuestro derecho dejará de funcionar en cuanto a la regulación de tales entes, ya que siguen siendo susceptibles de que se les regule su conducta imponiéndoles deberes y concediéndoles facultades, ¿o qué no tales personas jurídicas pagan un impuesto?, ¿o qué no tienen derecho de contratar por medio de sus representantes? y así lo afirma nuestro maestro Oscar Morineau, al decirnos que las palabras no son un obstáculo para el conocimiento, si previamente sabemos cuál es la función que desempeñan.

Enumeraremos las teorías que tratan de explicar en qué consiste la persona moral, ya que nuestro propósito es solo saber si la persona jurídica ya moral, ya física es un principio jurídico fundamental y con ello llegar a saber, con el total de este estudio si se trata de elementos que hacen que la norma resulte adecuada a su fin:

1.- La teoría de la ficción partiendo del dato de que el individuo es un sujeto de voluntad, o sea que las personas colectivas, carecen de voluntad y por tanto no pueden ser verdaderos sujetos de derecho y de este modo llega a la conclusión de que se trata de creaciones ficticias que colocan a tal creación de las disposiciones que la fundamenta como sujeto de derecho sin que para lo cual según esta teoría exista sujeto de voluntad. De manera breve pero muy clara se le hace la crítica a tales afirmaciones, diciendo que la voluntad no es un dato determinante para fundamentar plenamente su carácter ficticio, pues si tal fuera tendríamos que aceptar que los alieni-juris y en general todo incapacitado ya por la edad o ya por enfermedad mental, son ficciones, cuando que en realidad suce-

de todo lo contrario porque el incapacitado carece de voluntad y sin embargo es sujeto de derechos.

2.- La teoría realista. La encontramos como es lógico en contraposición a la teoría de la ficción y por principio de cuentas vemos que se afirma que al reconocer al Estado mismo como encargado de reconocer a crear a todas las personas morales, ¿cómo podría decirse que es una ficción?, si al ser ficción necesitaría de que alguien lo reconociera a él y por ende no podría ser la fuente de las demás personas morales. Por otro lado se sigue afirmando que la teoría de la ficción está equivocada ya que al dividir a todos los objetos de conocimiento en reales y ficticios, nos tomando en cuenta a una gran cantidad de objetos de conocimiento que son verdaderos sin ser reales, tales como la lógica, los principios, los conceptos y valores, etc., y aún más señalan que es una realidad que tanto la persona moral como toda persona jurídica, funge de punto central para la imputación de derechos y deberes y de ahí que no estemos en presencia de una ficción en cuanto a su función se refiere. La persona moral ¡igual que toda persona física tiene un fin que realizar, dato que además de ser invariable, más que ficción denota realidad. Enumeramos una serie de datos que como reales también son invariables a las personas morales: a) un conjunto de personas que se encargan de ejercitar sus derechos y deberes; b) un patrimonio propio diferente de sus componentes; c) un nombre (razón social) d) un domicilio (sede); e) una nacionalidad; f) capacidad. Todos éstos nada tienen de ficticios, de las consideraciones anteriores, autores hay que han llegado al extremo de afirmar que nos encontramos ante un verdadero sujeto de derecho, en un todo viviente con partes vivientes.

El maestro Morineau a tales consideraciones hace la siguiente crítica: "basta con observar que la persona moral no ocupa un lugar en el espacio y que los elementos reales relacionados con el ente ideal, no son la persona moral misma. Esto es, no son elementos o partes de un todo. Las doctrinas realistas no sirven para convencernos que no se trata de una ficción y de que no podemos definir el concepto de persona jurídica simplemente como un centro de imputación, ya que evidentemente este concepto no está integrado por varios elementos, además de la función invariable que desempeñan". (137)

3.- Por otro lado nos encontramos con la teoría que sólo acepta la existencia de un patrimonio de afectación o sea que afecta la existencia de un patrimonio sin sujeto, afectando a un fin al igual que la persona física tiene su patrimonio afectado a sus fines personales y la persona moral tiene su patrimonio afectado a la realización de su objeto.

La crítica que se le puede hacer a esta teoría se hará de la manera más sencilla, ya que no podemos aceptar la existencia de un patrimonio sin sujeto, y para ello nos basamos en la siguiente definición de patrimonio, que el libro del maestro Morineau tomamos: "Patrimonio es el conjunto de derechos y deberes de un sujeto". (138)

Ahora bien si decimos que se trata de un conjunto de derechos y deberes y sabemos que dichos deberes y derechos son facultamientos y prohibiciones de conducta, ¿cómo vamos a autorizar o prohibir conducta a los sujetos, por lo que se hace necesaria la existencia de un sujeto, luego resulta un contrasentido la afirmación de la existencia de un patrimonio de afectación sin sujeto.

4.- Kelsen nos brinda al decir del maestro Morineau una explicación estrictamente jurídica de la persona jurídica, al decirnos que tanto la persona física como la moral con inclusión del Estado aparecen como centros o puntos unitarios de imputación de derechos y deberes. Para Kelsen aún la persona física no es un ser ficticio ni real, sino la personificación de la norma o del orden jurídico parcial o total. Situación como es la de Kelsen ya que no se ve obligado a explicar el tránsito abismal que existe entre la persona individual y la colectiva ya que parte del dato formal universal que caracteriza a toda persona jurídica. Y efectivamente al hablar de persona jurídica, toda persona jurídica, nos encontramos en presencia de un punto ideal de imputación de derechos y deberes, hecho por la norma. Pero lo que no está de acuerdo el maestro Morineau, es en la afirmación que hace Kelsen al decir que el sujeto de derecho es la personificación de la norma y que el derecho subjetivo es la misma norma desde el punto de vista personal, y resulta que la persona no es el conjunto de normas que regulan la conducta de x, ni los actos de X, sino que X es la persona a la que la norma va a regular su conducta, por cuanto a que el derecho subjetivo es la misma norma desde el punto de vista personal, nosotros sólo sabemos que los derechos subjetivos son el elemento, sí de una norma, pero facultamiento de conducta y no persona. O bien como opina el maestro Morineau que: "es evidente que el orden jurídico no es la persona y en consecuencia no tiene sentido afirmar que el mencionado orden ha sido personificado." Que el orden jurídico creado reconozca a la persona o se refiera a ello, como elemento de la relación jurídica y como fuente de la conducta regulada, es evidente; pero de allí no se deriva la conclusión de que la persona sea la personificación de la norma. (139)

Kelsen no logra descubrir que es la persona jurídica, aún cuando nos dice que es un centro ideal de imputación de derechos y deberes, no nos dice en que consiste imputar derechos y deberes a alguien, para poder determinar como se imputan a un punto ideal.....

(138) MORINEAU. Ibidem, p. 175

(139) MORINEAU. Ibidem, p. 177

El maestro Morineau nos dice, que al decir que cada persona jurídica es un centro ideal de imputación de derechos y deberes, es igual a decir que los derechos y deberes que se imputan a cada persona, se concentran en ella y no en otras o en la nada, -- nos trata de aclarar tal afirmación por medio de un ejemplo, diciendo: "es como si dijéramos que las manzanas colocadas en determinada canasta, se encuentran efectivamente colocadas en ella y no dispersas por el suelo; de donde se derivaría la siguiente definición, la canasta es el punto unitario o centro donde se colocan las manzanas, evidentemente estamos definiendo la función que desempeña la canasta y no la canasta misma" (140). De todo lo anterior y lo que difícil ha sido para nosotros, sacamos en conclusión que el maestro Morineau trataba de decirnos que Kel - sen está equivocado si cree que al definir a la persona jurídica como centro ideal de imputación de derechos y deberes, lo ha conseguido, ya que no hace la aprehensión directa del objeto, sino que pretende que la función sea el objeto mismo.

Siguiendo con las ideas que nos propone el maestro Morineau y para tratar de desentrañar lo que en realidad es la persona jurídica, nos encontramos como datos constantes de la persona colectiva: 1) que es o puede llegar a ser sujeto de derechos y deberes, más no sujeto de ejercicio o de cumplimiento y por tanto; 2) que invariablemente tiene que estar dotado de órganos o personas físicas, encargadas de ejercitar sus derechos y cumplir sus deberes. Por otro lado debemos afirmar que la persona jurídica, es el hombre en cuanto tiene capacidad para llegar a ser sujeto de relaciones jurídicas, en cuanto a lo que es la persona jurídica colectiva, como en todos los puntos de este estudio, nos adherimos a las consideraciones y opiniones del maestro Morineau que nos dice: "aparece la personalidad jurídica cuando la norma a) reconoce como lícitos los fines perseguidos por uno o más individuos; b) permite que todas las actividades relacionadas con la realización del fin perseguido, sean catalogadas como actividades realizadas en representación de un ente ideal" (141)

En resumen tanto las personas físicas o ideales, jurídicas, son el ente al que se imputan derechos o deberes, solo que cuando se trata de personas colectivas ideales, lógico resulta que necesariamente tal persona deberá estar dotada de un fin y de -- personas físicas que cumplan con los deberes y ejerciten sus derechos.

¿Debemos aceptar que la persona colectiva es un punto ideal de imputación de derechos y deberes? El maestro Morineau nos dice que no, que ya vimos que la persona jurídica es el hombre por la susceptibilidad de llegar a ser sujeto de derechos y deberes, y nos complementa diciendo, lo cual aceptamos, el derecho es de los hombres, para los hombres y hecho por los hombres, de ahí -- que no aceptemos que la persona colectiva sea en sí la persona jurídica, sino que en sí es la función y el medio para realizar

(140) MORINEAU. Ibidem. p. 182

(141) MORINEAU., Oscar: EL ESTUDIO DEL DERECHO. Prof. del Dr. Luis Recaséns Siches. Editorial Porrúa, S.A. México 1953. p. 188

los fines que la persona jurídica, se propone con independencia de sus fines personales, luego, se trata de realizar un fin especial, lícito y de utilidad para la sociedad.

Finalmente nos encontramos con que "la persona moral es un medio construido por el hombre para realizar fines y consiste en lograr conducta humana que es imputada a un centro ideal de fines, concebidos por el hombre, en vez de ser imputada al que los concibe, a al que los realiza, o a otras personas físicas" (142). Parece que nos estamos planteando un contrasentido al no aceptar que la persona colectiva sea un centro de imputación de derechos y deberes y posteriormente, aceptar en la definición que se trata de un centro ideal de imputación, pero tal imputación no es de derechos y deberes, sino de conducta de las personas físicas que la componen, ya que si por ejemplo: Juan Pérez en representación de perfiles plásticos, S.A., realiza un contrato de compra venta con Juan López, la conducta realizada por Juan Pérez, no es imputable a él sino a perfiles plásticos S.A., y la imputación de derechos y deberes deberá ser hecha necesariamente a Juan Pérez que es el que puede ejercer los derechos y cumplir los deberes, sirviéndole de medio para la realización de fines especiales e independizar de sus fines personales, la persona moral. Perfiles plásticos, de este modo hacemos una última consideración: que el sujeto individual y el sujeto ideal jurídico, son dos objetos distintos de conocimiento. El primero concibe y realiza fines; el segundo es el medio construido para realizarlos con independencia de los individuos que lo conciben o se benefician con ellos.

E).- LA SANCION

Toca ahora referirnos a la sanción de la cual diremos que se trata de un concepto jurídico, pero como ya lo hemos señalado al inicio de este estudio en donde manifestamos nuestra adhesión a la opinión del maestro Morineau, quien a diferencia de otros autores distingue que la sanción no es concepto jurídico fundamental, fundándose para afirmar lo dicho en la invariabilidad que debe presentar la existencia de un concepto jurídico fundamental dentro de la norma y se desprende que se quiere expresar tal idea al señalar la fundamentalidad como cualidad del concepto, esto es que el concepto será fundamental cuando sea integrante del objeto al cual pertenece o se refiere, ¿podría negarse tal idea de fundamentalidad?, creemos que no.

(142) MORINEAU. Ob. cit. p. 192

¿Qué es la sanción?

Por principio de cuentas diremos que la sanción es una consecuencia jurídica, nacida del incumplimiento de un deber, tal definición nos da el maestro García Máynez, agregando, en relación con el obligado. De esta definición nos es permitido advertir que el incumplimiento del deber viene a fungir como supuesto necesario de cuya realización depende el nacimiento de la consecuencia, la sanción. Siguiendo con las enseñanzas que del maestro García Máynez podemos recibir nos encontramos que el nacimiento de tal consecuencia se puede traducir en el nacimiento de deberes y derechos correlativos o bien modificación, transmisión o extinción. Pero debemos hacer notar que la sanción carecería de sentido si no fuera referida al incumplimiento y el tal incumplimiento también no tendría sentido si no fuera referido el deber jurídico preexistente.

El maestro García Máynez, es uno de los autores que aceptan que la sanción es un concepto jurídico fundamental, y nos dice que la sanción es un elemento constitutivo de una norma, consecuencia jurídica nacida de la realización de un supuesto y éste es invariablemente el incumplimiento de un deber preexistente. La norma que contiene el deber cuya violación da nacimiento a la sanción se llama norma sancionada y la que contiene la consecuencia llamada sanción se llama norma sancionadora. Existiendo una relación entre estas dos normas la cual expresada por medio de una fórmula que para Kelsen constituye la norma completa:

Si "A" es, debe ser "B".

Si "B" no es, debe ser "C".

¿De qué modo podrá ser aplicada la sanción?, la sanción podrá ser aplicada utilizando cualquier medio llegando inclusive a la utilización de la fuerza, para hacer cumplir al infractor de la norma aún en contra de su voluntad. Al respecto nos es necesario hablar de la coertio, o sea de la fuerza que invariablemente corresponde al Estado. Nuestros autores nos hablan de una coercibilidad como de la facultad que el Estado tiene para hacer cumplir a los infractores aún en contra de su voluntad, pero esta facultad ¿es un don?, ¿es simplemente una facultad?, ¿una cualidad? no, -- creemos que es un deber o sea que el Estado tiene prohibido dejar de ejercer tal facultad, luego como deber requiere de su correlativo derecho subjetivo, o sea facultado a ejercer tal poder, fungiendo lógicamente de supuesto el incumplimiento de un deber para la actualización del deber del Estado. El maestro Marineau hace crítica de esto diciendo que "el incumplimiento no es supuesto para exigir la actividad del Estado, sino únicamente para que el Estado esté en condiciones de determinar si existe o no derecho a lo pedido". (143)

¿No será un poco injusta esta crítica? Creemos que sí porque al Estado se le puede exigir actividad por medio del ejercicio del derecho de acción, se tenga o no derecho a lo pedido y por otro lado no toda actividad del Estado implica la actualización del deber del Estado de aplicar su fuerza coercitiva, precisamente al determinar el Estado si existe o no derecho a lo pedido, está teniendo una actividad, pero hasta aquí no ha actualizado su deber de hacer cumplir, sino hasta que se dé cuenta de la existencia del incumplimiento (supuesto) de un deber y es aquí cuando se da la actualización de su deber.

¿Qué la crítica no la hará basados en que el Estado requiere de analizar las situaciones que se le presentan para determinar si existe el incumplimiento? Pero dicho análisis requiere de un lapso de tiempo y no porque el ejercicio del poder o coercitividad se da hasta que este tiene conocimiento de él, no quiere decir que no se esté actualizando el deber por el supuesto del incumplimiento o bien que no se requiere que en el preciso momento del incumplimiento del titular del deber, el Estado lo haga cumplir aún en contra de su voluntad, sino que basado en el supuesto del incumplimiento ejercerá como consecuencia su deber para hacer cumplir la sanción y el deber incumplido.

Dejando atrás las consideraciones que nuestro pobre criterio pueda expresar, vemos un aspecto importante en cuanto a la aplicación de la sanción y nos encontramos con que existen dos posibilidades, que el sujeto del derecho violado, puede él mismo aplicar la sanción o bien que su aplicación este encomendada al Estado, caso este en que el titular del derecho violado tiene derecho a exigir más no de aplicar la sanción, consideramos que en todos los casos el sujeto activo tiene derecho a exigir que se cumpla con la sanción y nunca de imponerla, pues si tal fuera estaríamos dejando la aplicación del derecho y de la justicia en manos de los particulares, cosa que nos perjudicaría ya que volveríamos a sistemas anacrónicos en los que se permitía la justicia privada. Nos encontramos con un ejemplo en el libro del maestro Morineau y es el siguiente: "Frente a la moral el acreedor tiene derecho de exigir al deudor el cumplimiento de la sanción, o sea que el deudor estará obligado ya no sólo al pago de la suerte principal, sino también al pago de daños y perjuicios. Si el deudor no cumple voluntariamente con la sanción, entonces el acreedor tiene derecho de pedir al Estado que aplique la sanción. Debemos entender que en ningún caso la coacción es la aplicación de la sanción, sino un medio encaminado a hacer cumplir al incumplido con la misma y si aceptáramos tal afirmación nos encontraríamos con que el sujeto encargado de cumplir con la sanción es distinto del que la incumple, es decir que el Estado o el sujeto activo al coaccionar la voluntad del incumplido, estaría cumpliendo con la sanción.

Todo lo que anteriormente hemos tratado acerca de la sanción deseamos que nos conduzca a la posibilidad de desentrañar el papel que desempeña en el derecho, es decir, nos preguntamos que ca

rácter tiene la sanción, ¿se trata de una medida o medio necesario que nos conduzca a la efectividad del derecho? Si aceptamos esto, también debemos aceptar entonces que estamos en presencia, no de un elemento esencial de toda norma jurídica, sino solamente de la norma sancionadora. O bien ¿debemos aceptar junto con Kelsen que una regla de conducta se transformara en derecho cuando está sancionada? Luego para Kelsen nos encontramos con que para que un precepto esté dotado de validez se requiere que esté sancionado, bajo la circunstancia de que dependa del deseo impuesto por la fuerza de los que detentan el poder en una determinada sociedad siendo esto para el derecho, un monopolio de la fuerza para dotar de validez al poder. Por lo consiguiente el derecho positivo será "el conjunto de preceptos dictados y sancionados por cualquier grupo de hombres que consigan establecerse firmemente en el poder" (144). Sigue siendo de esta forma, que la norma sancionada encuentra su validez en la norma sancionadora y que ésta a su vez en otra que sanciona el de ésta. De donde nos adherimos a la crítica que le hace el maestro Marineau, aceptando las consideraciones de Petrazhitzky al respecto de la manera siguiente: "no podemos aceptar que la norma sancionadora encuentre su validez en otra norma que a su vez sancione su incumplimiento, pues de este modo nos iríamos al infinito siguiendo una cadena interminable de normas sancionadas que a su vez sancionan a otras, ahora bien, necesariamente llegaríamos al momento en que una norma sancionadora no esté a su vez sancionada y la falta de sanción referida a tal norma la convertiría en un simple mandato moral. De ahí que la norma que no esté sancionada no estará dotada de validez y por ende carece de fuerza para dotar de validez a la anterior y así hasta regresar al punto de partida dejando sin validez a todo el ordenamiento jurídico.

En resumen nos encontramos que la sanción como elemento de una norma, encuentra su sentido y justificación cuando es referida a la norma que nosotros llamáremos primaria, a la que expresa el deber ser fundante. Si aceptáramos que la sanción es un concepto jurídico fundamental, debemos aceptarlo como tal, sólo desde el punto de vista axiológico, es decir, desde el punto de vista que se considera valioso sancionar, siempre que existe el incumplimiento de un deber, que fungirá como supuesto para el nacimiento de la consecuencia que es precisamente la sanción, pero ya no desde el punto de vista axiológico, sino jurídico. Por esto ¿debemos aceptar la afirmación de que la sanción dota de validez al derecho?, no, por el contrario, ya que en otra ocasión al hablar de derecho subjetivo y del deber jurídico, nos encontramos con que su fundamentación es recíproca, el derecho subjetivo faculta y por ello se requiere del deber para prohibir que se impida el ejercicio de lo que al facultar se considera valioso, luego la validez del deber -

(144) MARINEAU. Ob. cit. p. 203

hace que su incumplimiento sirva de supuesto para que nazca la consecuencia, sanción. La sanción tiene su origen y fundamento en la existencia previa del deber y de su violación, resultaría ilógico afirmar que pueda existir la consecuencia, antes de la realización del supuesto y, cómo puede existir una sanción o un incumplimiento, si antes no hay algo que se pueda incumplir?, sancionar, lógicamente la sanción debe ser porque existe previamente un deber violado y no al contrario, que de la existencia de la sanción devenga la existencia del deber.

El maestro Morineau expresa una opinión en el sentido de que: "no existe para nosotros ningún problema ya que concebimos a la norma primaria como expresión de un deber ser, que vale independientemente de la norma sancionadora. Por lo que, tanto desde el punto de vista, axiológico, la norma sancionada es derecho pleno y es fundante de la sancionadora, con lo cual evitamos el absurdo de fundar lo fundante en lo fundado. Ahora desde el punto de vista lógico lo fundado se deriva necesariamente de lo fundante". (145)

De todo lo anteriormente tratado y como lo explicamos al inicio de este estudio, el deseo de llegar a disentñar el papel que la sanción desempeña en el derecho, y si se trata de un principio jurídico fundamental, creemos que en este punto de nuestro trabajo estamos en la posibilidad de señalar junto con Oscar Morineau las respuestas a las dudas que nos planteamos:

"La sanción no es elemento constitutivo de toda norma jurídica, supuesto que es norma jurídica la que imputa la conducta debida, en forma bilateral, al realizarse el supuesto jurídico. El derecho es la regulación bilateral y obligatoria de la conducta exterior del hombre, es norma completa que: si A es, debe ser B". (146). Ya hemos admitido que la conducta contraria a la que sirve de supuesto para la aplicación de una sanción, es decir lo que sirve de conducta, objeto del deber es obligatoria, de ahí que la conducta contraria al deber, debe producir nuevas consecuencias adversas al infractor y esto es lo que el maestro Morineau acepta como único fundamento de la sanción, concepto éste que se funda como ya vimos en el incumplimiento que deberá estar referido, ¿a qué?, ¿al deber?.

Por otro lado y como complemento debemos señalar que ya que la sanción no es un elemento exclusivo del derecho, porque las normas morales también al facultar o prohibir conductas son susceptibles (más a menudo) de que se incumplan, en cuanto se da el incumplimiento de un deber contenido en ellas traerá como consecuencia el nacimiento de la sanción, por ejemplo: una norma religiosa que diga tienes facultado portarte bien, su deber correlativo de tal facultamiento; es tienes prohibido dejar de portarte bien y aún más, tienes facultado exigir que te permitan lo demás portarte bien, luego, si te portas mal estas incumpliendo con un deber religioso -

(145) MORINEAU. Ob. cit. p. 215

(146) MORINEAU. Ibidem. p. 218

(preexistente) y se traerá como consecuencia la sanción de no ir al cielo, y si el infractor no cree en el cielo se seguirá portan do mal.

Luego con esto ya vemos que la sanción no es exclusiva del derecho. Pero si la sanción moral o religiosa no es coercitiva, la sanción jurídica si lo es, luego los autores nos hablan de un elemento que si resulta privativo del derecho, para darle efectividad, para lograr el cumplimiento del deber jurídico aun en contra de la voluntad del obligado cosa que no sucede tratándose de las normas morales o religiosas. Pero también queremos aclarar que así como no todas las normas están sancionadas, multitud de normas son incoercibles, es decir no tienen la posibilidad de sean hechas cumplir aun en contra de la voluntad, luego es cierto que multitud de preceptos del derecho positivo no son coercibles, ni pueden serlo, pero tampoco por ello se dirá que no son jurídicas ni válidas.

CAPITULO TERCERO

"OBLIGATORIEDAD DE LA NORMA"

Iniciamos este capítulo en el afán de disiparnos ciertas dudas, que apoyándonos en los diferentes autores, hemos de esbozar y son las siguientes: ¿Por qué resulta obligatorio cumplir con la norma?, ¿Deviene esta obligatoriedad de la conciencia propia del titular de la misma?, ¿La obligación de cumplir con la norma es impuesta?, ¿Por quién es impuesta?

El ser una orden o mandato es una característica de toda norma jurídica, con la cual invariablemente debe cumplirse y para tal efecto, las normas establecen sus propios medios de apremio, al decir del maestro Edgardo Peniche López, quien al preguntarse: "¿Quién va a exigir su obediencia? ¿Qué fuerza superior al Estado podrá sujetarlo?", nos dice que es el derecho, la norma imperativa, la que por sí misma lleva el germen del triunfo y la razón; tanto el hombre particular, como la superestructura que es el Estado, deben someterse al imperio augusto de la norma". (147)

Por su parte Rudolf Stammier, al analizar los diversos tipos de obligatoriedad de normas no jurídicas, nos habla también de la obligatoriedad jurídica. "El derecho dice Stammier, es la modalidad formal de la voluntad vinculatoria, autárquica e inviolable" (148). Luego para este autor, en la voluntad de los hombres, se encuentra la obligatoriedad jurídica, siendo además tal obligatoriedad una categoría a priori de la voluntad, es decir que este autor piensa que el hombre se da cuenta de que debe obedecer a la norma jurídica, aun sin que antes haya reflexionado sobre tal obediencia.

Pero creemos que en realidad este autor al descubrir que -- igual cosa acontece con las normas morales, trata de complementar su idea señalando que la obligatoriedad jurídica es vinculatoria, es decir que vincula a los hombres entre sí, haciendo exigible el cumplimiento de la obligatoriedad por uno o varios hombres, a -- otro u otros hombres.

Pero no deja hasta ahí su idea sino que nos dice que la obligatoriedad además de vinculatoria es autárquica, es decir que se impone a los individuos sin consultar su voluntad. Y por último nos dice que es inviolable, es decir, lleva dentro de sí la intención de regularidad y permanencia humanas.

Por otro lado nos encontramos con que el maestro Trinidad - García también nos habla de la obligatoriedad de la norma. Y nos dice que si alguna norma jurídica no fuera obligatoria, tal norma no sería manifestación de derecho.

(147) PENICHE LOPEZ EDGARDO: INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO Y LECCIONES DE DERECHO CIVIL. 7a. Ed. Editorial Porrúa. S.A. México 1969. p. 28

(148) VILLORO TURANZA, Miguel: INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO Editorial Porrúa, S.A. 1966. p. 7

Nos dice Trinidad García que "la fuerza obligatoria de la regla de derecho deriva necesariamente de la sociedad organizada y que el elemento que distingue o hace que distinga este carácter de la norma es la sanción o sea el medio coactivo de que se vale el poder para imponer la observancia de la regla dada, tal elemento no es siempre ostensible, porque la norma es observada involuntariamente por lo general en la sociedad, la sanción se manifiesta sólo cuando se comete la infracción". (149)

Nos apunta de éste modo el maestro Trinidad que la sanción es el elemento del que emana la obligatoriedad de la norma.

Por otro lado nos encontramos con que la aplicación de las normas es encomendada al gobierno del Estado. Sin embargo la mayoría de las veces el sujeto cumple con la norma, sin que para ello exista alguna coacción. ¿Porqué el sujeto cumple sin que se le coaccione?. Tal vez porque el sujeto considera obligatoria a la norma porque reconoce su validez por medio del Estado, al efecto, citamos una afirmación que hace el maestro García Máynez que nos dice que: "el derecho positivo es válido por ser considerado como tal por los hombres y por aplicarse efectivamente, sólo que el maestro nos habla también de un derecho intrínsecamente válido que no requiere del conocimiento de los hombres porque es el que realiza los valores jurídicos". (150)

Si bien para que la norma de derecho resulte obligatoria debe ser valioso cumplir con ella, esto es que reconoce su validez de conformidad nosotros con lo que el maestro Morineau Opina señalamos su criterio: "debemos rechazar esta pluralidad en los fundamentos de validez y sostener que es válida la norma por tratarse del deber, ser salvo que probemos que todo lo que ordenan los que monopolizan el poder es valioso y todo lo que logre convertirse en costumbre también lo es. No podemos llamar fundamento de validez al hecho de que los gobernantes dicten reglas y las sanciones al hecho de que la comunidad practique determinada conducta y la crea valiosa, ya que en esos casos, el derecho resultaría ser el triunfo del más fuerte o sencillamente la manifestación de la costumbre". (151)

Luego la norma resultará valiosa y por ello obligatoria y no porque un grupo de personas en el gobierno las dicten y nos digan que son obligatorias por estar sancionadas sino, porque estamos concientes de que se trata de la expresión del deber ser y por ello serán valiosas y obligatorias ya que vemos que no siempre las normas que un gobierno dicta y sanciona son la expresión del deber ser y como ejemplo podemos alegar algún gobierno que autorice la esclavitud y que dicte normas y las sancione. ¿Tales normas se considerarán por ello expresión del deber ser? Creemos que no, porque se trata de conducta desvaliosa, aquella que faculta a someter a otros seres humanos, a tener la categoría de objetos, y no de sujetos de derecho. Ahora bien se nos dice que dichas normas se han aplicado y hecho cumplir y ¿eso qué? sabemos que del que algo sea no se niega, que así deba ser, y ponemos como ejemplo a

(149) GARCIA, Trinidad: APUNTES DE I. AL E. DEL DER. pp 80 y 81

(150) GARCIA MAYNEZ Eduardo. Estudio del Der. p. 35

(151) MORINEAU. Ob. p. 35

groso modo, explicando, las disposiciones que señala la doctrina - Monroe. En cuanto a la intervención de los Estados Unidos en territorio de países latinoamericanos, por el hecho de que tales territorios existan invasiones de países europeos, que a juicio de los Estados Unidos representen una amenaza para ellos, vemos aquí que se trata de disposiciones de carácter unilateral, pues sólo conceden derechos para los Estados Unidos, sin que los países latinoamericanos hubieren pedido la protección de ellos y ¿en dónde encontramos que se trate de la expresión del deber ser? Aun más los pueblos valientes y personas como Abraham Lincoln nos han demostrado que del que tales normas disvaliosas (las que autorizaban la propiedad sobre las personas de color) fueron, no se sigue que debieran seguir siendo, concluyendo con la abolición de la esclavitud. Al respecto el maestro Morineau, nos dice que: "es posible que un régimen de terror logre establecerse firmemente y crear esclavos sumisos, pero éste orden no es manifestación de la cultura y por ello no puede ser". (152)

Algunos autores basan la obligatoriedad de las normas en el poder, otros en la sanción, y algunos otros en la realización de los valores, seguridad y orden, pero nosotros estamos de acuerdo con que el maestro Morineau en cuanto señala que: "la realización exclusiva y dominante del valor seguridad, por encima de toda otra consideración no es valioso en sí cuando ello significa la negación de la justicia y de la personalidad moral del hombre, portador de valores superiores" (153)

Creemos que tales afirmaciones no salen de lo razonable ni representan ningún peligro para caer dentro de la anarquía ya que se nos objetaría el no basar la obligatoriedad de la norma en aras de la seguridad y el orden, que en todo caso como ya lo apuntábamos son valiosos y por ello encontramos la siguiente aclaración de parte del maestro Morineau como suficiente para rebatir las objeciones que se pudieran presentar. Si estamos concientes, de que si cada sujeto tuviera el derecho de examinar la validez intrínseca de la norma se quedaría automáticamente destruido el orden de la comunidad. Por ello concluimos que un mandato aislado puede verificarse como injusto y como tal no ser obligatorio para el sujeto y sin embargo éste queda obligado a obedecerlo por el vínculo que lo trata a la comunidad, por el deber de no alterar el orden y no someterse a sus mandatos. No es valioso desobedecer un mandato injusto, pues con ello establecemos el principio de que todos pueden hacer lo mismo, cosa que sería causada de llegar fatalmente a la anarquía y al desconocimiento de la lealtad que debemos a la comunidad donde estamos enraizados. Sin embargo cuando un orden firmemente establecido está fundado en el terror y niega al hombre su calidad de persona, entonces también

(152) MORINEAU. Ibidem. p. 35

(153) MORINEAU. Ibidem. p. 35

existe el deber de rebelarse. Si un orden determinado, no sirve para realizar los valores, sino para negarlos, a pesar de que logre la paz debe ser destruido "vivir conforme al derecho concebido como un deber ser, es nuestra propia personalidad". Por otro lado se verifica como valioso y verdaderamente obligatorio el orden que sin poner en peligro su firmeza y la certidumbre proporciona a los sujetos la posibilidad de ser modificado en forma jurídica sin obligarlos a recurrir a la violencia". (154)

De modo es que nos podemos dar cuenta perfecta de que el maestro Morineau acepta que la solidaridad que el individuo debe a la colectividad es fundante de la obligatoriedad de la norma, pero ésta debe ser complementada cuando el precepto encuentra su validez en la expresión del deber por ser cuanto se realizan deberes colectivos.

Al iniciarse el presente estudio nos referimos a los conceptos jurídicos fundamentales, y en aquella ocasión nos pudimos dar cuenta de que una norma susceptible de regular conducta debe contener en su estructura precisamente elementos esenciales que invariablemente se presenten dentro de ésta, pues bien, en aquella ocasión nos encontramos con dos principios jurídicos de singular importancia para tratar de encontrar el fundamento de la obligatoriedad, y éstos son: el derecho subjetivo y el deber jurídico cuya fundamentación resulta recíproca entre ambos, de ahí que no se pueda dar el uno sin el otro, de modo que lo intentamos, es decir, porque creemos que la norma jurídica resulta obligatoria para todo sujeto de derecho. Vimos que el derecho subjetivo es el facultamiento de conducta otorgada por la norma a un sujeto y que el deber jurídico es la prohibición de conducta. Luego nos encontramos con que si la norma jurídica en todos los casos, se limitara solamente a autorizar la propia conducta de un sujeto, sin prohibir la conducta a los demás resultaría que éstos no estarían obligados a abstenerse, de este modo están cumpliendo con la norma sin mayor problema, en vista que señala que señala de que todo lo que no está expresamente prohibido o exigido, está tácitamente permitido. Ahora, por el contrario como ya vimos y hemos repetido que el derecho subjetivo es fundante del deber ser, luego la norma resulta obligatoria porque el sujeto está consciente de que es necesario que le autorice a realizar la conducta y aún a omitirla prohibida, sería ilógico que una norma sólo se concretara a prohibir conducta sólo por prohibirla, sin ninguna finalidad. ¿Con qué objeto se prohibiría la conducta? luego reiteramos, la prohibición de conducta tiene un objeto por demás claro y éste es el permitir la convivencia armónica entre los sujetos en su actuar intersubjetivo, esto es, que la libertad para que exista debe sujetarse a ciertas limitaciones y ¿cómo podemos lograr la existencia de la libertad y de las tales limitaciones? Por medio de la regulación normativa, haciendo obligatorio su cumplimiento, haciendo contener dentro de la norma la expresión del deber ser que con.....

duzca a la realización de los valores jurídicos. Es valioso el precepto que obliga a unos para poder autorizar a otros, siempre que en la misma circunstancias se proceda a la inversa.

Por otro lado, al decir de otros autores como Kelsen nos encontramos con afirmaciones como la siguiente: tratando de encontrar la obligatoriedad de la norma, es decir, el fundamento de tal obligatoriedad, si las normas jurídicas se limitarán simplemente a autorizar conducta y a prohibirla correlativamente, dejaría a la voluntad de los obligados cumplir con su deber y tendríamos un precepto inadecuado para lograr el fin perseguido, es decir, que si la fuerza del Estado no interviene sancionando tales normas. ¿Cómo los sujetos se verán obligados a cumplir con ellas? Es decir, que en esta ocasión nos encontramos con autores que basan la obligatoriedad de la norma en la fuerza sancionadora del Estado, luego deducen que porque hay sanción es válida la norma y esto no es así sino por el contrario, siendo la norma expresión del deber ser es válida, y por ser válida está sancionado su incumplimiento, justificando así la aplicación de la fuerza del Estado en aras de la realización de los valores jurídicos en beneficio de la colectividad, por otro lado el maestro Morineau afirma que: "no tiene fundamento decir que una regla se transforma en obligatoria, por estar castigado su incumplimiento, pues cuantas veces se castiga la conducta debida y no se castiga la conducta indebida". (155)

Continuamos tratando de entender estas cuestiones que nos presentan los autores que tratan de fundar la obligatoriedad de la norma en la coercibilidad. Pero nosotros seguimos satisfechos con la teoría que señala que la obligatoriedad se basa en que la norma es la expresión del deber ser, en que resulta valioso cumplir con ella porque conduce a la realización de los valores jurídicos en beneficio de la colectividad, pero aceptaremos que la obligatoriedad de la norma se funda en la coercibilidad, como dice Morineau en concordancia con la crítica de Petrazitsky que hace a Kelsen en cuanto a la sanción como fundamento de validez de todo el ordenamiento jurídico, "solamente lograríamos probar que no es posible que exista el derecho, pues llegará el momento en que el deber de castigar no esté ligado con el otro deber del mismo género, lo cual destruye su obligatoriedad y deja sin valor al anterior hasta llegar al primer deber castigado el cual dejará de ser jurídico y obligatorio". (156)

Autores hay que fundan la obligatoriedad de la norma ya en la voluntad de los sujetos, en la convicción de los mismos, o en el origen de la norma o bien en la fuerza o en el hecho de que es sancionada. Como nos hemos podido dar cuenta, Kant considera que un mandato obliga al sujeto al cual está dirigido, solamente cuando lo acepta voluntariamente y siempre que se trate de una regla dotada de validez universal. Sin embargo, el maestro Morineau ante tales fundamentos expone lo siguiente: "la obligatorie -

(155) MORINEAU. Ibidem. p. 50

(156) MORINEAU. Idem. p. 50

dad de un mandato no deriva de su origen o del hecho que sea impuesto por la fuerza o sancionado por el desprecio o el ridículo

El capricho de un poderoso puede estar respaldado por la fuerza y sin embargo no es de carácter obligatorio, no representa conducta debida, sino conducta impuesta, lo cual es muy diferente, sigue diciéndonos que determinada conducta no es obligatoria porque se tenga la convicción de que lo es, sino porque se demuestra objetivamente que realiza un valor. Por otro lado, nos dice que es falso afirmar como lo hace Kant, que la obligatoriedad del derecho depende de la voluntad del obligado, pues aun tratándose de la moral sabemos que solamente su cumplimiento y no su validez, depende de la aceptación íntima y sincera de parte del obligado. (157)

Por nuestra parte, nosotros agregamos ya en otra ocasión que ni su cumplimiento depende de la voluntad del obligado, ya que no le es dado optar por si debe o no cumplir con la norma jurídica porque si incumple un deber jurídico se da el supuesto incumplimiento, necesario para que se dé el nacimiento de la sanción, complementándose para su eficiencia con la coercitividad, facultad que el Estado tiene para hacer cumplir al infractor aun en contra de su voluntad. Con esto no estamos aceptando que la obligatoriedad de la norma se funda en la coercibilidad, esto es que por estar sancionadas y la susceptibilidad de que sean hechas cumplir por la fuerza, son válidas, sino por el contrario que por tratarse de expresión del deber ser son obligatorias y válidas y por conducirnos a la realización de los valores jurídicos resulta en sí valioso cumplir con ellas en beneficio de la colectividad y por ello se justifica el uso de la fuerza para su cumplimiento.

CAPÍTULO CUARTO

LA FACULTAD DE EXIGIR EL DEBER CORRELATIVO

En la ocasión en que nos referimos específicamente al derecho subjetivo, dejamos asentado que, de acuerdo con el maestro - Oscar Morineau, es el facultamiento de conducta otorgado por la norma a un sujeto, unido o fundido a la facultad de exigir el deber correlativo. Vemos que del simple texto de tal definición - podemos vislumbrar claramente la existencia de un doble facultamiento a cargo del titular de la norma, ese doble facultamiento es el siguiente:

1.- Facultamiento que la norma otorga a un sujeto, esto es, que se trata de una autorización de la propia conducta.

2.- Unida o fundida a la facultad de exigir el cumplimiento del deber correlativo.

Es decir si tengo facultado realizar determinada conducta, al mismo tiempo se me faculta para exigir que nadie interfiera impidiéndome el ejercicio de mi conducta facultada. En este caso en realidad se trata de dos autorizaciones de conducta distintas, una que faculta a realizar conducta y otra que faculta a exigir que no se impida la realización de esa conducta facultada.

Creemos que el fundamento de la facultas exigendi se encuentra en la existencia del deber jurídico correlativo del derecho subjetivo, ya que no sería posible exigir y con esto, nos encontramos la siguiente consideración de Kelsen. En cuanto a la existencia de un derecho subjetivo "necesariamente debe haber un deber jurídico en los demás. Porque la facultad de hacer o de omitir algo respecto a la propia persona, o en cuanto a la propia conducta, significa que existe el deber en todos los demás, para no impedir al sujeto activo que realice la conducta que tiene derecho a ejecutar en cuanto a su propia persona o bien para no impedirle que se abstenga de realizar algo en cuanto a su conducta" (158). Y si los terceros lo competieran a ejecutar la conducta contraria a la que la norma le faculta a realizar, éste estará facultado para exigir el cumplimiento del deber que los terceros están incumpliendo, es decir, aparece la facultas exigendi para pedir la prestación de cierta conducta ajena, debida, que se puede traducir en la abstención de interferir en el cumplimiento de la conducta del sujeto facultado.

Como vemos, de lo anterior se desprende que Kelsen al igual que otros autores acepten que el derecho subjetivo no es exclusivamente la facultad que la norma otorga para exigir conducta ajena y así esperamos demostrarlo en el curso del presente estudio que pretendemos nos proporcione un mayor entendimiento de estas cuestiones.

(158) RUIJINA VILLEGAS, Rafael: INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO. 2a. Ed. Editorial Porrúa, S.A. México 1967. p. 5 y 6

Seguimos viendo que además de que el deber jurídico sirve de fundamento a la facultad de exigir el deber correlativo, existe otro elemento fundatorio de esta facultad, y es lógico, ya que tenemos que ver, que resulta correlativo de tal deber, que se facultaba a exigir su cumplimiento. "Cuando la norma facultaba la propia conducta del titular, invariablemente lo facultaba al mismo tiempo a exigir el respeto de su conducta. Conducta que resulta ser un derecho subjetivo que deberá tener como correlativo el tal deber que se tiene autorizado exigir, pues en este caso el deber correlativo impone a todo el mundo la propia obligación de respetar la propia conducta facultada al titular. Cuando el derecho subjetivo es el facultamiento de la conducta ajena, entonces invariablemente, la norma también facultaba al titular a exigir la prestación de la conducta debida". (159)

Creemos pertinente hacer la aclaración de que en el presente inciso no tratamos de analizar qué es el derecho subjetivo sino en sí un aspecto de su definición (unido o fundido a la facultad de exigir el deber correlativo). Por ello tratamos de encaminar todas nuestras consideraciones a tal fin apoyándonos en los autores que a nuestro criterio nos son útiles para tal efecto. En las autorizaciones morales no hay bilateralidad y por tanto tampoco existe la facultad de exigir conducta a otro. De ahí que algunos autores sostengan que el derecho subjetivo es la facultad de exigir conducta a otro, sin darse cuenta de que es la autorización de conducta (propia o ajena) hecha en forma jurídica; esto es bilateral, o sea unida a la facultad de exigir a otro el respeto de la propia conducta o la prestación de la conducta ajena. Es importante advertir que la facultad de exigir el respeto es igual a la facultad de exigir la prestación de conducta negativa o pasiva, la abstención, facultad que también puede referirse a un derecho de crédito, en las obligaciones de no hacer. Por lo tanto la facultad exigendi es siempre la facultad de exigir conducta ajena, la prestación de la conducta ajena. (160)

Por otro lado es lógico que el derecho subjetivo no sólo faculte a exigir el deber correlativo, cosa que ya en otra ocasión tratamos de entender al referirnos al derecho subjetivo en sí. Al respecto el maestro Morineau endergesa crítica en contra de las consideraciones que el maestro García Máynez nos presenta, diciendo que: "no es correcta la doctrina que éste nos presenta al decirnos que por derecho subjetivo debe entenderse la facultad de exigir, un determinado comportamiento, positivo o negativo, de la persona o personas que se hallan frente al titular, pues ya vimos que la facultad exigendi no se refiere a la conducta facultada (propia o ajena) sino a la facultad de exigir el deber correlativo. Pero en cuanto es la autorización de conducta (propia o ajena) y repito en cuanto facultad jurídica, está unida a la autorización de exigir el deber correlativo. Entonces todo derecho subjetivo es facultamiento de conducta (propia o ajena), en cuanto es autorización y es facultad de exigir en cuanto es facultad jurídica.

(159) MORINEAU O. ESTUDIO DEL DERECHO p.117

(160) MORINEAU, Ob. cit. p. 118

EL facultamiento es jurídico en cuanto existe un deber correlativo, y la facultad de exigirlo. Por otro lado es incorrecto afirmar que la facultad de exigir se otorga en relación con la persona o personas que se hallan frente al titular". (161)

¿Podría existir el derecho subjetivo como facultamiento de conducta hecho al titular sin la facultad de exigir el deber correlativo? O bien la facultad de exigir - el deber correlativo. ¿Sin el facultamiento de la propia conducta? Creemos que no y por una parte lo demuestra la imposibilidad ante la que nos encontramos de aludir a la facultad de exigir el deber correlativo sin hacer referencia al derecho subjetivo como facultamiento de la propia conducta. Al respecto en nuestro auxilio, para dar una mejor explicación, viene una afirmación del maestro Oscar Morineau, que señala que: "El derecho subjetivo es una fusión del facultamiento de conducta hecho al titular de la norma, (a quien se puede autorizar su propia conducta o la ajena) y de la facultad de exigir el deber correlativo" (162). De ahí que señale que es incompleta la definición que se limita a la facultas exigendi en cuanto que se trate de definir al derecho subjetivo, porque de este modo sólo se estaría definiendo un aspecto del derecho subjetivo, que es con el cual va fusionado el facultamiento de la propia conducta o de la ajena, por ejemplo: alguien compra un auto y por éste hecho no sólo tiene el derecho de exigir que le sea entregado, porque si así fuera, con el simple hecho de exigir se agotaría su derecho, luego tendrá además el derecho de usar y disfrutar y aun de transmitir la propiedad, serán conductas que la norma le autoriza otorgándole además la facultad de exigir al sujeto pasivo universal el cumplimiento de su deber de abstención. Por otro lado si aceptáramos que las facultas exigendi en sí es el derecho subjetivo, los actos de uso, disfrute y transmisión de la propiedad en sí no son derechos porque al ejercer tales derechos no se exige, aunque exista el deber a cargo del sujeto pasivo universal, al igual el acreedor que recibe la conducta ajena no estaría gozando su derecho cuando no lo exige y es cumplido espontáneamente por el deudor. Seguimos comentando algunos autores como García Máynez, quien a nuestro modo de ver también distingue que el derecho subjetivo, en contra de lo que el maestro Morineau le critica, no sólo es la facultad de exigir y para demostrarlo citamos alguna afirmación del maestro García Máynez: "como los derechos subjetivos implican la existencia de un deber impuesto a otras personas, el titular no sólo está autorizando para proceder de cierto modo sino para exigir de los sujetos pasivos el cumplimiento de sus obligaciones". (163). Esto es, manifiesta la existencia de un facultamiento y un deber correlativo, que como vemos sirven de fundamento a la facultad de exigir el deber correlativo."

(161) MORINEAU. Ob. cit. p. 118

(162) MORINEAU. Ibidem. p. 120

(163) GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo: INTRODUCCION DEL DERECHO. 14a. Ed. Prol. de Virgilio Domínguez. Editorial Porrúa S.A. México 1967. p. 199

A lo largo de este estudio hemos manifestado nuestro propósito de llegar al entendimiento de estas cuestiones, de ahí que claramente notamos que la norma jurídica además de imponer al sujeto pasivo el deber de hacer u omitir, lo faculta a exigir imperativamente el deber correlativo, es decir si tengo el deber de abstenerme de realizar determinada conducta para el efecto de respetar la conducta de otro sujeto, también tengo la facultad de exigir - que nadie me obligue a incumplir con mi deber de respeto. Con lo anterior expuesto y con las consideraciones que nos presenta el maestro Morineau se nos simplifica el entendimiento de estas cuestiones, quien nos dice la siguiente forma: "el orden es el siguiente: por tener el derecho a la conducta ajena, es que se tiene la facultad de exigirla y por tener el derecho a la propia conducta es que se tiene, la facultad de exigir su respeto. La facultad de exigir, es la consecuencia lógica y axiológica de haber facultado la propia conducta o la ajena en forma jurídica. La facultas exigendi es la forma jurídica que reviste invariablemente el derecho subjetivo, la autorización jurídica de la conducta, pero tal facultad no nos proporciona el derecho a la conducta facultada, por ejemplo un representante tiene derecho de exigir a otro la conducta debida al representado, mas no tiene el mismo derecho a la conducta que exige, la cual corresponde al titular de tal conducta, al representado. Del análisis anterior resulta evidente que el derecho subjetivo no se agota en la facultas exigendi, sino que simplemente deviene jurídico cuando la autorización de conducta aparece fundida con la facultas exigendi". (164)

Del análisis que algunos autores hacen de las consideraciones que Kelsen nos presenta, como ya lo pudimos ver en la ocasión en que tratamos de entender al derecho subjetivo se desprende que tanto el maestro Morineau como Kelsen se encuentran de acuerdo en que el derecho subjetivo no es exclusivamente la facultas exigendi, que es el tema que nos ocupa, lo anterior lo afirmamos porque creemos entenderlo así porque el maestro Rojas Villegas al comentar en su obra, nos deja ver que para Kelsen el derecho subjetivo tiene diversas significaciones y nos señala tres de ellas, siendo la primera: la facultad de exigir una conducta ajena; la segunda realizar una conducta propia y la tercera se refiere a tener un poder jurídico sobre determinados bienes que nos pertenezcan en propiedad o de los que tengamos el goce, el uso o las posibilidades de utilizar como garantía. (165)

El maestro García Máynez, como ya apuntábamos también entiendo que la facultas exigendi en sí no es el derecho subjetivo y nos presenta también una división de los derechos subjetivos y nos dice: los derechos subjetivos suelen dividirse en derechos a la propia conducta y a la conducta ajena, citándonos también que cuando el derecho a la propia conducta es de hacer algo llamase -

(164) MORINEAU. Ob. cit. p. 171

(165) ROJAS VILLEGAS, Rafael: INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO 2a. Ed. Editorial Porrúa, S.A. México 1967. p. 4

facultas agendi, cuando es de no hacer algo, denominase facultas omittendi, y por último el derecho a la conducta ajena denominase facultas exigendi. (166)

¿En qué se basa la facultas exigendi? ¿Cuál es el fundamento? Ya hemos fijado en otra ocasión nuestra atención hacia tal duda, sin embargo lo abordamos ahora con nuestras propias consideraciones. Creemos que encuentra su fundamento en la norma jurídica, por cuanto representa la expresión del deber ser, es decir, debe su existencia a las prohibiciones de conducta como deberes correlativos de los derechos subjetivos, que hacen posible el respeto a los derechos de los demás y que nos conducen a la realización de los valores jurídicos que son benéficos a la colectividad. Luego siempre ante el derecho subjetivo existirá como ya vimos un deber jurídico con el cual debe cumplir el sujeto pasivo universal que sirve de fundamento a la facultas exigendi, haciendo posible la existencia armónica de la colectividad, luego podemos decir también que la facultas exigendi encuentra fundamento en la norma que contiene el deber jurídico al cual se refiera la facultas exigendi y por su parte el deber jurídico encuentra su fundamento en el derecho subjetivo en un plano de reciprocidad con éste.

En cuanto a lo que en otra ocasión nos preguntábamos al respecto de si es posible la existencia de un derecho subjetivo sin la facultas exigendi, Kelsen nos contesta de la siguiente forma: "Podemos hablar de un derecho subjetivo a la propia conducta sólo en cuanto un deber correspondiente es impuesto a otro sujeto. El derecho subjetivo de usar un camino que atraviesa la propiedad de otra persona, significa que el dueño de tal propiedad está obligado jurídicamente a no impedirme el uso de ese camino. - La afirmación de que tengo el derecho de conducirme en determinada forma puede encerrar sólo una significación negativa, a saber la de que no soy obligado a conducirme de otra manera.

Pero para que lo pueda ser jurídicamente libre en relación con cierta conducta, otro individuo, o todos los individuos tienen que estar obligados al comportamiento correlativo. No soy jurídicamente libre de hacer lo que quiera si los demás no están jurídicamente obligados a no impedir que lo haga. Mi libertad jurídica es siempre la sujeción jurídica de otro y mi derecho subjetivo es en todo caso el deber jurídico de una persona distinta (167). Posiblemente esta duda ya no debimos plantearla porque antes de ella vimos cuál es el fundamento de la facultas exigendi, pero creemos que nos sirve para conocer el criterio kelseniano.

(166) GARCIA MAYNEZ. Ob. cit. p. 199

(167) HANS KELSEN: *TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO*. Trad. Eduardo García Máynez 2a. Ed. Imprenta Universitaria de México. 1958 pp. 87 y 88

Como es nuestra intención hablar posteriormente de la norma de derecho Internacional, viene a nuestra mente independientemente de toda meditación jurídica, que los sujetos están conscientes de que deben cumplir con las normas de derecho, pero tal conciencia parece que se pierde al tratarse de las normas de derecho Internacional y creemos que el elemento de convicción para que los sujetos cumplan con la norma en general es la facultas exigendi, porque al estar funcionada con el derecho subjetivo, es lo que sirve para la defensa de nuestros propios intereses, elemento que no se valora de la misma manera cuando se trata de la norma de derecho Internacional. Creemos que con las consideraciones que podamos hacer para fundar el por qué se debe cumplir con la norma de derecho Internacional, estaremos expuestos a la crítica, ya que algunos autores quisieran encontrarse con un sistema jurídico semejante al de derecho interno.

CAPÍTULO QUINTO "LA COERCIBILIDAD"

En el capítulo anterior vimos que no sólo es necesario el facultamiento de conducta propia, el cual es la protección de la vida y libertad de cada uno, sino que el derecho debe proteger y fomentar la cooperación social. Esto se logra cuando la norma ordena que un sujeto preste su conducta a otro, cuando faculta la conducta ajena. Si las normas jurídicas se limitarán simplemente a autorizar conducta y a prohibirla correlativamente, dejarían a la voluntad de los obligados cumplir con su deber y tendríamos un precepto inadecuado para lograr el fin perseguido. Por ello vimos como fue necesario agregar a la regulación jurídica un ingrediente, la facultas exigendi.

En un estado de derecho, la facultas exigendi, sufre una metamorfosis valiosa. En vez de concebirla como facultad de exigir el deber aún por la fuerza, la concebimos como simple autorización de decir algo a otros, pues de lo contrario sólo serviría para que los fuertes lograsen la realización de sus derechos y solamente los débiles y los mansos estarían inclinados a cumplir con su deber. De ahí que el derecho fundido aún con la facultas exigendi, tampoco se realizaría, pues sería obedecido solamente por los mansos. De ahí que se imponga dar un paso más.

¿QUE ES LA COERCIBILIDAD?

Nos encontramos en principio que para Aftalión y García Clano en su "Introducción al Derecho, nos dicen que: "La coercibilidad es una posibilidad de derecho, no de hecho, esto es la licitud de reprimir la antijuridicidad. El hecho de que la inobservancia del derecho no se impida en algún caso mediante la coacción, no afecta la posibilidad jurídica de la coacción misma". (168)

Es decir, entendemos que la norma es coercible a pesar de todo, sostienen a nuestro modo de ver una idea semejante a la del maestro Rojas Villegas, con la cual estamos de acuerdo.

Por su parte García Máynez, nos dice, que por coercibilidad debemos entender: "La posibilidad de que la norma sea cumplida en forma no espontánea, e incluso en contra de la voluntad del obligado. Ahora bien; esta posibilidad es independiente de la existencia de la sanción". (169)

Creemos que el maestro García Máynez, no distingue la diferencia entre coacción y coercibilidad, como Rojas Villegas.

Rojas Villegas, nos dice que por coercibilidad se debe entender: "La posibilidad técnico jurídica de que dentro de un sistema

(168) AFTALIÓN y GARCÍA CLANO: Introducción al Derecho. 3a. Ed. Buenos Aires, Argentina. 1969. p. 214

(169) GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo: Introducción al Estudio del Derecho. 17a. Ed. Prot. de Virgilio Domínguez. Editorial Porrúa, S.A. México 1970. p. 22

de derecho todo acto de incumplimiento del deber puede llegar a ser reprimido inexorablemente y motivo de una coacción, incluyendo los actos de los altos órganos del Estado, como las obligaciones naturales o las formas de incumplimiento del deber en las relaciones jurídicas de los Estados". (170)

Para el maestro Vallado Berrón, la coercibilidad es: "aquella nota lógica o característica de la norma de derecho, consistente en que el precepto enlaza una sanción a la realización de un determinado supuesto". (171)

Por nuestra parte nosotros creemos que a la realización de un supuesto, no necesariamente sobreviene una sanción, en algunos casos solo da la coercitividad para lograr la ejecución forzada de la obligación, sin que además del cumplimiento de ésta se deba cumplir con una sanción.

Podríamos seguir citando algunas otras definiciones al respecto, pero lo que deseamos es exponer algunas consideraciones generales.

En principio nos encontramos que por su parte el maestro Vallado, establece una diferenciación entre la coercibilidad y la coacción y es que la coacción "es la ejecución forzada de la sanción". Respecto del realizador del acto antijurídico, del autor del supuesto, cuando la misma no se cumple voluntariamente por éste" (172). Como ya vimos anteriormente creemos que la coacción no sólo se puede definir, como la ejecución forzada de la sanción, sino que sin que medie sanción puede ser que la coacción esté sólo encaminada a la ejecución forzada de la obligación, cuando la misma no se cumple voluntariamente por éste, y al decir del maestro Vallado, los conceptos de coercibilidad, coacción y aun sanción, sólo se pueden explicar relacionados, es decir uno en función del otro. De otro modo, si bien la coacción la podemos interpretar como violencia ejercida de un ser a otro ser, en este caso se trata de un hecho no jurídico. Pero en cuanto se la interpreta como ejecución forzada de una sanción u obligación, la tal coacción tendrá significación jurídica.

Se dice y es un hecho que el derecho admite que se emplee la fuerza, para el efecto de que los preceptos que lo integran sean obedecidos aun en contra de la voluntad de los destinatarios de tales preceptos en cuanto que no son obedecidos espontáneamente.

En cuanto decimos que el derecho es coercible, no estamos tratando de abordar el problema de que si la sanción es un elemento esencial de la norma, por ello el maestro García Maynez nos dice que "coercibilidad no significa en nuestra terminología, la existencia de una sanción" (173). Nos dice el maestro García Maynez que si aceptáramos que coercibilidad significa existencia de sanción, conforme al criterio del maestro, resultaría:

- (170) RUJINA VILLEGAS R: Introducción al Estudio del Derecho. 2a. Ed. Editorial Porrúa S.A. México, 1967. p. 298
- (171) VALLADO BERRÓN E. Fausto: Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Herreros, S.A. México 1961. p. 92
- (172) VALLADO. Ob. cit. p. 92
- (173) GARCIA MAYNEZ. Ob. cit. p. 22

taría impropio tomar como elemento de diferenciación a la coercibilidad, entre las normas morales y las normas jurídicas, atendiendo que ~~ambas poseen~~ sus sanciones. Nosotros por nuestra parte antes ya habíamos señalado que entendemos que la coercibilidad y la coacción no implican la existencia de una sanción necesariamente, sino que creemos que lo que significa es: la primera, que la norma puede hacerse cumplir de manera inexorable; la segunda, significa, la ejecución forzada de la obligación de cumplir con la norma.

Tratando de entender y ahondar más en el tema, nos encontramos con que la fuerza y su uso es una facultad que se encomienda, al decir de Oscar Morineau, "a la comunidad política y por ésta - es delegada a terceros que no son ~~ej~~ sujetos del derecho subjetivo, ni sujetos del deber correctivo, que se exige por la fuerza" (174). Creemos que es importante que el facultado para usar de la fuerza sea un tercero imparcial ajeno a la relación jurídica, de donde se desprende la función jurisdiccional, su importancia y el monopolio de la fuerza a favor del Estado, encaminado a lograr la efectiva realización del derecho.

El maestro Morineau al hablar de la coercibilidad que no coacción ni coercitividad nos dice que: "si toda norma está interpretada por derechos subjetivos y deberes jurídicos, debemos concluir que el uso de la fuerza coercibilidad, sólo es conducta regulada a los funcionarios y por tanto elemento de las normas que imponen deberes a estos sujetos. Luego no es fundante de toda norma jurídica". (175)

Nosotros estamos de acuerdo con Oscar Morineau en cuanto a - que contrario a los positivistas, sostiene que la "coercitividad" (176), no es un elemento jurídico fundamental, es decir, que sólo forma parte de aquellas normas que regulan el uso de la fuerza, - es decir, la conducta de los gobernantes. No podemos nosotros - por otro lado, cerrar los ojos a la realidad, por ello aceptamos que aquel orden que no logra imponerse es ineficaz. Pero de tal aceptación no se desprende que debamos aceptar como correcta la afirmación de los positivistas, que señalan que la coercibilidad es el aumento de la juridicidad de toda norma. Aun aceptando que - la coercibilidad sea un elemento de toda norma jurídica, creemos que no radica ahí su juridicidad, sino en otros elementos de la norma como son el derechos subjetivo, el deber jurídico y la facultas exigendi, como ya lo vimos en capítulos anteriores.

Por otro lado nosotros aceptamos de Oscar Morineau que la - coercibilidad no es elemento fundatorio de la juridicidad de las normas, pero lo que no aceptamos es que sólo las normas que regulan la conducta de los gobernantes sean coercibles, es decir que todas poseen la facultad o posibilidad de que en el futuro lleguen a ser hechas cumplir aun contra la voluntad de los sujetos, es decir que de acuerdo con los positivistas por ejemplo ninguna

(174) MORINEAU, Oscar: Estudio del Derecho. Editorial Porrúa, S.A. México 1963. p. 50

(175) MORINEAU. Ob. cit. p. 50

(176) La obra del maestro dice: "Coercibilidad".

norma de derecho internacional, sería derecho, porque no se aplican por la fuerza, y de acuerdo con Morineau las normas de derecho Internacional, si son jurídicas porque la coercibilidad no es fundante de la juridicidad. Pero nosotros pensamos que si son coercibles pero que de ahí no deviene su juridicidad, pero que en todo caso se confunden tres conceptos diferentes:

a.- La coercibilidad es la facultad o posibilidad de que la norma sea hecha cumplir en el presente o en el futuro, por medio de la coercitividad y la coacción.

b.- La coercitividad, es la facultad que el Estado tiene para hacer cumplir, aún por la fuerza, al infractor incumplido, aún en contra de su voluntad.

c.- La coacción es la ejecución forzada de la obligación de cumplir con la norma (fuerza aplicada).

Pero los positivistas entienden que la coercibilidad es en sí la aplicación de un mandato, es decir, el uso de la fuerza con el objeto de hacer cumplir el tal mandato.

Por nuestra parte nosotros logramos entender que la juridicidad de la norma deviene de los dos conceptos jurídicos fundamentales, a nuestro modo de ver más importantes y de un tercer concepto más, que se contiene en las normas y que son: el derecho subjetivo, el deber jurídico y la facultas exigendi los cuales para su validez encuentran fundamentación el uno en el otro. En tanto que la coercibilidad para nosotros es una característica de toda norma jurídica, porque entendemos que existe la posibilidad de que en el futuro puedan ser hechas cumplir aún en contra de la voluntad de los sujetos, por ello creemos que el que en ocasiones no se hagan cumplir aún en contra de la voluntad de los sujetos, no las hace ineficaces, sino que lo que es ineficaz es la coacción y la coercitividad, pues creemos que la norma ya ha cumplido con su cometido y sólo requiere de su complementación en el momento de su aplicación, es decir, si el sujeto no cumple con ella espontáneamente, la coercitividad y la coacción deberán cumplir su cometido, y complementan a la norma porque son elementos extrínsecos de la misma, es decir, son la facultad que el Estado tiene de hacer cumplir al infractor incumplido aún en contra de su voluntad, la coercitividad, y la fuerza actualizada, o sea la ejecución forzada de la obligación ya obligando, ya prohibiendo - la coacción.

"Los positivistas, al decir del maestro Morineau confunden los datos pertenecientes a la efectividad del orden jurídico, con los conceptos jurídicos fundamentales que son elementos de toda norma posible, luego la coercitividad no es un elemento integrante de toda norma jurídica". (177)

Nos encontramos que en el caso de la propiedad, lógicamente la norma faculta al propietario a usar y disfrutar de un bien inmueble por ejemplo, pero para ello es necesario prohibir al sujeto pasivo universal realizar la misma conducta. Se afirma que la norma es coercible en tanto exista un funcionario que sea el titular de un derecho subjetivo y de un deber jurídico - que le faculta a castigar y le prohíba el no castigar el que no se abstenga. Creemos junto con Morineau que al respecto se puede hacer la misma crítica que a la sanción: "Para que la conducta del funcionario tenga sentido jurídico es necesario que una norma lo faculte a castigar el incumplimiento del deber contenido en la norma anterior. Según Recaséns y Kelsen esta norma es fundante o es parte integrante de la anterior; la coercibilidad es lo que la convierte en jurídica.

El deber de respetar la conducta autorizada al propietario es jurídico, porque existe el deber de castigar el incumplimiento, a cargo del funcionario. Ahora bien, para que el deber del funcionario sea obligatorio, jurídico, es necesario que a su vez exista un deber a cargo de otro funcionario, de castigar el incumplimiento del deber del primer funcionario, y así sucesivamente hasta el infinito" (178). Es decir que si aceptáramos la coercibilidad en el mismo sentido que los positivistas, como existencia de una sanción y como fundante de lo jurídico, nosotros mismos estaríamos construyendo el argumento necesario para negar la existencia del derecho, y tal porque necesariamente llegaría el momento en que el deber de castigar no esté ligado con otro deber del mismo género, lo cual destruye su obligatoriedad y deja sin valor el anterior hasta llegar al primer deber castigado, el cual dejará de ser jurídico y obligatorio. -- (179)

En fin ¿qué es lo que le da el carácter jurídico a la norma? ¿la sanción o la coercibilidad? Por lo pronto diremos que la sanción como ya lo hemos visto, no es fundante de la juridicidad de la norma. Por lo que corresponde a la coercibilidad, nos encontramos con que existen normas que sin ser coercibles son jurídicas, y al respecto el maestro Morineau nos señala un ejemplo claro y de la siguiente manera: "Si el que pierde en el juego paga con intereses éstos son la consecuencia a cargo del infractor, nacida del incumplimiento, es la sanción. En este caso venemos un deber no coercible. Aquí los positivistas dirían que el deber no es jurídico, por no ser coercible, es decir por no ser de imposición inexorable". (180). En este caso el jugador perdedor, tendría el derecho a exigir la devolución de lo que pagó, alegando pago de lo indebido?, no, creemos que no porque si bien el cumplimiento de esta obligación no es exigible coactivamente, a su cumplimiento se hace el pago de lo de

(178) MORINEAU. Ob. cit. p. 51
(179) MORINEAU. Ibidem. p. 51
(180) MORINEAU. Ibidem. p. 51

bido. Es decir que todas las obligaciones naturales, no son exigibles de manera coactiva, pero no por ello no se tiene la obligación de cumplir con ellas, y las normas que las regulan son jurídicas, ya que el que cumple con una obligación natural, no está cumpliendo con lo que no debe, ejemplo más claro nos parece el de la deuda prescrita, que sin ser exigible coactivamente al cumplir con ella no se puede pedir la restitución de lo pagado, porque era debido, con esto creemos que dejamos sentado que la coercibilidad no es la que le da carácter jurídico a la norma.

El tema de la coercibilidad, lógicamente lo encontramos frecuentemente ligado con el de la sanción, ya que la sanción al requerimiento de su aplicación necesita de la utilización de medios que van del simple pedimento hasta el ejercicio de la fuerza en contra de la voluntad del obligado y tal es el ejercicio de la coercitividad.

"En los casos en que el Estado está obligado a aplicar la sanción, el incumplimiento, también funge de supuesto para actualizar este deber a cargo del Estado (la coercitividad)". (181)

Por otra parte vemos con Oscar Morineau que "La exigibilidad forzada de la sanción es un hecho que se llama coacción. Coacción que es la actividad del Estado encaminada a lograr el cumplimiento de la sanción". (182)

Por nuestra parte nosotros creemos que los particulares, también pueden realizar hechos encaminados a coaccionar la voluntad del incumplimiento, para que éste cumpla voluntariamente con la sanción y no creemos que la sanción sea susceptible de ser aplicada por los particulares, actividad que a nuestro modo de ver sólo corresponde al Estado, ya que por ejemplo yo compelo al incumplido a que cumpla con su deber y aun con la sanción en el caso de la mora. Si el incumplido a instancias mías cumple con su deber y aun con la sanción (pago de intereses moratorios), creemos que está cumpliendo voluntariamente a instancias de la coacción ejercida. ¿Pero si a pesar de ejercer coacción para que se pague la deuda principal y los intereses moratorios no cumple? ¿se diría que la simple coacción del particular es la aplicación de la sanción? No, creemos que en este caso el particular, haciendo uso de su facultad exigendi, pide al Estado que use su poder coactivo para que el incumplido cumpla con su deber y aun con la sanción y en este caso sí creemos que se trata de aplicación de la sanción.

A diferencia de lo que opina el maestro Oscar Morineau que considera que "es coacción el hecho de aplicar la sanción, la actividad de otro y no del obligado, para lograr los resultados previstos por la sanción como sucede con la legítima defensa y en la rescisión unilateral" (183). Consideramos que la aplicación de la sanción es un deber a cargo del Estado y no de los particulares,

(181) MURINEAU. Ibidem. p. 200

(182) MURINEAU. Ibidem. p. 201

(183) MURINEAU. Ob. cit. p. 202

por otro lado el sujeto que lesiona a otro en uso de su legítima defensa, no está cumpliendo con un deber, sino ejercitando un derecho y además como al Estado corresponde la aplicación de la sanción, éste va a calificar el hecho jurídico realizado por el particular que lesionó a su agresor, y al calificar tal hecho puede encontrar que no es un caso de legítima defensa. No dirá el Estado, no se aplica sanción porque cumplió con su deber sancionando a su agresor, sino que dirá, no se le aplica la sanción, porque existe una excluyente de responsabilidad, al obrar con derecho de impedir que se le lesione, no aplicó una sanción, sino que evitó un mal en uso de su legítima defensa. Por otro lado en caso de que el que obra en legítima defensa, dé muerte al agresor, no podemos decir que se trata de aplicación de la sanción como hecho coactivo del particular, porque se trata de actividad de otro y no del obligado, para lograr el resultado previsto por la sanción, porque en nuestro derecho no existe como sanción la pena de muerte.

García Máynez señala que la coacción es la realización efectiva de la sanción, sólo que Oscar Morineau, señala que no es tal, sino que es el medio encaminado a lograrla. Es decir que Morineau opina o dice concretamente que la coacción es la fuerza autorizada por el hecho para lograr la realización de la sanción". (184)

Como ya veíamos en otra parte de este capítulo, para el maestro Rojas Villegas la coercibilidad, nos dice que se debe entender por tal: "La posibilidad técnico jurídica de que dentro de un sistema de derecho todo acto de incumplimiento del deber, pueda llegar a ser reprimido inexorablemente y motivo de una coacción incluyendo los actos de los altos órganos del Estado, como las obligaciones naturales o las formas del incumplimiento del deber en las relaciones jurídicas de los Estados". (185)

Para el maestro Rojas Villegas, la coercibilidad si es un elemento esencial de lo jurídico, de tal manera que se presenta incluso para las normas jurídicas no coactivas, que por lo tanto sólo serán normas jurídicas coercibles. La coercibilidad el maestro Rojas la presenta como una característica del derecho y señala que es una de las más importantes, por nuestra parte en alguna ocasión en este mismo trabajo hemos expresado nuestra adhesión a la opinión del maestro Rojas en lo que a coercibilidad respecta como característica de toda norma.

Para el maestro Rojas es de gran manera importante el que se defina a la coercibilidad, ya que nos permitiría saber si el derecho debe caracterizarse como un sistema coercible o bien nos permitiría saber si la coercibilidad es un elemento esencial del derecho o bien si existen ordenamientos jurídicos no coercibles. También señala el maestro Rojas la importancia de esta

(184) MORINEAU, Ob. cit. p. 203

(185) ROJAS VILLEGAS R. Introducción al Estudio del Derecho, 2a. Ed. Editorial Porrúa, S.A. México, 1967. p. 298

blecer una diferencia entre coercibilidad y coacción y nos dice que: "La coacción significa la posibilidad presente de aplicar sanciones jurídicas contra la voluntad del sujeto ~~insubmisión~~". Por lo tanto el sistema coactivo es un sistema en donde hay órganos capacitados para imponer las sanciones por la fuerza, es decir - contra la voluntad del infractor" (186). En tanto que un sistema normativo "es coercible cuando por su esencia misma hay la posibilidad normativa de que en el presente o en el futuro llegue a ser un sistema coactivo, es decir, llegue a existir la posibilidad de que mediante la ejecución forzada se cumpla el deber jurídico. No quiere decir esto, que la coercibilidad requiera que en el momento presente el sistema normativo sea coactivo, hasta que haya dentro de la esencia del sistema la posibilidad futura de elaboración de un procedimiento coactivo que no repugne al propio sistema y alcance esa finalidad. De esta manera podemos decir que el derecho es coercible porque está dentro de su esencia, dentro de su finalidad misma, llegar a ser coactivo. No se contradice el sistema jurídico a través de la coacción presente o futura. Al decir del maestro Rojina, al derecho le es necesaria la coacción y consecuentemente, la coercibilidad se presenta como un progreso dentro del propio ordenamiento jurídico" (187). "El sistema coercitivo sería aquel en donde exista la imposición inexorable para el cumplimiento de los deberes; en donde el sujeto insubmisión o rebelde que ha violado el deber, tratase de autoridades o particulares, puede ser sometido a un procedimiento para hacerle cumplir el deber que ha violado". (188)

Nelsen por su parte sostiene que la coacción sí es esencial al derecho, que todo acto de incumplimiento del deber jurídico faculta a un órgano del Estado para ejecutar una sanción. Aceptamos que en derecho privado el incumplimiento del deber autoriza a un órgano del Estado para aplicar una sanción. En el derecho Público es exacta la tesis respecto de los órganos jerarquizados, pero no respecto de los órganos supremos. A esta objeción según Rojina, Nelsen ha omitido contestarla.

Nosotros creemos entender que Rojina no acepta que la coacción pueda elevarse a la categoría de elemento esencial del derecho, pero sí acepta que la coercibilidad es elemento esencial del derecho porque al decir de él, "el derecho es el único sistema en donde hay la posibilidad normativa de que llegue a convertirse en sistema coactivo puro". (189)

En una de las consideraciones de Rojina Villegas, de las más importantes, sostiene la existencia de una diferencia entre la coacción y la coercibilidad. Podemos afirmar que el derecho es coercible, pero si afirmáramos que el derecho es coactivo, al decir de Rojina, dejarían de ser normas jurídicas, tanto las de derecho Internacional como las constitucionales que regulan -

(186) Rojina, *Op. cit.* pp. 85 y 86

(187) Rojina, *Op. cit.* pp. 86 y 88

(188) Rojina. *Ibidem.* p. 89

(189) Rojina. *Ibidem.* p. 89

la conducta de los altos órganos del Estado, pues en ambos casos el incumplimiento del deber, se decir, el hecho ilícito, no recibe como sanción la imposición inexorable. De otro modo si se afirma que el derecho solo es coercible, se estará mencionando una característica, que no solo es esencial y exclusiva de lo jurídico, sino que se presenta en todas las normas del derecho, incluyendo las del derecho Internacional Público y las que regulan las relaciones de los altos órganos del Estado.

Por lo que a la coacción respecta el maestro Rojina nos dice que la existencia de la coacción implica en todo caso que en el sistema del derecho objetivo exista la sanción real y no simplemente posible para el hecho ilícito, y nos dice que la imposición inexorable a que alude Recaséns Siches, significa que en caso de incumplimiento de un deber, la coacción puede consistir en todo caso en el empleo de la fuerza del Estado (Kelsen diría la sanción del derecho para hacer que el incumplido realice el deber).

En tanto que para otros autores como ya vimos la coacción es parte esencial de lo jurídico, para Rojina no lo es, pero sí es parte esencial de lo jurídico según él la coercibilidad y nos dice que este elemento esencial se presenta inclusive en las normas no coactivas y por ello sólo podremos decir que se trata de normas jurídicas coercibles.

El maestro Rojina Villegas nos dice que él entiende por coercibilidad "La posibilidad técnica jurídica de que dentro de un sistema de derecho todo acto de incumplimiento del deber, pueda llegar a ser reprimido inexorablemente y motivo de una coacción incluyendo los actos de los altos órganos del Estado, como las obligaciones naturales o las formas de incumplimiento del deber en las relaciones jurídicas de los Estados". (190)

De conformidad con lo expuesto, un sistema jurídico por serlo, -- tiende a regular conducta y por ende lleva en su esencia la posibilidad de administrar sanciones, como formas inexorables, esto, en ocasiones no existe, es decir, que a veces no existe la posibilidad real y efectiva de imponer o aplicar las sanciones.

A diferencia de esta característica de las normas de derecho las normas morales, nunca tienen por el solo hecho de su existencia la posibilidad de que se llegue a su cumplimiento forzado y si tal fuera no sería una norma moral.

Tratando de precisar más junto con Rojina Villegas podemos decir que la coercibilidad de un sistema de derecho es la posibilidad técnica jurídica de llegar siempre a obtener el cumplimiento forzado del deber jurídico, aún cuando en el momento presente la evolución del sistema normativo no permita alcanzar ese resultado.

Por otro lado nos encontramos con que dentro de la esencia del derecho como lo vimos en dos capítulos antes está, el principio de obligatoriedad por el cual se requiere siempre ya en el presente o en el futuro de obtener forzosamente el cumplimiento del deber jurídico.

CAPITULO SEXTO

LA EFICACIA EN SI DE LA NORMA DE DERECHO INTERNACIONAL

Ya en los capítulos anteriores hemos visto, que autores hay que sostienen denodadamente el carácter moral de las normas de derecho internacional, o bien aceptan que se trata de normas de carácter jurídico, pero que son del todo ineficaces. A todo esto - aduciendo diferentes argumentos, tales como: que la norma de derecho internacional no es creada por un legislador permanente; que carece de un tribunal propiamente dicho; que no existe un órgano coercitivo suprapartes que aplique inexorablemente sus normas; - que no existen como una ley de cuyas decisiones hagan efectivas - las sanciones correspondientes que paranticen su obediencia. Al respecto el maestro Manuel J. Sierra nos señala que: "contra esta objeción se aduce que además de que la legalidad del Derecho Internacional ha sido reconocida de manera expresa por los Estados, forma parte de su legislación interna de una manera u otra". (Artículo 27-89-1) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Código Penal Mexicano para el Distrito y Territorios Federales. 1931, Arts. 146-148, etc.).(191)

"Art. 27 constitucional párrafo 4o. y 5o. corresponde a la Nación el dominio directo de todos los recursos naturales...; los combustibles, minerales, sólidos, líquidos o viscosos; y el espacio situado sobre el territorio Nacional, en la extensión y términos que fije - el Derecho Internacional.

Son propiedad de la nación las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional"

"Art. 89 constitucional párrafo 1o. f.X. Las facultades del presidente son las siguientes:

X.- Dirigir las negociaciones diplomáticas y celebrar tratados con las potencias extranjeras sometidos a la ratificación del Congreso Federal.

"Art. 133 constitucional. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados".

(191) SILVEA L. Manuel; TRATADO DE DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO. 4a. Ed. Proel. del autor, México. 1963 p. 25

"Pero en todo caso aún las normas de carácter constitucional, una vez elaboradas, ya no tienen el apoyo permanente el órgano constituyente, tampoco tienen sanción y sin embargo nadie puede negar que son derecho". (192)

Vimos también que existen autores que consideran que la sanción es una característica de la ley perfecta, pero si así fuera, no podríamos admitir que el Derecho Internacional también lo fuera, y aún más nos encontraríamos que muchos preceptos constitucionales son imperfectos porque no tienen sanción, tales como -- los artículos 27, 89, 133, etc. pero como ya lo anotábamos, para nosotros la sanción no es un principio jurídico fundamental, es decir que consideramos que la sanción no es la esencia del derecho, al decir del maestro Miranda Calderón, "es sólo la excepción que se aplica en caso de incumplimiento, pues lo normal es que la norma se cumpla, para lo cual existe una preparación previa del destinatario que se escapa a los cauces del derecho". (193)

Luego, como ya apuntábamos que nuestra opinión es la de que a la realización de un supuesto no necesariamente, sobreviene una sanción, y que en algunos casos sólo se da la coercitividad para lograr la ejecución forzada de la obligación, sin que además del cumplimiento de ésta se deba cumplir con una sanción. Kant y -- Kelsen por su parte sostienen la idea de que el derecho no se -- concibe fuera de la coacción; que derecho y coacción son idénticos, (aunque tal opinión se aplica al derecho interno, no al Internacional), sin embargo, nosotros a pesar del criterio de éstos dos autores, seguimos pensando de conformidad con Oscar Morineau, que la sanción no es un elemento esencial del derecho. Del mismo modo opina el maestro Manuel J. Sierra, al decirnos -- que: "no obstante que siempre ha existido una sanción de orden moral (pues todo el derecho se funda en la moral) cuya importancia no podría desconocerse, pero, que ha sido ineficaz en la mayoría de los casos para contener los atentados de la fuerza; lo mismo que en las demás ramas del derecho, el temor a las sanciones no evita los delitos. La mayor parte de los hombres no obedecen a la ley por temor al castigo, sino porque creen en ella y prefieren observarla. La violación de la ley a falta de sanción no prueba su ineficacia". (194)

Esta opinión a nosotros nos parece acertada, puesto que en el orden jurídico interno existen normas que se incumplen porque -- carecen de la posibilidad de hacerlas cumplir por la fuerza y no por ello podemos decir que sean ineficaces y al efecto citamos -- el caso de una deuda prescrita, el acreedor no puede hacer efectivo su derecho de cobrar por medio de la coercibilidad, pero, si el deudor paga éste no puede posteriormente pedir la devolución de

(192) MIRANDA CALDERON, Julio: Sem. de Der. Int. Fac. de Der. U.N.A.M. 1971

(193) MIRANDA CALDERON. Ibidem

(194) SIERRA J. Manuel. Ob. cit. p. 27

lo pagado aduciendo que hizo pago de lo indebido porque la deuda era prescrita; realmente pagó lo debido y así cumplió con la forma y si no se hubiera cumplido, esto no la hace ineficaz, por la posibilidad de que se cumpliera posteriormente con ella.

I.- LA EFICACIA DE LA NORMA DE DERECHO INTERNACIONAL

Es necesario hacer un estudio comparativo entre la norma de Derecho Interno y la norma de Derecho Internacional, en cuanto a lo que respecta a los elementos que la integran y las características que las diferencian.

En principio hablaremos de las fuentes del Derecho Interno de elaboración de los tratados, y de los elementos esenciales de ambas normas, o principios jurídicos fundamentales, concluyendo en cuanto a nuestro criterio con la idea que trata de sostener la eficacia de la norma de Derecho Internacional. "Sin descuidar o desatender que los sujetos de la relación jurídica internacional, son diferentes, son los Estados, entes jurídicos, políticos, dotados de soberanía, tan es así cuando la Corte Internacional de Justicia se dirige a los Estados, lo hace en términos concedidos en sus sentencias que toman el nombre de recomendaciones, siguiendo el principio: "De par in parem non habet imperium". (195)

II.- LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNO

El Derecho positivo Mexicano considera que fuentes: "son aquellas que están expresamente señaladas y reconocidas por el legislador. En consecuencia estas fuentes son: la ley, los principios generales de derechos, la costumbre y la jurisprudencia.

Estas fuentes son, unas federales, otras locales, en atención al órgano legislativo al que debe su formulación o reconocimiento.

Fuera de estas especies de fuentes, no existe en el ordenamiento jurídico mexicano otras a las que se puede atribuir esta calidad.

Los principios generales de derecho, son fuente de toda las ramas del derecho con excepción del Derecho Penal; la costumbre lo es del derecho Civil, del Mercantil, del Agrario, del Administrativo (aunque muy limitadamente), pero no del Procesal ni del Penal, la equidad, sólo tiene este carácter en relación con el Derecho Laboral (material); la jurisprudencia obligatoria tiene naturaleza puramente interpretativa de las normas jurídicas; sin que mediante ellas puedan crearse otra clase de normas.

La ley es realmente, la única fuente general (y principal) - del Derecho Positivo Mexicano. Finalmente, queremos aclarar que cuando se pregunta cuáles son las fuentes del derecho debe conser-

(195) ALVARO CALDERÓN, Julio. Ser. de Derechos Internacionales. Facultad de Derecho. U.N.A.M. 1971

tarse a que sistema jurídico se hace referencia, pues no todos reconocen las mismas aunque coinciden en la mayor parte de ellas". (196)

III.- LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

Por lo que toca a las fuentes del Derecho Internacional, al hablar de tales, lo que tenemos a la vista son los modos de formación o manifestación de este derecho, o los modos de su realización y de los cuales dimanar directamente los derechos y obligaciones de las personas internacionales.

Así entendida, la expresión corresponde a lo estipulado en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, como base para la aplicación del Derecho Internacional en las controversias Internacionales. (197)

Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

1.- La corte, cuya función es decidir conforme al Derecho Internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

a).- Las convenciones Internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

b).- La costumbre Internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

c).- Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

d).- Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.

2.- La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo convienen.

IV.- PROCESO DE ELABORACION DE LAS NORMAS DEL DERECHO INTERNO.

Por lo que a creación o formación de las leyes de Derecho Interno toca, se producen por la actividad conciente desarrollada por el órgano específico al que en el Estado se atribuye este poder.

En México los órganos legislativos son: el Congreso de la Unión -- (compuesto de dos cámaras, la de diputados y la de senadores) y las legislaturas de los Estados. En cuanto al proceso de

(196) PINA Rafael de: ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO. Vol. I 5a. Ed. Edit. Porrúa, S.A. México 1968 pp. 85 y 90

(197) AXCIOLY Hildebrand: TRATADO DE DERECHO PUBLICO. Trad. Dr. José Luis de Azcárraga. Edit. I.E.P. Madrid. 1958. p. 50

formación de la ley en sí, hay que considerar: la iniciativa, la discusión, aprobación, la promulgación, la publicación y eventualmente el veto presidencial. (198)

V.- PROCESO DE ELABORACION DE LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL

Corresponde para el efecto de diferenciar el modo de creación de las normas de uno y otro ordenamiento, referirnos a los procedimientos de elaboración de los tratados.

Según el Derecho Internacional común el procedimiento de elaboración de los tratados puede ser simple, compuesto o mixto.

Es simple cuando un tratado se concierta con carácter definitivo por los órganos que han convenido su contenido (texto del tratado). Un tratado puede por ejemplo establecerse directamente merced a un acuerdo entre monarcas absolutos, o a un cambio de notas entre el gobierno y un representante diplomático extranjero o a un cambio de notas entre ambos gobiernos.

Un tratado militar, en tiempo de guerra, se lleva a cabo así mismo por la mera conformidad de los mandos militares. Cabe finalmente que los negociadores estén facultados para la conclusión definitiva del tratado.

Pero lo corriente es que los tratados se establezcan según un procedimiento compuesto. Consistiendo dicho procedimiento en que el contenido del tratado se fija y firma primero por negociadores, después de lo cual viene el visto bueno del proyecto de tratados, ya firmado por el órgano competente para su conclusión. Esta conformidad se llama ratificación o confirmación y ha de distinguirse de la conformidad parlamentaria en materia de tratados.

Si los negociadores no tienen poderes para la conclusión definitiva el tratado sólo llegará a ser tal mediante la ratificación. Pero no existe el deber de ratificar, a no ser que los Estados se hayan comprometido previamente a concretar un contenido determinado. Cabe, sin embargo, que en ciertas circunstancias las partes están obligadas a abstenerse, mientras que se negocia el tratado, de todos los actos susceptibles de malograr la ejecución del tratado después de su ratificación.

Pero el procedimiento puede ser también simple, por otro lado, compuesto por otro, si un órgano competente para su conclusión definitiva, fija el texto de acuerdo con un simple negociador. En tal caso el proyecto de Tratado sólo necesitará ser ratificado por este Estado. De igual manera el artículo 43 apartado III, de la Carta de la O.N.U. especifica que los acuerdos entre el consejo de seguridad y los Estados miembros, sólo habrán de ser ratificados por éstos.

Después de la ratificación tiene lugar el cambio de los documentos de ratificación, o el depósito de los mismos ante una instancia predeterminada (por regla general cerca del poder presiden-

cial o en la secretaría de la O.N.U.) o finalmente, la mera comunicación de que la ratificación se llevó a cabo. El cambio de instrumentos de ratificación suele darse en los tratados bilaterales en depósito, en los tratados colectivos; la mera comunicación, -- cuando el envío de los instrumentos de ratificación, resulte demasiado complicado o requiera excesivo tiempo. Un tratado no es válido hasta la perfección de este procedimiento, puesto que con anterioridad a ella no puede hablarse de acuerdo de voluntades.

De lo anterior se deduce que un tratado no se perfecciona con la ratificación como tal, sino por la notificación de la misma. Pero los Estados que han depositado el documento de ratificación quedan vinculados a él un tiempo prudencial, puesto que tal depósito implica una promesa de concertar un tratado de contenido determinado, cuando los demás firmantes hayan depositado a su vez sus documentos de ratificación. En caso de adhesión a un tratado ya existente, la obligación surge con la declaración de la adhesión.

En los tratados multilaterales cabe también que la ratificación se haga con reservas. La reserva de los tratados consiste en la exclusión que hace alguna de las partes en los tratados multilaterales abiertos, en la adhesión respecto de alguna o algunas de las cláusulas del tratado, para que no le pare perjuicio a quien las formula.

Ahora bien no hay que confundir los tratados con reservas, con los tratados firmados bajo reserva de ratificación, pues esto es diferente en virtud de que esto último significa que el tratado no entrará en vigor sino hasta el momento de su ratificación por el Jefe de Estado, a menos que en el tratado se acuerde otra cosa. (199)

Por otro lado, tratando de abundar en el tema, entendemos que de manera general los autores al hablar de las fuentes o del órgano de donde emana la norma de Derecho Internacional, toman en cuenta los principios de la solidaridad humana; la cooperación Internacional; y de la comunidad Internacional. Lo anterior lo deducimos de afirmaciones tales como las de Triepel, que estima que el Derecho Internacional nace de la fusión de una "pluralidad" de voluntades estatales en una voluntad común, como un acuerdo derivado de intereses iguales, de comunidad de propósitos. El *Vereinbarung* es un acuerdo colectivo del que surge una voluntad superior a las voluntades parciales, en este caso las de los Estados que en conferencia Internacional se fusionan para aquella cooperación; de esa voluntad común que resulta, se produce el ordenamiento jurídico Internacional. Teniendo su fuerza obligatoria en que cada Estado al manifestar su voluntad en el acuerdo celebrado en conferencia Internacional, éste se vincula a la norma producida aceptando someterse a su regulación. Es un poder creado por sí mismo. Luego resulta que la fuente en general de la norma de Derecho Internacional, es la conferencia Internacional.

(199) MIRANDA CALDERÍN, Julio: Apuntes de Derecho Internacional - Público. Tomados de la cátedra. Facultad de Derecho U.N.A.M. 1967

Sigue diciendo Triepel que si por derecho hemos de entender la voluntad que se impone a las otras voluntades a ellas sometidas, estaremos en el campo del Derecho Interno, cuando la norma derive o emane del Estado. Así también en el Derecho Internacional, la norma debe tener su fuente en la voluntad que ordena que algo debe ser derecho. Pero evidentemente que esa voluntad que debe ser obligatoria para una pluralidad de Estados, no puede pertenecer a un solo Estado, por ella misma, ni las leyes concordantes de varios Estados tienen calidad para imponer a los miembros iguales de la comunidad Internacional reglas obligatorias de conducta. (200)

¿Cuál debe ser, la voluntad de dónde deriva la norma jurídica para imponerse a los Estados?, contesta Triepel diciendo: "puede ser sumamente fuente de Derecho Internacional, una voluntad común de varios o numerosos Estados" (201). Es decir la conformidad Internacional en donde concuerdan en una voluntad, varios o numerosos Estados.

Para Suárez no basta una muchedumbre de hombres para que haya un cuerpo político, pues para que éste exista, se necesita que los hombres, se unan entre sí con alguna alianza en orden a algún fin y bajo una cabeza (solidaridad humana). (202)

Es decir, que exista un orden alguno o unión física o moral. Esto, escribe Suárez, está tomado de Aristóteles que dijo "la ciudad es muchedumbre de ciudadanos que tienen entre sí vínculo moral y es comunidad perfecta en general, lo que es capaz de gobernanación política. Y todavía agrega Suarez con Sto. Tomás explicando el concepto anterior, que "la ciudad es una comunidad perfecta y a Fortiori un reino, y cualquiera otra superior con gregación o comunidad de la que sea parte la ciudad, será comunidad perfecta, no obstante, aquella que es parte de otra, es bajo título imperfecta, no absolutamente sino comparativa y respectivamente" (203). Lo que Suárez quiere decir es que un estado, al igual que el hombre por más completo que sea, siempre es susceptible de algún perfeccionamiento.

A pesar de las anteriores consideraciones acerca del concepto de comunidad, Suárez reconoce el vínculo que existe entre el género humano a causa de su comunidad de naturaleza como dijo antes y por eso afirma que el género humano "aunque dividido en varios pueblos y reinos siempre tiene una unidad cuasi política". (204)

Vitoria nos dice que: "Todo el orbe, en cierta manera, es -

(200) TRIEPEL CARL. Henrich: LES RAPPORTS ENTRE LE DROIT INTERNE ET LE DROIT INTERNATIONAL. Recueil Des Cours. T.I. Vol. I - Librairie Hachette. Paris 1923. p. 82

(201) TRIEPEL. O.C. CIT. p. 82

(202) SUAREZ, Francisco: TRATADO DE LAS LEYES Y DE DIOS LEGISLADOR. Trad. de D. Jaime Turrubiano Ripoll. Lib. II. Cap. XIX. Madrid.

(203) SUAREZ O.C. cit. p. 12

(204) SUAREZ Lib. II. Cap. XIX. O.C. cit. p. 5

una República (205) y que el género humano tiene una unidad cuasi política y moral; Verdross escribe: "es aquí que por primera vez el Estado organizado es proclamado miembro del gran conjunto de hombres, de ahí nace la idea de una comunidad universal de Estados" (206). Luego el Derecho Internacional, se sostiene sobre la base de la idea de la comunidad de Estados y ésta a su vez en ideas: 1.- En la naturaleza del hombre (solidaridad) 2.- La idea utilitarista ; éstas dos bases en la insuficiencia de los Estados.

Fueron Suárez y Vitoria precursores de Grocio quien en su famoso libro sobre el Derecho de gentes, como ya lo habíamos señalado, parte de conceptos iusnaturalistas, establece una distinción entre un derecho de gentes natural y un derecho de gentes voluntario o positivo. El derecho de gentes natural, Grocio lo fundamenta en el apetito social de la comunidad , habiendo concordancia entre los preceptos divinos y los preceptos de éste derecho; "El derecho natural es un dictado de la recta razón, que indica que alguna acción por su conformidad con la misma naturaleza racional tiene fealdad o necesidad, de la moral y de consiguientemente está prohibida o mandada por Dios, autor de la naturaleza." (207)

El derecho de gentes voluntario, lo encuentra Grocio en el consentimiento de los Estados, debiendo su existencia a motivos de índole práctico utilitarista, encontrando su fundamento en el Derecho natural internacional.

De todo lo anterior expuesto, deducimos a grandes rasgos que -- si, efectivamente el Derecho Interno y el Derecho Internacional son diferentes y ello fácilmente lo podemos notar en cuanto a -- que la norma de Derecho Internacional carece de un tribunal propiamente dicho y por otro lado no existe un tribunal supranacional que aplique ineludiblemente sus normas. Es decir que en efecto estamos concientes de que la soberanía de cada Estado en todo momento y en cualquier relación los hace estar en una situación de igual a igual. Por otra parte, no puede haber un poder u ordenamiento supraestatal a la manera del Derecho Interno, porque si -- así fuera, no existiría el Derecho Internacional y además estaríamos en presencia del Estado mundial, y siendo así todo el derecho sería interno.

VI.- ELEMENTOS ESENCIALES DE LA NORMA DE DERECHO INTERNACIONAL.

En cuanto los elementos que forman a la norma de Derecho Internacional, son los mismos conceptos jurídicos fundamentales que posee la norma de Derecho Interno. Y vemos, por ejemplo, que el sustrato jurídico es un concepto jurídico fundamental que podemos localizar en la estructura de la norma de Derecho Internacional, ya que la norma también menciona hechos de cuya realización dependen

-
- (205) VITORIA, Francisco: DERECHO NATURAL Y DE GENTES. Editorial Enece, Buenos Aires. 1943. p. 21
(206) VITORIA, Francisco: Le Fundament Du Droit International. - Recueil de Cours. T.XVI. Vol. I 1927. p. 251
(207) GROCIO, Hugo: EL DERECHO DE LA GUERRA Y DE LA PAZ. Trad. - Jaime Turrubiano Ripoll. Tomo. I. Editorial Feus, S.A. Madrid. 1925. p. 32

de el nacimiento de las consecuencias de Derecho Internacional. - Es lógico comprender, también, que las normas de Derecho Internacional, al igual que el Derecho Interno contiene un Derecho subjetivo que:

- a) Autoriza o faculta conducta.
- b) Conducta determinada.
- c) A un sujeto determinado.
- d) Y faculta a exigir el cumplimiento del deber correlativo.

Por otra parte, ya vimos también que a todo derecho subjetivo, corresponde un deber jurídico y viceversa, luego deducimos que al aceptar como elemento esencial de la norma de Derecho Internacional, al Derecho subjetivo, consecuentemente debemos aceptar como elemento esencial de toda norma al deber jurídico, ya que recíprocamente se fundamentan, luego no pueden existir el uno sin el otro.

La persona jurídica es otro de los elementos esenciales de la norma del Derecho y también lo encontramos en la norma de Derecho Internacional, ya que los derechos y deberes jurídicos se destinan precisamente a las personas jurídicas, es decir que la persona jurídica, es la que va a cumplir con ellos y por ello la propia norma deberá señalar, a quien otorga o concede facultades o bien a quien impone deberes.

Por otro lado, si bien es cierto que los sujetos no se pueden personificar dentro de la norma, también es cierto que la norma siempre alude al sujeto, por cuanto le va a regular su conducta.

La facultad de exigir el deber correlativo es un aspecto del derecho subjetivo y por ende también forma parte de la norma de Derecho Internacional, es decir que al definir el derecho subjetivo nos podemos dar cuenta de que este aspecto del derecho subjetivo existe también en la norma de Derecho Internacional. El "derecho subjetivo es el facultamiento de conducta otorgado por la norma de Derecho Internacional a un Estado, unido o fundido a la facultad de exigir el deber correlativo". Es decir si un Estado tiene facultado realizar determinada conducta, al mismo tiempo se le faculta para exigir que ningún otro Estado interfiera impidiéndole el ejercicio de su conducta facultada.

Debemos señalar también que el fundamento de la facultas exigendi en todo caso será la existencia del derecho subjetivo al cual va unida, y la existencia del deber correlativo, ya que al ser prohibiciones de conducta, hacen posible el respeto de los derechos subjetivos a los cuales va unida la ya mencionada facultas exigendi.

Finalmente debemos señalar que la norma de Derecho Internacional, al contener en su estructura todos los elementos o conceptos jurídicos fundamentales que posee la norma de Derecho Interno, no deja lugar a la negación de su existencia, de su juridicidad, de su validez y de su eficacia, basándose en que le faltan algunos elementos que sabemos que no son conceptos fundamentales aunque sí jurídicos. Tales como la sanción, de la cual vemos que se contiene en la norma sancionadora y no en toda norma jurídica invariablemente.

La coercibilidad, consideramos que se trata de una característica de la norma de Derecho Internacional, al igual que de la norma de Derecho Interno, encontrándonos así que la norma de Derecho Internacional se diferencia de la norma de Derecho Interno en cuanto a sus elementos extrínsecos. Luego no aceptamos por un lado - que la coercibilidad sea lo mismo que coercitividad y coacción, en encontrándonos así de acuerdo con el maestro Tzujina.

VII.- EFICACIA DE LA NORMA DE DERECHO INTERNACIONAL

La norma de Derecho Internacional contiene al igual que la norma de Derecho Interno, todos los principios jurídicos fundamentales. Luego estamos en posición de poder afirmar la eficacia de la norma de Derecho Internacional.

Inicialmente creemos que la mayoría de los autores confunden tres conceptos por demás diferentes unos de otros y éstos son: la coercibilidad, la coercitividad y la coacción, siendo su significado el siguiente:

- a).- Coercibilidad, es la facultad o posibilidad que la norma tiene de que se haga cumplir de manera inexorable, ya en el presente, ya en el futuro;
- b).- Coercitividad, es la facultad que el Estado tiene de hacer cumplir al infractor de la norma, aún en contra de su voluntad;
- c).- Coacción, es la fuerza aplicada o la ejecución forzada de la obligación de cumplir con el deber jurídico.

Habiendo establecido ya las definiciones de los anteriores conceptos, podemos señalar que la confusión que los autores tienen en cuanto a estos tres conceptos, no tiene razón de ser y por ello tampoco la negación de la eficacia de la norma de Derecho Internacional, ya que su negación la fundan en cuanto a que consideran a la coercibilidad como el empleo de la fuerza y por ello señalan - que las normas que no son aplicables por la fuerza no son eficaces, pero precisamente porque pierden de vista que la coercibilidad es distinta de la coercitividad y la coacción y en consecuencia al relacionar la eficacia con el error sosteniendo que la coacción y aún la coercitividad son elementos esenciales de la norma, pero nosotros ya repetidas veces hemos tratado de demostrar que no son elementos esenciales de la norma, sino que son elementos extrínsecos como se deduce de su propia definición. Luego es una exigencia irrazonable el pedir que la norma en sí sea coercitiva o coactiva por sí misma.

Por otra parte nosotros estamos tratando de sostener la eficacia del Derecho Internacional en contra de los que se la niegan basándose para ello en la falta de aparatos u órganos coactivos o coercitivos, es decir los que señalan que el derecho, por no aplicarse por medio de la fuerza no es eficaz.

Nosotros decimos que sí es eficaz, porque la norma de Derecho Internacional cumple con su cometido, al regular la conducta de los Estados, al facultarla o prohibirla correlativamente. Y si tal norma no se aplicare coactivamente, no quiere decir que no se haya realizado ya. En realidad creemos que lo que pasa es que sí falta el aparato coactivo o coercitivo, pero la coercitividad no es un elemento esencial de la norma, no es un elemento de invariable existencia dentro de la norma, pues sólo podría ser elemento de las normas que autorizan el uso de la coercitividad y, en todo caso toda autorización es un derecho subjetivo, en este caso a cargo de un órgano del Estado por ejemplo. Por otro lado, repetidamente hemos visto ya que su sola definición nos revela que se trata de un elemento extrínseco de la norma, (la facultad que el Estado tiene para hacer cumplir al infractor incumplido aún en contra de su voluntad). Luego no es la misma norma la que debe procurar su cumplimiento, ni aun tratándose de la norma de Derecho Interno, sino un elemento extrínseco que en Derecho Internacional no ha sido posible crear o si existe no cumple con su cometido.

"Por otra parte hemos de destacar que la norma jurídica Internacional en función de los valores de la justicia, la paz, la seguridad y el bien común Internacional es que coincide con los fines de todo el derecho, ya que al igual que el Derecho Interno el Derecho Internacional, tiene fines inmediatos y mediatos, encontrándonos con que son:

- 1.- Inmediatos o próximos, la paz y la seguridad Internacional.
- 2.- Mediatos o teleológicos, la paz, la seguridad, la justicia y el bien común.

Siendo además necesario para la existencia de la norma de Derecho Internacional: a) la existencia de Estados; b) las relaciones entre estos Estados y c) que todos los Estados tengan la voluntad o deseo de realizar valores jurídicos comunes (208). Luego sin estos tres supuestos, no podrá existir la norma de Derecho Internacional. Y sólo así podríamos negar su existencia, su validez y aun su eficacia.

CONCLUSIONES :

1.- Existen dos tipos de Derecho: el de subordinación y el de coordinación, quienes están acorumbados a la fuerza impositiva del Derecho Interno, no conciben la existencia de un derecho no impositivo por la fuerza, sino por el consenso o acuerdo de la comunidad.

2.- Los autores que afirman que el Derecho Internacional, adolece de las notas esenciales y que por ello no es Derecho, no han logrado entender en principio que la fuerza no es un elemento intrínseco del derecho, sino extrínseco, de ahí que caigan en el error negando la existencia o el carácter jurídico del Derecho.

3.- La base de la negación del Derecho Internacional en ocasiones, se reduce a la falta de un poder coactivo capaz de hacerlo cumplir, luego de manera general, los autores señalan que el Derecho Internacional carece de las notas esenciales del Derecho entre las cuales señalan la fuerza, el poder coactivo, la coercitividad, un poder coactivo supra-estatal.

4.- El elemento fuerza, coacción, coercitividad, un poder coactivo supraestatal, ni aun en la norma del derecho que los autores denominan "verdadero" existen como elementos esenciales, pues el poder coactivo o coercitividad es: "la fuerza que el Estado tiene para hacer cumplir al infractor de una norma aun en contra de su voluntad", luego la norma en sí no es coactiva.

5.- Puede no haber un poder u ordenamiento supraestatal a la manera del Derecho Interno o sea del tipo del Derecho de subordinación. Si así fuera no existiría el Derecho Internacional, que es un Derecho de coordinación, y estaríamos en presencia del Estado mundial.

6.- Las normas de Derecho Interno como las de Derecho Internacional, pertenecen al mismo género, pero tienen sus notas distintivas, de ahí que no podamos exigir para la norma de Derecho Internacional la misma estructura de la norma de Derecho Interno y eso en cuanto a sus elementos extrínsecos, porque como normas de derecho, son iguales y poseen los mismos elementos esenciales, pero las notas características son diferentes, ya que los aparatos coercitivos son desiguales.

7.- El fundamento del Derecho Internacional es una técnica jurídica general, esta no es una voluntad superior, sino es una voluntad coordinada, es decir, se crea una situación de colaboración con lo cual se crea la norma de Derecho Internacional, en el seno de la Conferencia también Internacional.

8.- La norma de Derecho Internacional contiene en su estructura todos los conceptos jurídicos fundamentales, que posee la norma de Derecho Interno. Luego no hay lugar a la negación de su existencia, de su juridicidad, de su validez y de su eficacia, basándonos en que le faltan algunos elementos que como vimos no son conceptos fundamentales aunque sí jurídicos, como la sanción, la cual se contiene sólo en la norma sancionadora y no en toda norma jurídica.

9.- En el supuesto jurídico si es un concepto jurídico fundamental que se localiza en la estructura de la norma de Derecho Internacional, ya que la norma también menciona hechos de cuya realización depende el nacimiento de las consecuencias de Derecho Internacional.

10.- La lógica jurídica considera: que la norma de Derecho Internacional al igual que la de Derecho Interno, contiene como elemento esencial un derecho subjetivo que:

- a).- Autoriza o faculta conducta (¿qué tipo de conducta?)
- b).- Conducta determinada (¿a quién?)
- c).- A un sujeto determinado, y
- d).- Lo faculta a exigir el cumplimiento del deber correlativa

11.- El derecho subjetivo y el deber jurídico se fundamentan recíprocamente y al mismo tiempo son elementos esenciales de la norma jurídica Interna y de la norma jurídica Internacional.

12.- El destinatario de toda norma es la persona; en consecuencia si el Estado es persona, el será el destinatario de la norma jurídica Internacional.

13.- La sanción es un concepto jurídico pero no fundamental; no forma parte de toda norma jurídica, pues solo es la consecuencia del incumplimiento de un deber contenido en una norma sancionada por otra norma sancionadora.

14.- La norma de Derecho Internacional es obligatoria porque es valioso para la comunidad Internacional el que se cumpla con ella en tanto es la expresión del deber ser.

15.- La obligatoriedad de la norma de Derecho Internacional deviene de sí misma, es decir de sus elementos esenciales, tales como el derecho subjetivo y el deber jurídico, puesto que, el sujeto esta conciente de que se le autorice a realizar y aun a omitir la conducta prohibida, porque es valioso el precepto que obliga a unos para poder autorizar a otros, siempre que en la misma circunstancia se preceda a la inversa, conduciendo al cumplir con la norma, a la realización de los valores jurídicos en beneficio de la colectividad, demostrando objetivamente que realiza el valor en beneficio de dicha colectividad.

16.- La facultas exigendi en la norma de Derecho Internacional existe unida al facultamiento de conducta otorgado por la propia norma a un Estado. Es decir si un Estado tiene facultado realizar determinada conducta, al mismo tiempo se le faculta para exigir que nadie interfiera impidiéndole el ejercicio de su conducta facultada.

17.- Haciendo a un lado el criterio jurídico, podemos decir que sabemos que los sujetos están concientes de que deben cumplir con las normas de Derecho, pero tal conciencia parece que se --

pierde al tratarse de las normas de Derecho Internacional y creemos que el elemento de convicción para que los sujetos cumplan con la norma de derecho es la facultas exigendi, porque al estar fusionada con el derecho subjetivo, es lo que sirve para la defensa de nuestros propios intereses, elemento que no se valora de la misma forma cuando se trata de la norma de Derecho Internacional, por nuestro egoísmo natural, ya que siempre estamos esperando a ver qué es lo que la comunidad Internacional puede hacer por nuestro Estado, y nunca qué es lo que nuestro Estado puede hacer por la comunidad Internacional.

18.- Consideramos que la coercibilidad es una característica de la norma de Derecho Internacional, ya que ésta sólo es la posibilidad presente o futura de que una norma logre su ejecución forzada.

19.- Concluimos que la norma de Derecho Internacional es eficaz, ya que al igual que la norma de Derecho Interno, contiene los principios jurídicos fundamentales, y además es coercible, elemento que al confundirlo los autores con la coacción y la coercitividad, pretenden usarlo para negar su eficacia, siendo la "coercibilidad, la posibilidad que la norma tiene de que se haga cumplir de manera inexorable, ya en el presente, ya en el futuro. La coercitividad, la facultad que el Estado tiene de hacer cumplir al infractor de la norma aun en contra de su voluntad"; coacción, la fuerza aplicada o ejecución forzada de la obligación de cumplir con el deber jurídico.

20.- Concluimos ya que la norma de Derecho Internacional sí es eficaz, en contra de los autores que se la niegan basándose en la falta de aparatos u órganos coactivos o coercitivos, es decir que señalan que el Derecho Internacioanal por no aplicarse por medio de la fuerza no es derecho, no es eficaz.

Sí es eficaz la norma de Derecho Internacional, ya que cumple con su cometido regulando conducta al facultarla o prohibirla. Y si no se aplicare coactivamente, no quiere decir que no se haya realizado ya la norma. En realidad creemos que lo que pasa es que si falta el aparato coactivo o coercitivo, que no es un elemento esencial de la norma. Luego no es la misma norma la que debe procurar su cumplimiento, sino un elemento extrínseco, que es en todo caso el que no cumple con su cometido.

21.- Se puede hablar de ineficacia del orden jurídico sin que aceptemos que la norma es ineficaz, ya que la norma puede ser eficaz, pero como la norma sólo es una parte del orden jurídico, lo que puede hacer ineficaz al orden jurídico son otros elementos del mismo, como la coercitividad, la coacción, la sanción y el órgano titular de la coercitividad. En última instancia se requiere de una adecuación o preparación previa que no depende de la norma, sino de otros factores.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- ACCIOM Hildebrand: *TRATADO DE DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO*. Trad. Dr. José Luis de Azcárraga. Editado por el Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1958
- 2.- AFFALON y García Ojano: *INTRODUCCION AL DERECHO*. 3a. Ed. - Buenos Aires. Argentina. 1969
- 3.- ALZILLOTTI Dionisio: *CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO*. Trad. Hugo Carinos y Ernesto C. Bernida. Edit. Ateneo. Argentina. 1965
- 4.- ALLIS Ambrosio y h. Capitani: *CURSO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL*. Trad. de la II Ed. francesa por la redacción de la Revista general de legislación y jurisprudencia. 3a. Ed. Madrid. E. Instituto Editorial Reus. 1957
- 5.- GARCIA Máñez Eduardo: *INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO*. 14a. Ed. Prof. de Virgilio Domínguez. Editorial Porrúa, S.A. México. 1967
- 6.- GARCIA Trinidad: *APUNTES DE INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO*. 15a. Ed. Editorial Porrúa, S.A. México. 1966
- 7.- GÓDOLU Hugo: *DEL DERECHO DE LA GUERRA Y DE LA PAZ*. Trad. Jaime Terrubiano Cipoll. Tom. I. Editorial Reus. S.A. Madrid - 1925
- 8.- KEISEL Hans: *PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO*. Trad. Hugo Carinos y Ernesto C. Bernida. Editorial El Ateneo. Argentina. 1965
- 9.- KEISEL Hans: *ESTUDIO CRITICO DE LA TEORIA PURA DEL DERECHO Y DEL ESTADO*, DE LA ESCUELA DE VIENA. Barcelona. 1933
- 10.- KEISEL Hans: *TEORIA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO*. Trad. Eduardo García Máñez. 3a. Ed. Imprenta Universitaria de México. 1955
- 11.- KUNZ: *TEORIA GENERAL DEL DERECHO*. Academia Interamericana de Derecho Comparado y Derecho Internacional. Vol. II. La Habana. 1954
- 12.- LAURENT: *LA VENGEANCE PRIVEE ET LE FONDAMENT DU D.L.IT INTERNATIONAL*. Paris. 1931
- 13.- LUGAS y Lacabra: *EXAMEN CRITICO DE LA TEORIA PURA DEL DERECHO*.
- 14.- M. H. LEAU Oscar: *ESTUDIO DEL DERECHO*. Prof. Dr. Luis Recaséns Siches. Editorial, Porrúa, S.A. México. 1953

BIBLIOGRAFIA

- 1.- ACCIOLY Hildebrand: TRATADO DE DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO. Trad. Dr. José Luis de Azcárraga. Editado por el Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1958
- 2.- AFFALICIN y García Olano: INTRODUCCION AL DERECHO. 3a. Ed. - Buenos Aires. Argentina. 1969
- 3.- ANZILUCCI Dionisio: CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO. Trad. Hugo Caminos y Ernesto C. Hermida. Edit. Atenco. Argentina. 1965
- 4.- COLLIN Ambrosio y h. Capitant: CURSO FUNDAMENTAL DE DERECHO CIVIL. Trad. de la II Ed. francesa por la redacción de la Revista general de legislación y jurisprudencia 3a. Ed. Madrid. E. Instituto Editorial Reus. 1952
- 5.- GARCIA Máñez Eduardo: INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO. 14a. Ed. Prof. de Virgilio Domínguez. Editorial Porrúa, S.A. México. 1967
- 6.- GARCIA Trinidad: APUNTES DE INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO. 15a. Ed. Editorial Porrúa, S.A. México. 1966
- 7.- GÜLLIC hugo: DEL DERECHO DE LA GUERRA Y DE LA PAZ. Trad. Jaime Torrubiano Ripoll. Tom. I. Editorial Reus. S.A. Madrid - 1925
- 8.- KEISEL Hans: PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO. Trad. hugo Caminos y Ernesto C. Hermida. Editorial El Atenco. Argentina. 1965
- 9.- KEISEN Hans: ESTUDIO CRITICO DE LA TEORIA PURA DEL DERECHO Y DEL ESTADO., DE LA ESCUELA DE VIENA. Barcelona. 1933
- 10.- KEISEN Hans: TEORIA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO. Trad. Eduardo García Máñez. 2a. Ed. Imprenta Universitaria de México. 1958
- 11.- KUNZ: TEORIA GENERAL DEL DERECHO. Academia Interamericana de Derecho Comparado y Derecho Internacional. Vol. II. La Habana. 1954
- 12.- LAIBERT: LA VENGEANCE PRIVEE ET LE FUNDAMENT DU DROIT INTERNATIONAL. Paris. 1931
- 13.- REAS y Lacambra: EXAMEN CRITICO DE LA TEORIA PURA DEL DERECHO.
- 14.- M. RENEU Oscar: ESTUDIO DEL DERECHO. Prof. Dr. Luis Recaséns Siches. Editorial, Porrúa, S.A. México. 1953

- 15.- MIAJA de la Muela Adolfo: INTRODUCCION AL DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO. 3a. Ed. Ediciones Atlas. Madrid. 1960
- 16.- MIRANDA Calderón Julio: APUNTES DE DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO. Tomados de la Cátedra. Facultad de Derecho. México. - 1967
- 17.- OPPENHEIM. L.M.A.L.L.D.: TRATADO DE DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO. 8a. Ed. Trad. J. López Olivan y J.M. Castro Nial. Tomo I. Vol. I. Editorial BUSCH. Barcelona. 1961
- 18.- PENICHE López Edgardo: INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO Y LECCIONES DE DERECHO CIVIL. 7a. Ed. Editorial Porrúa, S.A. - México. 1969
- 19.- PINA Rafael de: ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO. Vol. I. 5a. Ed. Editorial Porrúa, S.A. México. 1968
- 20.- RAMIREZ Sánchez Jacobo: INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO Y NOCIONES DE DERECHO CIVIL. Prof. Guillermo H. Viramontes. Ciudad Universitaria. México, D.F. Textos Universitarios. - U.N.A.M. 1967
- 21.- RUJINA Villegas Rafael: INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO. 2a. Ed. Editorial Porrúa, S.A. México. 1967
- 22.- SEPULVEDA César: CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO. 2a. Ed. Editorial Porrúa, S.A. México. 1964
- 23.- SIERRA J. Manuel: TRATADO DE DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO. 4a. Ed. Prof. del Autor, México. 1963
- 24.- SUAREZ Francisco: TRATADO DE LAS LEYES Y DE DIOS REGISTRAR. Trad. de D. Jaime Torrubiano Ripoll. Libro II. Capítulo. XIX Madrid.
- 25.- VITORIA Francisco: DERECHO NATURAL Y DE GENTES. Edit. Emecé. Buenos Aires. 1943
- 26.- TRUYOL y Serra Antonio: FUNDAMENTOS DE DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO. 2a. Ed. Editorial F. Seix Editor. Barcelona. 1955
- 27.- VALLEJO Berrón E. Fausto: INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO Editorial Herrero, S.A. México. 1961
- 28.- VERDULSS Alfred: DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO. Trad. Antonio Truyol y Serra. Editorial Aguilar. Madrid. 1955
- 29.- VILLER Toranzo Miquel: INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO. Editorial Porrúa, S.A. México. 1966
- 30.- TRIEPEL CARL HEINDRICH: Les Rapports entre le Droit Interne et le Droit International Recueil des Cours. Tom. I. Vol. I. Librairie Hachette. Paris. 1923
- 31.- WALZ Gustav Adolfo: ESENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL Y CRITICA DE SUS NEGADORES Trad. Antonio Truyol y Serra. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1943