



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MEXICO

CENTRO DE ESTUDIOS UNIVERSITARIOS  
CLAVE UNAM 3219  
ESCUELA DE DERECHO

LOS FINES DEL DERECHO DESDE EL PUNTO  
DE VISTA DE LA ESTIMATIVA JURIDICA

**T E S I S**

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

**LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A :**

**SANTIAGO RUBIO CISNEROS**

DIRECTOR DE TESIS: LIC. JUAN DIEGO RIVERA BORJA



MEXICO, D. F.

2005

m340986



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



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

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

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

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

## INTRODUCCION

He decidido explicar, dar a entender y recordar la motivación por la cual el Ser Humano ha pretendido desde hace mucho tiempo atrás, regular su conducta para con los demás y así poder vivir armónicamente, respetándose unos a otros, en una constante y perpetua búsqueda de la armonía humana y, esto es sin duda el derecho, el cual ha venido a ser este medio de regulación y obligatoriedad, para las Sociedades conformadas dentro de un Estado de Derecho.

De igual manera he notado alarmantemente, que los propósitos para los que se creó el derecho, que son los denominados fines del derecho y que son la justicia, la seguridad y el bien común, cada vez son más olvidados y menos aplicados por la sociedad y los juristas, principalmente por los segundos, ya que por obtener la mayoría de las veces beneficios económicos o de cualquiera otra índole prefieren pasarlos por alto, así como también el desinterés y la búsqueda de beneficios, que muestran las autoridades tales como dádivas u otros, no importando la violación a tales fines.

Por lo antes expuesto se propone en el presente trabajo, reafirmar que el derecho se crea de acuerdo a valores generales, que dan pie a su creación y, que a partir de los mismos se originan las Instituciones que lo desenvuelven dentro de su papel en la sociedad, para así cumplir con los fines que se ha propuesto.

Esta afanosa búsqueda de demostrar la procedencia y validez del derecho, me ha llevado a consultar a la filosofía y a la estimativa jurídica entre otros aspectos de la materia a fin.

Lo que en el presente trabajo se abordará obedece a que estos fines y valores del derecho, se han ido perdiendo con el paso del tiempo, dando cabida a todo tipo de prácticas ilegales, antiéticas y desleales, convirtiendo así al derecho en un atractivo negocio, para quien lo pueda comprar y lo peor aún para quien cree dominarlo totalmente.

Lo citado es principalmente lo que ha sido objeto de motivación para desarrollar esta investigación sobre los antecedentes del derecho en Roma, España y México, los fines del derecho, el derecho natural y el racionalismo jurídico, derecho positivo o positivismo jurídico y finalmente de acuerdo a lo planteado en los cuatro capítulos precedentes, las propuestas de esta tesis en un capítulo denominado hacia un nuevo derecho natural, tratando de realizar una modesta aportación por medio de nuestras conclusiones.

En virtud de lo anterior, abordaremos aquellos aspectos históricos del derecho en occidente, con el nombre del capítulo que antes quedó acentado, para comprender algunas características del derecho de vital importancia, continuaremos el desarrollo del presente con los fines del derecho, mismos que por su gran trascendencia no debemos pasar por alto, recordando que estos son la justicia, la seguridad y el bien común.

El derecho positivo precede a los fines del derecho, el cual ha sido elegido objeto de estudio en esta tesis, por que es el derecho que aplica en un momento determinado en un



lugar y es el que rige las conductas de una sociedad, siendo contrario al derecho natural que sería el tema que sigue, por que este último es sin duda alguna una especie de fuente rectora o de directriz que da la pauta a muchos aspectos del derecho positivo desde el punto de vista no puramente aplicativo, sino del aspecto valorativo o estimativo, es decir se estima algo que se quiere por que representa ciertas características a fines a nuestros propósitos.

El último aspecto que abarca nuestro objeto de estudio, se denomina “hacia un nuevo derecho natural”, punto culminante y objeto principal del mismo, por el cual creo en la posibilidad de retomar el cauce de las ideas valorativas del derecho ante desinterés general, a través de la estimativa jurídica que es de manera muy somera lo que se menciona en el párrafo que antecede y es el último punto que se trata en este trabajo.

En la actualidad ante la constante amenaza que día a día nos embarga en la sociedad mexicana a nivel nacional, en aspectos tales como la corrupción, la inseguridad, entre otros, así como la pérdida desmedida de valores esenciales para aplicarlos en situaciones primordiales, para lograr el mínimo control de convivencia en la vida humana, es factible proporcionar un tinte de valoración a los fines del derecho (justicia, seguridad y bien común), de acuerdo a ideas y principios que nos proporcionan diversos autores en materia de derecho y filósofos , que demuestren que las ideas jurídicas derivadas de principios éticos y valores, son las que imperan y deben seguir imperando, pero simplemente hay que recordarlas a la sociedad en general, ya se que si se toma conciencia de acuerdo a lo antes transcrito, es muy posible que mejore el aspecto de la credibilidad y confianza en lñas Instituciones, especialmente en las que se encargan de impartir y procurar justicia, seguridad y bien común, ya que estas harán lo propio al respecto.

## **CAPÍTULO I**

### **ANTECEDENTES DEL DERECHO**

## CAPITULO I

### ANTECEDENTES DEL DERECHO

#### 1.1 ANTECEDENTES DEL DERECHO EN ROMA.

Como es acostumbrado, y para poder entender aún mejor nuestro objeto de estudio, es necesario conocer al derecho desde épocas históricas, principalmente en aquellas que se haya aportado algo característico, que hayan hecho posible por su relevancia aspectos importantes para nuestro objeto de estudio.

Es por lo anterior que así como muchos trabajos de tesis o textos en general, dan al inicio su aportación histórica del derecho, en este caso no se ha hecho la excepción, pero antes de entrar a nuestro primer capítulo conviene recordar, y es la palabra correcta por que de sobrada cuenta sabemos, que el derecho se ha creado sin lugar a duda, para reformar, componer y llevar a cabo una labor normativa, que haga posible la convivencia humana, es decir posee un poder coactivo para poder ejercer su función, pues es el moderador obligatorio de la conducta humana.

Al analizar el primer punto de este capítulo, daremos algunas definiciones de Derecho Romano, a fin de poderlas comparar y obtener así una generalidad en los puntos afines.

Según el Diccionario Jurídico Mexicano, “es el derecho definido en los escritos de los juristas de la antigua Roma, principalmente en los juristas clasificados como clásicos, es decir en los escritos de aquellos juristas que vivieron entre el año 130 A. C. y el 230 D. C. La historia del derecho romano comienza con la Ley de las doce tablas en el siglo V A. C., y continúa hasta nuestros días.”<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo D-H, UNAM, 11ª. ed., México, 1998, p. 1037.

La definición antes citada aunque breve y muy general demuestra la característica de ser el derecho propuesto por los antiguos estudiosos del derecho en Roma, para poder regirse conforme entonces las circunstancias así lo requerían, tales como poder castigar a los ciudadanos comunes de Roma que cometían delitos, a los extranjeros por la misma circunstancia y para regular las votaciones entre otros, así como la época de aplicación por los romanos de este derecho.

A su vez el maestro Guillermo Floris Margadant, gran investigador sobre derecho romano, refiere que este es: “Originariamente, el derecho reconocido por las autoridades romanas hasta 476 D. C. y, desde la división del imperio, el reconocido por las autoridades bizantinas estrictamente hablando, hasta 1453 dentro de su territorio. Conocemos este derecho, sobre todo, por la gran compilación realizada por juristas bizantinos en tiempos del emperador Justiniano (527-565) y llamada, desde la Edad Media, el *Habeas Iuris Civilis*.”<sup>2</sup>

La apreciación que tomamos del maestro nos proporciona aproximadamente la primera fecha coincidente con la de la definición anterior, pero esta última abarca posteriormente hasta el año 1453 D. C., como el derecho que se siguió aplicando en territorio Romano desde la división del imperio, en imperio romano de oriente y de occidente. Y al hablar de la conocida compilación denominada *Iuris Civilis* se refiere a una codificación de los textos jurídicos que entonces había, hecha por el mando del emperador Justiniano del año 529 al 534 D. C.

“La idea del derecho se desarrolla en Roma de una manera gradual. Las primeras leyes romanas son un conjunto de prácticas religiosas. La primera codificación del derecho romano son las XII Tablas, la cual tiene las siguientes características:

I.- El elemento religioso. Este elemento en el aspecto legal, pasa a ocupar un segundo término.

---

<sup>2</sup> FLORIS MARGADANT, Guillermo, *Derecho Romano*, Ed. Porrúa, México, 15ª. Ed., 1998, p. 11

2.- Las contravenciones jurídicas representan, ante todo, delitos contra el Estado, en vez de desacatos a la voluntad de los dioses.”<sup>3</sup>

Encontramos las características al hacer mención de la Ley de las XII Tablas, pero ahora con sus características como la pérdida de los aspectos religiosos y la atribución de la importancia a la comisión de delitos en torno al perjuicio del estado.

Ahora bien para el autor Francisco José Huber Olea el derecho romano: “Es el conjunto de principios jurídicos que ha elaborado el pueblo de Roma y que han regido a su sociedad durante las diversas épocas de su historia y que estuvo vigente hasta 476 D. C. en la Ciudad de Roma y desde que el imperio se dividió, también en Constantinopla cuya duración se extendió hasta 1453 d. C.”<sup>4</sup>

Los mismos aspectos representativos se repiten una y otra vez, a lo que podemos determinar que el derecho romano, es el conjunto de leyes aplicadas en Roma, que para unos inició desde la fundación de Roma y para otros desde la aparición de las XII Tablas hasta el año 1453, durante ese lapso de tiempo se dieron diferentes etapas, así como diversas características en cuanto a su ámbito de aplicación, como precisamente veremos al inicio de este primer capítulo.

---

<sup>3</sup> SERRA ROJAS, Andrés, *Historia de las Ideas e Instituciones Políticas*, Ed., Porrúa, 2º ed., 1992, México, p.p. 75 y 76.

<sup>4</sup> HUBER OLEA, Francisco José, *Diccionario de Derecho Romano*, Ed., Porrúa, 1º. ed, 2000, México, p. 157.

### 1.1.1 LA MONARQUÍA. -753-510 A. C.-

Dentro de la monarquía, se considera que Rómulo es el primer rey que crea y organiza la propiedad privada, Numa es el segundo que aporta ideas de religión, el tercero es Tulo Hostilio quien crea las normas de guerra, siendo esto a grandes rasgos el esquema y lo que le da forma primeramente a Roma desde su creación.

Estos aspectos, es decir, la propiedad privada, las creencias y la seguridad, deben estar siempre garantizados por el estado en cualquier sociedad.

Asimismo para designar al rey, no bastaba el simple hecho de su nacimiento, sino que primeramente era elegido por representación popular, posteriormente ya cada uno elegía a su sucesor, pero en ambos casos se necesitaba la aprobación del senado, lo que daba un matiz republicano a la monarquía.

En esta monarquía al lado del rey aparece el senado, cuya función fue consultiva. “Sus consejos tenían el valor de la experiencia de sus integrantes. Al caer la monarquía, la importancia del senado aumentó. Su función principal consistía en la aprobación de los acuerdos tomados por los comicios, formando parte así del órgano legislativo”.<sup>5</sup>

Al hablar de la importantísima aparición del senado, nos referimos al mismo como al grupo de ancianos que aportaban consejos al rey, sobre todas las cuestiones que interesaban al Estado. A su vez los comicios eran “una asamblea de tipo legislativa, que es la más antigua entre los romanos, cuyas primeras funciones eran la elección del Rey, así como realizar las decisiones sobre la paz y la guerra.”<sup>6</sup>

Cabe mencionar respecto de las instituciones públicas en la monarquía, que “Políticamente el rey se hallaba auxiliado por hábiles oficiales y pontífices, cuyas funciones, aunque en gradual decadencia, continuaron ejerciéndose hasta que Roma se hizo

---

<sup>5</sup> BERNAL Beatriz y LEDESMA José de Jesús, *Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neorromanos*, Ed., Porrúa, México, 8ª., Ed., 1998. p. 74.

<sup>6</sup> HUBER OLEA, Francisco Javier, op. Cit. p. 73

cristiana. El rey era el jefe por excelencia de la infantería, que fue siempre la base de la fuerza militar de los romanos.”<sup>7</sup>

Lo anterior amplía un poco más el panorama respecto a la monarquía, tal como lo vemos en las instituciones que auxiliaban al rey, respecto a la figura de los pontífices, estos eran sacerdotes que daban consejos al rey.

La ley de las XII tablas como ya se ha mencionado era una compilación de normas que regularon el derecho durante los años 451-50 a. C., para el autor Wolfgang Kunkel, “eran un esquema de derecho vigente en su época, como reflejan aún los fragmentos conservados. Contenían prescripciones sobre el curso del procedimiento judicial, inclusive la ejecución, y sobre materias jurídicas, que hoy día separamos tajantemente incluyéndolas en el derecho privado y en el derecho penal, respectivamente, mientras que el legislador antiguo las veía aún como una unidad.”<sup>8</sup>

El autor Ignacio Echegaray en su texto citado, menciona que a fin de limitar la prepotencia de los pontífices, los plebeyos forzaron a que se elaborara a mano un derecho escrito, lo que dio origen a la elaboración de las mismas.

El senado se opuso rotundamente a dicho proyecto. Pero los plebeyos en su afán por darle legitimidad, reeligieron por varios años consecutivamente al tribuno de la plebe a fin de conseguir el objetivo deseado.

Haciendo referencia nuevamente al tema de las XII Tablas, que como se ha mencionado fue la manera de cómo la clase inferior de los Plebeyos, con respecto a la de los Patricios, luchó para conseguir beneficios y mejores formas de vida, a fin de salir de alguna manera de la opresión de los últimos para con los primeros, mismas que su contenido consistió como a continuación se enlista:

---

<sup>7</sup> Ibidem, op. Cit. p.417

<sup>8</sup> KUNKEL, Wolfgang, *Historia del Derecho Romano*, Ed., ArielDerecho, México, 5ª. Ed., 1999, p. 33.



“Tablas I y II.- Se refieren a la organización judicial y al procedimiento, principio y desarrollo de los juicios.

Tabla III.- versa sobre la ejecución de los juicios contra los deudores insolventes.

Tabla IV.- sobre la potestad paterna.

Tabla V.- establecía disposiciones sobre la tutela y las sucesiones.

Tabla VI.- reglamentaba la propiedad.

Tabla VII.- se refería a las servidumbres.

Tabla VIII.- versaba sobre derecho penal, estableciendo el Talión y quizá también haya hablado de las obligaciones en general.

Tabla IX.- se refiere al derecho público y a determinadas relaciones con el enemigo.

Tabla X.- se ocupaba del derecho sacro.

Tabla XI y XII.- contemplaban a las anteriores.”<sup>9</sup>

De acuerdo a lo anterior es necesario comentar algunas características de las XII Tablas, y ahondar en algunas cuestiones, mismas que son algo ajenas al lenguaje cotidiano y propias del lenguaje jurídico.

Por ejemplo: La Tabla V que hace mención a la tutela, esta era algo semejante a lo que hoy en día reconoce como tal la legislación mexicana y la de muchos países del mundo, es considerada la facultad de una persona denominada tutor de representar en sus derechos a algún incapaz mental o menor de edad, o bien “el mandato que emerge de la ley determinando una potestad jurídica sobre la persona y bienes de quienes, por diversas razones, se presume hacen necesaria —en su beneficio— tal protección.”<sup>10</sup>

A su vez las sucesiones igualmente eran algo muy similar a lo que conocemos ahora por testamentos.

La Tabla VI se refería a las servidumbres en donde “Encontramos estas figuras dentro de los desmembramientos de la propiedad, que en su estado normal se encuentra libre, por lo que otorga al dueño todas las ventajas que ella confiere, lo que implica que puede

<sup>9</sup> BRAVO GONZÁLEZ, Agustín y BRAVO VALDÉS Beatriz, *Derecho Romano*, Ed., Porrúa, México, 17ª. Ed., 2000, p.p. 59 y 60.

<sup>10</sup> Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo P-Z, Ed. UNAM, 11ª. ed., México, 1998, p. 3187.

servirse de la cosa, aprovechar los frutos que produzca, recuperarla si se ve privado de la misma por un tercero que no tenga derecho a poseerla, además de servirse del derecho hasta agotarlo.”<sup>11</sup>

Es clara la transcripción anterior en cuanto a relacionar a las servidumbres con aspectos de la propiedad, y más aún si a esto se agrega que actualmente diversos ordenamientos vigentes así la contemplan.

A su vez también la Tabla VIII, requiere especial énfasis en cuanto a la mención que hace respecto al sistema del talión, frase en desuso actualmente en cuanto a su aplicación, ya que implicaba la posibilidad de vengar lesiones graves.

Al respecto del derecho sacro, situación jurídica que ocupa lugar dentro de la Tabla X, era una prohibición respecto a las manifestaciones lujosas durante las exequias, entendiéndose por estas a los funerales.

De acuerdo a lo anterior podemos observar por que la creación, aplicación y estudio de las XII Tablas, es adecuado para nuestro objeto de estudio, ya que denota una principalísima característica que es precisamente la estimación de su creación, a través de una lucha antagónica de clases, para finalmente encontrar en tales disposiciones a los fines del derecho, (justicia, seguridad y bien común).

---

<sup>11</sup> HUBER OLEA, Francisco José, op. Cit. p. 714

### 1.1.2 LA REPÚBLICA 510 a. C.

Abarca aproximadamente del año 449 al 27 A. C., así mismo una vez expulsado de Roma por los patricios el último rey, comienza la etapa en mención, en donde los primeros siglos son caracterizados principalmente por problemas internos, entre patricios y plebeyos, aparte comienza un matiz importante en esta etapa en el año 396 A. C., debido a que Roma empieza a ejercer poder sobre sus pueblos vecinos, así como también en Macedonia, Asia Menor y Egipto, por lo que estas situaciones influyen para poder lograr una consolidación y fuerte cimentación para el desarrollo del derecho.

De acuerdo a los autores Beatriz Bernal y José de Jesús Ledesma, en su texto titulado “Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neorromanistas”, la república consular ocupó el lugar de la monarquía. Asimismo el cargo es ocupado por dos cónsules que son elegidos cada año de entre los patricios.

Se le da el nombre de república consular o aristocrática debido a que cerca de concluir la monarquía, los reyes a fin de consolidar su poder sobre los Patricios, se apoyaron en los Plebeyos, otorgándoles amplias facultades, a lo que propició el descontento de los primeros y al crear dicha forma de gobierno, ahora ya no se depositan todos los poderes sobre el rey, como lo eran los civiles y religiosos, son separados y otorgados, los religiosos, al Pontifex Maximus; (Pontífice Máximo, quien era el sacerdote supremo, debido a que ocupaba la religión en ese entonces un lugar como se ha advertido importante, de consulta y opiniones dentro del gobierno, y ahora este poder pasaba a formar parte de esta figura jurídica, mismo que ya no ostentaba el rey, lo anterior a fin de delimitar en parte sus poderes).

En cuanto a las otras facultades, son conferidas a dos magistrados, llamados cónsules, mismos que tenían las facultades siguientes:

- a) La de dirigir a la policía;
- b) La de el control de los Ejércitos;
- c) La de proponer iniciativas de ley y hacer propuestas a los comicios (elecciones);
- d) La de consultar al senado;

- e) La del Poder financiero discrecional, y por último;
- f) La dirección de la administración de la Justicia.

De acuerdo a lo hasta aquí visto dentro del desarrollo de la historia del derecho en occidente, y en el tema que nos ocupa, el derecho romano aportó aspectos jurídicos como las XII Tablas, las cuales agruparon leyes que tienen aún ciertos rasgos profundos en su aplicación. Así mismo y en cuanto a las instituciones políticas observamos a la monarquía la cual en un principio, tenía como sello distintivo lo absoluto en cuanto a la agrupación de los poderes en una sola persona denominada rey, actualmente por fortuna en total desuso, institución que posteriormente como se vio dio paso a la república, en donde gracias a diversos factores que se fueron modificando como el consulado y la transmisión de ciertos poderes en manos de otras personas, esta se diferenció de la monarquía.

Así mismo y dentro del período de la república, ante el constante yugo de los patricios sobre los plebeyos, los hermanos Graco quienes en el año 133 A. C. al observar que los ricos amasaban fortunas en perjuicio de los desposeídos, tomaron conciencia de tal situación y exigieron ayuda para ellos, “presentando un proyecto de ley agraria, según la cual el Estado debía reivindicar las tierras públicas para entregarlas a los desposeídos en pequeños lotes.”<sup>12</sup>

Es sin duda lo anterior otro acto concerniente para nuestro estudio por ser de incumbencia y aplicación en la búsqueda de los valores jurídicos.

A raíz del acercamiento entre patricios y plebeyos, se les permite a los plebeyos tener un representante dentro de la Roma patricia, que se le denomina con el nombre de tribuno de la plebe, posteriormente en vez de un tribuno encontramos varios tribunos, que derivan en una serie de victorias por parte de la plebe. Después los plebeyos comienzan a ser admitidos como *conscripti* al senado. Siendo estos los plebeyos que ante la opresión de los patricios habían huido al monte Aventino, uno de los siete montes que rodean a Roma, escapando así de las injusticias, pero que luego regresaron al ser convencidos, ya que al

---

<sup>12</sup> *ibidem.*, p. 247

huir estos, había desaparecido la fuerza de trabajo, y en efecto regresan pero no sin condicionar este logrando así obtener diversas concesiones, entre las que encontramos que los plebeyos se convirtieron en senadores.

De igual manera el cargo de cuestor, quienes eran personas a las que se les delegaban funciones de la comunidad, a fin de apoyar a los cónsules debido a las cargas de trabajo, figura que queda en posibilidad de los plebeyos y desde 367 a. C. uno de los cónsules debía ser plebeyo.

Consideración importante la anterior de los avances que se fueron dando en el aspecto de la democracia romana y fines del derecho, por que al hablar respecto a estas cuestiones, estamos tomando en cuenta que por lo menos se está aplicando la justicia a favor del bien común, ambos valores jurídicos fundamentales. El derecho preclásico pertenece en su mayoría al derecho republicano, siendo algunas de sus características las siguientes:

A.-busca principalmente la seguridad, no es individualista, es nacional, únicamente se componía por unos cuantos tipos de negocios y,

B.- dichos negocios jurídicos eran representados en pequeñas obras teatrales.

A su vez todas estas situaciones en conjunto, bajo un esquema de líderes formado por hijos de familias ricas, produce la caída de la república siendo en esta etapa, donde comienza con Julio César el imperio romano.

### 1.1.3 EL IMPERIO ROMANO

A esta primera fase del imperio, se le denomina también con el nombre de principado.

Asimismo de acuerdo al autor Ignacio Echegaray, los títulos de príncipe eran: augustus, denominado por los augures, imperator, que era comandante del ejército y pontifex maximus, como sumo sacerdote.

En el principado se encuentra el apogeo máximo del derecho romano, predomina el intelecto y los deseos en lograr lo mas posible la equidad.

“En este período encontramos el máximo florecimiento del derecho romano, por ello recibe el nombre de época clásica una lozanía preparada quizás mas bien en forma oral, durante los dos últimos siglos de la república, en agudas discusiones y con ingertos de la filosofía griega en las originales instituciones jurídicas romanas, pero que durante el principado se traduce en una abundante y espléndida literatura jurídica.”<sup>13</sup>

De acuerdo al maestro Floris Margadant, si durante la república el derecho se caracterizó por su rudeza e inflexibilidad, en el principado se encuentra el aspecto de buscar la equidad a través del intelecto.

Asimismo en la segunda fase del imperio, es decir bajo imperio o autocracia se dan abusos por parte del fisco, bajo nivel cultural, inseguridad en general y falta de libertad individual.

Respecto a las fuentes del derecho en el principado, cabe mencionar que en los años 17 y 18 A. C. Augusto propuso leyes a favor de los plebeyos, a fin de contrarrestar los lujos excesivos de los acaudalados, así como la corrupción y la disminución de la natalidad.

---

<sup>13</sup> ECHEGARAY, José Ignacio, *Compendio de Historia General del Derecho*, Ed., Porrúa, México, 1ª. Ed., 1994, p. 45.

“Sin embargo, el caudal mas considerable en la producción del nuevo derecho lo representa la propia participación del príncipe mediante las constituciones principum, o constituciones imperiales, que pueden reducirse a cuatro categorías: edictos, mandatos, rescriptos y decretos.”<sup>14</sup>

Los edictos tenían diversos tipos de contenido, los cuales iban desde alguna información de interés general hasta la creación de leyes, que eran expedidas por el príncipe y podían ser válidas en una o en varias provincias.

Los mandatos a su vez eran instructivos enviados por el príncipe a los funcionarios de las provincias senatoriales o imperiales.

Los rescriptos eran opiniones emitidas por el príncipe y su cuerpo de consultores respecto de puntos controvertidos, a petición de partes o de un juez.

Los decretos eran fallos emitidos por el príncipe respecto a litigios enviados a él para su consideración, ya fuera por ser extra ordinem o por llegar a vía de apelación.

La jurisprudencia clásica, en opinión de Kunkel “que había nacido de la peculiar situación social y política de la alta república y se había desarrollado en el ambiente libre y agitado espiritualmente del individualismo republicano, no se anquilosó en la diversa atmósfera de la época del principado, sino que, por el contrario, alcanzó un rico florecimiento.”<sup>15</sup>

A su vez se considera lo mas probable, que Augusto haya adoptado las medidas suficientes a fin de lograr un vínculo entre el princeps y los juristas, situación que repercutió en el ámbito de la jurisprudencia clásica.

---

<sup>14</sup> *Ibidem*, p.52

<sup>15</sup> KUNKEL, Wolfgang, *op. cit.*, p. 112.

Augusto con posterioridad, solo acepta que los senadores den dictámenes como juristas, lo anterior a causa de llevar acabo el denominado publice respondere o dictamen público. Así mismo al parecer los juristas de fines del siglo II y principios del III desempeñaron, al parecer, un importante papel como consejeros del emperador.

Las primeras codificaciones, surgen con la finalidad de que tanto jueces como particulares conocieran hasta entonces el derecho vigente, por lo que desde el siglo III, se comienza la publicación del mismo en forma de constituciones, y estas a su vez en códigos nombrados como sus creadores. En 292 se crea el Código Gregoriano siendo, uno de los primeros, pero inicialmente el de carácter oficial es el Codex Theodosianus en el año 438, el cual por ser de mayor relevancia para el derecho público, difiere del gregoriano que es mas afín al derecho privado.

El Código Teodosiano es una recopilación de todas las constituciones imperiales desde Constantino, misma que se le da el carácter vigente necesario entonces.

Se denomina Codificación Justiniana de acuerdo al autor Wolfgang Kunkel en su texto titulado "Historia del Derecho Romano", a la obra creada por la necesidad de Justiniano de recopilar la tradición jurídica clásica romana hasta entonces existente. En principio se había encomendado la misma a Triboniano, y posteriormente a profesores de derecho de la escuela de Berito y Constantinopla, "las cuales en el siglo V eran Facultades de Derecho con un plan de estudios fijo, distribuidos en cursos anuales, cuyo objeto era el estudio de las constituciones imperiales y de la literatura jurídica clásica. La enseñanza se apoyaba directamente en los textos de los clásicos y en las colecciones de constituciones, cuyo contenido se explicaba paso a paso."<sup>16</sup>

Lo anterior demuestra las características de la enseñanza y los temas afines a la misma, de las dos escuelas de derecho en esa época en Roma, situación por la que a los directores de ambas se les encomendó la codificación citada.

---

<sup>16</sup> *Ibidem.*, p. 158.



Así mismo también la elaboración de la compilación, fue encargada a algunos de los abogados de los tribunales de la capital, la cual comenzó en el año 528, mismo año en que Justiniano convocó a una comisión de diez funcionarios entre los que se encontraban, el profesor de la escuela de derecho de Constantinopla y Triboniano, encargándoseles una nueva recopilación de las leyes imperiales contenidas en los Códices Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, así como de las Constituciones promulgadas posteriormente.

Los códigos antes mencionados, pueden ser definidos como sigue:

A.- El Código Gregoriano era una colección de Constituciones, creada por el jurisconsulto Gregorio, tales Constituciones abarcaban de las elaboradas desde el año 196 al 302 D. C.

B.- El Código Hermogeniano que era una colección de Constituciones, realizado por el jurista Hermógenes, abarcando las mismas, las comprendidas del año 291 al 365, coincidiendo con el Gregoriano, por lo que puede ser complemento el primero del segundo y,

C.- El Código Teodosiano, creado por el emperador Teodosio II, publicado en el 438 d. C., trabajo que versaba sobre compilar todas las constituciones desde Constantino.

Cabe mencionar también el aspecto de la esclavitud dentro del derecho romano en general, debido a que la libertad es sin duda alguna también un aspecto importantísimo, del que debe procurar el estado a través del derecho, y pasarlo por alto sería como enjuiciar a favor de esta reprochable institución. Algunos autores mencionan que los esclavos no eran considerados como personas sino como cosas, pero sin embargo Gayo habla al respecto y establece que los mismos no eran derecho de propiedad, sino una potestad limitada en tiempos imperiales, de acuerdo a una amplia legislación en beneficio de los mismos. Cabe mencionar que eran causa de esclavitud, la cautividad originada de una guerra justa declarada oficialmente, el nacer de madre esclava, entre otras.

Posteriormente poco a poco se comenzó a extinguir la esclavitud, de igual manera existían formas de liberarse de esta y estas eran: libertad por efecto directo de la ley, libertad gracias a la intervención directa del estado y la liberación a causa de un acto especial del señor.

Es importante hablar de la situación jurídica del ex esclavo, el cual durante la época de la república, era considerado como un ciudadano, pero sin embargo carecían también de muchos privilegios y a su vez, nunca se desprendían totalmente de sus patronos, los cuales seguían ejerciendo poder sobre ellos.

Es clara la conciencia que se adopta ante la decadencia de la esclavitud, por que como podemos observar comienza poco a poco, un importante cambio respecto al ex esclavo, de carácter humanitario pues es ya considerado como persona.

#### **1.1.4 DERECHO ROMANO PROCESAL CIVIL**

“El Sistema Procesal Romano ha pasado por tres fases: la de las Legis Acciones ó (acciones de la ley), la del Proceso Formulario y la del Proceso Extra Ordinem. En las dos primeras fases, encontramos una peculiar separación del proceso en dos instancias. La primera se desarrollaba ante un magistrado, la segunda ante un tribunal de ciudadanos seleccionados o ante un juez privado.

En la primera instancia, se determinaba la situación jurídica del caso; en la segunda, se ofrecían, admitían y desahogaban las pruebas, después de lo cual, las partes presentaban sus alegatos y el juez dictaba sentencia.”<sup>17</sup>

La explicación anterior sin duda alguna estando o no emparentados con el derecho en general, nos hace comprender la gran influencia de lo antiguo, en este caso el derecho

---

<sup>17</sup> FLORIS MARGADANT, Guillermo, *op. Cit.*, p.140

romano, con el derecho contemporáneo de varios países del mundo, así nos es fácil comprender como desde entonces se había diseñado un proceso para llevar a cabo los juicios, en términos generales parecido a lo que en estos días conocemos, es decir principiando por el conocimiento de la autoridad del asunto en cuestión, presentación de pruebas, alegatos y finalmente la sentencia dictada por un juez.

Términos conocidos hoy en día por el derecho en general, como lo son autoridad (juez), pruebas, alegatos y sentencia.

Por otra parte cabe hacer mención que la primera fase o acciones de la ley, era algo verdaderamente tedioso por la forma de llevarse a cabo. Claro ejemplo de lo anterior es el siguiente: “baste recordar en la *Legis Actio Sacramento*, (que era la fase procedimental romana más antigua de todas, en donde tanto el actor y el demandado apostaban, sobre quien finalizaría como vencedor el proceso). En donde cada parte debía tocar con una varita el objeto declarando que le pertenecía, para que después de haber realizado lo anterior tener que escenificar, en el sentido estricto una batalla por el objeto litigioso, todo lo que resultaba engorroso y chocante para los romanos”.<sup>18</sup>

Resulta fácil comprender porqué para los romanos era más favorable el procedimiento formulario, debido a que este no se consideraba tan formalista, complicado e inequitativo como las acciones de la ley.

“El Procedimiento Formulario revolucionó todo el sistema procesal romano ya que proporcionó a la ciudadanía la estructura que estaba clamando en administración de justicia, y aún cuando fue un tremendo salto en esta estructura, aún faltaba que evolucionara todavía más, lo que se logró a través del sistema extraordinario”<sup>19</sup>, del cual vamos a observar sus características, conforme a la distinción de este con el formulario, como lo ofrece el maestro Floris Mrgadant, siendo estas las siguientes:

---

<sup>18</sup> HUBER OLEA, Francisco José, *op. Cit.* p. 609

<sup>19</sup> *ibidem.*, p. 609

## SISTEMA FORMULARIO

- 1.- El proceso es asunto particular.
- 2.- El juez es mandatario de partes.
- 3.- Solo se admiten y desahogan pruebas ofrecidas por las partes.
- 4.- Hay contrato procesal.
- 5.- El proceso está dividido en dos fases.
- 6.- La notificación es un acto privado.
- 7.- La plus-petitio tiene consecuencias desastrosas para el actor.
- 8.- La sentencia es la opinión de un árbitro designado por la autoridad.
- 9.- La sentencia contiene la condena o la absolución del demandado.
- 10.- El juez debe atenerse a la demanda, en caso de condenar al demandado.
- 11.- La condena tiene objeto monetario.

## SISTEMA EXTRAORDINARIO

- 1.- El proceso es asunto público.
- 2.- El juez es autoridad.
- 3.- El juez puede ordenar el desahogo de otras pruebas.
- 4.- No hay contrato procesal.
- 5.- El proceso es monofásico.
- 6.- La notificación es un acto público.
- 7.- La plus-petitio ya no tiene consecuencias tan perjudiciales.
- 8.- La sentencia es un acto de autoridad.
- 9.- La sentencia puede contener también la sentencia del actor.
- 10.- El juez puede condenar por menos de lo que reclama el actor.
- 11.- La condena puede tener objeto material.”<sup>20</sup>

Los once puntos anteriores nos muestran de una manera más amplia el panorama general del procedimiento civil, en sus tres etapas, pero faltan mencionar dos puntos restantes de igual manera en ambos casos, que debido al lenguaje que utiliza, es necesario comentarlos de una manera entendible al lector, siendo estas para ambos sistemas los recursos y la ejecución de la sentencia. Primeramente conviene mencionar que se debe entender actualmente por recurso: “(El término proviene del latín *recursus*, camino de vuelta, de regreso o retorno). Es el medio de impugnación que se interpone contra una resolución judicial pronunciada en un proceso ya iniciado, generalmente ante un juez o

---

<sup>20</sup> FLORIS MARGADANT, Guillermo, *op. Cit.* p.p. 178 y 179.

tribunal de mayor jerarquía y de manera excepcional ante el mismo juzgador, con el objeto de que dicha resolución sea revocada, modificada o anulada.”<sup>21</sup>

Como se podrá observar, se recurre a esta facultad con la finalidad de evitar el sentido de la sentencia y, tratar de que por esta vía, la autoridad que deba conocer del asunto rectifique la misma, para resolver a favor de quien interpone un recurso.

Por lo que respecta a la ejecución de la sentencia, podemos entender: “la ejecución cuyo título está constituido por una sentencia judicial, normalmente de condena.”<sup>22</sup>

De acuerdo a lo anterior, esta figura jurídica constituye el cumplimiento de la sentencia una vez que ha sido agotado el proceso y los recursos, es decir cuando ya no existe manera de evitarla o modificarla en ningún sentido.

Así mismo dentro de la época que nos ocupa ambos métodos de aplicación del derecho de manera generalizada eran muy similar a lo que ahora conocemos y es lo transcrito en los párrafos que anteceden.

La familia, también tenía un lugar importante en el derecho romano, por lo que nos ocuparemos de este tema ampliamente. Hablaremos de la patria potestad, que en ese entonces como ya antes se ha mencionado, era el interés del jefe de familia más que de protección como en la actualidad podemos observar, de ejercer el poder sobre el patrimonio domestico, sin necesariamente componerse solamente de hijos, debido a que podían ser adoptados por diversas causas, ya sea venta, por ser hijos de esclavos, por ser ganados en invasiones, a lo que hoy en día en nuestra sociedad ya no se presenta, el pater familias era la persona quien ejercía dicho poder, lo que ahora conocemos como jefe de familia y quien debe estar al cuidado de sus descendientes.

---

<sup>21</sup> *Diccionario Jurídico Mexicano, op. Cit.* p.p. 2702 y 2703.

<sup>22</sup> *Ibidem.*, p.1232.

Inclusive. “Durante los primeros siglos, la Patria Potestas hizo del Paterfamilias un verdadero monarca doméstico, que tomaba todas las decisiones y podía imponer a sus hijos las penas más severas, ya que dentro de sus facultades, derivadas de la Patria Potestad, se encontraba la Vitae Necisque, que consiste en el poder de vida y muerte que tiene sobre los miembros de su familia.”<sup>23</sup>

De acuerdo a lo anterior, poco a poco los hijos fueron ganando derechos haciéndose recíprocos estos derechos y obligaciones entre descendientes y ascendientes.

Ahora la conocemos como: “La Institución que atribuye un conjunto de facultades y derechos a los ascendientes a fin de que puedan cumplir con las obligaciones que tienen para con sus descendientes.”<sup>24</sup>

Son aún más claras las características que componían y componen a la patria potestad, logrando dicho entendimiento a través de las diferencias entre ambas.

Las obligaciones en general, son otra parte importante del derecho romano, a la que haremos referencia, como lo proporciona el Diccionario Jurídico de la UNAM, y es así: “La obligación dicen las Institutas, (las Instituciones de Justiniano en la época romana a que estamos aludiendo) es un vínculo jurídico por el que somos constreñidos por la necesidad de pagar alguna cosa, según las leyes de nuestra ciudad.”<sup>25</sup>

La figura de las obligaciones de acuerdo al maestro Guillermo Floris Margadant, nació a raíz de los delitos, ya que estos eran vengados textualmente por el acreedor, conforme al principio del talión, posteriormente se fueron ganando terrenos evitando la venganza incluso hasta llegar a la muerte del deudor, y el encarcelamiento a causa de deudas civiles, así se logró que el deudor de un préstamo pagara por el incumplimiento con sus bienes y ya no se le vengara al respecto, lo que significó un importante triunfo de los pobres sobre los ricos.

---

<sup>23</sup> HUBER OLEA, Francisco José, *op. Cit.* p.520

<sup>24</sup> *ibidem.*, p. 2351

<sup>25</sup> *ibidem.*, p.2246

Lo anterior denota una forma demasiado arcaica de tratar de procurar justicia, por lo que cayó en deshuso y es sin duda otro punto más a favor del tema de los fines del derecho, el logro que entre clases, la de los plebeyos obtuvo en esta figura jurídica.

Las fuentes de las obligaciones también es similar a lo que hoy se conoce y se aplica como tales, primero debemos saber que entendemos por fuentes de las obligaciones, siendo estas los hechos jurídicos que dan origen a ellas.

Se consideraban como fuentes de las obligaciones:

- A.- Contratos,
- B.- Cuasicontratos,
- C.- Delitos y,
- D.- Cuasidelitos.

Los cuales de una manera muy somera se pueden definir así:

“(Del latín *contractus*, derivado a su vez del verbo *contrahere*, reunir, lograr, concretar.) Es un acto jurídico bilateral que se constituye por el acuerdo de voluntades de dos o más personas, y que produce ciertas consecuencias jurídicas. (creación o transmisión de derechos y obligaciones) debido al reconocimiento de una norma de derecho. Sin embargo tiene una doble naturaleza, pues también presenta el carácter de una norma jurídica individualizada”<sup>26</sup>

Como se desprende de lo anterior, los contratos son acuerdos de voluntades, que generan obligaciones jurídicas mutuas y de reciprocidad entre los contratantes.

Tiene cinco elementos esenciales que son a saber:

- 1.-los sujetos (las personas que intervienen),
- 2.-el Consentimiento de las partes (que es la voluntad de obligarse y aceptar),
- 3.-el Objeto del Contrato (la cosa que dio origen a la celebración de este),
- 4.-la causa de la celebración y,

---

<sup>26</sup> *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo A-CH, *op. Cit.*, p. 691.

5.-la forma que debe revestir, (es decir el acto a llevarse a cabo como lo establece tal situación).

Un claro ejemplo de esto lo podemos ver en los contratos de compra-venta, de trabajo, de arrendamiento, entre otros.

Los cuasicontratos “son sumamente parecidos a los contratos en lo que se refiere a su licitud (legalidad) y a que ambos son origen de obligaciones, aunque tienen profundas diferencias, ya que en los cuasicontratos únicamente hay expresión del consentimiento por una de las partes, y aún así se engendran deberes para la otra.”<sup>27</sup>

Es decir son sumamente parecidos, en cuanto a su origen y la aceptación de los deberes, pero los últimos únicamente se expresan, es decir no se escriben no se plasman, dentro de estos como ejemplos cabe mencionar: la aceptación de la herencia la cual crea deberes al heredero a favor de los legatarios y la aceptación de la tutela (encargo de menores e incapaces), que precisamente eso es crear deberes para con ellos.

Los delitos son figuras que nacen de los hechos que contravienen a la ley y a la moral, también son fuente de las obligaciones, y podemos definirlos como hechos ilícitos (transgresores de la ley), castigados por la misma.

Para los romanos existían dos tipos de delitos, los públicos y los privados. Los primeros eran los que perjudicaban directamente al Estado, al orden público o a la organización política y estos eran principalmente los atentados contra la Constitución de la República, la violación de las obligaciones de los magistrados y los sacerdotes, la violación de las obligaciones políticas de los ciudadanos, la herejía y no cristianismo, el asesinato violento, el robo de objetos perteneciente a los dioses, el hurto de cosechas, el daño a los templos, entre otros.

Respecto a los privados, estos eran los que causaban un daño a la persona o a las propiedades de los particulares, es decir no perjudicaban al orden público tal cual.

---

<sup>27</sup> ibidem., p. 473



Por lo que corresponde a la figura jurídica de los cuasidelitos, cabe mencionar que, “a diferencia de los contratos y cuasicontratos, no es posible decir a ciencia cierta en qué se distinguen de los delitos, aunque lo más probable es que los compiladores que se encargaron de la confección del Corpus Iuris Civilis, motivados quizá por el amor que el emperador Justiniano sentía por el número cuatro quisieran crear una figura simétrica a la de los cuasicontratos, y concibiesen una categoría formada de figuras que eran hechos ilícitos, pero que estaban fuera de la tradicional lista de los delitos.”<sup>28</sup>

Ahora bien de acuerdo al maestro Floris Mrgadant, al respecto afirma que: “Si se puede indicar una diferencia entre contratos y cuasicontratos, no es posible hacer lo mismo con los delitos y cuasidelitos. Aunque grandes romanistas, buscan el criterio de distinción en el carácter doloso o culpable del acto, los textos mismos no siempre corresponden a esta solución. Otros consideran que los cuasidelitos implican una responsabilidad por actos culpables ajenos.”<sup>29</sup>

Ejemplos claros de lo anterior podemos mencionar: el caso del dueño de la casa, de la que de la ventana cae un objeto, produciendo algún daño o el del dueño de un hotel que responde por robos cometidos en su hotel.

Ahora bien conviene resaltar el siguiente comentario del autor Roscoe Pound que al respecto emite igualmente el autor Luis Recasens Siches, sobre el derecho romano tendiente a explicar el aspecto valorativo reiterado y propositivo de esta tesis. “La magnífica labor llevada a cabo por los jurisconsultos romanos, cuyas respuestas, apelaban a la razón, pero tenían imperio formal, fueron incorporándose al ordenamiento vigente. Por ejemplo la doctrina de la Ratio Legis, es decir, del principio del Derecho natural se concebía como inspirando el precepto positivo, de suerte que para interpretar éste y extraer sus consecuencias se debía acudir a aquél; doctrina en la cual se identificaba con la razón de la norma positiva con la razón natural.”<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> HUBER OLEA, Francisco José, *op. Cit.*, p.p.485 y 486

<sup>29</sup> FLORIS MARGADANT, Guillermo, *op. Cit.* p.p. 447 y 448

<sup>30</sup> RECASENS SICHES, Luis, *Filosofía del Derecho*, Ed., Porrúa, México, 12ª ed., 1997, p. 374.

El párrafo transcrito es de principal interés para éste trabajo en virtud de que muestra la relación entre derecho natural y derecho positivo, ambos conceptos con los que durante el presente trabajo vamos a estar familiarizados, y conviene desde ahora adentrarnos en sus definiciones a grandes rasgos.

En primer lugar debemos entender por derecho natural como: “El conjunto de normas jurídicas que tienen su fundamento en la naturaleza humana, esto es, de juicios de la razón práctica que enuncian un deber de justicia, al ser el derecho el reglamento de la vida social, resultaría completamente irracional que tuviese fines contrarios a los naturales de la convivencia humana, comprende además los criterios y principios rectores supremos de la conducta humana en su aspecto social.”<sup>31</sup>

En un aspecto generalizado la definición anterior nos ayuda a abrir un panorama de lo que debemos entender por derecho natural y, sin lugar a dudas denota un aspecto puramente encaminado a lograr y conservar los fines del derecho, (justicia, seguridad y bien común), es decir a conseguir logros en beneficio de la comunidad misma, con el podemos afirmar que casos concretos sin lugar a duda son, el hecho de tomar en cuenta a la clase desprotegida en las votaciones, poder la misma ocupar cargos públicos, evitar que en la comisión de delitos el delincuente pagara con su vida, el acto de la venganza (ley del talión), la prohibición de la esclavitud, entre otros.

El derecho positivo es “el derecho establecido por actos humanos en una determinada comunidad. De esta forma el derecho positivo se opone a un derecho no puesto por actos humanos; se contrapone a un derecho ideal, aspirado o supuesto. Contrariamente a la idea del derecho natural, considerado atemporal y universal, el derecho positivo es siempre el derecho de determinada comunidad histórica.”<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> *Diccionario Jurídico Mexicano, op. Cit.*, p.1015

<sup>32</sup> *ibidem*. P. 1026

La definición anterior nos ayuda a entender el criterio del derecho positivo, el cual se inclina a aprobar lo que por el mismo debemos entender, y esto es su origen, creado por actos del hombre, su aplicabilidad, en un lugar determinado, su temporalidad, en un tiempo específico, su coercibilidad, es de observación forzosa y su diferencia del derecho natural por lo que hace a las características anteriores.

Es decir es antagónico al derecho natural, pero pretendemos recordar en el presente que ambos derechos e ideas, no deben del todo estar peleados, sino relacionados y aplicados, aspecto que en el desarrollo de esta tesis abordaremos de manera más completa, siendo el propósito principal de la misma.

## **1.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO ESPAÑOL**

Nuestro objeto de estudio nos obliga a remontarnos de igual manera que como lo hicimos con el derecho romano, a la historia del derecho en España, ya que este tiene gran influencia del primero y los dos con el derecho en México, tema que posteriormente abordaremos, llegando así a obtener un panorama de manera generalizada de los antecedentes históricos del derecho occidental, por ser otro de los principales aspectos de este estudio.

Cuando llegan a la península ibérica los primeros conquistadores romanos, estos se encuentran con una serie de pueblos, que no tenían una identidad jurídica general o similar, estos pueblos eran regidos por un derecho de aspecto consuetudinario. Esta romanización de Hispania se dio de manera paulatina no inmediata, así mismo ante la presencia romana en Hispania, aparece en el ámbito jurídico la presencia del *ius civile*.

Entendemos por *Ius Civile*, como “las Instituciones que en un principio estaban reservadas para los ciudadanos romanos. Es el antiguo Derecho Romano que se encuentra conformado por las Costumbres, Senadoconsultos (consultas a los senadores), Plebiscitos

(consultas a los ciudadanos) y por la interpretación de estos, es decir por la Jurisprudencia, además de las Constituciones Imperiales.”<sup>33</sup>

Por lo antes mencionado se puede comprender que este derecho en un principio era el aplicado únicamente a los ciudadanos romanos y posteriormente como podemos ver, aplicado en las tierras de España conquistadas por los romanos.

De igual manera, otra característica importante del derecho español es la influencia visigoda en el mismo, “los visigodos o godos de occidente fueron una de las ramas de la descendencia de los germanos. Se instalaron en algunas de las regiones meridionales de la Galia y norte de España”<sup>34</sup> ya que estos irrumpieron en el año 416 D.C. mediante un pacto con Roma, para penetrar la península ibérica, siendo este derecho de tipo romano por ser otra característica de la gran influencia de los romanos hacia el pueblo visigodo.

Posteriormente, la Corona aporta una segunda aplicación de la ley, primero solo fue un buen consejo y no un código obligatorio, pero un siglo después de su publicación, llegó a considerarse como derecho supletorio. Esta obra, de carácter explicativo, moralizante, y didáctico, y por aportar a España la popularización medieval del derecho justiniano, tuvo un importante efecto rector en el pensamiento jurídico y en la siguiente legislación de España, estas son las siete partidas, elaboradas entre 1257 y 1263.

En virtud de lo anterior y de acuerdo al autor Oscar Cruz Barney, en 1348 se expide la última importante ley española de la Edad Media, el ordenamiento de Alcalá “Alfonso XI”, con reformas de derecho civil, penal y procesal. Trata de poner algo de orden en el caso legislativo, estableciendo la siguiente jerarquía:

A.- Ordenamiento de Alcalá.

B.- los diversos fueros.

C.- las siete partidas.

---

<sup>33</sup> HUBER OLEA, Francisco José, *op. Cit.* p.298

<sup>34</sup> BERNAL, Beatriz y LEDESMA, José de Jesús, *op. Cit.*, p. 295.

## A.-Ordenamiento de Alcalá

“La aplicación del derecho en Castilla al final del siglo XIII y primera mitad del XIV se llevó a cabo en un clima problemático, provocado por los acuerdos de las Cortes de Zamora a los que se llegó debido a la sublevación popular.

Durante el reinado de Alfonso XI las Cortes de Alcalá promulgaron en 1348 el llamado Ordenamiento de Alcalá, considerado el monumento más precioso de la legislación Española, que nos ha quedado de D. Alfonso XI.”<sup>35</sup>

Estos ordenamientos deben verse como el conjunto de normas jurídicas que tenían vigencia y aplicación, es decir era el derecho positivo en Castilla (España), antes de la conquista de América.

## B.- Los diversos fueros

Con la inclusión de las siete partidas en el orden de prelación se abrieron las puertas al derecho común, pero de manera limitada. Este orden de prelación se mantuvo vigente hasta el siglo XIX.

## C. Las Siete Partidas

La obra más importante del derecho español son las Siete Partidas o Libro de las Leyes.

La ley de las siete partidas representó la recepción del derecho común en Castilla, y se trató de una magna obra humanista y doctrinal. Su redacción se inició en 1256 y concluyó

---

<sup>35</sup> CRUZ BARNEY, Oscar, *Historia del Derecho en México*, Ed., Oxford. México, 1ª ed., 1999, p.p. 91 y 92.

entre 1263 y 1265, esta obra se divide en siete libros, cuyos contenidos se expresan de la siguiente manera:

Primera partida: fuentes del derecho y ordenamiento eclesiástico.

Segunda partida: derecho público.

Tercera partida: organización judicial y proceso.

Cuarta partida: matrimonio.

Quinta partida: contratos, relaciones feudo-vasalláticas y derecho civil.

Sexta partida: sucesiones.

Séptima partida: derecho penal.

En lo concerniente a las fuentes jurídicas principales de las siete partidas, podemos mencionar:

En primer lugar al *Corpus Iuris Civilis*, que como ya se ha visto fue una obra fundamental en el desempeño y aplicación del derecho romano, ya que recopiló las constituciones hasta ese entonces elaboradas (s. VI d. C.), tomando lo más importante de cada una de ellas, a fin de llevar acabo su aplicación. De tal manera que como se menciona en el *Diccionario Jurídico Mexicano*, puede decirse que el derecho romano es esta gran obra ordenada por el emperador Justiniano.

En segundo lugar los trabajos de los glosadores, quienes eran un grupo de juristas que se daban a la tarea de estudiar los textos jurídicos consagrados en el *Digesto*, ( que era una de las cuatro partes que componen el *hábeas iuris civilis*, en donde aparece una gran cantidad de preguntas y respuestas del público a los juristas) haciendo anotaciones marginales, buscando el sentido de estos textos, siendo estas anotaciones las glosas que dieron origen al nombre de esta escuela de los glosadores.

Las partidas pronto adquirieron un gran prestigio entre juristas, políticos y demás estudiosos, y se convirtieron en una obra obligada de lectura y consulta.

### **1.2.1 LAS LEYES DE TORO.**

Las leyes de Toro eran un cuerpo legal aprobado en 1505, integrado por 83 disposiciones jurídicas que trataban de materias propias del derecho privado, penal y procesal, sin distribución en títulos y basada en gran parte en la jurisprudencia y en la doctrina de los juristas. Además, reproduce el orden de prelación de fuentes establecida por el ordenamiento de Alcalá, se sitúa al inicio de éste y atribuye al rey la interpretación de la ley en caso dudoso.

### **1.2.2 LA NUEVA RECOPIACIÓN.**

“Esta compilación se promulgó el 14 de marzo de 1567 y se publicó en 1569. Recibió el nombre de Recopilación de las Leyes Destos Reynos, mejor conocida como Nueva Recopilación y se elaboró sobre la base del Ordenamiento de Montalvo, corregido y aumentado con las leyes posteriores, ordenanzas y pragmáticas, publicadas entre 1484 y 1567, incluidas las leyes de Toro. La obra está dispuesta en nueve libros, divididos en títulos y contiene cerca de 4000 leyes. Es una obra sistemática. Las ediciones posteriores recogieron las leyes que se fueron promulgando insertándolas en su libro y título correspondiente”.<sup>36</sup>

Como podemos observar continuó el orden de prelación de leyes en constante cambio, a fin de en muchos casos recopilar lo sobresaliente de las disposiciones jurídicas anteriores, lo que daba al derecho español su evolución y vigencia, para ser cada vez más un derecho positivo actualizado.

Así mismo el orden de prelación de fuentes cambió, y la Nueva Recopilación pasó a ocupar el primer lugar, antes de las Leyes de Toro, por lo que el orden quedó conformado de la siguiente forma:

---

<sup>36</sup> Ibidem., p. p. 99 y 100.

- 1.- La Nueva Recopilación de 1567.
- 2.- Leyes de Toro de 1505.
- 3.- Ordenamiento de Alcalá.
- 4.- Los Fueros Municipales.
- 5.- Las Siete Partidas.

### **1.2.3 LA NOVÍSIMA RECOPIACIÓN.**

En 1802 debido a la necesidad de contar con un derecho actualizado, Carlos IV encargó se elaborara un nuevo suplemento de la Nueva Recopilación. Y como consecuencia se presentó un plan para la elaboración de una Novísima Recopilación, aprobada en 1805, por lo que mediante una cédula real, se promulgó la Novísima Recopilación de las Leyes de España, con suplementos anuales que recogieron la legislación posterior, de los cuales únicamente uno llegó a publicarse.

De igual manera que el penúltimo comentario, encontramos la característica de actualización de las leyes, a fin de contar con un renovado derecho positivo, por lo que en este caso se modificó nuevamente el orden de prelación existente, para darle paso a la novísima recopilación.

El orden de prelación quedó de la siguiente forma:

- 1.- Novísima Recopilación de 1805.
- 2.- Nueva Recopilación de 1567
- 3.-Leyes de Toro de 1505
- 4.- Ordenamiento de Alcalá
- 5.- Los fueros municipales
- 6.- Las Siete Partidas



## **1.3 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO EN MÉXICO**

### **1.3.1 DERECHO INDÍGENA PREHISPÁNICO.**

Es necesario conocer como estaban estructurados los principales pueblos indígenas antes de la conquista, para posteriormente partir a lo que fue la influencia de los conquistadores sobre estos.

Es así como comenzamos de manera generalizada, comentando que estos pueblos prehispánicos tenían sus orígenes en cuanto a sus formas de actuar, creer, pensar, entre otras en los cultos religiosos de carácter politeísta.

### **1.3.2 DERECHO OLMECA**

Este pueblo se ubicó asentado principalmente en la zona sur del Golfo de México, desde el año 1500 A. C., es poco realmente lo que se conoce respecto al derecho de este pueblo, pero de acuerdo al ya antes citado maestro Cruz Barney, “La sociedad olmeca debió de ser jerarquizada y autoritaria, con una población eminentemente rural y tributaria, gobernada por una clase superior de sacerdotes-magos, al lado de quienes se encontraban los comerciantes y, quizá, jefes militares. Después se encontraban grupos de albañiles, pintores, escultores y artesanos de todo género.

Es claro que necesitaron una autoridad fuerte y aceptada que coordinara los enormes esfuerzos requeridos para la construcción de los centros ceremoniales y el transporte de los molinitos.”<sup>37</sup>

Se puede definir a la ciudad olmeca como una teocracia con aspectos mercantiles y guerreros.

---

<sup>37</sup> *Ibidem.*, p. p.2

Es poco lo que se puede abordar respecto al derecho de este pueblo, pero principalmente nos podemos aventurar a considerarlos como una sociedad teocrática, jerarquizada, mercantil y guerrera.

### **1.3.3 DERECHO CHICHIMECA.**

Este pueblo cuyo nombre quiere decir pueblos cazadores-recolectores, se organizaba principalmente en bandas, y no contaba con un culto religioso preciso, habitaron principalmente desde el norte del río Lerma y el Lago de Chapala hasta Durango, su organización familiar correspondía a la forma matriarcal y se contemplaba el divorcio, a solicitud de la mujer agraviada.

### **1.3.4 DERECHO MAYA.**

Esta cultura establecida principalmente en la península de Yucatán, entre los siglos III y XVI D. C., contaba con un culto religioso inflexible, el cual gobernaba el área central, a su vez el gobierno estaba precedido por un cacique territorial.

El poder de la autoridad política y religiosa se concentraba en una sola persona, por lo que su forma de gobierno era teocrática, el cacique tenía diversas facultades tales como crear la política exterior, esto auxiliado por los jefes, sacerdotes y consejeros, así como también nombrar a los jefes de pueblos y aldeas.

No podemos dejar de contemplar otro aspecto de importancia en los Aztecas, como lo era la esclavitud, la cual al tomar en consideración la división de clases sociales, siendo las más antagonicas la nobleza y los plebeyos, se debe observar que los esclavos pertenecían a la última y podían serlo por diversas causas:

“1.- Por delitos como el hurto, y podían liberarse pagando el valor de los objetos robados.

2.- Por haber caído prisionero de guerra.

3.- Por quedar huérfano, ya que eran vendidos para el sacrificio.

4.- Por haber sido comprado como tal en el mercado.”<sup>38</sup>

La esclavitud como se desprende de lo anterior, era parte principal de la sociedad Maya como lo fue en la romana, características por demás representativas antiguamente y ahora en desuso.

“Los mayas consideraban como delitos conductas tales como el robo, el homicidio, el adulterio, entre otros; el castigo consistía en una pena igual al crimen cometido.

El robo se castigaba con la esclavitud hasta que el ladrón pagara su deuda; el homicidio se penaba con la muerte, aun cuando hubiera sido accidental, a menos que la parentela estuviera dispuesta a indemnizar a los deudos. Igual pena merecía el adulterio”.<sup>39</sup>

### 1.3.5 DERECHO AZTECA

Nuevamente nos encontramos ahora con los Aztecas, lo que consideraban como delitos que desde su punto de vista y positividad en el derecho, eran las conductas que más perjudicaban a esa sociedad y la forma de combatirlas hasta llegar a lo radical que era pagar con la muerte, por lo que ciertas similitudes como estas con el derecho romano eran características de las estructuras jurídicas antiguas.

“Es el derecho de la población de habla náhuatl asentada desde 1325, en México-Tenochtitlán, cabeza del imperio mexicana. Desde el siglo XVIII los historiadores han

---

<sup>38</sup> ibídem., p. 5

<sup>39</sup> Ibídem., p.6

llamado azteca a este grupo. En fecha reciente vuelven a utilizarse los vocablos mexicana o tenochca para aludir a los antiguos mexicanos.”<sup>40</sup>

Esta definición puede considerarse antecedente al derecho azteca, ya que reviste una generalidad somera de lo que fue el mismo, como fechas y territorios.

“El orden jurídico tenochca, se basaba, en la cosmovisión que tenían, la cual los marcaba como el pueblo elegido.

Su misión era, fundar señoríos y conquistar a sus vecinos, y en base a estos fines se fue construyendo el aparato estatal y el esquema axiológico que inspiró sus acciones. El orden jurídico, sin excluir valores éticos frecuentemente vinculados a las virtudes guerreras, se caracterizaba por el pragmatismo”.<sup>41</sup>

El aspecto que la anterior cita ofrece va muy acorde con el tema de tesis, puesto que habla de axiología, que es la ciencia que se encarga del estudio de los valores, siendo importante la consideración que de ellos hacían, así como las virtudes guerreras que eran inspiradas por los valores éticos.

“Nunca postularon la igualdad, y los derechos y las obligaciones dependían del lugar que cada quien ocupaba en la pirámide social”.<sup>42</sup>

Se denota ahora que los aztecas no propiciaban la igualdad y los atributos a que se hacían acreedores, así como las sanciones eran proporcionales a la situación social de cada quien.

Respecto al carácter penal en el derecho azteca, cabe mencionar que era ejemplar ya que aplicaban sanciones demasiado estrictas a los que contravenían las leyes, incluso una de ellas y la menos deseable era la sentencia de muerte, debido a la consecución de delitos

---

<sup>40</sup> Diccionario Jurídico Mexicano, *op. Cit.*, Tomo II D-H, P. 945.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 946

<sup>42</sup> *ibidem*. P. 946

graves tales como el robo en el mercado y todos aquellos que afectaran intereses colectivos.

Las clases que se encontraban en el poder, estaban obligadas a actuar con mucho más apego a la ley, debido a que tenían la obligación de pregonar con el ejemplo, de acuerdo a esto, estas clases estaban sometidas a un rigor legal más estricto que la población común.

Esta situación es verdaderamente importante e influyente para poder lograr un orden jurídico y social de convivencia, puesto que si los que tienen que impartir la ley la acataran en lugar de buscar cada día métodos más eficaces para contravenirla, estaríamos realmente en posibilidades de trabajar por un estado de derecho, abocados únicamente a extinguir particulares criminales, y esto a su vez traería como es lógico la consecuencia de que los servidores públicos trabajarían honestamente y se podría así sanear una sociedad, es sencillo entender esto y también escribirlo, pero eso es precisamente el motivo y fin del presente trabajo, recordar con la seguridad de que se puede aplicar lo antes mencionado.

Entre los aztecas encontramos diversos tipos de tribunales, cada uno de ellos encargados a diferentes asuntos, y estos eran:

1.- El tecalli.- este tribunal era el encargado de observar asuntos tales como los matrimonios y divorcios.

2.- El tlacxitlan.- este tribunal estaba integrado por tres jueces, y tenía la facultad de sentenciar a muerte previa aprobación del tlatoani.

3.- El tribunal del cihuacóatl y del tlatoani.- “En este tribunal se ventilaban las causas en las que la sentencia del tlacxitlan o de otros tribunales había sido de muerte. Lo integraban trece jueces presididos por el cihuacóatl, sin que sus resoluciones tuvieran que ser autorizadas por el tlatoani.

Una vez cada doce días, presidía el tlatoani a los trece jueces para resolver los casos dudosos o difíciles.

Además de los tres tribunales mencionados, había otros que se encargaban de solucionar las controversias surgidas entre los guerreros, los comerciantes, los estudiantes y los cortesanos.”<sup>43</sup>

### 1.3.6 LA ESCLAVITUD.

De acuerdo al maestro Cruz Barney, la esclavitud bajo el concepto azteca distaba de ser igual a la del concepto occidental, es decir al concepto que imperó bajo el derecho romano, pues la azteca contaba con ciertos atributos como algunas libertades y prerrogativas, es por ello que quizás irónicamente se pueda insinuar una libertad tranquila.

Este primer capítulo nos permite mediante una breve síntesis de la historia del derecho en Roma, España y México, aventurarse aún más a buscar concretar el origen de la rectoría del derecho, principalmente en México a través de sus antecedentes es lo que interesa a este estudio, que desde luego tiene orígenes del derecho romano y español, por ello los aludimos.

“Antes de la Conquista, debido a la religiosidad y severa educación de los habitantes de la República mexicana, el crimen era un fenómeno poco común y el castigo, por tanto, muy severo. En ese periodo, como existían diversas culturas, también había una variada gama de costumbres y contemplaciones jurídicas. A la juventud se le preparaba en dos aspectos fundamentales: la religión y la milicia.”<sup>44</sup>

Sin duda el carácter religioso antes de la conquista y aún después como se puede observar influía de manera determinante, en la abstención de la comisión de delitos.

---

<sup>43</sup> *ibidem.*, p.18

<sup>44</sup> AMUCHATEGUI REQUENA, Irma G., *Derecho Penal*, Ed. Harla, México, 2ª. Ed., 1993, p. 10.

De acuerdo al Diccionario jurídico, que edita la UNAM “en primer lugar puede señalarse como elemento constitutivo del derecho novohispano al conjunto de ordenamientos jurídicos que eran derecho vigente en Castilla antes de la conquista de América, en segundo lugar, las disposiciones dictadas por la propia España después de la conquista, en tercer lugar las disposiciones dictadas por las autoridades metropolitanas en uso de su facultad delegada con carácter general para las Indias o para la Nueva España en particular, en cuarto lugar, las disposiciones dictadas por las autoridades locales tanto de la llamada república de indios como la de los españoles en uso de las facultades delegadas por el rey, en quinto lugar podemos señalar las leyes y costumbres de los naturales que eran anteriores a la conquista y que no iban en contra de la religión católica ni del Estado y en último lugar, se puede mencionar la costumbre.”<sup>45</sup>

El origen de las leyes a aplicarse como derecho positivo en la Nueva España, como podemos ver contenía características de una diversidad de normas, tanto de vigencia y aplicación únicamente en España, como únicamente en México y entremezcladas, por lo que a fin de obtener un panorama más claro al respecto, podemos ver a continuación las Instituciones jurídicas que existían en la conquista.

### **1.3.7 DERECHO INDIANO.**

Abordaremos ahora las características jurídicas del derecho indiano, a fin de comprender mejor el derecho en México. “Se entiende en sentido estricto, al conjunto de leyes y disposiciones de gobierno promulgadas por los reyes y, por las autoridades a ellos subordinadas para el establecimiento de un régimen jurídico particular en las Indias”.

En primer lugar se debe entender que este derecho era el aplicado por los españoles al territorio mexicano actualmente, que desde luego como conquistadores tenían el derecho de proponerlo y aplicarlo, también y como consecuencia de lo anterior tales disposiciones jurídicas como ya se vio en la penúltima transcripción, contenían normatividades varias a

---

<sup>45</sup> *ibidem.*, p. 1018

fines a conquistados y conquistadores, por lo que derivado de esto es importante para este trabajo mencionar que dentro de tales y variadas normatividades, se aplicaba y debían seguir imperando por parte de los indios, por que así lo aceptaban los españoles, todas aquellas disposiciones, leyes y costumbres que se tuvieran como buenas para bien gobernar, una buena policía, entre otras, siendo este tipo de normatividad lo que ha sido desde siempre una obligación, una estimativa jurídica para que el derecho pueda contar con las propuestas mínimas para toda sociedad de determinado pueblo o nación, como es obvio a fin de lograr la convivencia pacífica y una aplicación correcta del derecho en cada caso, simplemente en uso de razón como debe ser y no como se pretende que sea.

### **1.3.8 EL DERECHO DE TRANSICION AL MEXICO INDEPENDIENTE.**

El derecho de transición al México independiente es objeto también de este estudio, ya que el mismo abarca una diversidad de situaciones cambiantes que en el caso que nos ocupa (España), sucedieron y no pasaron ajenas a México como territorio conquistado que a su vez eran las imperantes en el primero y que dieron paso paulatinamente a la cancelación de las prácticas del México antes de la conquista, para dar paso a muchos de los aspectos jurídicos, de política y estado que hoy en día se conocen y se aplican.

A través de estas nuevas ideas difundidas se transforma la enseñanza de la economía, la agricultura, la industria y el comercio.

Paralelamente al transcurso del México conquistado se gestaba la idea de preparar la independencia a lo que se suscitaron varios acontecimientos históricos y determinantes, como el plan de Iguala.

Dicho Plan estableció las bases fundamentales para la formación del Estado mexicano, pues aportó los principios de organización política que tendría, así mismo en este se redactaron 23 puntos dentro de los cuales cabe mencionar la declaración absoluta de la



Nueva España, pero todavía dependiendo en lo jurídico del derecho español, hasta la elaboración de una constitución.

“La transición hacia un nuevo orden jurídico se puede analizar desde dos puntos de vista: uno, la sustitución del orden jurídico, y dos la manera de administrar justicia. Esto implica la necesidad de modificar las leyes y elaborar nuevos ordenamientos. La transición es un movimiento que se inicia desde antes de la independencia, hacia el constitucionalismo.”<sup>46</sup> (es decir regirse por una constitución).

Al hablar de transición debemos entender el paso de un cambio a otro, y esto implicó como se puede observar crear, modificar y adecuar leyes u ordenamientos para ser aplicados en una nueva etapa del derecho en el México ahora independiente.

“La sustitución de ordenamientos debía llevarse a cabo por tres razones fundamentales:

- 1.- El derecho vigente en México en el momento de la independencia y aún después era el castellano-indiano, (el aplicado en España y México), y había sido dictado por el rey.
- 2.- Una gran parte de ese derecho ya no correspondía a las ideas de un gran número de mexicanos, cuyo gobierno a lo largo del siglo XIX emitió y ejecutó diversas leyes nacionales, y
- 3.- Debido a que la realidad se fue modificando a ritmo acelerado.

Las tres pautas o razones antes descritas hicieron que se formulara el ordenamiento vigente a aplicarse, por lo que paso a paso ocurrió que este proceso se iniciara “inmediatamente después de consumada la independencia y toma su perfil definitivo con la expedición del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1870, para concluir en la primera década del siglo XX, cuando se completó la sustitución del antiguo orden jurídico al dictarse los códigos federales de procedimientos en materia civil y penal.”<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> ibídem., p. 510

<sup>47</sup> ibídem

Antes de hacer una breve mención de ambos códigos es pertinente comentar que el México independiente se constituyó bajo el mando de los tres Poderes de la Unión que ahora conocemos como Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de los que como antecedentes históricos de los mismos tenemos que se originaron en virtud de la imperiosa necesidad de contar con un equilibrio entre las fuerzas de gobierno, y ya no de depositar todo el poder bajo el mando de una sola persona como lo era antes en la Monarquía absoluta, de donde proviene dicho nombre cuando el único que los ejercía era el rey.

### 1.3.9 EL DERECHO EN MEXICO ACTUALMENTE

Los términos código civil y código penal tal vez son algo familiarizados para el lector, pero no entendidos desde el punto de vista jurídico e histórico por lo que es viable describir que el origen del mismo se remonta a Francia, por lo que el código civil francés es el antecedente legislativo en materia civil que actualmente existe.

“Por lo que respecta a los códigos civiles mexicanos cabe apuntar lo siguiente: Al independizarse México de España sobrevino un caos legislativo por la diversidad e incertidumbre de las leyes. Se ignoraba si las disposiciones españolas seguían vigentes, No se sabía cuáles ni en qué orden lo seguían estando, ya que por muy diversas causas, se omitió sustituir las disposiciones españolas con leyes nacionales.”<sup>48</sup>

Aquí se aprecia como entran ya en vigor disposiciones contemporáneas al derecho en México de lo que se denomina codificación y en donde encontramos su antecedente en el derecho romano, español y francés, ya que los códigos contienen las disposiciones vigentes a aplicarse, mismas que son creadas y aprobadas por el poder legislativo quienes son los representantes del pueblo encargados de elaborar leyes.

Lo mismo que se aprecia para el código civil cabría para el penal, pero diferenciando desde luego las esferas de actuación de uno y otro, por ejemplo en la época colonial estuvo

---

<sup>48</sup> *Diccionario Jurídico Mexicano, op. Cit.* p.p. 492 y 493

vigente el derecho penal español, el cual contaba con matices de aspecto religioso. En 1871 se crea una codificación penal federal, es decir de aplicación igual en toda la República mexicana en donde los principales delitos, se consideraban contra la propiedad y con ellos aparece nuevamente la pena de muerte, posteriormente aparecen diversos proyectos nuevos de codificaciones que nunca llegan a entrar en vigor, hasta lo que ahora conocemos con vigencia al código penal en materia común para cada estado de la República mexicana concretamente y el código penal federal de aplicación en toda.

A su vez en la República Mexicana como en la gran mayoría de los países del mundo, a la legislación suprema se le denominada Constitución y es de ella de donde emanan todas las demás leyes, reglamentos, etcétera.

Por constitución podemos entender “forma o sistema de gobierno que tiene cada Estado; ley fundamental de la organización de un Estado.

Según Aristóteles la Constitución es el ser del Estado. Para este autor la Constitución política es la organización, el orden establecido entre los habitantes de la ciudad.”<sup>49</sup>

Estoy de acuerdo en la cita anterior debido a que si tomamos en cuenta la supremacía que implica el término constitución, desde tiempos anteriores ha sido fijada con ese carácter de ordenamiento generalizado en una u otra sociedad.

“Además, la Constitución estipula los derechos y deberes tanto de los gobernantes como de los gobernados en orden a la solidaridad social (Duguit).”<sup>50</sup>

Ahora el autor León Duguit, filósofo jurídico amplía más el panorama referido y toma en cuenta a la solidaridad social como punto esencial de una constitución, y a su vez esta tesis trata de reafirmar aspectos como este en cuanto a la observancia de la aplicación del

---

<sup>49</sup> *Ibidem.*, p. 658

<sup>50</sup> *ibidem.*

derecho, ya que de lo contrario entonces las mismas no tendrían sustento para existir sino fijaran sus metas en los fines del derecho.

Por todo lo anteriormente descrito tomaremos como caso específico la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

De acuerdo al Doctor en Derecho Jorge Carpizo Mc. Gregor.

“La constitución mexicana vigente fue promulgada el 5 de febrero de 1917. Los principios esenciales de la Constitución mexicana son los siguientes: la idea de soberanía, los derechos humanos, la división de poderes, el sistema federal, el sistema representativo, la supremacía del Estado sobre las iglesias y la existencia del juicio de amparo como medio fundamental de control de la constitucionalidad.”<sup>51</sup>

La definición anterior la vamos a considerar para extender un poco lo que a nuestro juicio es importante para este estudio y en este caso será, como a continuación se explica.

Por lo que refiere a la soberanía debemos entender lo siguiente: “Es la libre determinación del orden jurídico o, como afirma Herman Heller es aquella unidad decisoria que no está subordinada a ninguna otra unidad decisoria universal y eficaz.”<sup>52</sup>

Lo anterior puede ser traducido de la siguiente manera, principalmente tomando en consideración la idea de que todos los pueblos tienen libertades en general, dentro de las cuales está la manera de regirse conforme al derecho positivo, que ningún otro pueblo puede y debe interferir o transgredir tal decisión, pues bien en estos principios y en la facultad decisoria universal a que alude la anterior transcripción es en lo que cada estado tiene que construir su forma de ser.

En referencia al significado de derechos humanos, podemos añadir lo siguiente: “Conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político,

---

<sup>51</sup> CARPIZO Mc GREGOR, Jorge, *La Constitución* p.p. 134-135

<sup>52</sup> *ibidem.*, p.2936

económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todas ellas, que se reconocen al ser humano, considerado individual y colectivamente.”<sup>53</sup>

Al referirnos a toda la gama de posibilidades de interrelación dentro de una sociedad, estamos tomando en cuenta precisamente los derechos que tiene todo ser humano como tal, concebidos desde épocas antiguas, por lo que ahora afortunadamente y durante el transcurso de la historia del derecho, se ha logrado que estos sean observados de manera primordial dentro de las supremacías, es decir constituciones de casi todos los pueblos del mundo.

De lo anterior nos apoyamos aún más para al final de este trabajo establecer proposiciones, muy cerca y acertadas en torno a este tema, por ello no podemos estar equivocados en plasmar la ya citada idea de revalorar al derecho desde el punto de vista de la estimativa jurídica.

El juicio de amparo, es sin duda una característica imprescindible para el estudio del derecho en nuestro país por contener el significado y el sentido siguientes: “Del castellano amparar, en el sentido de proteger o tutelar los derechos de una persona. Debe tomarse en consideración que el propio juicio de amparo surgió con el propósito esencial de proteger los derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente, contra su violación por parte de las autoridades públicas.”<sup>54</sup>

El juicio de amparo tiene la ineludible facultad y deber de proteger como su nombre lo indica, los derechos consagrados en la máxima legislación que es la constitución política, en nuestro caso de los Estados Unidos Mexicanos, que como vimos contiene las disposiciones máximas que deben ser observadas para que los individuos de determinada sociedad puedan convivir en armonía, y cuando tales derechos lleguen a ser perturbados por las autoridades hacia los gobernados, estos puedan acudir como medio legal de defensa a la protección que este juicio y que como garantía otorga la constitución.

---

<sup>53</sup> *ibidem.*, p. 1063

<sup>54</sup> *ibidem.*, p. 157

Siendo así las cosas de acuerdo a la constitución y al juicio de amparo, no queda más que volver a considerar la importancia de revalorar a los fines del derecho y a la estimativa jurídica, ya que si la ley suprema y el juicio aludido consagran en sus máximas el bienestar, la convivencia y la armonía a nuestro punto de vista, entonces podemos continuar el desarrollo de esta revaloración sin temor a equivocarnos.

## **CAPÍTULO II**

### **LOS FINES DEL DERECHO**

## CAPÍTULO SEGUNDO.

### 2.1 LOS FINES DEL DERECHO.

El derecho como todo tiene principios y fines, nada más que en esta ocasión por tratarse de una materia con fines sociales, regulables y obligatorios impartidos e impuestos por el estado, nos ocupa hablar sin lugar a duda de la justicia, la seguridad y el bien común. Tales aspectos los hemos oído en infinitas ocasiones y, no solo eso, sino que también los conocemos, puesto que los encontramos a diario en nuestra propia persona, o en la sociedad en general.

Es por lo anterior que este capítulo es medular para el desarrollo del presente trabajo, ya que el objetivo principal es poner de manifiesto la relación existente entre la estimativa jurídica y los fines del derecho, para entender aún mejor por qué se deben cada vez más apegar estos a la misma.

“En consecuencia, si estos principios fundamentales del derecho deben ser conocidos y estudiados particularmente por quienes sienten la noble vocación jurídica, deben ser también objeto de conocimiento y de meditación, aun cuando sea en sus rasgos generales, por todos, puesto que son base y sustento de la convivencia humana.”<sup>55</sup>

Como menciona el autor Daniel Kuri Breña en el prólogo del libro titulado “Los Fines del Derecho”, de los autores Gustav Radbruch, catedrático de la Universidad de Heidelberg, José T. Delos, profesor de la facultad libre de Lille y Luis Le Fur, catedrático de Filosofía del Derecho en París, todos en el año de 1938, y en el que se transcribió el Tercer Congreso del Instituto Internacional de Filosofía del Derecho y de Sociología Jurídica, celebrado en Roma durante el periodo 1937-1938. En efecto estos fines o directrices que sustentan y le dan sentido a la actuación del derecho, son como se transcribe en el párrafo anterior, base y sustento de la posible convivencia humana.

---

<sup>55</sup> RADBRUCH, DE LOS y LE FUR, *Los fines del Derecho*, p. 10



La sociedad encaminada al correcto actuar humano, nos muestra que el individuo debe conducirse de acuerdo a actitudes no perjudiciales, es decir calificadas como buenas, como positivas dentro de un entorno social, ya que estas tarde o temprano se exteriorizan, no como las morales que casi nunca o nunca se exteriorizan.

Conforme a lo anterior, podemos aventurarnos a afirmar que la justicia, la seguridad y el bien común son los fines y la estimativa jurídica el medio para lograr una adecuada y plena actuación de los abogados en general frente a sus responsabilidades

“El fin del derecho, consiste en garantizar que por la justicia, el orden y la seguridad, se creen las condiciones que permitan a los miembros del grupo realizar su bien, el bien de todos, el bien común, realización que implica el sostenimiento de una justa medida entre la tradición y el progreso, y en consecuencia el simultáneo rechazo de la rutina y de las variaciones demasiado bruscas. El Estado –es decir particularmente los gobernantes, legisladores, administradores y jueces- tienen evidentemente un fin cuando decide sobre el derecho; lo promulga, lo da, pero sin duda no arbitrariamente, sino en vista de obtener un resultado determinado.”<sup>56</sup>

Gracias a apreciaciones como la anterior de uno de los autores –Luis Le Fur- del citado texto y el congreso en donde plantean tales cuestiones, nos acercamos cada vez más a una posición efectiva y acorde con nuestro propósito y, es sin duda una vez más reiterar la causa de los fines del derecho, su universalidad, vigencia y la postura del legislador al momento de crear leyes con un sentido encaminado a la justicia, la seguridad y el bien común y no vacío y contrario a tales posiciones, ya que si bien es cierto el mismo tiene la facultad de crearlas, estas no se deben a la simple querencia de este, sino en general a la sociedad y al bien común.

---

<sup>56</sup> ibidem., p.p. 16 y 17

A su vez existen algunos autores tales como hemos visto en el antes citado y Delos, quienes consideran que la seguridad y la justicia son elementos para alcanzar el bien común, sin embargo estas ideas no son compartidas por todos los teóricos del derecho, y uno de los principales en revertir lo anterior es Gustav Radbruch, pues establece en el libro titulado “Los Fines del Derecho” una separación de los conceptos mencionados, llegando a considerarlos elementos del estado, mas que del derecho.

Esta divergencia nos obliga aún más a inclinarnos por uno u otro lado, por lo que corresponde emitir una opinión al respecto, siendo que es evidente que por definición y objetivos los fines del derecho son distintos entre sí, pero tienen que relacionarse los mismos y obtener cada uno sus finalidades, en este caso la justicia y la seguridad lograr el bien común, de acuerdo con los autores De Los y Le Fur, asimismo no considero que deban ser tomados en cuenta solamente como elementos del estado, ya que el estado desde el punto de vista jurídico es el encargado de que estos valores existan y se apliquen, pero este a su vez delega funciones a sus organismos, dentro de los cuales existen los que imparten justicia, los que imparten seguridad, entre otros, logrando con esto si se aplican correctamente el bien común, ya que finalmente todo esto desemboca en beneficio o perjuicio de la sociedad en general.

A continuación voy a emitir algunas apreciaciones de diversos autores y opinión propia de cada uno de los fines del derecho.

## 2.2 JUSTICIA.

El estudio de la justicia es muy amplio y desde siempre lo ha sido, sin que hasta ahora se haya encontrado una satisfactoria definición, más aún si tomamos en cuenta que entre los autores más destacados que han hablado de justicia, existen diferencias respecto al concepto de la misma, por ejemplo el autor Hans Kelsen es partidario del relativismo axiológico, corriente filosófica que establece la imposibilidad de lograr una definición satisfactoria de los valores, así como la imposibilidad de que estos y dentro de ellos la justicia, sean universalmente válidos y aplicables en todo tiempo, a lo que desde mi punto de vista no creo que los valores refiriéndonos a los tres anteriores entendidos como tales, deban ser temporales o pasajeros, sino que son permanentes en todo tiempo y lugar.

Es decir la postura propuesta y defendida al respecto en esta tesis es en el sentido de que la idea de la justicia, la seguridad y el bien común, es única, universal y absoluta por que desde el primer momento en que fueron inciertas en alguna situación, siempre tuvieron como característica de aplicación, un antecedente valorativo y estimativo, nunca se resolvieron a favor de perjudicar o dañar, si así hubiera sido, sus finalidades serían entonces perjudicar y transgredir el orden jurídico.

A lo anterior conviene también mencionar para no dejar desprotegido tal aspecto, que es la idea que adopta el relativismo axiológico, o sea el relativismo de los valores pero ahora desde el punto de vista cierto e indiscutible de que por ejemplo lo que en algunos tiempos significaba cometer un crimen, un secuestro o un robo no era lo mismo en cuanto a penalidades como lo es ahora, a veces era más penado y otras no, pero lo que esta tesis defiende es que independientemente de los castigos, los ideales de los fines del derecho existen y están ahí siempre con los mismos principios ya que lo que varía únicamente es la medida de las sanciones a aplicarse en determinado tiempo y lugar .

Ulpiano mismo agrega, que los preceptos del derecho son, vivir honestamente, no perjudicar a los demás, y dar a cada uno lo suyo, a lo que Kant afirma, que dar a cada quien lo suyo es erróneo, por que a nadie se le puede dar lo que ya tiene.

### 2.1.1 PLATÓN

“Para Platón, la justicia auténtica no consiste en los ordenamientos empíricos que registra la historia. Dedicó su diálogo titulado “La República” al estudio de cómo hay que organizar el Estado sirviendo estrictamente a la idea pura de justicia, sin concesiones a lo empírico, sin compromisos con la experiencia, sin admitir condiciones históricas.”<sup>57</sup>

Lo que refiere el párrafo anterior es que el carácter de la justicia debe ser considerado en su sentido puro, sin matices históricos o empíricos que modifiquen tal pureza, por los matices citados debemos entender a aquellos aspectos que van cambiando, evolucionando y tomando cuenta de la experiencia de tales o cuales actuaciones. Por ejemplo una ley u ordenamiento requiere de ser aplicado por que los datos empíricos e históricos requieren o deciden que se apliquen a la sociedad, pero a su vez estos deben ir orientados y motivados gracias al sentido de justicia, ya que de lo contrario esto no podría ser, pero Platón de acuerdo al autor Luis Recasens Siches no concibe tal situación y se va al extremo puro de la justicia, no admitiendo una conciliación entre la justicia y el empirismo, situación que en el desarrollo de esta tesis se va a ir aclarando y conciliando.

### 2.1.2 ARISTÓTELES

“En Aristóteles, este mismo tema se presenta con un propósito de conciliación. Lo absoluto y lo histórico, lo fijo y lo mudable, ya no entablan conflicto, antes bien, se trata de armonizarlos. Ambos ingredientes obtienen una consideración más cabal. Aristóteles barrunta ya que el criterio de lo justo natural, al ser aplicado a circunstancias varias, produce normas de diverso contenido, a pesar de estar todas inspiradas en la misma idea.”<sup>58</sup>

Aristóteles va más allá del simple y puro concepto de justicia y concilia las posiciones en cuestión, a lo que anteriormente Platón como ya se vio no consideró.

---

<sup>57</sup> RECASENS SICHES, Luis, *op cit.*, p.p. 426 y 427.

<sup>58</sup> *Ibidem.*, p. 428

“Aristóteles considera que en el derecho hay una parte que es justa por naturaleza y otra por determinación de la ley positiva. Pero, incluso lo que es justo por naturaleza es mudable, en la medida en que cambian las realidades a que este criterio de justicia es referido.”

Lo anterior obedece a que para Aristóteles tanto la justicia natural y lo prescrito por ley positiva se relacionan al momento de la aplicación del derecho positivo.

Ahora bien encontramos otro criterio más respecto de la justicia, con el autor Víctor Manuel Rojas Amandi, Licenciado en Derecho, egresado de la Universidad Nacional Autónoma de México y, catedrático de la Universidad Iberoamericana, quien especifica que el autor “Nicola Abagnano distingue dos tendencias en la filosofía conforme a la justicia, y son la conformidad del comportamiento a una norma y la entendida en que la justicia es la capacidad de una norma para hacer posibles las relaciones humanas, es decir, su eficiencia.”<sup>59</sup>

El párrafo anterior nos abre un panorama más completo a lo que se debe de entender por justicia, en primer lugar la conformidad de los gobernados a las leyes que el estado les aplica, ya que al hablar de conformidad estamos aceptando y de acuerdo, a lo que por ello habrá justicia, y en segundo lugar la eficacia de la ley a fin de poder lograr la convivencia humana de determinada sociedad, a lo que por ello estoy de acuerdo en que en que en tales condiciones también podrá haber justicia.

A su vez “Hobbes sostuvo que la justicia consiste simplemente en el mantenimiento de los pactos y, que por lo tanto, donde no hay un estado o sea un poder coercitivo que asegure la observancia de pactos válidos no hay justicia ni injusticia. También para Kelsen, la justicia implica una conducta conforme a la norma, considera que la proposición que enuncia que el comportamiento del individuo es justo o injusto en el sentido de ser jurídico o antijurídico, significa que su comportamiento corresponde a la norma jurídica que el

---

<sup>59</sup> ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, *Filosofía del Derecho*, Ed. Harla, México, 5ª. Ed., 1991, p. 279

sujeto juzgador presupone válida por que tal norma pertenece a un orden jurídico positivo”.<sup>60</sup>

Para Tomás Hobbes existirá la justicia cuando los pactos entre estado y gobernados sean cumplidos y exista un gobierno o poder coercitivo que aplique las leyes.

Así mismo para el jurista alemán Hans Kelsen una conducta apropiada que implica en el caso de la justicia descifrar que es justo y que es injusto, debe ser válida ya que forma parte del sistema jurídico positivo.

Esto sin duda muestra y ayuda a comprender aún más que tal criterio desarrollado a través de normas que se presumen válidas, por que han sido diferenciadas de criterios justos e injustos, de acuerdo a juicios o criterios estimativos, llevan consigo mismas implícitas se quiera o no características valorativas para poder haber sido aprobadas para su aplicación.

El autor Gustav Radbruch del cual ya hemos hecho mención, señala que “la idea de igualdad que yace en el fondo de la idea de justicia, no da respuesta a dos preguntas, siendo la primera de ellas ¿a quién debe considerarse igual y a quien desigual?, y la segunda ¿cómo han de ser tratados los iguales y los desiguales? Precisamente en estos puntos y no a los que se refiere la esencia del concepto de justicia, son sobre los que el marxismo entiende las insuficiencias de este término tal y como se lo considera en una sociedad capitalista de clases, a este respecto Lennin aseguró, que todo derecho significa la aplicación de una medida igual a personas distintas, que en realidad no son semejantes, no son iguales entre sí, por ello el derecho igual, constituye una violación de igualdad y una injusticia”.<sup>61</sup>

Lo que expone el citado autor, corresponde a las interrogantes sobre los criterios que se deben considerar para saber aplicar el sentido de la justicia, ya que como tal uno de sus principalísimos elementos es la igualdad. Por ello ¿a quién se debe considerar igual y a

---

<sup>60</sup> Ibidem., p.280

<sup>61</sup> Ibidem., p. 281

quién desigual y que trato deben recibir ambos en tales circunstancias?, sin duda un ejemplo claro de esto es la idea del marxismo, en que se debe tratar a iguales y desiguales de la misma manera, yo creo que esta situación no es del todo incorrecta, pero efectivamente es menester el considerar los criterios primero para poder aceptar que por este sentido se está realmente haciendo justicia.

Quizá lo anterior está mas bien enfocado o revestido de cierto tinte político y cada quién podrá formar su criterio aceptando o rechazando al marxismo, (doctrina que trata del comunismo, impuesta por el alemán Carlos Marx), pero en sí no podemos pasar por alto la intención que se tuvo de aplicar la justicia al crear al mismo. Ahora bien si se coincide con la idea, entonces se aprueba la el aceptar la propuesta general de la igualdad sin distingo alguno y, si por el contrario se rechaza entonces habrá que replantear de manera muy sucinta las dos cuestionantes iniciales. De manera particular me inclino por la posición número dos, ya que al transgredirla se podría estar atentando contra la libertad de manera subjetiva.

“La justicia se limita a exigir un castigo muy severo para el que es más culpable, y un castigo más indulgente para el que lo es menos. No dice, sin embargo, que el asesino es más culpable que el ladrón: presupone la existencia de una medida que permite fijar el grado de la culpabilidad, medida condicionada por la importancia más o menos grande del peligro al cual una acción criminal determinada expone el bien común.”<sup>62</sup>

Ahora el citado autor expone su punto de vista, a lo que a mi parecer es correcto, y esto es delimitar dentro del campo de acción de la interpretación de la justicia, el grado de perjuicio que un delito cometido ocasiona a la sociedad en general, o sea al bien común como se puede apreciar en el ejemplo que antecede.

“La idea de justicia presupone la posibilidad de una tensión entre la comunidad y el individuo, justamente por que ella se asigna la tarea de aliviarla.”<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> RADBRUCH, DE LOS y LE FUR, *op. Cit.*, p.60

<sup>63</sup> *Ibidem.*, p.62

He querido contemplar lo anterior en el sentido de que en efecto corresponde a la justicia, aliviar las contrariedades o divergencias que existan dentro de determinada sociedad, por ello mismo presupone su existencia en cada momento ante la inminente realidad de que existan conflictos.

Por su parte el autor Rafael Preciado Hernández, menciona que: “De la persona son los actos que realiza con conocimiento de causa y voluntad libre. De esta afirmación, pueden desprenderse dos criterios que ayudan a determinar lo suyo de cada quien: el principio de imputabilidad, según el cual el acto y sus consecuencias deben imputarse a su autor y, el principio de responsabilidad que indica que el autor debe responder del acto y de sus consecuencias. De estos principios pueden colegirse otros mas: por ejemplo, que el culpable ha de ser condenado (lo suyo es el castigo), que el inocente ha de ser absuelto (el castigo no es lo suyo), que quien sufre un daño tiene derecho a una reparación (lo suyo es la reparación), etc.”<sup>64</sup>

Es claro el comentario de Preciado Hernández, ya que en efecto las personas realizan diversos actos conforme a su voluntad, que los hacen responsables de ellos y, cuando estos se realizan en perjuicio de alguien, quien comete esos perjuicios tiene que pagar por medio de una sanción y, a quien se le perjudicó debe de ser restituido por ese daño de alguna manera, sin lugar a duda otro aspecto primordial para que de cumplimiento la justicia.

Lo anterior nos lleva a recordar las antiguas prácticas de venganza personal, que eran practicadas para nuestro caso desde los romanos por ejemplo, lo que deriva a la sencilla conclusión de que en efecto los actos voluntarios que perjudicaban a la sociedad debían ser condenados.

---

<sup>64</sup> PRECIADO HERNÁNDEZ, RAFAEL, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Ed. Textos Universitarios, México, 1ª. Ed., 1982, p. 212.



También como lo vimos en el capítulo que antecede verbigracia los aztecas, aplicaban leyes de carácter especial y más fuertes en contra de los entonces servidores públicos corruptos.

El jurista, autor y profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México Eduardo García Maynez, considera que “lo importante es dejar en claro que la inteligencia humana es capaz de decidir entre lo que es justo y lo que es injusto de manera objetiva, con independencia del poder público o de cualquier otro poder.

Asimismo afirma que negar esto, sería como negar la capacidad de la convivencia racional y armónica y, aceptar que la razón entre estas divergencias solamente la tiene el más fuerte.”<sup>65</sup>

El autor citado afirma que la razón y la inteligencia pueden crear criterios para poder determinar que es justo y que injusto, a lo que estoy de acuerdo con ello, por que uno de los principales objetos del presente trabajo, es determinar que anteriormente cuando se comenzó a razonar sobre tal punto se dieron los parámetros rectores de lo que ahora el estado obliga a legislar, y conocemos como justicia e injusticia, que aunque son cambiantes las penalidades que del derecho se dan, las ideas de darlas, es decir de dar justicia, seguridad y bien común son permanentes.

El maestro Luis Alfonso Dorantes Tamayo comenta en su texto *Filosofía del Derecho*, que no podemos pasar por alto cierto tipo de principios, que han sido desde la antigüedad parámetros en cuanto a justicia, tales parámetros ejemplifica el maestro son entre otros, nadie está obligado a lo imposible, en aquellos asuntos que presenten duda se debe absolver, en igualdad de circunstancias deben observarse las mismas disposiciones, todas las personas son inocentes hasta que exista un hecho que presuma lo contrario, nadie puede enriquecerse en perjuicio o detrimento de otro, ninguna persona puede ni debe ser condenada dos veces por el mismo delito.

---

<sup>65</sup> Diccionario Jurídico Mexicano, *op. Cit.*, p. 1904

Los ejemplos anteriores son situaciones que por medio de nuestra intuición racional, podemos determinar y aplicar gracias al derecho, es por esto que se hace hincapié en que la razón es un factor fundamental en la creación del derecho.

Enriquece ahora nuestro estudio, lo que el Maestro Ignacio Burgoa en su texto “Las Garantías Individuales” respecto a la justicia social establece que, “la indudable existencia y la innegable actuación de los intereses particulares y de los intereses sociales en toda colectividad humana, plantean la necesidad de establecer un criterio para que unos y otros vivan en constante y dinámico equilibrio dentro de un régimen que asegure su mutua respetabilidad y superación. Precisamente en la implantación de ese equilibrio y de esa respetabilidad estriba la justicia social”.<sup>66</sup>

Este comentario nos aclara que la sociedad persigue constantemente fines, (justicia, seguridad y bien común), para poder vivir en equilibrio y armonía todos los integrantes que la conforman, por mi parte creo que al respecto se debe decir que lo anterior debe comenzar a aplicarse por quienes tienen facultades y atribuciones de encargarse de velar por la justicia social, esto es por quienes deben preservar la convivencia de la sociedad de manera armónica, a través de los fines del derecho para así evitar el constante deterioro del mismo.

## **2.2 SEGURIDAD.**

### **2.2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA SEGURIDAD.**

“La palabra seguridad proviene de securitas, la cual deriva del adjetivo securus (de segura) que, en su sentido más general, significa estar libre de cuidados.”<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, Ed., Porrúa, México, 23ª. Ed., 1993, p. 50.

<sup>67</sup> Diccionario Jurídico Mexicano, *op. Cit.*, p. 2885.

No es preciso abundar tanto en lo anterior ya que es clara la definición de seguridad que el Diccionario Jurídico Mexicano proporciona, a lo que estoy de acuerdo, ya que en efecto es el no estar sujeto a cargas, problemas o cuidados, por que cuando se llega a esto entonces existirá la seguridad.

La seguridad jurídica la define De Los uno de los autores del congreso de Filosofía del Derecho y Sociología ya citado, de la siguiente manera: “Es la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que, si éstos llegan a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación”.<sup>68</sup>

De Los define seguridad jurídica desde mi particular apreciación, de una manera clara y correcta en sentido general, es decir cubriendo el aspecto total de la relación del estado con los individuos que forman determinada sociedad, para que haya seguridad, ya que el mismo es el encargado de procurar seguridad entre los integrantes de esta, evitando que sea vulnerada y actuando cuando lo sea.

De acuerdo al maestro Luis Alfonso Dorantes Tamayo, “Según Gustav Radbruch, hay tres maneras de concebir la seguridad: como seguridad por el derecho, como certidumbre del derecho y como seguridad contra las modificaciones. La primera corresponde a lo que hemos llamado bien común, y Radbruch la considera como un elemento de éste, es la seguridad contra el homicidio y el robo, contra los peligros de la calle. La segunda es la fijación del derecho en vigor, la certeza de los hechos previstos y la aplicación cierta de la norma. La tercera es la dificultad para la modificación de las leyes. Como seguridad propiamente tal, Radbruch acepta la segunda. Nosotros aceptamos la primera, identificándola con el bien común, pues la segunda es medio, y la tercera, consecuencia de ella.”<sup>69</sup>

Estoy de acuerdo con la posición del maestro Víctor Manuel Rojas Amandí, en cuanto a que la seguridad en su máxima presentación corresponde más bien a la seguridad por el

---

<sup>68</sup> *Ibidem*.

<sup>69</sup> DORANTES TAMAYO, Luis Alfonso, *Filosofía del Derecho*, Ed. Harla, México, 3ª. Ed., 1995, p. 192.

derecho, por que aunque si bien es cierto las tres maneras de concebir la seguridad a que alude Radbruch son las esenciales para tal fin en general, pero en el caso de inclinarse por una u otra la primera abarca más posibilidad sin duda de llegar a la seguridad, ya que valga la redundancia entender seguridad por el derecho es entender su observación y aplicación.

El autor Rojas Amandi de propia consideración, expresa lo siguiente respecto a la seguridad jurídica: “Por seguridad jurídica se entiende el conocimiento certero y claro que los sujetos que se encuentran bajo el imperio del derecho tienen en relación con:

- A) el sentido general del sistema jurídico considerado en su conjunto;
- B) el significado preciso de las proposiciones normativas que integran el sistema y,
- C) las decisiones que la autoridad tomará en cada caso concreto”.<sup>70</sup>

Eduardo García Maynez afirma que. “A fin de determinar, de la manera más precisa posible, el sentido de la seguridad jurídica, partiremos de la tesis del sociólogo Teodoro Geiger sobre las dos dimensiones del segundo de los valores básicos del derecho. Una de esas dimensiones consiste en la seguridad de orientación, o certeza del orden; la otra, en la seguridad de realización, o confianza en el orden”.<sup>71</sup>

Esta última transcripción es muy similar a la que propone Gustav Radbruch como concepto o condiciones para que se de la seguridad en determinada sociedad, ya que nevemente encontramos a la seguridad por el orden y a la confianza en el orden, propiamente no son estas definiciones como se esperaría encontrar (seguridad es...), sino que son otro tipo de aportaciones estas últimas más amplias y descriptivas, por lo que merecen estas una consideración desde mi particular apreciación, en el sentido de que estoy de acuerdo en que efectivamente una sociedad para poder vivir, realizar actividades y desarrollarse plenamente, necesita tener confianza en que el estado le garantizará seguridad a través de los órganos que para ello crea y ante la ausencia de la misma otorgará la reparación al daño correspondiente.

---

<sup>70</sup> ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, *op. Cit.*, p.284

<sup>71</sup> GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, Ed. Porrúa., México, 6ª. Ed., 1996, p. 477.

Respecto de la primera Geiger afirma que solo puede hablarse cuando los integrantes o destinatarios de las normas de un sistema jurídico, conocen adecuadamente los contenidos de las normas y, por consiguiente tienen la posibilidad de dirigir sus conductas o actuaciones de acuerdo con ellas. Lo anterior evidentemente a fin de no caer en actitudes que los lleven a violar tales normas y tener que recibir la aplicación del castigo correspondiente por tal violación.

El otro aspecto de la seguridad jurídica, es el que Geiger denomina seguridad de realización, o confianza en el orden, y es el que tiene la certeza de que los preceptos legales de un determinado sistema jurídico, van a llevarse correctamente conforme a quien los tiene que procurar.

Por su parte nuevamente el autor Eduardo García Maynez señala que: “Para valorar positivamente la eficacia de un sistema de derecho es indispensable, por tanto, atender a su contenido. Quienes piensan que un orden legal vale por el simple hecho de ser eficaz, ignoran las diferencias cualitativas entre los actos de aplicación y cumplimiento. Desde el punto de vista de los órganos estatales, un precepto de ley queda cumplido aún cuando el obligado, al ejecutar la conducta prescrita, no obre espontáneamente. La intención puede no ser recta, pero si el sujeto hace lo que el precepto ordena, el correspondiente deber se extingue. Dentro del marco de una concepción positivista, la rectitud de las intenciones queda relegada a la esfera ética.”<sup>72</sup>

Por lo anterior considero que se debe entender que un estado al momento de poner en vigencia sus ordenamientos, estos deben valer por su contenido y eficacia, no solamente por la segunda, es decir el valor y aprobación de estos deben contener justicia, seguridad y bien común y no solo la facultad y el criterio de quien las propone e impone y punto, en muchas ocasiones pasando por alto los fines del derecho. Así mismo y al agregar el autor Eduardo García Maynez, la concepción de que el querer o no, cometer delitos y perjudicar a alguien o a la sociedad en general queda dentro de la esfera ética, es cierta y coincido con ella, por que el derecho y la ética obviamente no son lo mismo y tienen diferencias

---

<sup>72</sup> ibidem., p.p. 479-480

generales muy bien definidas, pero en los puntos de coincidencia entre ambas, por que afortunadamente existen, el principal de ellos es la voluntad de dañar o no.

“Para los individuos concretos de carne y hueso la seguridad es un valor porque les permite orientarse en la vida, por que posibilita la cabal realización individual y social de su personalidad.”<sup>73</sup>

La seguridad es efectivamente un valor que orienta la vida de las personas a conducirse correctamente, para desarrollarse lo mejor posible observando las reglas de conducta.

“La seguridad jurídica es antiética de la incertidumbre, la arbitrariedad, el azar, el desamparo legal. La seguridad jurídica tiene que darse en un doble aspecto:

- 1) Positivación del Derecho;
- 2) Certidumbre jurídica, clara e inequívoca.”

Desde luego que la seguridad es la contrariedad absoluta a la incertidumbre, es como decir que es contraria a la injusticia, y por supuesto que así es, y todavía más aún cuando nos la muestran como antecede revestida de carácter ético. En cuanto a lo segundo, al doble aspecto que contiene la seguridad jurídica, esta sería la tercera apreciación que se obtiene concordantes por la certidumbre y positividad o aplicación eficaz del derecho, situación ya comentada por coincidir con ella.

---

<sup>73</sup>BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín, *Filosofía del Derecho*, PORRÚA, p. 721, 8ª. Ed., México, 2001.

## 2.3 BIEN COMÚN

“En el concepto de bien común, se articulan dos ideas. La de bien implica los elementos materiales indispensables para la satisfacción de las necesidades de las personas, y la norma moral que ordena su uso y destino. La de común o pública implica que el estado no puede perseguir ni admitir fines puramente particulares. El bien común se manifiesta como parte de la oposición entre lo privado y lo público, entre lo que es para un hombre y lo que es para los otros y para la comunidad global”<sup>74</sup>

La definición anterior nos explica que el bien común, debe de llevar la característica esencial de ser en beneficio y aplicado, para la comunidad en general y no para fines solamente individuales.

De hecho por eso se denomina bien común, como la definición anterior lo establece es todavía aún más sencillo entender y recordar, el gran sentido valorativo que nos da el hablar del mismo.

El autor Heinrich Henkel menciona que los fines o valores del derecho, pueden denominarse mejor como ideales jurídicos, lo anterior debido a que los mismos nunca pueden ser cumplidos íntegramente.

Sin embargo para el ya mencionado maestro Eduardo García Maynez, “el bien común se alcanza cuando todos los miembros de una sociedad disponen de los medios indispensables para la satisfacción de sus necesidades materiales y espirituales, lo mismo que para el desarrollo y perfeccionamiento de sus aptitudes”.<sup>75</sup>

Es difícil en el sentido anterior que efectivamente se de en plenitud el bien común, a lo que ante tal posición estoy en desacuerdo en el punto extremo de plantear que solamente

---

<sup>74</sup> Diccionario Jurídico Mexicano, *op. Cit.*, p.337

<sup>75</sup> GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *op. Cit.*, p.488

este se dará cuando sean todos los miembros y, no dejar abierta la posibilidad de que se de cuando sea la mayoría de los miembros de una sociedad dispongan del bienestar común.

Por su parte el Doctor en Derecho y Ctedrático de la Universidad Nacional Autónoma de México, Ignacio Burgoa Origuela, establece al respecto del bien común que este debe enfocarse en un punto intermedio, en cuanto a las satisfacciones de las sociedades, no siendo meramente liberal-individualista, ni colectivista radicales.

“En consecuencia, todo régimen jurídico que aspire a realizar el bien común, al consignar la permisión de un mínimo de actividad individual, correlativamente tiene que establecer límites o prohibiciones al ejercicio absoluto de ésta para mantener el orden dentro de la sociedad y preservar los intereses de la misma o de un grupo social determinado. En este sentido, pues, el bien común se ostenta como la tendencia esencial del derecho y de la actividad estatal a restringir el desempeño ilimitado de la potestad libertaria del sujeto”.<sup>76</sup>

En este caso el bien común debe permitir un mínimo de libertad individual, pero a su vez su principal aspiración y observancia debe ser el beneficio de la comunidad en general. Un tanto contradictoria la opinión del Doctor Burgoa Origuela, en torno a la del Maestro García Maynes, en el aspecto de generalidades absolutas que impone el segundo como primicia para que se de este, en contra del cierto juego que el primero da al individualismo para dicho fin.

Mi posición a lo anterior es sin duda la reiteración de una conciliación de intereses, es decir un punto medio, adecuando a un rigor y observancia estricta de la ley, el campo de libertades que acepte la idea individualista en un entorno en donde lo principal es la satisfacción de los intereses de los gobernados de manera generalizada.

En virtud de la consideración obligatoria que se hace de los fines del derecho, se puede decir como el autor Agustín Basave Fernández Del Valle menciona en su amplio

---

<sup>76</sup> BURGOA, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, Ed. Porrúa, México, 25ª. Ed., 1993, p.p. 42 y 43.



texto, "Filosofía del Derecho", de acuerdo a Johannes Messner, que "Los deberes jurídicos son estrictamente correlativos a los derechos subjetivos. Si hay responsabilidad en el cumplimiento de los fines esenciales de la vida, y el Derecho se funda en esa responsabilidad, el Derecho tiene un carácter ético. Dar a cada cual lo suyo (sus derechos) es el supremo principio ético del Derecho. En materia jurídica, nuestra conciencia ética originaria nos manda que no hagamos a otros lo que no queramos lo que nos hagan a nosotros, que debemos obedecer a los superiores, que los malhechores deben ser castigados, que se deben cumplir los contratos. El a priori jurídico es una parte del a priori ético y presenta una doble dimensión: respeto a los derechos individuales de los demás, Derecho a que los demás satisfagan mis legítimas pretensiones".

Asimismo, por ser el derecho un orden de ideas que se originan en el ser humano y que como el autor Johannes Mesnner comenta "el a priori jurídico es una parte del a priori ético, no podemos pasar por alto que lo último quiere decir que el hombre posee un sentido innato (es decir de nacimiento) o natural hacia la consecución de fines estimativos que no lo perjudiquen, ni dañen a nadie, por ello ha tendido siempre a combatir la inseguridad, la injusticia y lo que atente contra el beneficio común, lo que hace más vinculante a este con las normas y conductas tomadas de la base que ofrece la estimativa jurídica.

Soy partidario de esta idea innata del ser humano a diferencia de las ideas que asientan lo contrario en el sentido de que el hombre por naturaleza tiende a inclinarse a la barbarie y maldad como lo propone el autor Tomás Hobbes, al adecuar a tal situación la frase de "el hombre es el lobo del hombre".

En consecuencia a las ideas anteriores acerca de los fines del derecho que hemos visto a través de diversos autores, mi particular consideración reside en que la justicia, la seguridad y el bien común, sin duda se relacionan entre sí para dar constancia del derecho, desde luego difieren en cuanto a la generalidad principal de sus ideas, pero por ello no se debe admitir que ese sea un criterio para disolver en su conjunción las ideas perennes del derecho.

### **CAPÍTULO III**

## **EL DERECHO NATURAL Y EL RACIONALISMO JURÍDICO**

## CAPÍTULO III

### 3.1 EL DERECHO NATURAL Y EL RACIONALISMO JURÍDICO.

De acuerdo al Diccionario Jurídico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, el Derecho Natural. “Es el conjunto de normas jurídicas que tienen su fundamento en la naturaleza humana, esto es, de juicios de la razón práctica que enuncian un deber de justicia. Y no, como algunos pretenden, un derecho en sentido moral o un código ideal de normas, pues de este modo no sería derecho sino moral y sus normas no serían jurídicas sino morales, no existiría realmente sino solo idealmente”.<sup>77</sup>

La definición anterior nos muestra que el derecho natural, no puede tener otra connotación que no sea mas que la aplicación de juicios que obtenemos gracias a la razón, y que implican tal cual lo que debemos siempre todos de apreciar por Justicia, es decir esa universalidad de criterios que enmarca el Derecho Natural, es lo que se debe entender y, a su vez ser diferenciada esta situación de los aspectos morales que sí como lo menciona la definición así fuera, entonces no sería Derecho sino la propia moral.

Otra definición al respecto, es la que el maestro Rafael Preciado Hernández emite “La concepción tradicional -aristotélico-tomista- del derecho natural resuelve satisfactoriamente el problema que consiste en determinar cuál es el fin propio, específico, del derecho. De acuerdo con esta concepción, el derecho natural no es el mero sentimiento de justicia ni un código ideal de normas, sino el conjunto de criterios y principios racionales –supremos, evidentes, universales- que presiden y rigen la organización verdaderamente humana de la vida social, que asigna al derecho su finalidad necesaria de acuerdo con las exigencias ontológicas (del ser en general) del hombre , y establece las bases de selección de las reglas e instituciones técnicas adecuadas para realizar esta finalidad en un medio social histórico”.<sup>78</sup>

---

<sup>77</sup> Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo D-H, *op. Cit.*, p.p. 1037 y 1038.

<sup>78</sup> PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael, *op. Cit.*, p. 235.

Esta definición es similar a la anterior, en cuanto a que establece también similitudes en las características del Derecho Natural como lo son el evitar confundirlo con aspectos morales, la universalidad de sus criterios como la justicia a través de la razón, pero en ambos casos hemos encontrado también el criterio histórico para a través de la razón crear las técnicas del derecho positivo por así decirlo.

El maestro Preciado Hernández continúa y sobre el mismo tema afirma que: “El derecho natural comprende los criterios supremos rectores de la vida social, así como todos los principios necesarios para la organización de la convivencia humana, fundados en la naturaleza racional, libre y sociable del hombre. Sabemos que al ser conocidos los instintos primordiales de nuestra naturaleza compleja -enseña Laversin-, se formulan en axiomas que constituyen principios fundamentales. Son simples juicios evidentes por sí mismos y que nos dan, bajo forma de imperativos, los fines que se imponen a nuestra acción de manera absoluta.”<sup>79</sup>

Conforme Preciado Hernández va desarrollando su idea acerca del derecho natural, se encuentra cada vez más la mención del criterio valorador que corresponde a este, que es acerca de la justicia y universalmente válido, así como también se aprecia su gran consideración a la razón alojada en el ser humano, para determinar de acuerdo a los acontecimientos las directrices de este derecho, tal es el caso en que por ello menciona que

“la razón no es en sí misma un criterio, sino el instrumento que descubre el orden y los principios que lo presiden, a la vez que aplica esos principios.”<sup>80</sup>

La cita anterior enriquece nuestro propósito de trabajo, en el sentido de que considero que en efecto la razón no es un simple criterio que apliquemos de acuerdo a situaciones que nos aporta la experiencia y ya, sino que es la maquinaria capaz de en efecto descubrir los principios que nos son dotados desde siempre y aplicarlos adecuadamente.

---

<sup>79</sup> Ibidem. P. 240

<sup>80</sup> Ibidem., p. 241

El autor Luis Recasens Siches en su texto titulado “Filosofía del Derecho”, emite su apreciación que denomina “aparente drama entre razón e historia”, y trata precisamente de la situación que se vivía como antagónica entre estas dos situaciones que conforman como materia principal al derecho y que es digno de principal estudio de todos los autores que escriben sobre Filosofía del Derecho, consistiendo este supuesto drama a grandes rasgos en que la razón como valoración absoluta y única en todo tiempo y lugar, no admitía cambios o sea (aspecto histórico), a estos valores, siendo que esos cambios finalmente eran la fehaciente demostración de que a cada época y lugar le correspondían una apreciación jurídica determinada, pero eso sí conforme a los valores que el derecho imponía y quizás sí, llegando a lo que muchos autores afirman como lo es que el Derecho Natural racionalizado por el hombre es la inspiración del Derecho Positivo.

Pero de acuerdo a lo anterior, ahora conviene mencionar lo que el autor antes citado menciona como situación divergente, pero que para el párrafo anterior es válido como justificación.

“Respecto del Derecho hay exigencias ideales de carácter necesario y universal, conectadas a la misma esencia de lo humano; exigencias ideales que no dependen de la voluntad de los hombres ni están condicionadas por los accidentes de la historia. Por otra parte, sin embargo, uno siente también -y esto ha sido entendido muchas veces por un sin número de gentes, y sostenido por múltiples filósofos- que cada pueblo posee una especial realidad a la que debe darse una regulación jurídica correspondiente; que cada situación histórica presenta particulares requerimientos, que cada hora tiene su afán; que el Derecho positivo debe estar adecuado a las condiciones concretas de tiempo y lugar; en suma, que debe tomar en cuenta las peculiaridades de cada situación real.”<sup>81</sup>

A su vez y para Platón de acuerdo al autor Luis Recasens Fiches, solamente es válida la idea pura de Justicia, sin matiz o tinte alguno empírico, sin compromisos con la experiencia, sin admitir condicionalidades históricas.

---

<sup>81</sup> RECASENS SICHES, Luis, *op. Cit.* p. 425.

(Pero el mismo Platón posteriormente admitió que no era posible elaborar un programa jurídico con puros ingredientes ideales, sino que era forzoso atenerse en alguna medida a las circunstancias y a las posibilidades de la realidad social y del momento.)

### 3.2 LA ESCUELA CLÁSICA DEL DERECHO NATURAL.

A partir del renacimiento “el hombre moderno. Descubre su conciencia racional, parejamente el hombre moderno, en la meditación sobre los problemas jurídicos, trata de elaborar un esquema de Derecho fundado única y exclusivamente en la reflexión racional pura, volviendo la espalda a la historia. La multiformidad histórica del Derecho positivo es sólo el testimonio de los fracasos y de las aberraciones del hombre. El auténtico Derecho es el Derecho natural, aquel que descubre la razón pura. La historia del Derecho tan solo puede tener sentido como progresivo movimiento de aproximación cada vez mayor a las normas absolutas del Derecho natural, cuya integral implantación positiva constituye la meta a que se debe aspirar.”<sup>82</sup>

El hombre moderno derivado el calificativo de la época en que así se le menciona, aprecia como principal característica a sus expectativas a la razón pura, es por ello que en el campo jurídico se conoce que los aspectos racionales universales y rígidos eran los predominantes, no así los aspectos históricos, aspectos por los que se cumple el derecho efectivamente gracias a su positividad la cual fue totalmente relegada de su acción por la única valía del derecho natural que impero como tal en lo jurídico, es por ello que en el párrafo anterior se afirma que la imposición del positivismo al naturalismo era una base de hacer llegar a lo único, absoluto, universal e inmutable, situación con la que no estoy del todo de acuerdo en menospreciar así al derecho positivo, pretendiendo tomarlo en cuenta solamente como un simple apoyo a lo anterior.

Para los autores de esta corriente el hombre busca sus aspiraciones en la naturaleza humana pura, para que esta sirva de base al derecho. “Para Grocio el atributo esencial de

---

<sup>82</sup> Ibidem., p. 433

esa naturaleza humana es el *apetitus societatis* (la tendencia de sociabilidad), sobre el cual se basa todo el Derecho, como consecuencias racionales de ese fundamento. Para Pufendorf, ese atributo esencial consiste en la imbecilidad o sentimiento de debilidad o desvalimiento, que impulsa al hombre a coordinarse racionalmente con sus semejantes. Y para Tomasio, es el afán de dicha. Es decir, para los tres, se trata de un hecho psicológico, de un fenómeno real, que es absolutizado hasta el punto de convertirlo en base de un sistema normativo.”

Las tres ideas de estos autores coinciden en el sentido de fundamentación racional social jurídica del ser humano, pero sin poder dejar a un lado el aspecto histórico, positivo del derecho.

“Sostiene la doctrina del Derecho natural que hay una ordenación de las relaciones humanas diferente del derecho positivo, superior a éste y absolutamente válida y justa, en cuanto oriunda de la naturaleza, de la razón humana o de la voluntad de Dios.”<sup>83</sup>

Es la anterior una cita al respecto del derecho natural quizás de las más clásicas ya que envuelve los matices primordiales de este como lo son la oposición al positivismo, de validez absoluta y derivada de la razón humana o la voluntad divina.

Cabría también hacer mención acerca de la apreciación que emite el autor Luis Alfonso Dorantes Tamayo respecto del derecho natural y sobre todo de las diversas corrientes que se dieron dentro del mismo en diversos autores afines a esta.

Por ejemplo en la antigua Grecia existió la llamada teoría biológica, sostenida principalmente por Calicles, Trasímaco y Carneades, la teoría teológica por Sócrates, Hipias y Sófocles, así como las teorías de Platón, Aristóteles y los estoicos.

La apreciación de Calicles era meramente de la ley del más fuerte y nada más, muy similar a lo que siglos después emitiera Nietzsche.

---

<sup>83</sup> KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Ed. UNAM, México, 5ª. Reimpresión, 1995, p. 9

Para Platón el Derecho natural se funda en la naturaleza racional del hombre y busca el bien común del Estado sobre el bienestar individual, para Aristóteles el hombre es sociable por naturaleza, el Estado se encuentra anclado en la naturaleza del hombre y es producto de la voluntad consciente.

“Pero Aristóteles, al igual que Platón, no defiende el positivismo jurídico. Para los hombres, según él, hay cosas naturales que admiten cambio, y otras que son inmutables. Por tanto, no todo es variable, y puede distinguirse con razón en la justicia civil y política lo que es natural y lo que no lo es. Es natural lo que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de las resoluciones que los hombres puedan tomar en un sentido o en otro. No son derechos naturales, sino puramente humanos los que no son idénticos en todas partes.

Para Aristóteles son leyes injustas las que no se fundan en la razón, sino únicamente en la superioridad del poseedor de la fuerza”.<sup>84</sup>

Considero muy entendible la posición de ambos maestros, ya que efectivamente no se trata de absolutizar la idea de lo que es el derecho natural, sino de observar que puede ser objeto de universalidad y que es relativo, es decir que se puede tomar en cuenta como valor supremo y universal y que debe ser considerado como cambiante de acuerdo a las circunstancias, lugares y épocas para todos.

“Para los estoicos el ideal último era llegar a un estado universal donde todos los hombres convivieran en armonía, guiados sólo por la razón. Pero el egoísmo, la ambición, el ansia de poder, dicen los estoicos, destruyeron esa comunidad libre e igual de hermanos. Entonces la razón tuvo que crear instituciones como las del gobierno, la propiedad privada, el matrimonio, la patria potestad, etc., para hacer frente a la nueva situación. Fueron estoicos Séneca, Epicteto, Marco Aurelio y el jurista Cicerón.”<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup> DORANTES TAMAYO, Luis Alfonso, *Filosofía del Derecho*, Ed. Harla, México, 2ª. Ed., 1995, p.98

<sup>85</sup> *Ibidem.*, p.p. 98 y 99



Entre los representantes más destacados de dicha escuela se encuentran: Hugo Grocio, de acuerdo al autor Víctor Manuel Rojas Amandi, en su texto denominado “Filosofía del Derecho”, Grocio al aportar la idea racional del ser humano como fundamento al derecho natural, cambia el aspecto religioso por la razón y le da un giro humanista a esta idea por medio de su aportación, a su vez es de suma importancia mencionar este aspecto que no pasa por alto Rojas Amandi.

### 3.3 HUGO GROCIO. (1583-1645)

Es el precursor de la Escuela Racionalista del Derecho Natural, como lo menciona el Maestro Miguel Villoro Toranzo, en su texto “Filosofía del Derecho”, “Grocio se propone fundamentar las soluciones de Justicia, no en la mera animalidad del hombre, sino en su naturaleza social y racional. Por encima de los criterios cambiantes, como son la utilidad y la ley del más fuerte, quiere llegar a lo eternamente justo y bueno, y lo encuentra en las tendencias permanentes de la naturaleza humana y en el orden de la razón”.<sup>86</sup>

Grocio muestra su propósito de descubrir el origen y finalidad del derecho, en la razón ya que partiendo de tal premisa, entonces sabemos que el derecho tiene verdades encaminadas principalmente a obtener la justicia y lo bueno, que le es propio al ser humano, contrario al estado de barbarie y, siendo así también podemos observar que en el derecho existen principios rectores permanentes.

De igual manera como lo menciona el autor Villoro Toranzo, un propósito más de Grocio es ajustar un orden de diferenciación entre lo que se crea, debido a la voluntad del hombre y lo que se fundamenta en la naturaleza, aspecto el último por demás esencial en el derecho natural.

---

<sup>86</sup> VILLORO TORANZO, Miguel, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Ed. Porrúa, México, 3ª. ed., 1996, p. 275.

Grocio afirma que, al lado de los Derechos históricos propios de países particulares -y entre ellos debe clasificarse el *ius civile romanorum*-, existe un Derecho que es común a varios pueblos o a los gobernantes de ellos, por tener sus fundamentos o en la naturaleza o en las leyes divinas o por haber sido introducido por las costumbres o por un pacto tácito”<sup>87</sup>

El párrafo transcrito que antecede muestra claramente la posición que Grocio aporta a su idea del derecho, y es sin duda esta una posición iusnaturalista, pero no totalizadora ya que no desprende el aspecto positivo individual de cada pueblo, pero si contempla la absoluta posibilidad de que existan situaciones que sean afines a todos los pueblos del mundo, este es el aspecto iusnaturalista a que Grocio se refiere.

Conforme a lo anterior, es claro que de acuerdo a la razón que es característica únicamente del ser humano, Grocio da a entender que se formulan las ideas basadas en los criterios permanentes de la naturaleza humana, para así regirse adecuadamente y no en la mera animalidad del hombre.

Así mismo. “Sea lo que fuere de la posición de Grocio, el hecho es que introduce en la interpretación del Derecho Natural la línea que seguirá la Escuela Racionalista. El Derecho Natural deja de ser el orden ontológico querido por Dios, que la razón humana debe descubrir e investigar, y se convierte sencillamente en el orden mismo de la razón humana, un orden lógico que está presente en la naturaleza racional del hombre y que él vive cuando piensa.”<sup>88</sup>

De acuerdo a lo antes citado por Grocio, se entiende que este autor propuso la concepción de un derecho natural ahora regido por la razón del ser humano y ya no por la divinidad, es decir el iusnaturalismo a partir de Grocio va a ser eminentemente humanista.

Ciertos juristas afirman que la naturaleza, como fundamento del derecho, es lo que existe por sí, independientemente de nuestra obra y nuestro querer.

---

<sup>87</sup> Ibidem, p. 274.

<sup>88</sup> Ibidem., p.290

Según el sofista Calicles, este era aquel por el cual era posible el dominio de los más fuertes sobre los más débiles.

Otra de las corrientes del iusnaturalismo contemporáneo, es la de Eric Wolff, que menciona que el orden o estructura necesariamente corresponde a cada ente de acuerdo con su determinación o tarea y, busca el fundamento del derecho en la llamada naturaleza de las cosas.

Ahora bien considero que la teoría acertada sobre el derecho natural, es sin duda alguna la que postula el orden racional, como base creadora del mismo como sigue en la definición del autor Alfonso Madrid Espinoza, que plasma en su texto denominado "Introducción a la Filosofía del Derecho": "La noción del Derecho en el iusnaturalismo, postula que el Derecho natural es la forma constante e invariable que garantiza infaliblemente la realización del mejor ordenamiento de la vida en comunidad. El Derecho natural es la perfecta racionalidad de la norma, o sea la perfecta adecuación de la norma a su fin, que es la justicia o el bien común. Las doctrinas iusnaturalistas sostienen la fundamentación del Derecho positivo en el Derecho natural, como condición de su validez, es decir, el Derecho producido por la legislación, las decisiones judiciales o la costumbre, encuentra su fundamento en la naturaleza humana".<sup>89</sup>

La definición anterior, ofrece al lector a grandes rasgos un amplio panorama explícito, de lo que debemos entender por derecho natural, ya que si esta tesis quiere recordar la aplicabilidad y origen del derecho en puntos tan elementales, como la justicia y el bien común, no resta mas que acoplarnos a cuestiones tales que reafirmen o demuestren la necesidad de relacionar los preceptos del derecho natural con los del derecho positivo para aplicar al mismo.

Para Hobbes el hombre en su estado natural vive en una constante guerra de todos contra todos, tan es así que afirma que el hombre es el lobo del hombre. "Pero el hombre

---

<sup>89</sup> MADRID ESPINOZA, Alfonso, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Ed. Fontamara, México, 2000, p.p. 42 y 43.

tiene la posibilidad de superar ese estado por medio de sus pasiones mismas y por su razón. El temor a la muerte, el deseo de cosas necesarias para una vida confortable, y la esperanza de obtenerlas por medio del trabajo, son las pasiones que inclinan a los hombres a la paz.”<sup>90</sup>

Es importante el comentario anterior debido a que argumenta sobre la necesidad natural de los seres humanos de convivir y menciona a la razón en el ser humano como agente capaz de controlar adecuadamente, las conductas entre los seres humanos.

“La idea de Hobbes es que lo que el hombre tiene de mejor y más civilizado se lo debe a la convivencia social, que abandonado el hombre así mismo (estado de naturaleza) sólo seguirá sus pasiones e instintos animales”.<sup>91</sup>

Se corrobora aún más con el autor Villoro Toranzo, la posición de Hobbes respecto al estado de naturaleza del hombre y la situación que es la creación de la sociedad misma como respuesta a ese estado de barbarie. Opinión adversa a la que emite por ejemplo Aristóteles, respecto a la naturaleza de sociabilidad innata del ser humano, pero sea de una u otra forma cabe resaltar siempre el multicitado elemento razonador y universal de los principios valorativos, aún siendo derivado de este iusnaturalismo racional empírico por así denominarlo.

Ahora bien respecto a la creación de una sociedad para evitar la confrontación entre los humanos, el autor Basave Fernández Del Valle y, conforme a Hobbes, afirma que los hombres convencidos de la imposibilidad de vivir en sociedad en su estado de naturaleza, confían su situación a la creación de el contrato social, el cual deberá englobar aspectos tales como jurídicos y morales entre otros.

---

<sup>90</sup> ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, *op. Cit.* P.105

<sup>91</sup> VILLOORO TORANZO, Miguel, *op. Cit* p.164.

A su vez el autor Luis Alfonso Dorantes Tamayo también emite su opinión al respecto como sigue: "Grocio parte del principio aristotélico de que es propio del hombre el deseo de una sociedad, no de cualquiera, sino tranquila y ordenada, según la condición de su entendimiento, con los que pertenecen a su especie."<sup>92</sup>

El texto transcrito anterior muestra que en efecto como se observó con el autor Rojas Amandi el ser humano necesita de vivir en sociedad, como lo afirman Aristóteles y Grocio aunque para el primero el ser humano sea sociable por naturaleza y para el segundo no, lo importante es observar el criterio concordante de ambos, pero aparte y desde un propio texto de Grocio como lo señala Dorantes Tamayo es una sociedad no cualquiera o de barbarie, sino de una sociedad ordenada y tranquila acorde al propio entendimiento y razón humanas.

Conviene mencionar la cita que a través del autor Rafael Preciado Hernández emite Leclerq en la cual menciona no de un modo divergente a los autores anteriores respecto a Grocio, sino que solamente un poco más crítica, que Grocio únicamente afirmó algo que desde antes se mencionaba y se sabía ya que era precisamente lo respectivo a la naturaleza racional del hombre, que antes al derecho positivo se encontraba uno superior y con principios rectores para el positivo, pero que en sí Puffendorf y Tomasius fueron quienes se encargaron de precisar la posición nueva del derecho natural.

A pesar de esta breve divergencia los autores antes citados por sus comentarios respecto a Hugo Grocio, coinciden en el hecho de que este parte de la premisa que el hombre es un ser sociable de acuerdo a su naturaleza racional y, busca no cualquier sociedad para vivir y desarrollar sus fines, sino una sociedad pacífica y ordenada, lo que hace notar que estos principios son conforme al mismo empíricos pero sin dejar de atender los criterios valorativos y universales, aspectos por demás esenciales en la relación del derecho natural y el derecho positivo.

---

<sup>92</sup> DORANTES TAMAYO, Luis Alfonso, *op. Cit.*, p.102.

### 3.4 SAMUEL PUFFENDORF (1632-1694)

Este pensador alemán originario de Sagonia nació en el año de 1632, y coincidía con Hugo Grocio por lo que hace al instinto humano de socialización y con Thomas Hobbes por lo que hace a las pasiones de maldad y agresividad, siendo ambas inclinaciones coexistentes y derivando de la interrelación de las mismas el derecho natural.

De especial importancia resulta el principio de igualdad jurídica que establece Pufendorf así: que nadie se conduzca hacia otra persona de modo que esta última pueda quejarse con razón de que se ha violado su igualdad de derechos.”<sup>93</sup>

Es importante conocer el punto de vista anterior que caracteriza a Pufendorf conforme lo presenta el autor Rojas Amandí, siendo este de conciliación entre dos puntos de vista antagónicos, que son el de Grocio y Hobbes para finalmente concluir que de estos se desprende la interrelación que hace entender al derecho natural. Por lo anterior considero que la apreciación acertada al respecto es sin duda alguna la de Grocio que distingue al hombre por su instinto de convivencia y sociabilidad, ya que si aceptara la de Hobbes, necesariamente se tendría que prescindir del aspecto estimativo y valorativo de lo que crea al derecho.

“Hay que admitir que el entendimiento humano es recto por naturaleza y que es capaz de conocer con facilidad los seres tal como son, con tal que no se aparte de las premisas debidas, ese entendimiento tiene la facultad de percibir la conveniencia u oposición en la bondad y malicia y la de usar ese conocimiento para dirigir su acción.”<sup>94</sup>

La cita anterior es coincidente con lo que pretendo recordar en este trabajo en cuanto a que, considero que efectivamente las primisas del entendimiento humano conforme a la razón se inclinan a favor de la correcta regulación de la vida y hacia la convivencia humana ordenada y pacífica.

---

<sup>93</sup> ROJAS AMANDI, Victor Manuel, *op. Cit.* p. 238

<sup>94</sup> VILLORO TORANZO, Miguel, *op. Cit.* p. 318

“Por eso apenas pensamos que sea necesario destacar que los preceptos del Derecho Natural, por lo menos los más generales, son innatos a las almas humanas. En efecto, los dictámenes de la recta razón son verdaderos principios que concuerdan con la naturaleza de las cosas, observada y examinada con exactitud, y que han sido deducidos por un proceso correcto a partir de los primeros principios verdaderos; en cambio, se dan dictámenes de una razón errónea o cuando se parte de falsos principios o cuando se sacan conclusiones falsas.”<sup>95</sup>

Es correcta la anterior apreciación que encontramos en Villoro Toranzo, que aunque para muchos pareciera en desuso y de épocas en cuanto a pensamientos ya caducos, es sin duda lo que puede revalorar a la idea del derecho y a las sociedades actuales mas bien caducas en valores.

Por ello una vez más estamos convencidos y afirmamos que los dictados de la recta razón, son los innatos al ser humano y deben prevalecer anteriores a cualquier idea o posición positivista.

### **3.5 JUAN JACOBO ROUSSEAU (1712-1778)**

El hecho de que a Rousseau se le considere naturalista tiene su fundamento en la idea que el propone como universalmente válida y es la conocida como “Pacto o Contrato Social”, que a grandes rasgos es la idea de los hombres de vivir pacíficamente concediendo sus derechos y libertades al soberano para recibir a cambio vida accesible e igual para todos y cada uno de los miembros de las diversas comunidades.

De acuerdo al autor Luis Recasens Siches, en su texto titulado “Filosofía del Derecho”, “Rousseau declara, que el contenido social no ha existido jamás como realidad. El contrato social constituye una idea regulativa de la razón para juzgar sobre la justicia o injusticia de un régimen jurídico. El orden jurídico positivo debe ser de tal modo que los

---

<sup>95</sup> *ibidem*, p.p. 318 y 319

derechos naturales del hombre, es decir los derechos establecidos por la razón como esenciales al ser humano, sean conservados en la organización social. Para esto, el orden estatal-jurídico debe estar constituido de tal manera que pueda ser pensado como si se hubiese producido mediante un contrato de aseguramiento de la libertad de todos mediante el poder de todos reunidos.”<sup>96</sup>

Lo anterior confirma la idea de Rousseau de lo que en teoría debería ser el contrato social si este existiera tal cual, pero como de acuerdo a Recasens Siches, Rousseau nunca tomó tal situación como real, queda tomarla como un acreditamiento de la razón para determinar la justicia o injusticia de alguna sociedad, pero afirma que la positividad del estado sin embargo debe garantizar a las personas la conservación de los aseguramientos que le garanticen la libertad, aspecto este por demás de orden naturalista racional encaminado a la consecución y obtención de valores y fines estimados como buenos y universales en cualquiera sociedad.

“Lo que la gente aprendió de Rousseau, no fue sólo una teoría de la soberanía popular, sino también del gobierno democrático. La idea de Rousseau de la soberanía difiere de la de Hobbes y de la de Locke . En Hobbes, el pueblo establece un soberano y transfiere todo el poder a él. En el contrato social de Locke, el pueblo establece un gobierno limitado para determinar proyectos; Locke elude la concepción de soberanía, popular o monárquica, como un símbolo de absolutismo político.

El soberano de Rousseau es el pueblo, constituido como una comunidad política por medio del contrato social.

El concepto de soberanía es inalienable e indivisible, no permite al pueblo transferir su función legislativa a la autoridad suprema del Estado.”<sup>97</sup>

---

<sup>96</sup> RECASENS SICHES, Luis, *op.Cit.*, p. 435

<sup>97</sup> SERRA ROJAS, Andrés, *Historia de las Ideas e Instituciones Políticas*, Ed.Porrúa, México, 2ª. Ed., 1992, p. 224.



Es claro el párrafo anterior en cuanto a la determinación de la idea de darle al pueblo su total derecho como soberano por medio del contrato social, lo cual permite observar el sentido de poder del pueblo como es el caso y la limitación del estado en donde los individuos depositan su libertad a cambio del citado pacto.

### **3.6 IMMANUEL KANT. (1724-1804)**

Este trabajo lleva a buscar a Kant por varias razones, una de ellas es su racionalismo y su relación de este con el derecho. Es decir el lector deberá comprender que para que existiera el derecho y su aplicabilidad, se necesitó primero del aspecto valorativo y de principios, que nacen a través de la razón e intelecto del ser humano, previa atracción de los elementos empíricos que lo hacen posible y, así creando conciencia valorativa y coercible en las mentes de los legisladores, crear el verdadero y único sentido del derecho positivo.

Respecto a lo anterior se pretende recordar que el derecho es una conjunción de aspectos racionales y empíricos, no solamente de unos o de otros por que entonces sería solamente pura moral o pura anarquía, nace de valores y protege valores coerciblemente, por ello es necesario recordarlo, para retomarlo. Ya que el hecho de aceptarlo en su sentido puro empírico o positivo, sería entonces admitir que está bien y este trabajo no tendría ninguna razón de ser.

Para Kant, su obra máxima es “La Crítica de la Razón Pura”, en ella expresa contenidos de la mente totalmente racionales, fuera de todo contexto empírico, es decir para el todo conocimiento comienza con la razón únicamente, por ello afirma Villoro Toranzo que. “La experiencia solo afirma la existencia de algo, una cosa en si que permanece incógnita en su realidad pero que estimula, alimenta y hecha a andar nuestro pensamiento; pero cualquier juicio universal que prediquemos de ese algo ya pertenece al conocimiento a priori. Cualquier juicio que formule una verdad con carácter absoluto y necesario no puede provenir de la experiencia por que ésta sólo ofrece sensaciones y acontecimientos separados e inconexos. Las verdades derivan su carácter necesario de la estructura misma de nuestro

pensamiento, son verdades antes de la experiencia, no dependen ni de la experiencia pasada, ni de la actual, ni de la futura.”<sup>98</sup>

Es lo anterior sin duda alguna, el carácter racionalista de Kant que a su vez puede parecernos excesivo, en cuanto a que afirma que todo el conocimiento humano y el entendimiento, son solamente obras de la razón y que carecen de cualquier contenido empírico, pero lo empírico es muy necesario a su vez, ya que son elementos de la experiencia sensible que deben ser tomados en cuenta, para en conjunto expresar los juicios valorativos.

Asimismo para Kant, el imperativo categórico consiste en que “Todo hombre siente el deber moral como un mandato interno (imperativo) que se le impone de una manera evidente e indiscutible (categórico).”

De lo anterior es precisamente de donde parte Kant, para emitir una explicación del por qué los hombres sienten a priori razonadamente la obligación de actuar, conforme al bien y no al mal.

#### Concepto del Derecho en Kant.

En primer lugar, Kant podía construir su concepto del Derecho sobre el camino trazado en la *Crítica de la razón pura*. Para ello debía considerar al derecho como un hecho perteneciente al ser. Un hecho que hay que explicar de acuerdo con los esquemas a priori del pensar jurídico.

El segundo camino era el de la *Crítica de la razón práctica*. Consistiría en ver en el derecho sólo un deber ser. Aquí se complicaban las cosas debido a que no solo se trataba de distinguir entre el pensar jurídico y otros tipos de pensar, sino de comprobar esa diferencia en la diversidad de los postulados del deber ser.

---

<sup>98</sup> *Ibidem.*, p. 334

De acuerdo al texto de Kant titulado “Crítica de la razón pura”, se puede observar que se habla del canon de la razón pura, en donde se encuentra lo siguiente. “Yo entiendo por cánón el conjunto de principios a priori para el uso legítimo de ciertas facultades de conocer en general. Así la lógica general, en su parte analítica, es un cánón para el entendimiento y para la razón en general. Así la analítica trascendental ha sido el cánón del entendimiento puro; este último, en efecto, es sólo capaz de verdaderos conocimientos sintéticos a priori.”<sup>99</sup>

“De acuerdo a la solución racionalista que Kant ofrece como respuesta al excesivo empirismo inglés, afirma que la experiencia nos ofrece actividades diversas cambiantes, no siempre la misma respuesta a las mismas situaciones, sino una diversidad variable de resultados en un mismo hecho, esto en cuanto a la experiencia, pero al lado de esta y conforme a la razón y a lo a priori, se establecerán pautas generales universales e invariables, lo que denota la gran diferencia esencial entre empirismo y racionalismo. Es decir las ciencias adelantan gracias a los juicios sintéticos a priori, en los cuales las formas subjetivas aprióri de nuestro espíritu formulan proposiciones de valor universal y necesario con vigencia también en el mundo de la experiencia”.<sup>100</sup>

La apreciación que antecede de Kant reafirma el hecho de que al lado de las situaciones cambiantes que suelen sustentar el empirismo, la diferencia entre empirismo y racionalismo la hacen las características del primero antes mencionadas y las pautas generales y universales del segundo, lo que hace del avance científico pertenecer en parte a los criterios a priori subjetivos o sea criterios que cada quien adopta universales y afines al aspecto empírico.

“Toda filosofía es, o un conocimiento por razón pura o un conocimiento racional nacido de principios empíricos. La primera se llama filosofía pura y la segunda filosofía empírica.

La filosofía de la razón pura es o bien propedéutica (o ejercicio preliminar) que examina el poder de la razón en relación a todo conocimiento puro a priori, y se llama

---

<sup>99</sup> KANT, Manuel, *Crítica de la Razón Pura*, Ed. Porrúa, México, 9ª. Ed., 1996, p. 345.

<sup>100</sup> VILLORO TORANZO, Miguel, *op. Cit.* p.334

crítica, o bien, el sistema de la razón pura (la ciencia), todo el conocimiento filosófico (tan verdadero como aparente).”<sup>101</sup>

Lo anterior es síntesis de la crítica de la razón pura de Kant, en donde se aprecia que es una examinación de la razón pura, es decir de los principios a priori del razonamiento humano, en donde se vuelve a citar la idea del derecho de principios universalmente válidos, y a su vez el contraste de esta última contra la filosofía empírica.

“Para Kant para que el saber sea verdaderamente científico tiene que ser a priori, es decir, lo que debemos investigar es solo la capacidad de conformación del entendimiento para conocer una ciencia antes de toda experiencia sensible. En efecto, para Kant todo conocimiento sensible es susceptible de llevarnos al engaño y el adelanto de las ciencias naturales se debe exclusivamente a la capacidad del entendimiento de pensar a priori las leyes científicas.”<sup>102</sup>

Kant afirma que el contenido a priori del entendimiento es esencial debido a que el conocimiento científico, conformado solamente como se pretende puede hacernos susceptibles de adquirir apreciaciones erróneas.

El concepto de Kant acerca del Derecho es el siguiente: “El Derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales se puede armonizar el arbitrio de uno con el arbitrio de otro según una ley general de libertad”<sup>103</sup>

El texto de donde se transcribe el párrafo que antecede es el último citado del autor Villoro Toranzo que él mismo desprende de el párrafo con lo que se está de acuerdo con el sentido del presente trabajo, en que Kant no menciona aspecto alguno respecto al bien común que sería de vital importancia para entender más a fondo el desarrollo natural, racional y valorativo del derecho, así como también comienza su definición desde el punto de vista racionalista y sus conclusiones culminan en el empirismo, pero el mismo Kant al

---

<sup>101</sup> KANT, Manuel, *op. Cit.*, p. 363

<sup>102</sup> VILLORO TORANZO, Miguel, *op. Cit.*, p. 53

<sup>103</sup> KANT, Manuel, *Introducción a la Teoría del Derecho*

darse cuenta de tal situación afirma que el legislador puede establecer el derecho positivo de determinado lugar, tiempo y circunstancia obviamente desde el aspecto justo que debe entrañar a tal positividad, pero de donde se va a determinar que es lo justo y que es lo injusto para distinguir tal situación y, es a ello lo que debe de prescindir de juicios empíricos y retomar al criterio razonador.

A su vez y de acuerdo al profesor Rafael Preciado Hernández en su texto titulado “Lecciones de Filosofía del Derecho”, y conforme a la concepción tradicional –aristotélico-tomista- del derecho natural, “no es el mero sentimiento de justicia ni un código ideal de normas, sino el conjunto de criterios y principios racionales, supremos, evidentes, universales- que presiden y rigen la organización verdaderamente humana de la vida social, que asigna al derecho su finalidad necesaria de acuerdo con las exigencias ontológicas del hombre, y establece las bases de selección de las reglas e instituciones técnicas adecuadas para realizar esta finalidad en un medio social histórico”.<sup>104</sup>

La apreciación anterior muestra el sentido racional efectivo, del derecho natural, que es a lo que este estudio pretende llegar y dejar en claro respecto al mismo, ya que fuera del contexto quizás de aspecto metafísico de el sentimiento de justicia o de igualdad, existe lo que la razón contempla conforme a criterios universales que rigen la conducta humana.

Algunos autores mencionan a Stammler y a la estimativa jurídica dentro del derecho natural, pero dentro del presente trabajo se pretende mencionarlos en el quinto y último capítulo como punto esencial de conciliación entre derecho positivo y el racionalismo naturalista.

---

<sup>104</sup> PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael, *Lecciones de filosofía del Derecho*, Ed. textos universitarios, México, 1ª. Ed., 1982, p. 235.

## **CAPÍTULO IV**

### **DERECHO POSITIVO O POSITIVISMO JURÍDICO**

## CAPÍTULO IV

### DERECHO POSITIVO O POSITIVISMO JURÍDICO.

#### 4.1.- ANTECEDENTES DEL POSITIVISMO.

##### LOS GLOSADORES

“La escuela de los glosadores comienza con la recuperación del Digesto de Justiniano (selección de las obras de los juristas clásicos romanos), la gran compilación Justiniano. Los glosadores, fijaban el texto romano y después referían a cada texto los problemas que podían encontrar su solución en él.

La escuela de los glosadores deberá considerarse como un antecedente importante de las modernas tendencias positivistas, debido a que su trabajo se centró sobre ordenamientos que efectivamente funcionan como conformadores de las relaciones sociales, aun cuando para apoyarlas, muchas veces se tenga que recurrir a supuestas leyes divinas”.<sup>105</sup>

Los glosadores comienzan a darse a la tarea de codificar sistemática y ordenadamente al corpus juris civile, (el cual era un cuerpo de leyes creado por órdenes de Justiniano en el año 528 d. C., en donde se compilaban las leyes y constituciones que hasta entonces en Roma se habían creado, ante el caos y desorden que de las mismas existía), para así de acuerdo a asuntos particulares aplicar el caso concreto conforme el derecho romano lo determinaba, de igual manera cabe hacer énfasis también en que se nota ya el rasgo distintivo del positivismo jurídico, pero aun como lo menciona el párrafo antecedente sin desprenderse del criterio divino.

---

<sup>105</sup> ROJAS AMANDI, Victor Manuel, *op. Cit.*, p.p. 257-258

#### 4.1.2 LOS POSGLOSADORES.

“Los posglosadores adaptaron el derecho romano a las necesidades de su época, incluso llegando a crear nuevas ramas del derecho como la del derecho internacional privado, la teoría de las corporaciones, las teorías generales del derecho penal y del procedimiento penal.

Esta tendencia centró su atención en las necesidades prácticas del derecho, o sea, en el derecho positivo mismo, en el derecho tal cual sirve como medio de control social, como sistema efectivo de regulación de las relaciones sociales.”<sup>106</sup>

Los posglosadores crean aun más el aspecto positivo ya que como se observa crearon nuevas ramas del derecho, al sentir la necesidad de trascender ciertas actitudes vigentes y sociales del derecho.

#### 4.1.3 ESCUELA EXEGÉTICA.

“En la escuela exegética es donde la tendencia del derecho natural racionalista o clásico queda concluida y terminada. De ahora en adelante, la trayectoria que seguía el derecho natural clásico debería transitar por los caminos del derecho positivo. Esto era consecuencia necesaria del movimiento codificador, pues si en los códigos quedaba concretada la razón suprema, a partir de ahora se hacía superfluo divagar en las teorías del derecho natural, pues el mismo ya se contenía en los códigos que forman parte del derecho positivo. El derecho natural, de acuerdo con esta teoría, hizo su entrada al derecho positivo”.<sup>107</sup>

El contenido del significado de la escuela exegética es concordante con el presente trabajo, de acuerdo al aspecto histórico y razonador como partes afines de todo derecho positivo, ya al momento de deducir la unión de tales ideas, (razón e historia) en cuanto a los

---

<sup>106</sup> ibídem, p.p. 258-259

<sup>107</sup> ibídem., p.p. 258



principios rectores del derecho positivo, se está aceptando que dentro de este ahora se encontrará ya no separadamente la idea del derecho natural o de los principios razonados correctamente de justicia, sino que estarán implícitos y, esto es precisamente lo que busca la estimativa jurídica.

#### 4.1.4 LA ESCUELA HISTÓRICA.

“La postura antifilosófica del siglo decimonónico, en su segunda mitad, impidió el surgimiento de nuevas y vigorosas corrientes de Filosofía del Derecho. La escuela histórica del Derecho –Hugo, Puchta y Savigny- termina en puro empirismo y craso positivismo. Empieza por reaccionar contra el rígido iusnaturalismo del siglo XVIII. Destaca -con razón- las particularidades históricas de las cuestiones sociales, jurídicas y políticas.”<sup>108</sup>

Agustín Basave Fernández del Valle es significativo en su comentario en el sentido de que a primera impresión abre un panorama del antecedente histórico del positivismo como reacción contraria al derecho natural, es decir al mencionar puro empirismo y craso positivismo, se está hablando de lo contrario a la razón pura carente de ingrediente empírico alguno, que es lo que a grandes rasgos se va a ir desarrollando como conciliación en el presente capítulo con sus respectivas afirmaciones y contradicciones en el mismo.

“Es a partir de la escuela Histórica cuando el pensamiento jurídico realiza un serio y muy meritorio intento de demostrar que solamente el derecho positivo cabe edificar una nueva ciencia, ya que sólo él tiene entidad ontológica jurídica. Sin embargo, ello no quiere decir que la ciencia del derecho haya nacido con el positivismo. El nacimiento de la ciencia del derecho, cuando menos se remonta a los glosadores. Las glosas no eran –sin más- simples explicaciones aclarativas de pasajes concretos, iban más adelante, pues comportaban paralelismos y resoluciones contradictorias en la totalidad del Corpus Juris, y

---

<sup>108</sup> BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín, *Filosofía del Derecho*, Ed. Porrúa, México, 1ª. Ed., 2001, p. 229.

buscaban soluciones. De ahí que constituyeran una labor científica y –desde luego- el origen de la ciencia jurídica occidental, con claros esbozos de sistematización.”<sup>109</sup>

Las glosas a que se refiere el párrafo anterior eran las actividades o situaciones particulares que se dieron en el transcurso de la escuela histórica, pues de acuerdo al párrafo transcrito estas eran situaciones prácticas a las que se les daba solución de acuerdo al Corpus Juris, lo que quiere decir precisamente que no se afirma que la ciencia del derecho deba su creación al positivismo.

Conforme al autor Luis Recasens Siches en su texto titulado Filosofía del Derecho, se menciona lo siguiente: “La Escuela Histórica no niega la posibilidad y aun la necesidad de una estimativa jurídica; no incurre en un escepticismo absoluto respecto del problema valorativo del Derecho, antes bien, está saturada de un criterio axiológico (es decir criterio relativo a los valores); pero ese criterio de enjuiciamiento y de orientación hay que buscarlo en la autenticidad del alma nacional, que se expresa en la conciencia histórica. La Escuela Histórica contiene toda una filosofía estimativa del Derecho; pero opina que los criterios estimativos no pueden ser hallados intelectivamente como ideas, ni contruidos racionalmente, sino que deben ser descubiertos en las manifestaciones espontáneas de la conciencia jurídica popular, que es una de las revelaciones del alma nacional”.<sup>110</sup>

La apreciación anterior muestra el rasgo distintivo de la escuela histórica que es precisamente como su nombre lo indica la historia, que es un aspecto cambiante, relativo y variable por el cual los valores por las circunstancias mencionadas, tienden a ser relativos. Pero así mismo Recasens Siches toca el punto importante en el presente trabajo que es la estimativa jurídica, pero en este caso la deriva de la conciencia social que las situaciones cambiantes de la historia le van proporcionando, y no de la necesidad de afirmar que independientemente a estos procesos, los valores no son relativos sino absolutos, siendo esta última situación la que comparte esta tesis.

---

<sup>109</sup> D'ORS, Alvaro, *Preelección al curso de derecho romano*, Ed. Publicaciones Universidad de Santiago de Compostela, 1950.

<sup>110</sup> Recasens Siches, Luis, *op. Cit.*, p.p. 442-443

La estimativa jurídica como más adelante se verá es la aportación que hace Roudolf Stammler al contenido histórico y filosófico del derecho pero basado el último en la razón, lo cual como se reitera nuevamente es profundo para el presente. “En suma la estimativa jurídica es lo que se ha conocido con las denominaciones de Derecho natural, Derecho racional, idea de justicia, fin supremo del derecho, ideales jurídicos, etc.”<sup>111</sup>

Como se ha venido mencionando durante el desarrollo del presente la estimativa jurídica a lo que estoy de acuerdo, deriva con Stammler en los conceptos ideales de las valoraciones jurídicas que se mencionan en la cita que antecede, así podemos afirmar que lo que era el derecho natural, el racionalismo jurídico con base en los valores, los ideales de justicia, entre otros, son ahora la necesidad de revivirlos a través de la multitudada estimativa.

A su vez, se debe entender que la escuela histórica no pretende los ideales de la estimativa jurídica, sino que la misma busca esa valoración estimativa en el alma nacional, que es un criterio cambiante, histórico y no en la razón como lo fundamenta la estimativa jurídica ya que la historia trae consigo aparejada la situación cambiante de los valores y la razón los principios o criterios universales o rectores.

“La escuela histórica constituye una tendencia bastante positiva en el estudio del derecho, en cuanto pretende inscribir en el mismo a la experiencia jurídica, al derecho tal cual se aplica en la vida diaria de un país y una época determinada. Por lo mismo, esta escuela es un antecedente de la tendencia que pretende inscribir al estudio del derecho en la problemática de las ciencias sociales”.<sup>112</sup>

Nuevamente se determina la característica del positivismo jurídico que es la experiencia jurídica, ahora con el autor Víctor Manuel Rojas Amandi de quien deriva el párrafo transcrito anteriormente.

---

<sup>111</sup> *ibidem.*, p.368

<sup>112</sup> ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, *op. Cit.*, p.p. 261

“La filosofía empírica es la dirección filosófica que postula que todo conocimiento proviene de la experiencia, y que en ella se encuentra el criterio de verdad. No hay ideas innatas (como pensaba Descartes), sino que son un resultado de procesos psicológicos a partir de la experiencia. Toda verdad sólo debe ser aceptada, en el caso de poderse examinar de modo oportuno, a través de la experiencia mediante los órganos de los sentidos.”<sup>113</sup>

El rasgo empírico aparece de nueva cuenta junto con la experiencia característica por demás demostrable ahora con la definición que al respecto emite el autor Madrid Espinoza, como situación adversa al empirismo o experiencia, el racionalismo innato.

“Esta doctrina se opone al racionalismo en cuanto al problema del conocimiento, pues afirma que la fuente del conocer no es la razón o el pensamiento, sino la experiencia. El espíritu es una tabla rasa en la cual nada hay impreso y todo viene a ser escrito posteriormente por la experiencia.”<sup>114</sup>

Nuevamente encontramos la postura de la escuela histórica como antecedente al positivismo, en la postura de la posición única que debe contener el derecho como idea normativa y aplicable, contraria a todo ideal valorativo o estimativo, más aún, sin tratar de conciliar un poco de ambas posturas como esta tesis lo pretende.

“La escuela histórica como moderna ciencia jurídica se opone al racionalismo a ultranza y afirma la individualidad con calidades valiosas e irreductibles, frente a los esquemas de una razón atópica. La escuela histórica elabora la tesis de la teoría del espíritu popular, del espíritu de la nación que se manifiesta en la cultura de un pueblo: lenguaje, arte, costumbres, Derecho. El derecho no es producto de la sola razón ni de la sola voluntad, sino convicción jurídica de un pueblo.”<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> MADRID ESPINOZA, Alfonso, *op. Cit.*, p. 137.

<sup>114</sup> *ibidem.*, p.p. 137

<sup>115</sup> BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín, *op. Cit.* p. 590

No es precisamente la idea que del concepto del derecho propone el autor Agustín Basave Fernández Del Valle, en su texto ya citado denominado “Filosofía del Derecho”, sino la expresión que del concepto de la escuela histórica él mismo tiene y que en lugar de acudir a la razón (derecho natural) ó a la voluntad del legislador (derecho positivo), ahora aborda como origen del derecho al sentimiento histórico o social de cada pueblo. No obstante lo anterior y después de observar que la escuela histórica es un hilo conductor al positivismo y por ende contrario al derecho natural, Savigni admiraba al derecho natural, pero pasando por alto su posición afirmadora de los principios mencionados de la escuela histórica.

#### **4.2 TEORÍA PURA DEL DERECHO. (HANS KELSEN)**

En contravención a lo estudiado en el capítulo tercero de esta tesis, que es el derecho natural el cuál trata de fundamentar su idea en aspectos tal cual valorativos y nada más, reacciona la teoría pura del derecho y ahora trata esta de fundamentarlo de la misma manera que el anterior, en causas radicales, puras y normativas.

Cabe comentar que lo que a continuación se va a estudiar, es el aspecto puro en cuanto a la aplicabilidad del derecho, fuera de cualquier otro orden o contenido extrajurídico ya que la teoría pura del derecho, quiere llegar al fondo de las limitaciones jurídicas solamente en el sentido normativo del mismo.

“La teoría pura del Derecho se debe al fundador de la escuela de Viena, el jurista Hans Kelsen. Es preciso deslindar la teoría del Derecho positivo de la ética, de la política y de la sociología. Lo que importa a Kelsen es la teoría normativa del Derecho. El normativismo formalista (que pretende Kelsen) trata de invalidar cualquier intento de entender el Derecho y el Estado de modo metajurídico. Esa teoría pura del Derecho es positiva en cuanto describe y es normativa por que el objeto de su estudio son las normas.”<sup>116</sup>

---

<sup>116</sup> ibidem., p.592

Es nuevamente radical la postura positivista, ahora en el sentido de que no admite posición alguna extraña al normativismo formalista del derecho en cuanto a su contenido y aplicación, desde luego no es objetable desde el punto de vista puramente normativo y formalista pero lo objetable es pasar por alto el aspecto axiológico como parte integrante de la conformación del derecho.

Lo anterior demuestra nuevamente la postura radical del positivismo como tal y en su aspecto puro, situación a la que nos vamos a enfrentar, para poder demostrar que esta se vincula estrechamente con las ideas de la estimativa y la axiología jurídicas, pero finalmente es lo correcto ya que sin ambas posturas antagónicas entre sí, no habría tema para buscar el punto de conciliación entre estas.

También al tratar de explicar de dónde proviene el aspecto positivo y de imputabilidad del derecho, se encuentra a la constitución como (por así decirlo) como o aspecto último, pero a su vez se crea la pregunta de querer saber que motiva a que exista esa constitución, es decir lisa y llanamente ¿qué crea o por que exista la misma? y, a esto el propio Hans Kelsen contesta que es motivada por una situación que denomina norma fundamental hipotética.

“El fenómeno de la revolución descubre con toda claridad la significación de la norma fundamental kelseniana. Si tiene éxito esta y el viejo orden deja de existir y el nuevo empieza a ser eficaz, en virtud de que los individuos cuya conducta es regulada por él realmente se comportan, en la generalidad de los casos, de conformidad con el orden nuevo, entonces este orden es considerado válido. La conducta real de los individuos será entonces interpretada como lícita o ilícita, de acuerdo con el nuevo orden. Esto quiere decir que se presupone la existencia de una nueva norma fundamental.”<sup>117</sup>

Para Kelsen la norma fundamental hipotética como se puede observar en el párrafo que antecede es algo que de acuerdo a su validez y eficacia en este caso como lo muestra el ejemplo una revolución, en la cual es necesario si esta triunfa derogar al régimen jurídico

---

<sup>117</sup> Diccionario Jurídico Mexicano, *op cit.* p. 2206

anterior que habrá perdido precisamente validez y eficacia, para que por medio del triunfo, ahora el nuevo régimen cree una nueva constitución. Más sin embargo cabe aclarar que tal situación solamente es cíclica en cuanto al domo como antes se había mencionado que finalmente sigue siendo la constitución, que es nuevamente la facultad lisa y llana a que alude el positivismo, carente de cualquier situación externa que pueda aportar algo a descifrar la norma fundamental hipotética.

“El Derecho extrae su validez de su norma fundamental (la Constitución) que es una hipótesis científica. Pero ¿de dónde deriva su validez esta norma fundamental hipotética? Kelsen calla. Los juicios de valor –según el jurista austriaco- tienen un carácter subjetivo y se encuentran fuera del dominio científico.”<sup>118</sup>

Quizás más de ahora en adelante, es decir de ahora al final del presente trabajo se advertirán conceptos o párrafos textuales que doten la misma idea que el texto que antecede, lo anterior en virtud de que algo tan radical como la aportación del positivismo de Kelsen al derecho, suela tener comentarios contrarios de diversos autores hasta probablemente de él mismo como consecuencia inmediata al formalismo radical del positivismo que pretende, sin tomar en cuenta o aceptar adición de concepto alguno como parte sustentable y paralela del positivismo, para así poder aceptar al derecho actualmente con los contenidos, principios y fines que lo conforman conjuntamente con algunos aspectos externos.

Por ello y en virtud de lo antes mencionado, en este trabajo me propongo establecer una concordancia con el multicitado texto del autor Agustín Basave Fernández Del Castillo, en el sentido de la crítica que emite como “Veinte Objeciones a Hans Kelsen”, en donde se pretende tomar consideración textual solamente tres de ellas a juicio las más importantes y relevantes que puedan aportar algo al tema.

De las veinte objeciones aludidas la número diez es la primera que nos ocupa y dice así: “Siempre que los hombres quieren algo –y el Derecho se ocupa de quererles- lo quieren

---

<sup>118</sup> BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín, *op. Cit.*, p. 265

en vista de un fin. Privar al Derecho de sus fines (justicia, seguridad y bien común) es mutilarlo bárbaramente.”<sup>119</sup>

Este es el primero de los juicios que se objetan a Kelsen que sirve al tema y, lo es en virtud de su relevancia al considerar que en efecto los fines del derecho de acuerdo a la postura radical de Kelsen, no son considerados estos como tales desprendiendo así al derecho sus fines últimos por demás importantes y universalmente válidos.

El número doce de las objeciones con relevancia al tema es el siguiente y es como sigue: “Si hay autoridad es por que se supone un Derecho a exigir la sumisión. Este Derecho hay que probarlo con referencia a criterios de razonabilidad, y de justicia.”<sup>120</sup>

Desde el punto de vista de esta tesis es importante tomar el sentido de la crítica anterior, por que establece que si bien existe una sumisión y subordinación al derecho establecido por la voluntad del legislador, este debe para ser aplicado cumplir ciertos aspectos que no puede abandonar, tales como la razón y el sentido de justicia que parten de principios y valores, y no tomarlos como aspectos extraños y ajenos a la esencia y aplicabilidad de ese orden que exige sumisión.

La penúltima de las veinte objeciones es aquí la tercera que aporta algo al tema y dice así: “En Kelsen -dice Karl Schmitt en su Teoría de la constitución –sólo valen las normas positivas, es decir, aquellas que realmente valen, no valen por que en justicia deben valer, sino sólo por que son positivas sin consideración o cualidades como razonabilidad, justicia, etc. Aquí cesa de repente el deber ser y desaparece la normatividad; una cosa vale, cuando vale y por que vale, esto es positivismo.”<sup>121</sup>

La transcripción anterior del ya citado autor, nos hace comprender aún más que sería erróneo inclinarse por una posición u otra de manera radical, en cuanto a los principios del positivismo puro o del naturalismo liso y llano, ya que afirmar que lo que vales es por que

---

<sup>119</sup> *ibidem.*, p. 274

<sup>120</sup> *ibidem.*, p. 274

<sup>121</sup> *ibidem.*, p. 275



vale y ya, o por que es positivismo y punto, nos llevaría a entrar en un estado totalitario y absoluto, que me atrevería a afirmar en mayor deshuso actualmente que los postulados clásicos del derecho natural, es por lo anterior y no pretendiendo precisamente llegar a tales inclinaciones, que ahora más que nunca conviene recordar el concenso de tales doctrinas.

### 4.3 EL POSITIVISMO JURÍDICO

“El positivismo es una teoría que se integra antes que otra cosa por oposición al derecho natural, entendiendo que todo derecho que no posea existencia práctica y no sea empíricamente verificable, no constituye derecho positivo”.<sup>122</sup>

El positivismo a grandes rasgos es precisamente lo antes mencionado, es oposición al derecho natural, es práctico y empírico, es decir susceptible de ser verificado por los hechos.

Así mismo cabe mencionar el concepto que el Diccionario Jurídico de la UNAM emite sobre lo que es derecho positivo.

“La expresión derecho positivo, contrariamente a la de derecho natural, la cual se remonta hasta la antigüedad, se desarrolló sólo hasta la Edad Media. La expresión *legem ponere*, de la cual deriva *ius positivum*, surge en el siglo VI y, desde entonces es frecuentemente usada. La mención más antigua de *ius positivum* de que disponemos se encuentra en Abelardo (1079-1142) en un pasaje de su diálogo que dice así (el derecho es, así, natural y... positivo es aquel que ha sido establecido por el hombre...y se basa bien sea sólo en la costumbre o en la autoridad de los textos)”<sup>123</sup>

Se amplía así aún más el panorama advertido sobre el derecho positivo, debido a que se remonta a los principios de su origen y además, nuevamente nos muestra esa divergencia

---

<sup>122</sup>

<sup>123</sup> Instituto de Investigaciones Jurídicas, *op. Cit.*, tomo II, p.1025.

que pareciera implícita en su definición al respecto del derecho natural adentrarse en el derecho positivo como el derecho establecido por el hombre basado en actos sociales como los consuetudinarios por mencionar alguno.

De acuerdo al derecho positivo y su vigencia, observa Helmut Coing lo siguiente: “El Derecho Positivo es posición de voluntad. Es sin duda también ser ideal; pero su vigencia no descansa, como la de un mandamiento o sentencia moral en la existencia de valores morales, sino en la superior voluntad del grupo del cual es posición.”<sup>124</sup>

Se observa con el razonamiento que antecede que para Coing el mandato superior que al derecho positivo da origen, fuera de toda situación externa, es únicamente la voluntad del grupo determinado en el cual este es vigente.

“No basta el Derecho natural. Se requiere un aparato judicial dirigido en su tarea por el instrumento de las leyes positivas. Pero el Derecho positivo no es, jamás, el Derecho en plenitud. Las leyes positivas no agotan la justicia, pero la justicia –sin leyes positivas- sería por sí sola impotente. Las leyes humanas provienen del arbitrio de la voluntad, próximamente y de la ley natural, en última instancia.”<sup>125</sup>

Se puede citar un sin número de conceptos afines al anterior en donde se encuentra la necesidad de observar, como ya anteriormente se había mencionado la existente dualidad entre el derecho natural y el derecho positivo, por lo que la transcripción anterior debe ser entendida en el sentido de lo que propongo en esta tesis y, es el de tomar lo principal de los multicitados criterios y aplicarlos a través del derecho positivo para la justicia.

---

<sup>124</sup> HELMUT COING, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1961, p.49

<sup>125</sup> BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín, *op. Cit.* p. 538

#### 4.4 EL CONCEPTO FILOSÓFICO-JURÍDICO EN EL SIGLO XX.

El concepto del Derecho en Hans Kelsen (1881-1973).

“El objeto de la Teoría Pura del Derecho fundada por Kelsen es el Derecho positivo, es un intento de eliminar de la Jurisprudencia todo aquello que no sea jurídico. El derecho ha de ser entendido en su pura realidad jurídica, eliminando cuestiones que le son extrañas como psicológicas, religiosas, sociológicas o éticas.”<sup>126</sup>

La posición de Kelsen respecto a la identidad y origen del derecho sin lugar a dudas es el aspecto normativo puro del mismo fuera de cualquier contexto externo, es decir la experiencia pura y la voluntad del legislador.

“El Derecho es para Kelsen un orden coactivo de la conducta humana, es decir, un conjunto de normas que ordena la coacción dados ciertos supuestos. Por ello, formula esta norma hipotética fundamental en los siguientes términos: debe realizarse la coacción bajo las condiciones y en la forma que determinan el primer constituyente o las instancias en que él hace delegación, es decir, es Derecho lo establecido por el primer constituyente o las instancias en que él hace delegación.”<sup>127</sup>

Kelsen apresura su insistencia y afirmación en cuanto a la positividad del derecho y ahora muestra la única situación que necesita el derecho para obtener ese orden coercible y, es la voluntad del legislador precisamente legitimado para tal fin, pero a su vez afirma también la existencia de un orden superior y fuera de la propia positividad del derecho, a lo que es pertinente hacer mención del siguiente enunciado que el mismo autor Madrid Espinosa ofrece:

“Kelsen no niega que los fenómenos jurídicos tengan connotaciones políticas, sociológicas o morales, lo que niega es que tales connotaciones sean objeto de conocimiento de la Teoría Pura del Derecho.”<sup>128</sup>

---

<sup>126</sup> MADRID ESPINOZA, Alfonso, *op. Cit.* p.p. 191

<sup>127</sup> *ibidem.*, p.p. 195

<sup>128</sup> *ibidem.*, p.p. 195

Lo anterior ayuda a esta tesis en el sentido de que se pretende como se verá más adelante afirmar y reafirmar la copia textual anterior, para así otorgar al derecho positivo su coercitividad y al derecho natural contemporáneo su racionalidad para de ello concluir la necesidad en la observancia de ambos en conjunción.

A su vez en concordancia con el tema el mismo texto ofrece lo siguiente: “El derecho positivo no es tan sólo por el hecho de que haya sido puesto por medio de una fuente apropiada (mediante un principio extrínseco habente potestatem); es necesario, además, que o sea efectivamente aplicado y observado; necesita existir como derecho. En esto reside su carácter histórico: ser el derecho de determinada comunidad. De esta forma, el derecho positivo no es sólo aquel creado por una determinada instancia, sino el realmente aplicado y observado.”<sup>129</sup>

Amplía la aportación anterior aún más la introducción para saber que es en concreto el derecho positivo, y este es el aplicable, vigente, observado y obedecido de acuerdo a la realidad social y a las condiciones históricas en un lugar y tiempo determinados. A saber por demás condiciones indispensables para que se de la positividad del derecho.

Conviene mencionar la importantísima aportación que sobre lo mismo ofrece el autor Hans Kelsen y, esta es así: “En realidad, el hecho del establecimiento del derecho, mediante el procedimiento apropiado y la instancia competente, y los hechos de su observancia y aplicación son, ambos, condiciones de la existencia del derecho (positivo). Al respecto señala Kelsen, que el acto de establecimiento no es la única condición de la positividad del derecho; también lo es su eficacia: el hecho de ser efectivamente observado y aplicado. Expresamente dice: (En este acto humano de establecimiento y en la eficacia, reside la positividad de la moral y el derecho).”<sup>130</sup>

---

<sup>129</sup> Diccionario Jurídico Mexicano, *op. Cit.*, p.1027

<sup>130</sup> *ibidem*, p.p. 1027-1028

Para mayor observación del tema es pertinente el comentario anterior y, que decir mejor aún que del propio Hans Kelsen radical positivista que por ningún motivo se puede dejar pasar por alto, cualquier aportación que del mismo al respecto ayude. Y sale a colación comentar el parrafo que antecede en el sentido de que una vez mas son reiteradas las características que del derecho positivo aparecen y son las multicitadas antes, pero aún más lo que conviene aclarar es la mención que al respecto se hace sobre la conjunción de el derecho positivo en la cual lleva implícito el aspecto moral de la positividad, siendo esto último lo que se pretende demostrar en el presente trabajo y resultando que el mismo Kelsen radical positivista lo afirma sin contrariedad alguna.

Las características que debe contener todo derecho positivo, de acuerdo al texto titulado “Lecciones de Filosofía del Derecho” del autor Miguel Villoro Toranzo son las siguientes:

“1) Todo estudio científico jurídico debe partir del Derecho Positivo y sólo del Derecho Positivo.

2) Si el derecho positivo está expresado en leyes escritas, éstas serán la base única del estudio.

3) La interpretación jurídica debe reconstruir la intención del legislador, la cual tendrá preferencia sobre el alcance literal del texto.

4) No existe ninguna instancia superior a la voluntad del legislador, el cual puede ser o un individuo (por ejemplo, el monarca) o un cuerpo de hombres (por ejemplo, el parlamento).

5) Se pueden buscar valoraciones, con tal de que estas se encuentren en el Derecho Positivo, pero se rechazan totalmente las valoraciones supraleales.

6) Aunque no intencionalmente, se llega a una conclusión ontológica: el Derecho es en último término lo mandado por la voluntad del legislador. El Positivismo Jurídico, aunque partiendo de pretensiones empíricas, se constituye así como una ontología voluntarista del Derecho.”<sup>131</sup>

Las características anteriores proponen un derecho voluntarista aplicable y observable, carente de aspectos del derecho natural y, aceptando solamente valoraciones que se encuentren en el derecho positivo. Como se puede observar son características radicales y limitadas estas del derecho positivo que no permiten contenido supralegal externo alguno.

La definición kelseniana del derecho es la siguiente: “Un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.”<sup>132</sup>

Para Kelsen el derecho no es un fin, sino un medio y su concepto del derecho lo demuestra en la coacción aspecto determinante de este como monopolio de la fuerza.

---

<sup>131</sup> VILLORO TORANZO., Miguel, *op. Cit.* p.p.373

<sup>132</sup> BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín, *op. Cit.* p. 266

## **CAPÍTULO V**

### **HACIA UN NUEVO DERECHO NATURAL**

## CAPÍTULO V

### HACIA UN NUEVO DERECHO NATURAL

“¿Por qué existe el Derecho y por qué resulta imprescindible en la existencia humana? ¿cuáles son las claras y definidas medidas de valoración aplicables al comportamiento humano?. Ningún Derecho positivo del mundo es capaz de darnos adecuada respuesta a estas tres básicas y acuciantes preguntas.”<sup>133</sup>

En efecto lo anterior es concordante para esta exposición, como también lo es que tampoco el derecho natural tal cual nos puede dar una segura respuesta a lo anterior, entonces se debe tomar en cuenta la necesidad de apoyarse de uno y otro aspecto en el criterio conformador, normativo y absoluto de lo que es y debe ser el derecho.

Por ello se pretende partir de el párrafo anterior esta conciliación de lo empírico con lo razonador, ideas ya vistas en capítulos precedentes.

“Los distintos sistemas del Derecho positivo –que contienen el dato circunstancial, histórico, sociológico- no agotan ni pueden agotar el contenido ideal y absoluto de la dimensión jurídica del hombre. De ahí la apelación constante a un Derecho superior a toda ley escrita. Marchamos así hacia un nuevo Derecho natural fundamentado en la dimensión jurídica del hombre, pero abierto –y en constante comercio- a la sistemática observación sociológica de los hechos.”<sup>134</sup>

Lo anterior pudiera tomarse como principios del derecho natural, pero para apreciar lo mismo a favor del derecho positivo, es obvio que sobrarían principios que lo justificaran, es por esto que aquí el problema por así llamarlo es más bien tratar de incluir y justificar la universalidad del derecho natural en el positivo, por que si bien es cierto que en esta tesis se

---

<sup>134</sup> *ibidem.*, p.753



quiere llegar a la conciliación de estos, el último se justifica por sí solo y el primero requiere de un análisis para poder motivar tal normatividad.

“Conviene insistir en la relación que existe entre derecho natural y derecho positivo. No se trata de dos órdenes o sistemas cerrados, sino de dos aspectos de una misma realidad. Esta realidad es el derecho, y sus dos aspectos o dimensiones son: lo natural o racional, y lo positivo o técnico. Todo derecho humano es a la vez positivo y racional, así como todo hombre es al mismo tiempo cuerpo y espíritu: lo positivo es el cuerpo del derecho, lo racional es su espíritu.”<sup>135</sup>

Es clara la postura del autor Preciado Hernández respecto de la relación que debe existir y se debe de comprender, entre derecho natural y derecho positivo, misma que confirma aún más la posición del presente trabajo.

“La voluntad humana juega un papel muy importante en la integración de las instituciones jurídicas positivas, la voluntad social preponderante en el caso de las costumbres jurídicas, y la voluntad de los gobernantes como representantes de la comunidad, si se trata de normas jurídicas establecidas por un órgano técnico legislativo; pero no se debe perder de vista que la voluntad psicológica, por sí sola, no puede servir de fundamento a auténticos deberes, pues su intervención se limita a realizar el supuesto de una norma de derecho natural, actualizando las consecuencias atribuidas por esa norma a aquel supuesto. Lo cual significa que todo deber se funda siempre en una norma o en un principio ético.”<sup>136</sup>

En efecto la voluntad humana es un aspecto primordial como es obvio en la construcción del derecho positivo, pero dicha voluntad del legislador para crear leyes, no puede ser una expresión psicológica pura, sino que debe estar fundamentada de valores que ahora si en conjunción, puedan encuadrar en determinado supuesto jurídico.

---

<sup>135</sup> PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael, *op cit.*, p.p. 245-246

<sup>136</sup> *ibidem.*, p.245

“En cada rama del derecho es fácil descubrir cómo los principios del derecho natural están presentes, constituyendo siempre los sillares en que descansan las instituciones comprendidas en ese sector de lo jurídico. No se puede prescindir de esos principios, ¿Qué sería del derecho de las obligaciones si se desconocieran estos principios de derecho natural: los que nos mandan respetar los convenios, cumplir las promesas, pagar las deudas, asumir las consecuencias de nuestros actos, no causar daño a otro, no enriquecernos a costa del prójimo sin justa causa ?”<sup>137</sup>

Lo anterior sin duda desde mi punto de vista y para comprender mejor esta tesis, se explica por sí solo, ya que pienso que es cierto que en cada precepto jurídico encontramos como cimientos a los principios del derecho natural.

“Estos ejemplos nos muestran que el derecho natural no es un código ideal de normas, ni el mero sentimiento de justicia, ni un orden o sistema independiente del derecho positivo, sino un conjunto: de criterios racionales supremos que rigen la vida social y que constituyen los fines propios de toda ordenación jurídica de la sociedad; así como de principios y normas implicados en ellos o que se deducen lógicamente de tales criterios, y que representan la estructura permanente y necesaria de toda construcción jurídica positiva.”<sup>138</sup>

En el capítulo tercero de este trabajo denominado “El Derecho Natural y el Racionalismo Jurídico, se advirtió ya en reiteradas ocasiones, la idea de que el racionalismo jurídico corresponde al conjunto de ideas originales y razonadas, -si se quiere aquí retomar un poco a Kant, en su “Crítica de la Razón Pura” se puede-, que deben prevalecer como originales, rectoras y aplicables a toda situación tendiente a regular la vida en sociedad, claro en el caso que nos ocupa, es respecto al derecho, y posteriormente a lo citado encontramos por fortuna lo mismo en la traducción que antecede, lo que considero que es muy afortunado para mi exposición tales reiteraciones, ya que muestran que en efecto el

---

<sup>137</sup> *ibidem.*, p. 249

<sup>138</sup> *ibidem.*

derecho sin temor a lo contrario es un consenso de ideas y debe ser este encaminado hacia una nueva idea, misma que revalore y haga recordar la orientación del derecho.

Ahora bien. ¿Por qué reiteramos las ideas de consenso entre derecho natural y positivismo?, ¿Por qué no aceptamos la posición del voluntarismo jurídico tal cual del legislador, como única forma válida de creación y aplicabilidad del derecho?, entre otras tantas preguntas más que nos podemos formular al respecto, simple y sencillamente por que son las ideas principales a desarrollar aquí y, por que son a mi juicio las que más urgen a la Sociedad en general, a los juristas y a las Instituciones formularse y adecuar a los problemas jurídico-sociales que nos presenta la actualidad.

## **5.1 PROBLEMÁTICA ACTUAL O PÉRDIDA DE LA OBSERVANCIA DE VALORES DEL DERECHO EN MÉXICO.**

Actualmente y desde tiempo atrás dentro de la época contemporánea se ha notado una notable desvalorización en el ser humano, en todos los ámbitos de su vida y principalmente en los sociales, es decir en todos aquellos en los que existe la relación habitual entre el mismo, por ello el derecho desgraciadamente no es la excepción de acuerdo a la relación intrínseca de su conformación.

En virtud de lo anterior conviene hacer un análisis sobre todo comprensivo y reiterativo de esta situación de desvaloración, punto por demás esencial en esta tesis.

“¿Por qué hemos olvidado la realización de los valores trascendentes? ¿Por qué sentimos ese gran vacío que envuelve a la humanidad actual? No encuentro otra explicación mejor que la ausencia de los valores trascendentes en la existencia de los hombres de nuestro tiempo. El hombre actual se ha olvidado de la verdadera causa eficiente suprema y del auténtico destino final que son propios del ser humano. Nada de raro tiene el poder advertir esa orfandad lacerante. Ese relativismo –en el fondo escepticismo- en la convivencia, se convive en un ambiente de pugna de las personas en numerosos juzgados,

de lucha enconada de los partidos políticos, de protagonismos desmesurados de los trepadores del poder.”<sup>139</sup>

Es muy común encontrarse actualmente con párrafos como el anterior, que sin duda alguna denotan las características de las apreciaciones que las actitudes humanas en un sin fin de relaciones sociales tienen, lo que a criterio propio preocupa de sobre manera por que desde luego y desde cualquier perspectiva ese actuar es contrario a las normas de conducta natural y racional, es decir es contrario a lo que a llevado al derecho tanto tiempo tratar de aplicar y ser válido universal y particularmente en la conducta humana.

“El Derecho intrínsecamente justo en manos de juristas competentes y honestos, brinda a las generaciones venideras razones para existir y razones para tener una fundada esperanza. Ante la crisis actual tenemos que apelar a una instancia más alta que la pura Ley del Derecho positivo: El Derecho intrínsecamente justo.”<sup>140</sup>

Ahora conviene advertir la principalísima importancia que tiene el sentido de este trabajo de ampliar el aservo recordatorio de los licenciados en derecho para aplicar el derecho positivo no como mero instrumento de enriquecimiento, sino como órgano encargado de aplicar la justicia.

---

<sup>139</sup> BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín, *op cit.*, p. 703

<sup>140</sup> *ibidem.*, p. 704

## 5.2 INTRODUCCIÓN A LA ESTIMATIVA JURÍDICA

### 5.2.1 CONCEPTO DE ESTIMATIVA JURÍDICA.

Primero conviene mencionar lo que se debe entender propiamente como estimativa y, siendo esta la “facultad con que se aprecia el valor de las cosas”<sup>141</sup>

Simplemente como lo enuncia el Diccionario Pequeño Larousse, al respecto de la estimativa podemos afirmar que en efecto eso es, es decir una facultad de apreciar, esta última por demás sinónimo irrefutable de aquella, ya que al mencionar la palabra apreciar, estamos hablando de que queremos algo y, todavía podemos ahondar más en que por facultad nos referimos a la posibilidad que nos otorga la razón, ambas palabras ligadas al razonamiento que hace posible la estimativa. Es entonces que estimativa jurídica sería la apreciación o lo que deseamos o queremos sea y aplique el derecho, por eso no decimos espero que aumente la corrupción, ojalá no existiera la policía, queremos que nos quiten nuestra propiedad, que se haga injusticia y no justicia, que los abogados se corrompan más y los jóvenes que ahora estudian derecho piensen en tranzar y robar a los clientes sin darles solución, entre otros.

Las anteriores simples y sencillas situaciones, son precisamente algunas de las cuestiones que como ideas principales pretendemos dejen de operar y peor aún, dejen de ser estandarte de jóvenes que desafortunadamente así piensan y quieren incursionar ya sea como abogados, policías, políticos, etc... con el único propósito de utilizar tales oficios para hacerse de dinero y poder pisoteando los valores y escrúpulos a que precisamente se han jurado guardar.

“Según La tarea de la estimativa jurídica, como una de las partes de la filosofía del derecho, no consiste en llevar a la práctica el enjuiciamiento concreto de un determinado derecho positivo, sino en averiguar cuáles sean los módulos los cuales resulta posible dicha labor de crítica, de valoración y de orientación.

---

<sup>141</sup> *Diccionario Pequeño Larousse*. Larousse, México, 6ª. Ed., 1969, p. 440.

Con ello se suministrará la base para llevar a cabo los enjuiciamientos concretos del derecho positivo y, al mismo tiempo, la obtención de los criterios que deban inspirar el desarrollo del derecho.”<sup>142</sup>

Al derecho natural le corresponde la función de inspirar correctamente las normas de derecho positivo.

“Pero hay que notar que, propiamente, no se trata de articular las ideas de valor con los hechos históricos, sino en puridad de otra cosa. Se trata, en lo que se refiere a la realización de las exigencias normativas ideales de los valores pertinentes, de armonizar el cumplimiento de estas exigencias con las circunstancias histórico-sociales concretas de cada lugar y de cada momento. Es decir, lo que hay que concordar no son valores puros y hechos históricos, sino que lo que hay que hermanar es la puesta en práctica de las exigencias de los valores con las características concretas de las situaciones históricas en que esas exigencias deben ser realizadas”.<sup>143</sup>

Es decir hay que resaltar la idea de todo esto, en el sentido de que lo que se va a articular de acuerdo a valores y hechos históricos lo es conforme a las exigencias y circunstancias concretas que para el caso se requieran.

“La última crisis de la estimativa jurídica por parte del positivismo, del materialismo y del evolucionismo, sucedió en la segunda mitad del s. XIX, esto es, las doctrinas de derecho natural sufrieron un gran ocaso, hasta el punto de casi desaparecer.

De la conciencia clara de los excesos y enfrentamientos entre derecho natural clásico y del historicismo positivista, nacen a fines del siglo XIX y comienzos del XX los intentos de restaurar el problema valorativo del derecho, esquivando ambos escollos”.<sup>144</sup>

---

<sup>142</sup> RECASÉNS SICHES, Luis, *op. Cit.*, p.368

<sup>143</sup> *ibidem.*, p.461

<sup>144</sup> *ibidem.*, p.372

Lo estudiado hasta aquí en esta tesis, bien se puede resumir en la cita anterior debido a que menciona que hubo dos corrientes (derecho natural clásico e historicismo positivista), ambas antagónicas entre sí, de las cuales se debía urgentemente conciliar los puntos importantes de cada una de ellas, para así evitar los excesos de una u otra, mismos que en efecto hubo por parte del positivismo en la segunda mitad del siglo XIX, lo que llevó a los postulados del derecho natural a casi desaparecer, pero finalmente lo anterior a fin de equilibrar la balanza da origen a la estimativa jurídica.

“El Derecho positivo –dice Recasens Siches- es una pauta de conducta de carácter normativo. Ahora bien, una norma significa que entre las varias posibilidades factibles de comportamiento hay algunas elegidas, y, por lo tanto, hay otras rechazadas. Las posibilidades de conducta elegidas lo son por que resultan preferidas a otras. Esta preferencia se funda sobre una valoración. La normativa del Derecho positivo carecería de sentido si ella no estuviese referida a un juicio de valor, que es precisamente lo que la inspira. La conducta social está regulada de determinada manera, por que se cree que esta manera es mejor que otras posibles regulaciones.”<sup>145</sup>

La anterior es precisamente una de las características más importantes del derecho y, esta es precisamente la estimativa que permite como se desprende de lo anterior escoger valoradamente unas normas de conducta sobre otras para posteriormente a través del derecho positivarlas y ser las que den sentido y origen al mismo como se ha mencionado.

---

<sup>145</sup> RECASÉNS SICHES, Luis, *Axiología Jurídica y Derecho natural*, XIII Congreso Internacional de Filosofía UNAM, La regulación jurídica del hombre, México, 1963.

### 5.3 LA NECESIDAD DE LA OBSERVANCIA DE UNA ESTIMATIVA JURÍDICA ACTUALMENTE EN MÉXICO.

La necesidad de la estimativa jurídica es esencial desde dos puntos de vista; el primero de ellos es entablar una relación de aprobación entre el orden positivo y las ideas valorativas, mismas que han sido escogidas de entre otras normas de conducta por pertenecer a los criterios requeridos para normar las conductas sociales entre los individuos. Y el segundo no pasar por alto la simple y llana regulación del derecho positivo desde ningún fundamento simplemente por que es, debe ser y punto.

De acuerdo a lo anterior y para no perder los criterios de valoración del derecho, ante la pérdida cada vez más inminente de estos durante la segunda mitad del s. XIX, el filósofo del derecho Roudolf Stammler, quién nació en Alemania en 1856 y murió en 1938, y fué profesor en diversas universidades de Alemania de 1882 a 1923, “se plantea resolver o mediar entre las ideas del iusnaturalismo y el positivismo. Y para ello, conviene mencionar que no tiene sentido que la Razón y la Historia luchan antagónicamente por eliminarse la una a la otra en la elaboración de los ideales jurídicos, pues cada una de ellas desempeña un papel perfectamente determinado. A la historia le corresponde suministrar en cada momento el contenido o materia, es decir, la realidad de la vida social que se va a ordenar, la cual no puede ser inventada ni construida por la mente, sino que es dada de un modo concreto y singular. A la razón le compete suministrar esa forma de ordenar la materia social. Así la idea de justicia es la forma universalmente válida y absoluta para ordenar jurídicamente cualquier situación real de la vida colectiva.”<sup>146</sup>

Como podemos observar en la cita anterior Stammler no se inclina totalmente por una u otra idea, sino que al ver que el positivismo ganaba terreno frente al naturalismo, decide contribuir a resarcir lo perdido de este último y trata por medio de su aportación equilibrar la situación y, proponer que los valores deben prevalecer en el derecho.

---

<sup>146</sup> RECASENS SICHES, Luis, *op. Cit.*, p. 454



“La justicia es un criterio formal, un principio ordenador de materiales contingentes y variables (históricos). La razón, ofrece la forma de ordenar, a saber: la idea de justicia; la historia proporciona los contenidos concretos, la materia social. La forma de la justicia, como idea racional, es única e invariable, a priori; el contenido de cada derecho es mudable y viene condicionado históricamente.”<sup>147</sup>

Estoy de acuerdo en la transcripción anterior, debido a que el principio de la justicia como tal es inmutable y universal, el cual sirve para que las variables históricas del derecho lo apliquen, sin importar lo que en determinado tiempo se condenaba y en otro no, ya que aquí la posición del valor o principio de la justicia, es lo que aplicaba en cada época tales condenas o la prescripción de determinados delitos, puesto que siempre ha existido y existirá, por ello lo que significa robar ahora, en ocasiones anteriormente no era lo mismo, quizás después será igual, menor o peor, o para unos no importe tanto como para otros, etc.

“Un derecho natural que contuviese la regulación de finalidades concretas, es decir, que formulase normas con contenido especial, por ejemplo, que incluyera orientaciones sobre la propiedad, el usufructo, la sucesión, el parlamento, los alcaldes, etc., no podría de ninguna manera tener validez para todos los tiempos y pueblos. Tal derecho natural vendría lastrado por elementos singulares y contingentes; estaría condicionado a determinadas situaciones concretas; se referiría a unos particulares afanes humanos.”<sup>148</sup>

Desde luego, lo anterior es sin duda alguna una principalísima característica del derecho positivo, en el sentido de que este cambia la prescripción de las normas, conforme las sociedades así lo van requiriendo y obviamente que si se estableciera un código universal de disposiciones jurídicas, aplicable en general, pues este desde un principio no tendría razón de ser.

Ahora bien cabe hacer un análisis fundamental que nos ofrece como aspecto inicial, el autor Luis Recasens Siches, en el sentido de determinar si el fundamento radical de la

---

<sup>147</sup> *ibidem.*, p.454

<sup>148</sup> *ibidem.*, p.455

estimativa jurídica puede ser empírico, (es decir basado solamente en actos que nos sean proporcionados por medio de la experiencia), o si por el contrario, ha de ser necesariamente a priori, o sea (que tales ideas en lugar de ser adquiridas por actos de la experiencia, de alguna manera estén insertas en los humanos como ideas rectoras de nuestro pensar, mismas que por medio de nuestro raciocinio nos ayudan a elegir entre lo bueno y lo malo, es decir entre lo que debe ser estimativo y entre lo que no).

Conforme a lo anterior si nos abocamos a lo empírico, desde mi punto de vista y en concordancia con el citado autor, entonces estaríamos en el entendido de que estaríamos a favor de puro psicologismo que como tal “propiamente, consiste en querer reducir todas las disciplinas de ideas o principios (Lógica, Ética, Estimativa Jurídica, etc.) a meros capítulos de la Psicología; por que se considera que los principios lógicos, los valores éticos y jurídicos, etc., son tan sólo las leyes del mecanismo de nuestros pensamientos; es decir, se entiende que tales ideas son nada más que la expresión del modo real como funciona nuestra mente en sus juicios.”<sup>149</sup>

La anterior forma de determinar de dónde obtenemos nuestros juicios o valoramos las cosas, creo que no es correcta, ni acorde con el tema principal de esta tesis, por lo que creo que debe ser descartada la idea de que el hombre entonces cabría decirlo, actuaría por puros instintos y la razón quedaría relegada de este plano.

Si por el contrario y en desacuerdo al empirismo radical, (nótese que estamos hablando para ambos casos de sentido radical), estamos de acuerdo en el sentido a priori, como parte de la aplicación de la estimativa jurídica, entonces estamos aceptando que esta debe recibir ingredientes ideales a priori, valorados y razonados, así como de la experiencia, la cual ha de servir como el medio para dejar o rectificar entre lo que es bueno y lo que no lo es.

Por lo anterior, “no significa que el hombre para descubrir esos criterios a priori o valorativos haya de aislarse de la experiencia social y vivir exclusivamente concentrado con

---

<sup>149</sup> *ibidem* p. 395

su propia mente para hacer dimanar de ella tales ideas de valor. La experiencia, pues, no es la fuente de los conocimientos a priori, pero suele constituir la incitación y el aliciente para que nuestra mente los descubra.”<sup>150</sup>

Estoy de acuerdo con lo anterior debido a que para que en efecto se puedan dar los criterios valorativos o estimativos en el derecho, el legislador, el filósofo del derecho, el litigante, el estudiante de derecho y la sociedad en general a parte del a priori ya explicado, no puede dejar a un lado por ningún motivo los criterios que proporciona la experiencia, sino vivirlos intensamente y de cerca cada vez más, ya que de lo contrario la estimativa jurídica no podría ser.

Por todo lo descrito en lo concerniente a la estimativa jurídica, podemos concluir que la misma para que pueda tener sentido el propósito de esta tesis, es algo inmanente o propio del ser humano, por que esta se da en las reflexiones racionales del ser humano y, no como simples relaciones psicológicas, que se desarrollan como instinto, así mismo tales consideraciones estimativas (a priori – razonadas), necesitan sin duda alguna de las situaciones empíricas que se nos presentan momento a momento en la sociedad, a lo que es pertinente para concluir, insertar un comentario más al respecto del autor Luis Recasens Siches y, este es como sigue:

“No basta conocer tan sólo las necesidades que se trata de colmar y el criterio estimativo para hacerlo, según unos principios valiosos. Hay, además, un problema de eficacia, es decir, de saber elegir los medios adecuados de realización para las finalidades establecidas como valiosas. Las instituciones jurídicas no plantean solamente un problema de finalidad justa, sino también la cuestión de saber realizar eficiente y logradamente esta finalidad. Y, así, ocurre que, a lo largo de la historia jurídica, muchos de los cambios que van sufriendo las instituciones no significan una substitución de fin, sino una rectificación de medios para lograr más adecuadamente la misma finalidad; por que la experiencia ha ido mostrando que los medios que trataron de articularse al servicio de una finalidad

---

<sup>150</sup> *ibidem.*, p. 390

fracasaron, y entonces hay que buscar nuevos medios, nuevas estructuras institucionales, para realizar con mayor eficacia aquella misma finalidad.”<sup>151</sup>

Es a criterio indispensable lo anterior, que por ello decidí incluirlo, ya que muestra la concordancia de manera más expresa nuevamente, entre el a priorismo y el empirismo en la estimativa jurídica, es decir para mayor comprensión debe ser entendido como la actualización de los fines del derecho a casos concretos.

Ahora bien continuando con nuestro tema, corresponde abocarnos como el punto lo establece, al caso concreto México, es decir ¿que tiene que ver México en cuanto a sus Instituciones Jurídicas principalmente y el deterioro de las mismas, en el aspecto de los valores y los fines, con el multicitado tema de la estimativa jurídica?

La pregunta ahora resulta más sencilla de resolver, después de haber de manera muy concreta estudiado el tema en cuestión.

Primero vamos a mencionar el caso de los servidores públicos como responsables, y posteriormente abordaremos a la sociedad en general como responsable también.

Resulta que México, como la mayoría de los países del mundo si así se prefiere, ha sufrido los embates de la corrupción, la pobreza, la impunidad, el nepotismo, entre otras conductas negativas a través de su larga historia, gracias a la negligencia, la voluntad de actuar y de no actuar adecuadamente de quienes tienen la obligación y responsabilidad de evitar tales circunstancias, ya que se han postulado por propio gusto para ocupar los cargos que para las mismas los requieren, y una vez ocupando estos han hecho todo lo contrario para lograr los propósitos cometidos por los que fueron votados. Es por esto que en el caso de los servidores públicos y más en la actualidad como a diario podemos observar, continúa el deterioro de nuestras Instituciones a causa de lo anterior, por ello también y como en sexenios pasados, ahora escuchamos que este deterioro urge combatirlo, que urge cambiar el aspecto de las Instituciones, cambiar al personal corrupto o no apto para los cargos que

---

<sup>151</sup> ibídem., p. 391

desempeñan, fortalecer la credibilidad de los servidores públicos, así como muchos otros aspectos pretenciosos de nuestro gobierno actual, a fin de ganar la confianza de la gente. Bueno pues lo antes mencionado es precisamente la estimativa jurídica, misma que se pretende llegar a demostrar en esta tesis a través de tales circunstancias, y es que de algún modo forzosamente tiene que denominársele a la necesidad de hacer esos cambios a favor de los fines del derecho, dando cabida así a la estimativa jurídica.

Por eso la misma juega un papel importantísimo dentro de la urgencia de reparar a las Instituciones públicas, por que finalmente si se parte de que estas protegen valores y aspiran al bien común, difícilmente los servidores públicos por gusto o por propia voluntad si se les transmite esto, trabajarán por lo contrario.

Ahora bien por lo que respecta al papel de la sociedad en general, conviene mencionar que de igual manera que en el caso de los servidores públicos, está tremendamente deteriorada la credibilidad para con los abogados particulares, ya que como en la introducción del presente se mencionó, la idea de muchos de ellos es enriquecerse y punto, no importando principios, valores, ética, etc. A su vez esto trae como consecuencia que los clientes de estos como sociedad en general, acepten estas circunstancias, pagando en ocasiones cualesquiera cantidades a sabiendas de que están actuando contrario a derecho y que no tienen razón alguna por lo que están pagando, por esto mientras se continúen estas prácticas a cualquier nivel, ya sea en el ámbito de gobierno o particular se seguirá deteriorando el estado de derecho cada vez más.

#### **5.4 PROPUESTAS DE OBSERVANCIA PARA QUE LA SOCIEDAD EN GENERAL CONOZCA LOS FINES DEL DERECHO Y LA ESTIMATIVA JURÍDICA.**

A fin de que el propósito de este trabajo cree conciencia en la sociedad mexicana en general, es pertinente proponer la creación de un código de consensos de elementos esenciales, entre el derecho positivo y la estimativa jurídica, que sea de observancia general y en especial para los juristas, mismo que deberá ser difundido de la mejor manera posible, ya sea en universidades, tribunales, juzgados, procuradurías, etc., tal es el caso actualmente de la Procuraduría General de la República, en donde se ha dispuesto insertar en las computadoras como protectores de pantalla, recordando a todos los servidores públicos, los mínimos y más elementales puntos o valores, que se deben observar para desempeñar su trabajo en aras de obtener y llegar al bien común a través de la justicia y la seguridad, aspecto el anterior un claro ejemplo del por qué debe observarse a la estimativa jurídica.

Puesto que es del conocimiento de todos que el sistema jurídico mexicano está deteriorado y perdido en los umbrales de la conveniencia personal y económica así como en la desinformación e indiferencia hacia los grandes valores que lo constituyen, tomando como aspecto único y valioso el puro positivismo jurídico, limpio de toda determinación valorativa o estimativa que lo motive.

Así mismo dado el desinterés que existe por los valores jurídicos o fines del derecho por lograr su cometido, se pueden cometer todo tipo de atrocidades y actos ilícitos quedando impune su aplicación y, los infractores desbordados de alegría comentando a manera de hazaña los hechos entre sus iguales, con el simple motivo de competir por hacerlas peores.

Es por ello que este código contendría puntos axiológicos, precisos y esenciales de acuerdo a propuestas en cuestión.

Necesario es entonces que para que funcione el propósito de esta tesis, se cuente con la difusión suficiente de estas propuestas de análisis a manera de código, proporcionando de esta manera la información, que el mismo deberá crear conciencia en el mundo jurídico.

Es pertinente mencionar para no pasar por alto que el citado proyecto de ninguna manera ni mucho menos, contendría una especificación de normas morales obligatorias a observarse, pues es obvio a todas luces que estas no pueden ni deben por si solas realizar imperativos en el derecho, pero lo que si se pretende es concensar puntos y criterios entre el derecho positivo por una parte y la estimativa jurídica por la otra.

Igualmente se propone revisar la materia que se imparte al respecto en las universidades de derecho, ya sea filosofía del derecho, deontología jurídica o algún otro nombre afín, con el propósito de que si se considera pertinente, se enfoque o se toque más afondo el tema de los fines del derecho y la estimativa jurídica, ya que derivado de esto, es precisamente el lugar idóneo (las escuelas y universidades) en donde se debe empezar por crear conciencia, en las futuras generaciones de abogados con respecto al tema, y no solamente cursar una materia más sin darle la menor importancia, por que como no va a enseñar alguna manera más de cómo poder comercializar con el derecho, entonces no es de importancia.

#### 5.4.1 PROPUESTA DE CÓDIGO DE CONCENSO DE ELEMENTOS FUNDAMENTALES ENTRE EL POSITIVISMO JURÍDICO Y LA ESTIMATIVA JURÍDICA.

El citado código contendrá las definiciones que a continuación se mencionan y, posteriormente se desarrollan, a fin de hacer lo más comprensible posible el propósito principal del presente trabajo.

Las definiciones contenidas serán: de DERECHO, de FINES DEL DERECHO, de JUSTICIA, SEGURIDAD y BIEN COMÚN así como de ESTIMATIVA JURÍDICA.

**DERECHO:** Primeramente haciendo alusión a la definición que de Derecho, proporciona el autor y catedrático de la Universidad Nacional Autónoma de México, Eduardo García Maynes.

“El Derecho es un orden concreto, creado para la realización de valores colectivos, cuyas normas –integrantes de un sistema que regula la conducta de manera bilateral, externa y coercible- son normalmente cumplidas por los particulares y, en caso de inobservancia, aplicadas o impuestas por los órganos del poder público.”<sup>152</sup>

Se considera suficiente la definición anterior en el sentido de que abarca razones estimativas y positivas, ya que habla del motivo de su creación que es la obtención de valores colectivos, como de igual manera menciona que a falta de su cumplimiento serán aplicadas por los órganos creados para tales fines.

---

<sup>152</sup> GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, Ed. Porrúa, México, 6ª. Ed., 1989, p. 413



#### 5.4.2 FINES DEL DERECHO:

**JUSTICIA:** “Es la conformidad del comportamiento a una norma para hacer posibles las relaciones humanas, es decir, su eficacia”<sup>153</sup>

El autor Nicola Abagnano emite la definición anterior de justicia, y se relaciona con el citado propósito en el sentido de que es un acuerdo o consenso, desde luego entre las Instituciones y el pueblo, ya que habla de la conformidad a la obediencia o acatamiento de una norma, cuyo fin es precisamente lograr la correcta armonía humana, detalle por demás el último a fin a la estimativa jurídica.

**SEGURIDAD:** “Es la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que, si estos llegan a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación.”<sup>154</sup>

¿Por qué la definición anterior menciona las palabras bienes, ataques violentos, asegurados, protección y reparación?, por que son criterios estimativos que aunados con las palabras garantía y derechos, precisan la finalidad de la seguridad a través del positivismo hacia juicios estimativos.

**BIEN COMÚN:** “En el Concepto de Bien Común, se articulan dos ideas. La de Bien implica los elementos materiales indispensables para la satisfacción de las necesidades de las personas, y la norma moral que ordena su uso y destino. La de común o pública implica que el estado no puede perseguir ni admitir fines puramente particulares. El bien común se manifiesta como parte de la oposición entre lo privado y lo público, entre lo que es para un hombre y lo que es para los otros y para la comunidad global.”<sup>155</sup>

---

<sup>153</sup> ROJAS AMANDI, Victor Manuel, *op. Cit.*, p. 279

<sup>154</sup> Definición de De Los, emitida por el Diccionario Jurídico de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

<sup>155</sup> *Ibidem.* P. 337

Se ha elegido la definición anterior puesto que la articulación de las dos ideas tanto la de bien, como la de común dicen mucho respecto a las ideas de los fines de derecho, puesto que ambas llevan implícito lo que la justicia y la seguridad pretenden como fin.

**ESTIMATIVA JURÍDICA:** Es la idea que se plantea mediar o resolver entre el iusnaturalismo y el positivismo, a través de criterios de valor escogidos entre otros por que se consideraron mejores, conforme a los fines del derecho.

El criterio anterior es tomado de textos de filosofía del derecho, a fin de unificar la idea de lo que es y debe entenderse por estimativa jurídica, para posteriormente a manera de propuesta considerarlo como la suma de las definiciones anteriores también propuestas.

## CONCLUSIONES

PRIMERA.- Es necesario reconocer la gran o enorme problemática que existe en la actualidad en México y por la que atraviesa la abogacía en general de acuerdo a la nula o muy poca importancia que los fines del derecho implican en la aplicación del mismo.

SEGUNDA.- En lo social, el fenómeno de la pérdida de valores en el derecho se observa en la poca importancia en tomar al mismo como un mero instrumento de enriquecimiento económico y conveniencia.

TERCERA.- La historia del derecho en el caso particular de occidente demuestra las diversas facetas de la misma para poder apreciar el desarrollo de los valores jurídicos y por que es necesario recordarlos ahora, o es un simple invento, pues la historia demuestra la primordial importancia que han tenido y, que siempre que han sido objeto de análisis han desarrollado mejoría en lo substancial através de ideas estimativas.

CUARTA.- El derecho natural o iusnaturalismo, como ha sido siempre polémico denota desde el punto de vista de esta tesis una gran aportación valorativa, para motivar desde este aspecto al derecho positivo, ya que no se debe decir en la actualidad que los principios de este están caducos en deshuso a manera de burla, ya que lo que debe quedar en tales circunstancias, son precisamente las prácticas que desvalorizan la esencia del derecho.

QUINTA.- El derecho positivo sin duda alguna y como en el presente trabajo se ha mencionado de él, no es el problema de aceptar su valides por que de sobrada cuenta se sabe y se acepta que es el que rige y se aplica, pero si de observar cuál es su motivación para su aplicación, por ello y para tales fines no se pudo pasar por alto tan esenciales puntos como lo son derecho natural y derecho positivo.

SEXTA.- Los fines del derecho es la idea que por tema lleva esta tesis, tales fines han demostrado siempre en cualquier etapa de la historia del derecho en occidente, estar presentes y ser idealmente invariables, por eso en obvio de razón merecen especial atención atendiendo a la estimativa jurídica.

SÉPTIMA.- La estimativa jurídica deberá rehacer el papel de recordatorio al mundo de la abogacía de donde proviene el derecho y para qué se crea y no seguirlo dejando a la deriva del lado único y cómodo de su pura aplicación.

OCTAVA.- La observancia de este tema debe hacer concientes a los abogados en general y recaer en beneficio de la sociedad misma, ya que todos los sectores de la misma son involucrados. Tomando esto como solución a problemas infinitos a fines a la impartición de justicia en general.

NOVENA.- Lo anterior puede ser considerado como un pequeño punto de solución a muchos problemas en torno a los fines del derecho, observando en todo momento la equidad, garantizando la seguridad jurídica por el bien común.

## BIBLIOGRAFÍA

- AMUCHATEGUI REQUENA, Irma, *Derecho Penal*, Ed. Harla, México, 1993, p. 416.
- BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín, *Filosofía del Derecho*, Ed. Porrúa, México, 2001, p. 942.
- BERNAL, Beatriz y LEDESMA, José de Jesús, *Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neorromanistas*, Ed. Porrúa, México, 1998, p. 411.
- BRAVO GONZÁLEZ, Agustín y BRAVO VALDÉS, Beatriz, *Derecho Romano*, Ed. Porrúa, 2000, México, p. 323.
- BURGOA, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, Ed. Porrúa, México, 1993, p. 791.
- CASTELLANOS TENA, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Ed. Porrúa, México, 1974, p.
- CRUZ BARNEY, Oscar, *Historia del Derecho en México*, Ed. Oxford, México, 1999, p. 734.
- Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo II D-H, Ed., Universidad Nacional Autónoma de México, 11ª. Ed., México, p. 811-1602.

DORANTES TAMAYO, Luis Alfonso, *Filosofía del Derecho*, Ed. Harla, México, 1995, p. 278.

DÓRS, Álvaro, *Preelección al curso de Derecho Romano*, Ed. Publicaciones Universidad de Santiago de Compostela, México, 1950, p.

ECHEGARAY, José Ignacio, *Compendio de Historia General del Derecho*, Ed. Porrúa, México, 1994, p. 269.

FLORIS MARGADANT, Guillermo, *Derecho Romano*, Ed. Porrúa, México, 1998, 530.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, Ed. Porrúa, México, 1989, p. 542.

KANT, Manuel, *Crítica de la Razón Pura*, Ed. Porrúa, México, 1996, p. 375.

KELSEN, Hans, *¿Qué es Justicia?*, Ed. Planeta Agostini, 1993, México, p. 283.

KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995, p. 254.

KUNKEL, Wolfgang, *Historia del Derecho Romano*, Ed. Ariel Derecho, México, 1999, p. 252.

MADRID ESPINOZA, Alfonso, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Ed. Fontamara, México, 2000, p. 235.

PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Editorial Textos Universitarios, México, 1982, p. 306.

RECASENS SICHES, Luis, *Filosofía del Derecho*, Ed. Porrúa, México, 1997, p. 707.

ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, *Filosofía del Derecho*, Ed. Harla, 1991, México, p. 324.

VILLORO TORANZO, Miguel, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Ed. Porrúa, México, 1996, p. 538.

## GLOSARIO

*BIZANTINO IMPERIO.- "Parte Oriental del Imperio Romano que sobrevivió a la caída del Imperio de Occidente en el s. V D. C., su capital fue Constantinopla (la actual Estambul en Turquía) y su duración se prolongó hasta la toma de esta por los Otomanos en 1453"*<sup>156</sup>

*CONSTANTINOPLA.- "Estambul ahora (antigua Constantinopla), ciudad del noroeste de Turquía, capital de la provincia de Estambul y la ciudad más grande de Turquía. La provincia y la ciudad se encuentran situadas en el estrecho que separa a Europa de Asia."*<sup>157</sup>

*DERECHO ROMANO CLÁSICO.- "Tiene íntima relación con la iurisprudencia, que es una de las Fuentes Formales del Derecho Romano, y se crea a través de las opiniones que daban los jurisconsultos sobre los problemas jurídicos que les eran planteados. Sin embargo cabe señalar que la consideración de que gozaban estos estudiosos del derecho se desarrolló propiamente en la época del Principado, y es bajo el gobierno de Adriano donde sus comentarios adquieren fuerza de ley."*<sup>158</sup>

*DERECHO ROMANO.- "Es El conjunto de principios jurídicos que ha elaborado el pueblo de Roma y que han regido su sociedad durante las diversas épocas de su historia y que estuvo vigente hasta 476 D.C. en la urbs romana t desde que el Imperio se dividió, también en Constantinopla cuya duración se extendió hasta 1453 D. C. "*<sup>159</sup>

*DERECHO ROMANO PRECLÁSICO.- "En el Derecho Romano se llama así al periodo que va de la monarquía (a partir del 753 A. C.) hasta fines de la República, etapa en la que comenzó a desarrollarse la ciencia jurídica y en la que se dan las primeras fuentes formales de este sistema.*

---

<sup>156</sup> Enciclopedia Encarta, Internet.

<sup>157</sup> ibidem.

<sup>158</sup> Diccionario Jurídico Mexicano, op. Cit. P. 157

<sup>159</sup> ibidem.



**DESACATO.**- *"Delito que consiste en calumniar, injuriar, amenazar o insultar de palabra o por escrito a una autoridad en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas. El desacato entraña una ofensa moral al principio de autoridad, encarnado por las personas que lo ostentan, un desconocimiento de la dignidad entrañada en el ejercicio de la función pública, bien jurídico atacado."*<sup>160</sup>

**ESTADO.**- *"(DEL LATÍN STATUS) El Estado no es una mera realidad natural, constituye un conjunto de funciones jurídicas cuya comprensión es necesaria para entender el comportamiento de la comunidad política. El Estado crea derecho, aplica una Constitución; el Estado contrata, representa a sus nacionales, tiene jurisdicción, ejecuta sanciones, etc."*<sup>161</sup>

**FILOSOFÍA DEL DERECHO.** - *"Por Filosofía del Derecho, o más correctamente, Filosofía jurídica, normalmente se entiende una reflexión sobre los principios del derecho y los problemas fundamentales de la teoría jurídica. La Filosofía jurídica aborda cuestiones tales como: la naturaleza y funciones del derecho, sus relaciones de éste con la moral; los valores que le son inherentes; la eficacia del orden jurídico; la obediencia al derecho, etc."*

**IMPERIO ROMANO DE ORIENTE.**- *Ver Imperio Bizantino.*

**JUSTINIANO.**- *(482-565) emperador bizantino (527-565), que extendió el dominio de Bizancio en Occidente y completó la codificación del Derecho Romano."*<sup>162</sup>

**MONARQUÍA ROMANA.**- *"Período de la historia de Roma, transcurrido desde aproximadamente el año 753 hasta el 510 A. C."*<sup>163</sup>

**NUMA POMPILIO.**- *"En la mitología romana, segundo rey legendario de Roma"*<sup>164</sup>

---

<sup>160</sup> Ibidem.

<sup>161</sup> Ibidem., p. 1321

<sup>162</sup> Enciclopedia Encarta. Internet

<sup>163</sup> Ibidem.

<sup>164</sup> Ibidem.

*REPÚBLICA.*- "Forma de gobierno basada en que el concepto de la soberanía reside en el pueblo, quien delega el poder de gobernar en su nombre a un grupo de representantes elegidos." <sup>165</sup>

*RÓMULO.*- "En la mitología romana, fundador y primer rey de Roma." <sup>166</sup>

---

<sup>165</sup> Ibidem.

<sup>166</sup> Ibidem.

LOS FINES DEL DERECHO DESDE EL PUNTO DE VISTA  
DE LA ESTIMATIVA JURÍDICA.

INTRODUCCIÓN	1 - 4
--------------	-------

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO

1.1.- Antecedentes Históricos del Derecho en Roma	6 - 29
1.2.- Antecedentes Históricos del Derecho en España	29 - 34
1.3.- Antecedentes Históricos del Derecho en México	35 - 48

CAPÍTULO II

LOS FINES DEL DERECHO

2.1.- Definición de Derecho	50 - 52
2.2.- Justicia	53 - 60
2.3.- Seguridad	60 - 64
2.4.- Bien Común	65 - 67

CAPÍTULO III

EL DERECHO NATURAL Y EL RACIONALISMO JURÍDICO

3.1.- El Derecho Natural y el Racionalismo Jurídico	69 - 72
3.2.- La Escuela Clásica del Derecho Natural	72 - 75
3.3.- Hugo Grocio	75 - 79
3.4.- Samuel Puffendorf	80 - 81
3.5.- Juan Jacobo Rousseau	81 - 83
3.6.- Immanuel Kant	83 - 87

## CAPÍTULO IV

### DERECHO POSITIVO O POSITIVISMO JURÍDICO

4.1.- Antecedentes del positivismo.	89 – 95
4.2.- Teoría Pura del Derecho (Hans Kelsen)	95 - 99
4.3.- El Positivismo Jurídico.	99 - 100
4.4.- El Concepto Filosófico Jurídico en el siglo XX.	100 - 104

## CAPÍTULO V

### HACIA UN NUEVO DERECHO NATURAL

5.1.- Hacia un nuevo Derecho Natural	106 - 109
5.2.- Problemática Actual y pérdida de valores del Derecho en México.	109 - 110
5.3.- Introducción al tema de la Estimativa Jurídica.	111 - 113
5.4.- La necesidad de la observancia de una Estimativa Jurídica Actualmente en México.	114-120
5.5.- Propuestas	120 - 124

CONCLUSIONES.	125 - 126
---------------	-----------

BIBLIOGRAFÍA	127 - 129
--------------	-----------

GLOSARIO	130 – 132
----------	-----------

ÍNDICE	133-134
--------	---------